

9-1

# *Derecho Hipotecario* *y Notarial*

---

## COMENTARIOS Á LA LEY HIPOTECARIA

PUBLICADA

POR R. D. DE 16 DE DICIEMBRE DE 1909,  
CON LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA,  
DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS  
Y DEL NOTARIADO Y DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL

POR

*Federico Barrachina y Pastor*  
ABOGADO Y NOTARIO

Tomo I

CASTELLÓN

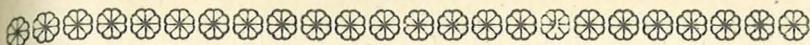
Establecimiento Tipográfico de J. Armengot é Hijos, G. Chermá, 29 y 31

1910

# ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
Proemio.. . . . .	I
Idea del Registro de la Propiedad inmueble. . . . .	1
Naturaleza de la inscripción.. . . . .	27
Caracter de la inscripción.. . . . .	47
Documentos sujetos á inscripción. . . . .	61
Elementos integrantes de la inscripción (Elemento real). . . . .	77
Elementos jurídico, personal, formal y financiero de la inscripción. . . . .	91
De las inscripciones especiales. . . . .	124
Modalidades del derecho inscrito. . . . .	150
Efectos de la inscripción. . . . .	163
Calificación. . . . .	199
Del tercero.. . . . .	231
De las acciones rescisorias y resolutorias. . . . .	266
Nulidad de la inscripción.. . . . .	304
Dudas y cuestiones.. . . . .	315
Texto de la Ley Hipotecaria publicada por R. D. de 16 de Diciembre de 1909. . . . .	325

NOTA. A fin de facilitar el estudio de los cuatro primeros libros de esta obra y para que, de momento, pueda hablar el lector el comentario con las citas legales, jurisprudencia del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado, daremos al final del tomo 4.º un índice sumario, lo suficientemente explicativo. Además, anualmente publicaremos un apéndice de toda la jurisprudencia que se refiera al Derecho Hipotecario, así como de la doctrina del Centro Directivo, á partir del 1.º de Enero de 1910, con las notas y comentarios que su examen nos sugiera.



## Capítulo XII

### Calificación

#### I

La facultad de calificar los títulos sujetos á inscripción la tomamos del sistema alemán, en donde se impone con todos sus efectos trascendentales, no sólo en cuanto á las partes, sino con relación á tercero.

Como hemos dicho al tratar de la naturaleza de la inscripción, ésta no es un modo de adquirir en la acepción propia de la palabra, pero si un medio legal, no absoluto, de garantía del dominio y de los derechos reales. Ese medio ó fórmula de garantía, para que revista la eficacia legal adecuada á su objeto en la vida normal del derecho, en el orden pacífico privado, demanda del funcionario público que, por delegación del Estado interviene, la calificación del título que, jurídicamente, deba proyectarse á los libros del Registro.

No hemos llegado, afortunadamente, á implantar en nuestra legislación el sistema absoluto inmobiliario, ante los inconvenientes que ello traería en la práctica; pero sí nos hemos acercado á los umbrales del mismo; si no los hemos franqueado, ha sido por el poder incontrastable de las costumbres del país, empapadas todavía del clásico romanismo, y ante el temor de que tan honda reforma en nuestro Derecho trajese aparejada visible perturbación en la pequeña propiedad; más todo esto no empece para que vayamos aceptando, siquiera de soslayo, ciertos postulados del sistema germánico, en gracia de que pueda movilizarse, con garantías, la riqueza territorial,

manteniendo ésta, no ya relaciones jurídico privadas, muy dignas de respeto, sino relaciones públicas y sociales.

Pues bien; el estado jurídico económico de la propiedad y de sus desmembraciones dentro de la normalidad, exigente de amparo, hasta donde racionalmente alcancen sus efectos, con vistas á garantir los derechos legítimamente adquiridos por terceros, demanda imperiosamente, en aras del crédito territorial y como protección á la buena fé; que no tenga mácula alguna y revista todo aspecto de legalidad el título presentado para su inscripción en el Registro, á fin de que quien consulte los libros de esta oficina, tenga la certidumbre de que no será privado de sus intereses.

A esto tiende la facultad calificadora; viene á ser un control, una crítica legal del documento hecha bajo la responsabilidad del funcionario á quien por la Ley se le atribuye.

Difuminadas al correr de la pluma estas ideas matrices, pasemos al estudio del derecho positivo en orden á tan importante materia.

Dice el art. 15 de la Ley: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas, á los efectos del art. 65 de la Ley.»

Este artículo no concuerda literalmente con el del mismo número de la Ley de 1869, como tendremos ocasión de notar aquí.

Al decir el legislador que los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos etc., se dá á entender que estos funcionarios no deben hacer las operaciones de Registro sin fijarse en la estructura del documento, para ver si reúne las condiciones prevenidas, porque no se trata de transcribirlos, sino de reflejar el contenido jurídico de los mismos, ajustándose á la expresión de circunstancias que lo han de revelar permanentemente.

Esa responsabilidad á que el precepto se refiere no puede ni debe ser derivada del error en la calificación ó crítica legal del documento, pues no la vemos determinada concretamente, ni siquiera aludida en el título 11 de la Ley, en cuyo art. 313 se comprenden los casos de responsabilidad en que pueden incurrir los Registrado-

res por error ó inexactitud cometidos en inscripciones; pero esto dice á la expresión de las circunstancias en los asientos, más no á la calificación del título, sobre si es ó no inscribible, dado que, contra la nota de suspensión ó de denegación, proceden los recursos gubernativos y judiciales establecidos.

La calificación versa: 1.º sobre la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase; 2.º sobre la capacidad de los otorgantes; 3.º sobre la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas, á los efectos del art. 65 de la Ley.

Este artículo está referido á los tres anteriores casos; en él se dice lo que se entiende por faltas subsanables y por faltas insubsanables, ó sean defectos mediante los cuales debe suspenderse ó denegarse la inscripción del título.

El art. 18 de la Ley antigua sólo exigía la calificación respecto de la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, que son los documentos autorizados por Notario público, por los cuales se constituye, se declara, se modifica, se reconoce ó se extingue una relación jurídica con arreglo á la ley; pero en el texto de ese precepto nuevamente redactado, no se habla en concreto de escrituras públicas, sino de documentos en general, comprendiéndose, entre éstos, todos los que son inscribibles, aclaración muy acertada, porque si bien no tienen facultad los Registradores para calificar los fundamentos de las sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales, á los efectos de su inscripción, la tienen para examinar la naturaleza del mandato judicial y la del juicio en que hubiesen recaído, así como para examinar los libros del Registro y ver si pugnan con el derecho de tercero que no haya sido parte en el pleito, debiendo denegar aquella cuando exista algún obstáculo legal procedente de asiento no cancelado, conforme á lo dispuesto en el art. 2.º del Real Decreto de 3 de Enero de 1876.

En la redacción del art. 18 se han tenido presentes, además del texto antiguo de la ley, el citado R. D., y, entre otras resoluciones, las de 15 de Octubre de 1875 y 22 de Septiembre de 1893.

Tenemos, pues, que la facultad de calificar, que reza con el principio de legalidad, uno de los sustentáculos de nuestro régimen hipotecario, se refiere, no solo á los documentos notariales sujetos á Registro, cualesquiera que sean, sino á los judiciales y administrati-

vos; pero esa crítica ha de ser por lo que resulte de los mismos y de los libros, sin que sea permitido al Registrador fundar su juicio en otros antecedentes ó noticias que no sean aquellas que dicha oficina le suministre; en otro caso se convertiría en Juez, y el Registro en Tribunal.

Los documentos sujetos á inscripción deberán estar autorizados ó expedidos en la forma prescrita por la legislación aplicable á los mismos; de manera que, respecto de los notariales se tendrá en cuenta lo ordenado en la vigente Instrucción de 9 de Noviembre de 1874 y disposiciones posteriores; acerca de los judiciales, lo prescrito en la ley de Enjuiciamiento Civil, y tocante á los administrativos, lo que el derecho especial en esta materia estatuye.

Pero no sólo tienen facultad los Registradores para calificar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, si que también para calificar la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras.

Son dos términos distintos *capacidad* de los otorgantes y *validez* de la obligación, llamados por algunos formas intrínsecas y también por el art. 65 de la ley, cuando, refiriéndose á las faltas no subsanables, prescribe que apareciendo del título se denegará la inscripción.

La capacidad legal, bajo cuya acepción se comprenden reunidas la jurídica y la de obrar, la primera como aptitud de ser sujeto de la relación, y la segunda como poder para contraer derechos y obligaciones, es uno de los elementos esenciales del título.

Pues bien; la capacidad legal del otorgante compareciente por su derecho en la escritura ó completada mediante la representación legítima en la forma prevenida, es objeto de calificación tratándose de documentos notariales, pero no de los judiciales, ni de los administrativos.

Lo mismo decimos de las obligaciones.

La validez de estas puede ser calificada por lo que resulte de los documentos sujetos á inscripción.

Se ha discutido largo y tendido sobre si los Registradores podían calificar la validez de la obligación.

Para quienes veían en el Registro una prolongación de las antiguas Contadurías de Hipotecas, hoy suprimidas, en cuyas oficinas se tomaba razón de los documentos por orden de fechas, la compe-

tencia de tales funcionarios administrativos estaba limitada únicamente á la crítica de las formas extrínsecas, jamás de las intrínsecas, teniendo esta opinión por valioso apoyo la doctrina del Centro Directivo sentada en resolución de 22 de Marzo de 1864; pero frente á este criterio estrecho, no compatible con la naturaleza y fines de la institución registral, prevaleció y ha venido imperando el de que tal facultad es extensiva á la calificación de las obligaciones, para deducir de su naturaleza y alcance si son válidas ó nulas: así lo resolvió el Centro Directivo en 12 de Noviembre de 1874, doctrina que motivó la orden de 24 de los mismos mes y año. Según aquella, los Registradores son competentes, no sólo para calificar las formas extrínsecas de las escrituras y la capacidad de los otorgantes, sino que tiene igual competencia para calificar la validez ó nulidad de los pactos, contratos y obligaciones consignados en aquellos títulos, porque imponiéndoles el art. 65 de la ley la obligación de *negar* la inscripción de los documentos que adolecen de faltas insubsanables, que son los que producen necesariamente la nulidad de la obligación, es de suma evidencia que para poder cumplir con este deber, han de calificar previamente la obligación consignada en el título y rechazar su inscripción cuando fuere aquella nula, conforme á lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 57 del Reglamento.

Para desvanecer toda duda, producto de criterios tan opuestos, y para que la resolución de 12 de Noviembre de 1874 tuviese mayor firmeza, vino la citada Orden de dichos mes y año, dada con audiencia del Consejo de Estado, declarando la competencia de los Registradores para calificar las llamadas formas intrínsecas; y *aquí fincó el pleito*.

De este sentir participamos. En el Registro no deben inscribirse actos ni contratos nulos, sino todos los que tengan aspecto de legalidad; si aquéllos se inscribieran, el dominio no tendría certidumbre, el crédito territorial carecería de garantías; creariase una intranquilidad en la posesión y goce de los derechos; á la buena fé le faltaría asiento, y ello nos haría retrogradar, sin tener valor el tiempo y el progreso, al régimen antiguo, condenado por la ciencia y la opinión.

Si ahora que se tiende á la substantividad de la inscripción como fórmula amparadora del derecho inmobiliario, se permitiera inscribir pactos y contratos nulos, sin veto por parte del Estado, administrando este la justicia preventiva, la ley Hipotecaria, ese munu-

mento jurídico que tanto nos enorgullece, lo veríamos falseado por su base, cuarteados sus sillares y sin el objeto transcendental para que fué levantado.

Y es—aquí estriba la dificultad del problema—que para insignes jurisconsultos, al título y solo al título debe atenderse en la calificación de la validez ó nulidad del acto jurídico, crítica que solamente puede y debe hacerla el funcionario que lo autoriza, no el Registrador.

Esto es un error, porque semejante calificación solo alcanza á las partes que otorgan el acto ó contrato y á los que de ellas traen causa, pero no á los estraños al hecho jurídico; y como en el Registro debe reflejarse legal y fielmente el derecho inscrito, así como aquel sobre el cual descansa, ambos en toda su extensión y modalidades, no hay otro medio de garantizar los intereses del tercero, para el cual se ha creado el Registro, que impedir á todo trance la inscripción de lo que pugne con la ley, única manera de que no aparezcan de los asientos circunstancias de invalidación que perjudiquen, y hagan que se llame á engaño el adquirente de buena fé, no siempre versado en el Derecho.

El art. 18 de la ley al hablar de las escrituras, por lo que respecta á la validez de las obligaciones, emplea la palabra *obligación* en un sentido amplio, bajo el cual se comprenden los pactos y contratos como decía la R. O. de 12 de Noviembre de 1870, restauradora del buen criterio en la materia.

Puede ocurrir que la obligación sea válida y sin embargo los pactos resulten nulos.

Si tienen estos la consideración jurídica de adjuntos, si á pesar de consignarse la obligación es eficaz, por no influir en la validez de la misma, los Registradores deberán denegar la inscripción de aquéllos, pero no la del título, en lo que á aquella respecta. Esta es la doctrina del Centro Directivo que hemos visto sentada en varias resoluciones.

## II

¿Dentro de qué plazo deberán hacer los Registradores la calificación del documento?

Ni la ley última, ni la anterior, ni el Reglamento que para la ejecución de la misma se dictó, el cual se halla vigente en todo lo que no se oponga á la que hoy rige, señalan plazo alguno para ha-

cer la calificación; pero como el art. 16 de dicho Reglamento previene que la inscripción habrá de hacerse dentro de los quince días al de ser presentada la carta de pago del impuesto, es natural que dentro de ese tiempo habrá de cumplirse dicho requisito; pues en otro caso puede el interesado acudir en queja al Delegado para la inspección del Registro, justificando la demora y protestando exigir del Registrador los perjuicios que por ella se le sigan.

En otro lugar, cuando tratemos de las responsabilidades en que pueden incurrir los Registradores por acción ú omisión, y los recursos procedentes, tanto en la vía gubernativa, como judicial contra sus notas y proceder, nos ocuparemos en este importante punto, puesto que si lo indicamos aquí, es por exigencia del plan orgánico expositivo.

Con el art. 18 de la ley, escrito con seguros trazos, más explícito que el de igual número de la anterior, guarda estrecha relación el art. 65, aludido en el desarrollo de este comentario, el cual precisa traerlo á colación, desentrañando su contenido, pues uno y otro, integrados, forman á modo de disciplina á que, por exigencia del régimen inmobiliario, debe sujetarse la facultad calificadora, atribuída, como está, á funcionarios idóneos y responsables de sus actos.

### III

Según el art. 65, serán faltas subsanables las que afectan á la validez del título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él contenida, y serán faltas no subsanables las que producen necesariamente la nulidad de la obligación.

O ese adverbio *necesariamente* no tiene sentido en el artículo, lo cual no creemos, pues no de cualquier modo se escriben los textos legales, ó significa que no basta que la obligación pueda ser invalidada, sino que sea nula, por contravenir á la ley. Esta explicación nos la sugiere el art. 4.º del Código Civil, según el cual: son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez.

Distingue perfectamente el art. 63 el título de la obligación: aquél es el instrumento, ésta su contenido; ó en otros términos: aquél es el órgano; ésta, la función. Si el título contiene defectos, sin que estos afecten á la validez de la obligación, la falta es subsa

nable; si, por el contrario, siendo el título válido por su aspecto externo, la obligación en el contenida es nula, la falta tiene el carácter de insubsanable, y, por ende, debe denegarse la inscripción, sin poderse verificar la anotación preventiva, que para el primer caso se halla autorizada.

El art. 57 del Reglamento distingue también unas faltas de otras; y dispone que si la obligación fuera nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen ú otra causa semejante, independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como insubsanable; y que si la obligación fuere válida, atendidas las circunstancias dichas, y el defecto estuviere tan sólo en la forma externa del documento que la contenga, y que se pueda reformar ó extender de nuevo á voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta.

De manera que, si el defecto está en el continente, la falta es subsanable; si afecta al contenido, la falta es insubsanable; pero, además, hay que decir, vista la última parte del art. 57, que esta distinción no es completa, porque si el continente ó sea el título no se puede reformar ó extender de nuevo, á voluntad de los interesados, la falta es insubsanable, pues solamente es subsanable si cabe extender ó reformar de nuevo el título. Así ocurre en el primer caso que por defecto del título, mejor diríamos, por su nulidad no puede inscribirse un testamento otorgado ante Notario, cuando éste no de fe del conocimiento del testador, á menos que se supla esta circunstancia en la forma prevenida, consignando que se han guardado en su autorización las formalidades exigidas en el Código Civil, toda vez que, muerto el testador, no pueden, en manera alguna, subsanarse las faltas.

Nos parece, en este respecto, muy acertada la distinción hecha por el Sr. Díaz Moreno, cuando dice en su citada obra, que, sin duda, lo que quiso expresar el art. 65 de la ley, íntegramente reproducido, «es que los títulos pueden hallarse viciados por imperfecciones, unas leves y otras substanciales, determinando en el primer caso una dificultad de inscribirlos, y en el segundo, un obstáculo insuperable; pero que en ambos supuestos, el vicio trasciende á la obligación, por cuanto ésta ó no puede inmediatamente registrarse ó no puede registrarse nunca con el mismo título, si el defecto fuese insubsanable.»

Claro está que entre la función y el órgano existe una íntima correspondencia fisiológica: el trastorno de aquella afecta al funcionamiento de éste, y la lesión de éste causa y produce el desarreglo de aquella. Pues lo mismo decimos del título y de la obligación; los defectos del primero pueden afectar de una manera tan íntima á la segunda que lleven consigo su nulidad necesaria, en cuyo caso la falta es insubsanable; pero si la afectación es de tal grado que la nulidad de la obligación no se impone, el defecto será subsanable, á menos que no pueda corregirse por voluntad de las partes, por otro documento posterior, en cuyo caso la falta no tiene subsanación.

Según los Sres. Galindo y Escosura existen faltas insubsanables procedentes de las formas extrínsecas de los documentos inscribibles, porque independientemente de la obligación hay un elemento substancial que es el título, con un valor, por tanto, propio y distinto; y por eso ese factor necesita, lo mismo que la obligación, condiciones de validez, que pueden faltar en puntos no esenciales, y entonces el defecto será subsanable ó pueden faltar en puntos esenciales, constituyendo defecto insubsanable.

Siguiendo el simil que antes hemos insinuado para hacer más asequible el conocimiento de este asunto, diremos que en el Registro solo pueden hallar cabida y consagración los títulos aparentemente sanos, porque si tienen algún vicio interno, y como interno desconocido, el Registrador no puede ponerles dificultad, porque respecto á ellos y á los libros se ha de atener al calificarlos. Pero si lejos de presentar sanidad aparente se hallan enfermos, dicho funcionario debe detenerse cuando trate de inscribirlos, enfermedad que puede recaer en la función ó en el órgano: la primera es de tal importancia que obliga á denegar la inscripción; y la segunda exige que, al apreciarla, se haga esta diferencia: si es esencial, si afecta á la contentura del órgano, en términos que éste no pueda ser suplido en forma debida, el defecto ó lesión no tiene curación, esto es, tiene carácter insubsanable, como el de aquella; en tanto que si puede corregirse, reponerse mediante el procedimiento debido, semejante defecto no es de los que obligan á rechazar en absoluto el título, sino á que las partes lo retiren y lo pongan en condiciones legales, para que pueda obtener las prerrogativas de la inscripción.

En orden á los defectos de que puede adolecer el título, y antes

de señalarlos, importa tener en cuenta que son nulas las escrituras públicas en las cuales el Notario no de fe del conocimiento de los otorgantes ó no supla esta diligencia en la forma prevenida, ó en que no concurra el número de testigos ó no aparezcan las firmas de los otorgantes y testigos cuando deban hacerlo y la firma, rúbrica y signo del Notario.

Ahora bien; estos defectos son subsanables ó insubsanables como vamos á ver.

Si el Notario no tenía fe en el lugar donde se otorgó la escritura; si aún teniéndola no concurrieron á su formalización los testigos en el número prevenido; si aún concurriendo no firmaron el documento las partes y los testigos del modo prevenido, la enfermedad es mortal por necesidad; es decir, la falta es insubsanable; pero no lo es, puede aquella curarse, si el Notario, teniendo competencia para autorizar el acto ó contrato, por tratarse de pueblo comprendido en su distrito, olvidó su deber de dar fe de conocimiento, directa ó indirectamente, pues esto puede subsanarse por medio de acta, al igual que son subsanables, como luego veremos, las escrituras en que no se exprese la situación y linderos de los inmuebles.

Podrá objetarse que por el art. 27 de la ley del Notariado son nulas las escrituras en las cuales el Notario no dé fe de conocimiento; cierto, pero esta nulidad puede subsanarse por acta notarial según declaró la R. O. de 13 de Julio de 1883, de conformidad con lo informado por el Consejo de Estado en pleno: el acta y el documento suspendido forman el título objeto de inscripción; pero esto no es aplicable al caso en que la escritura fué otorgada por Notario incompetente, ni á la que no concurrieron los testigos en el número prevenido. La diferencia entre un caso y otro estriba en que el acto jurídico nació sin las formalidades exigidas para su eficacia hipotecaria, pues para la formalización del mismo requiere la concurrencia de testigos, ya intervengan éstos como solemnidad, ya como prueba preconstituída, en tanto que en el otro caso, como el Notario prestó su ministerio dentro del distrito y su fe es la misma que cuando levantó el acta y autorizó el documento vicioso, semejante defecto tiene enmienda.

La falta de las firmas de las partes ó de los testigos tiene carácter insubsanable, porque no cabe las estampen tiempo después de otorgado el documento.

De suerte que el criterio más seguro para distinguir á sus luces las faltas insubsanables de las subsanables que afecten al título, está en las condiciones que debe revestir éste; impuestas por la ley, bajo pena de nulidad en el primer caso, y sin semejante sanción en el segundo, no sin la excepción arriba notada; y además, ese criterio arranca también de lo prescrito por la ley en su art. 22, cuando al disponer que el Notario viene obligado á subsanar el instrumento por faltas cometidas en su formalización, significa implícitamente con esto que tales defectos son por naturaleza subsanables, porque de no serlo, no ordenaría su subsanación; en el bien entendido que esta aclaración tampoco puede tomarse en absoluto, porque viciado el documento por no reunir éste las condiciones legales con que debió ser autorizado, no cabe subsanación, sino otorgamiento de otro, bajo la responsabilidad del Notario, el cual solo, con arreglo á la ley, es como puede prestar su ministerio.

El título que sea nulo no puede tener subsanación: *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convallescere.*

Se cree por algunos que la nulidad del título afecta á la validez de la obligación en su contenido, lo cual niega implícitamente el artículo 65 de la Ley, cuando prescribe que las faltas subsanables pueden afectar á la validez del título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él contenida.

En corroboración de nuestro aserto, que es el mismo de otros expositores, importa citar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una de cuyas sentencias, la de 8 de Marzo de 1893, declaró: «que no infringe el art. 27 de la ley del Notariado, la sentencia que, apreciando dentro de sus facultades otros elementos de prueba, reconoce la existencia y eficacia del convenio que resulte de escrituras nulas á las que no dá fuerza ni valor.»

A la luz de esta doctrina, una cosa es la nulidad de la escritura y otra la nulidad de la obligación; aquélla no es inscribible por no haberse cumplido en su formalización lo dispuesto en la ley orgánica del Notariado; y al ser nula, ni tiene fuerza en juicio, ni es inscribible, lo cual no veda para que por otros medios probatorios, apreciados por el Tribunal *aquo*, se justifique la existencia y virtualidad de la obligación, exigible en la vida anormal del derecho.

Siguiendo el exámen de las faltas que pueden referirse al título en su formación reglada, diremos que la de fecha es insubsanable,

porque afecta á la condición de tiempo, una de las fundamentales que deben concurrir en la creación del acto jurídico; pero si esta falta no se ha cometido en el instrumento público y sí en su copia, cabe la subsanación, expidiéndose otro traslado, á costa del Notario infractor.

Lo propio decimos respecto de la expresión de lugar, no tomada esta palabra en su estricta acepción de local ó sitio concreto donde el documento se autorice, sino por la de pueblo, casco ó término, que atribuye competencia al Notario para ejercer dentro de él su ministerio.

Es falta subsanable la de no haberse extendido la copia en papel del timbre que no corresponda á la cuantía ó naturaleza del documento (Res. 8 Abril 1863, 18 Enero de 1864) y la de ambigüedad y contradicción no esenciales del contrato (R. O. de 23 de Diciembre de 1862 y Res. de 26 Noviembre 1871).

Tienen igual carácter la de no expresar los linderos de la finca, pago, partido ó sitio en donde radique (Res. 9 Noviembre 1898, 20 Abril 1864); así como también la advertida por diferencia de cabida entre la que aparece inscrita y la que consigne el título (Res. de 14 Marzo de 1876, 20 Marzo 1901), siempre que esa diferencia no sea excesiva (Res. 8 Julio 1878, 21 Mayo 1881).

También son faltas subsanables las siguientes: La no aceptación en los contratos de compra-venta y donación, pues cabe que se otorgue otra escritura complementaria á la defectuosa (Res. 19 Junio de 1863, 9 Marzo de 1864.) No constar expresamente del título la voluntad del dueño de que se inscriba como finca independiente la que fué objeto de agrupación (Res. 20 Noviembre de 1884). No constar cuando se solicite la inscripción de un heredamiento preventivo el haberse cumplido la condición (R. O. de 24 Octubre de 1871). No acompañarse la partida de defunción del causante en los casos en que proceda, según el art. 48 del Reglamento. No presentarse ó insertarse en las copias particionales ó hijuelas de herencias el certificado de actos de última voluntad, si el fallecimiento del causante fué posterior á 1.º Enero de 1886 (art. 13 R. D. 19 Febrero de 1891). La falta de aprobación judicial de la partición en los casos procedentes. No expresarse con fijeza la parte de finca ó el derecho transferido (Res. 29 Noviembre 1878, 23 Noviembre 1886). No justificarse debidamente á juicio del Registrador, que hayan sido adqui-

ridos con dinero propio de la mujer casada los bienes que se pretende inscribir á su nombre (Res. 22 Mayo de 1885 y 30 Junio de 1888). No describir las fincas expresando todas las circunstancias necesarias que debe contener la inscripción (Res. 22 Julio y 17 de Noviembre de 1887). No expresar la parte de precio aplazado respecto de cada finca, cuando varias se venden en globo (Resolución de 3 Febrero 1894). No determinar la cantidad de que responde cada finca hipotecada (Res. 29 Septiembre 1877). Omitirse las circunstancias personales de edad, apellido materno, estado civil y vecindad de los otorgantes (Res. 24 Febrero de 1888 y 10 Abril de 1894). No justificarse el cumplimiento de la condición en virtud de cuyo hecho puede enajenar una finca quien de ese modo la tiene inscrita (Res. 16 Octubre de 1897). No constar aceptada una hipoteca constituida á favor del Estado por sus representantes legítimos, conforme á las leyes y reglamento del ramo de donde proceda (Resolución 23 Marzo de 1864). No constar en los expedientes posesorios que los testigos son vecinos y propietarios de los pueblos donde radican los bienes (Res. 11 Agosto de 1863). La falta de legalización de los documentos en los casos en que es necesaria (Res. 31 de Octubre de 1884). No expresarse en la escritura la parte alícuota ó proporcional que corresponde á los compradores en común, en las fincas vendidas (Res. 18 Marzo de 1898). No constituye falta la diferencia observada entre los nombres de los otorgantes y sus firmas, cuya identidad se acreditó por la fe del funcionario autorizante (Resolución de 25 Marzo de 1908). La diferencia que resulte en la letra inicial del segundo apellido es simple error de copia y no impide la inscripción del documento si claramente se identifica la persona (Res. de 16 Junio de 1901.) Es defectuosa la escritura de venta que se refiere á la nuda propiedad y no se expresa así á pesar de ser lo único que pertenecía á la vendedora, cuyo defecto tiene carácter subsanable (Res. 14 Noviembre de 1900).

En el testamento, como acto solemne de la voluntad que produce generalmente sus efectos después de la muerte del otorgante, los defectos de que adolezca son insubsanables, por falta de términos hábiles de corrección, si traen consigo la nulidad de aquél, según el art. 705 en relación con el 695 y 707 del Código Civil. No obstante esto, se resolvió en 26 de Septiembre de 1901, que si la falta no produce *necesariamente* la nulidad, el Registrador no puede rechazar

á priori el testamento, contra la voluntad del que lo acata como válido.

Pasemos al estudio de las faltas insubsanables ó sean aquellas que no afectan á la validez del título, sino que producen necesariamente la nulidad de la obligación en él contenida.

No debe perderse de vista lo que hemos dicho acerca de que la facultad concedida á los Registradores para la crítica legal del documento no puede exceder del título y del Registro, á los cuales debe atenderse para calificar, sin que puedan tener en cuenta lo que les conste por noticias ó informes particulares: así lo resolvió el Centro Directivo en 27 Junio de 1887 y 28 Marzo de 1904.

El léxico «obligación» empleado en el art. 65 de la ley es sumamente vago, tiene un sentido general; para medir su alcance precisa acudir al párrafo 1.º del art. 57 del Reglamento, según el que, si la obligación fuese nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen, ú otra causa semejante independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable.

De modo que, según este precepto, cuyo contenido por lo vago ha sido objeto de acertada crítica por parte de ilustres expositores y comentaristas, para calificar, á los efectos hipotecarios, si la obligación titulada es ó no nula, se han de tener en cuenta tres elementos, á saber: la naturaleza de la misma, las condiciones en que fué establecida y la persona de los otorgantes.

Pero no basta que se tengan presentes esos elementos distintivos; pueden concurrir, en orden á la nulidad de la obligación, otras causas semejantes, independientes de su forma extrínseca.

Con esta última palabra, de modo absoluto consignada, comprensiva de todo lo referente á los tres elementos señalados, se expresa el concepto fundamental de las faltas insubsanables, teniéndose por tales aquellas que son independientes de la forma extrínseca del documento.

Para poder apreciar la naturaleza de la obligación que ha de inscribirse, precisa acudir al derecho civil; y según sea ésta y el marco en que se halle colocada, tanto si es ó no contractual, será ó no nula; en el bien entendido que, en nuestro sentir, no cabe la distinción entre actos nulos y anulables; sino que basta que no tengan validez para que sean objeto de denegación los documentos en los

cuales se contengan, pues debe resplandecer siempre en el Registro lo mismo lo externo, que lo interno susceptible de revelación; de lo contrario estaría falseado el derecho inscrito bajo los pliegos de la incertidumbre, sin las debidas garantías dentro del orden jurídico normal.

En esa distinción entre obligaciones contractuales y no contractuales, unas y otras referidas al derecho patrimonial privado objeto del Registro, deben estudiarse detenidamente los elementos que las integran para poderse apreciar si son ó no nulas. En este propósito, y dejando para tratar después cuanto concierne á la nulidad proveniente de la falta de capacidad de las personas, es de traer aquí á colación, por obligarlo el razonamiento, el art. 4.º del Código Civil, que declara nulos los actos ejecutados contra ley, á menos que la misma ordene su validez, y el 1261 del mismo cuerpo legal, que exige, para que haya contrato, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca.

Así, pues, no pueden ser materia de contrato las cosas que están fuera del comercio de los hombres, la herencia futura, á no tratarse de su partición practicada entre vivos, los servicios contrarios á las leyes y á las buenas costumbres, y las cosas ó servicios imposibles.

Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume su existencia. Además, se exige que sea lícita (art. 1257 del Código Civil). De manera que la omisión en el documento no constituye falta del mismo.

Esto, como elementos esenciales de la obligación contractual, aparte el que dice al consentimiento; las causas que lo vicien son de un orden subjetivo no reveladas por el título, bien que si este las refleja su nulidad sería indiscutible.

Entrando en el estudio de los contratos que desfilan por el Código, y en orden á los documentos que los autentican, diremos que no son inscribibles las donaciones y ventas de bienes éntre los cónyuges, ni la cesión de derechos por mujer casada á favor de su marido, porque envuelve una verdadera cesión ó donación prohibida por el art. 1334 del Código Civil (Res. 20 de Abril de 1901). Es nula la hipoteca constituida en garantía de dote simplemente confesada (Res. 26 Abril 1904).

La liquidación de la sociedad conyugal antes de su disolución y

la renuncia de gananciales hecha durante el matrimonio no producen efecto.

Esos actos son nulos *per sé*, por ser contrarios á la ley, y, por consiguiente, no pueden merecer jurídica consagración en el Registro.

Puede ser válida la obligación y no las condiciones que en ella se establezcan.

El art. 57 del Reglamento no se refiere á las condiciones llamadas requisitos mediante los cuales la obligación se contrae, si no á las circunstancias más ó menos viscerales de la obligación, sea ó no contractual.

Indudablemente, si la condición guarda tan íntima relación con el acto jurídico, con la materia del mismo, en términos que éste no tiene eficacia sin la concurrencia de aquélla, la falta es insubsanable; pero no cuando la condición ó el pacto es adjunto ó añadido, que sin él goza de validez la obligación. Lo que hay es que, por imperio del principio de legalidad, el Registrador se abstendrá de inscribir la condición ó pacto que sea nulo.

Así, por ejemplo: la obligación perpétua de enajenar es nula, por atentar á la facultad dispositiva que entraña el derecho de propiedad; pero, sin embargo, es válido el pacto por el cual se establece que el comprador no podrá enajenar ni gravar una finca hasta que satisfaga el precio aplazado, debiéndose consignar en el Registro el cumplimiento de esta condición por medio de nota marginal, según resolvió el Centro Directivo en 8 de Julio de 1901.

No es inscribible el pacto comisorio en el contrato de hipoteca; el de retracto convencional por un periodo que exceda de diez años; el de que los bienes de los cónyuges se someterán á los fueros y costumbres de las regiones forales y no á las disposiciones generales del Código; la institución de heredero bajo condición de que este instituya al testador, por ser nulas todas estas condiciones que llamamos viscerales del acto ó contrato, y no simples pactos adjuntos. Véanse los arts. 1859, 1508, 1317 y 794 de dicho cuerpo legal.

Estudiemos las faltas insubsanables que producen la nulidad de la obligación por carecer de capacidad legal los otorgantes.

Según el art. 57 del Reglamento se entienden referidos estos defectos, no al título en su estructura externa, sino al contenido del mismo, á la contextura de la obligación. En este supuesto, semejantes faltas de fijo serían insubsanables si diésemos interpretación

extensiva al indicado precepto, interpretación que su espíritu no consiente, por cuanto hay, tocante á la capacidad de los otorgantes, unas que son insubsanables, y otras cuya subsanación puede hacerse.

La diferencia estriba en que las subsanables se refieren á la capacidad de los otorgantes en sí, por su intervención directa en el contrato, á la representación legítima de los mismos y á la omisión de ciertos requisitos que deben preceder ó acompañar al otorgamiento del título; en tanto que las subsanables dicen á omisiones que pueden suplirse.

Así, por ejemplo, el menor de edad no emancipado carece de capacidad para vender bienes inmuebles y gravarlos, y aún el emancipado voluntariamente necesita para celebrar tales contratos el consentimiento de las personas citadas en el art. 317 del Código Civil.

Pues bien; si dichos menores celebran tales contratos á espaldas de la ley, la escritura no es inscribible por falta insubsanable.

En el mismo caso están los contratos que la mujer casada celebre, de los no exceptuados por el Código, sin la formal licencia de su marido, exigida porque así interesa al régimen económico de la familia. Semejantes contratos tampoco son inscribibles, por adolecer el documento en que se otorguen de un vicio de nulidad, como resolvió el Centro Directivo en 21 de Abril de 1908.

Es más; aunque cuando concurra el marido á prestar su licencia á las enajenaciones que efectúe su consorte, si aquél es menor de edad, tampoco es inscribible el documento si no se cumplió lo dispuesto en el art. 317 del Código Civil; doctrina ésta sentada por la Dirección General en sus resoluciones de 5 y 8 de Julio de 1907 (contradictorias de otras anteriores), que tiene por fundamento las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1904 y 19 de Junio de 1906, según las cuales, el matrimonio, lo mismo del varón que de la mujer, produce de derecho la emancipación con las limitaciones contenidas en el art. 59 del Código Civil; de lo cual lógicamente se deduce que la mujer casada menor de edad necesita también obtener el consentimiento de las personas á que se refiere y por el orden que señala el art. 317 de dicho cuerpo legal.

Puede ocurrir que los dos cónyuges sean menores de edad, en cuyo caso, para suplir la capacidad de ambos, se requiere que concu-

rran sus respectivos padres, madres, tutores, etc. conforme al referido art. 317, sin que se excuse el requisito de la licencia, por referirse ésta al orden familiar, á la relación de dependencia de la mujer con respecto á su marido, en tanto que dicho consentimiento prevenido es la garantía que el Legislador ha creído del caso exigir á fin de que no se malvendan los bienes de los menores que, aún siendo emancipados, pueden sufrir engaño y consiguiente perjuicio en los contratos que otorguen.

Esto por lo que dice á los bienes parafernales; si fueren dotales inestimados, siendo menor de edad la mujer, aún cuando ésta obtenga la licencia marital, no pueden ser enajenados sin previa autorización judicial é intervención de las personas señaladas en el artículo 1352 (art. 1361 del Código Civil).

La enajenación de bienes inmuebles y la imposición de gravámenes sobre los mismos que hagan los padres en nombre de sus hijos menores de edad, tampoco son inscribibles, si no precede á los contratos la autorización judicial prevenida por el art. 2011 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Los mismos contratos de ventas de inmuebles y constitución de gravámenes sobre los mismos que celebren los tutores en representación de las personas sujetas á su guarda, tampoco son inscribibles, si no precedió la autorización del Consejo de familia y la pública subasta, si se tratase de ventas, conforme á lo dispuesto en los artículos 269 y 272 del Código Civil.

La venta de bienes inmuebles que hagan los Ayuntamientos, con excepción de los que sean sobrantes de vía pública, requiere la autorización ministerial, según el art. 85 de la ley Municipal. Es más. Los Ayuntamientos no tienen por sí solos atribuciones para constituir derechos reales sobre los bienes que administran (Resolución 1.º Mayo de 1886).

Y así pondríamos una larga serie de casos tendente á demostrar que cuando se requiere para la celebración de los actos jurídicos previas autorizaciones, licencias y consentimientos para integrar la capacidad legal del contratante, la omisión de tan esenciales requisitos vicia de nulidad á aquélla, y, por ende, el documento otorgado adolece de falta insubsanable.

Esto se explica habida cuenta el carácter modal de la ley Hipotecaria; se apoya en el Código Civil y demás leyes substantivas; lo

que aquél y éstas declaran nulo no puede aquella reconocerle validez según su art. 33.

Además; por falta de capacidad en los adquirentes de los derechos no es inscribible el documento por el cual reciben derechos hereditarios las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley, y las adquisiciones en favor de persona incierta, á menos que por algún evento puedan resultar ciertas (arts. 744 y 750 del Código Civil).

En los contratos otorgados por mandatario debemos distinguir entre si éste tiene ó no poder, aunque sea insuficiente.

Exige el art. 1280 del Código Civil en su núm. 5.º, que deberá constar en documento público el poder que tenga por objeto un acto redactado ó que debe redactarse en escritura pública ó haya de perjudicar á tercero.

Ahora bien; tratándose de enajenación de bienes inmuebles ó de constitución de derechos reales sobre los mismos, verificadas por mandatario, si éste no ostenta poder formalizado en documento público, aquellos contratos adolecen de falta insubsanable aún cuando el mandante los ratifique, porque surgieron sin vida legal; pero si el mandatario tiene poder en debida forma, pero insuficiente, el defecto es subsanable, y mientras no se corrija no puede verificarse la inscripción (Res. de 19 Abril de 1890).

En las particiones de herencia en que estén interesados menores, ausentes é incapacitados, aunque los primeros sean indistintamente hijos de familia ó tutelados, requiérese la aprobación judicial si los padres tuvieren interés opuesto al de sus representados. La falta de tal requisito no es, en nuestro sentir, motivo de denegación, pero sí de suspensión del título, por cuanto, después de formalizadas las operaciones particionales fuera de los juicios de testamentaria ó de abintestato, puede presentarse el documento á la aprobación judicial, conforme á lo dispuesto en el art. 1079 de la ley de Enjuiciamiento civil, que por analogía se aplica en la práctica.

Y decimos que es falta subsanable, porque no se trata de autorización judicial que debe preceder á la enajenación de inmuebles de hijos de familia, sino de aprobación á un trabajo hecho, llámese cuaderno, llámese escritura, bien que si el Juzgado, á virtud de oposición de parte legítima, no dicta el auto aprobatorio, el documento notarial no surtirá efecto.

Tratándose de liquidación de sociedad conyugal y división de herencia, deberá concurrir al otorgamiento de la oportuna escritura el cónyuge superviviente, en uso de su derecho á la mitad de gananciales, caso de haberlos, y á la cuota viudal usufructuaria que le corresponda por el art. 1834 con sus concordantes del Código Civil.

### III

Con el fin de ilustrar este capítulo y por lo que respecta á particiones de herencia debemos distinguir casos, presentando al efecto suscintamente la doctrina del Centro Directivo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Si la partición la practica el testador acogiéndose á la facultad que le concede el art. 1056 del Código Civil, deberá pasarse por ella, cuya prescripción alcanza, en forma de prohibición, al viudo, por su cualidad de heredero que le declara el art. 807 de dicho cuerpo legal (S. de 8 de Febrero de 1892).

Lo que hay es que el heredero que se crea perjudicado, si tuviese carácter de forzoso, puede pedir el suplemento de legítima, ó sea de aquello que el causante no le podía privar por concedérselo la ley común á que nos referimos, no al derecho foral, el cual queda respetado íntegramente en materia sucesoria.

Para inscribir el testamento partición, si la liquidación matrimonial no le pone veto, pues de haberla debe cumplirse este requisito, exíjese la presentación del testamento del causante, su certificación de óbito, la de actos de última voluntad, carta de pago justificativa de haber sido satisfecho el impuesto fiscal ó que se halla exento de él ó de haber prescrito la acción de la Hacienda, cuya duración es de quince años.

Claro está que en el testamento partición, por ser el título inscribible, han de expresarse las circunstancias prevenidas por el artículo 9.º, para que pueda formalizarse el asiento de la finca ó derecho real. Otro caso es el de particiones que se practican por contador-divisor nombrado por el testador, usando de la facultad que le atribuye el art. 1057 del referido cuerpo legal.

Debe repararse, para no proceder con error y evitar que el documento sea denegado, que ese artículo hay que interpretarlo estrictamente, ó sea que el juez comisario no tiene otra facultad que hacer

la partición, pero no más. Por esto el Centro Directivo, en resolución de 10 de Enero de 1903, resolvió que estaba bien suspendida la inscripción de una operación divisoria practicada por contador, en la cual se adjudicaba proindiviso á todos los herederos diferentes bienes inmuebles de la herencia, con acuerdo, según decía, de los citados herederos del preterido, habiéndose impuesto á aquellos y aceptado éste la obligación de satisfacer el importe del haber en metálico.

Con esta resolución no está conforme Díaz Moreno, cuyo notable expositor, haciendo hincapié en el art. 1062 del Código Civil y citando la sentencia de 4 de Julio de 1895, entiende que puede hacerse la adjudicación proindiviso de la cosa cuando sea indivisible ó desmerezca mucho por su división, adjudicación que podrá hacer el contador en uso de sus facultades, con la obligación de satisfacer los adjudicatarios el exceso en metálico al interesado no partícipe.

Nuestra opinión se reduce á distinguir estos dos casos: uno, cuando la adjudicación en común y proindiviso se hace por el contador á todos los herederos, por no tener la cosa cómoda división ó porque desmerezca con ella.

El contador, usando de sus facultades y apreciando semejante dificultad que ya el testador tendría en cuenta para que con la división física de la cosa no se perjudicasen los herederos, está en su derecho al verificarlo, quedando á estos la facultad, por su carácter de condóminos, de pedir en todo tiempo la división de aquélla ó su venta en pública subasta, conforme á lo ordenado por el art. 400 del Código Civil.

Lo que no podrá hacer el contador es obligar á que los partícipes continúen en comunidad contra su consentimiento, pues ese estado de indivisión, que no puede exceder de diez años, solamente cabe establecerlo por voluntad del interesado, y no por imposición de otro.

El segundo caso es cuando el juez comisario no adjudica los bienes á todos los herederos en común y proindiviso, haciendo una excepción por la que un porcionero no adquiere más que numerario en pago de su haber que otro heredero ó varios hayan de satisfacerle por exceso de adjudicación.

Envuelve esto último un caso de enajenación, aún cuando se

halla exento del pago del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, comprendida en el núm. 22, art. 3.º de la ley.

El contador no puede poner gravámen á un heredero en beneficio de otro que excluye de la proindivisión. Si se permitiera eso podría causar perjuicio, ya al que tenga que pagar, ya al que haya de recibir; y por ello entendemos que se requiere la conformidad del cobrador y del pagador; no porque el juez comisario diga en el cuaderno particional que existe ese consentimiento se le ha de dar crédito.

El contador ó comisario no puede por sí practicar la liquidación de sociedad conyugal; sus facultades quedan limitadas por el artículo 1057 del Código Civil, á contar y partir los bienes; así lo resolvió el Centro Directivo en 14 de Marzo de 1903.

Pero sí puede liquidar dicha sociedad cuando estuviese facultado por el testador para dividir la herencia y resolver todas las cuestiones relativas á ella, con exclusión de los herederos, si concurriese á la práctica de las operaciones el cónyuge viudo; pues así lo resolvió el Centro Directivo en 11 de Septiembre de 1907.

El Código Civil no señala el plazo en el cual deben los contadores divisores dar cumplimiento al encargo que les confiara el testador. El Centro Directivo, en resolución de 13 de Noviembre de 1903, dijo: Que cuando transcurre un año desde el fallecimiento del testador sin haber practicado la división el comisario, corresponde efectuarla á los herederos, por ser aplicable á los contadores el plazo señalado á los albaceas en el art. 1057 del Código Civil.

Si en la herencia estuviesen interesados herederos forzosos menores de edad ó sujetos á tutela, el comisario deberá inventariar los bienes con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, por ser esto una medida de precaución tomada por el Legislador en beneficio de aquellas personas. Se infringe dicho art. 1057 si en la formación del inventario no están representados unos menores por su padre (Res. 13 Abril de 1892).

Los herederos deben pasar por la partición que haga el contador, al igual de aquella hecha por el causante (Res. 22 de Enero de 1898), sin distinguir si aquellos son forzosos ó voluntarios, si siendo menores de edad ó incapacitados se practicó el inventario en la forma prevenida, con tal de que no se perjudique la legítima de aquéllos (S. de 28 de Diciembre de 1896).

Las particiones hechas por el testador ó por el juez comisario, si éste practicase el inventario en la forma prevenida por el artículo 1057 del Código Civil, no requieren la aprobación judicial (Resoluciones de 5 de Octubre de 1893 y 21 de Enero de 1898).

La citación de los coherederos y legatarios para el inventario que practique el contador, puede hacerse por medio de acta notarial (Res. 13 Abril de 1892).

Respecto de las particiones de herencia practicadas por los herederos, podemos citar la resolución de 5 de Junio de 1906 que autoriza á los hijos para convenir lo que quieran acerca de la procedencia del dinero con que fueron adquiridos ciertos bienes.

Los herederos interesados en la liquidación de sociedad conyugal pueden transigir en un solo documento las cuestiones suscitadas sobre la procedencia y circunstancias de los bienes inventariados, haciendo constar en el Registro las sucesivas transferencias mediante las inscripciones necesarias (Res. 7 Octubre de 1908).

No está prohibida la acumulación de dos ó más particiones en una escritura particional (Res. 29 de Febrero de 1908).

Constituye falta subsanable el no hacer constar en una escritura particional si los herederos son mayores ó menores de edad.

Las particiones de herencia en que estuviesen interesados menores de edad representados por sus padres, no necesitan de la aprobación judicial; (art. 1060 del Código Civil), pero si se exige este requisito cuando el interés del padre ó de la madre fuere opuesto al de su hijo, lo cual obliga al nombramiento de defensor judicial, conforme á lo dispuesto en el art. 165 de aquél.

Las adjudicaciones de bienes hereditarios á favor de acreedores constituyen un acto de enajenación, y, por tanto, exigese la aprobación judicial de la partición en que se hallen interesados menores de edad; requisito éste innecesario cuando la adjudicación se haya hecho á favor de herederos para pago de deudas del causante (Resoluciones de 24 Diciembre 1898, 9 Octubre de 1901 y 24 de Junio de 1902).

Los derechos hereditarios pueden ser objeto de contratación, alterándose por voluntad de los interesados la igualdad de partes con que en la sucesión intestada hereden los parientes (S. de 11 de Mayo de 1904).

La división en que se haMe interesado un menor de edad eman-

cipado voluntariamente, no requiere la aprobación judicial, por cuanto en las limitaciones del art. 317 (que es de interpretación estricta, por restringir la capacidad legal del emancipado, reconocida al principio del mismo), no se comprende el contrato de partición, máxime si la madre, en defecto del padre, prestó el consentimiento (Res. de 3 Junio de 1890). Si la emancipación es por matrimonio, el heredero no podrá celebrar el contrato particional sin los requisitos exigidos por el art. 59. (Véanse las resoluciones de 4 de Noviembre de 1896 y 14 de Noviembre de 1898).

En las particiones en que intervengan menores de edad sujetos á tutela, legítimamente representados por su guardador, se requiere además de la aprobación del consejo de familia, de que trata el número 7.º del art. 269 del Código, la aprobación judicial (Sentencia de 1.º de Febrero de 1906, en la cual se dice que la omisión de ese requisito puede subsanarse).

Este es un punto que se ha debatido en la prensa profesional.

Nuestra opinión es que debe bastar para que sean inscribibles tales particiones la aprobación del consejo de familia, á cuyo organismo confía la Ley la defensa de la persona é intereses del tutelado; siendo un contrasentido que, pudiendo el consejo autorizar los actos de enajenación de bienes sin necesidad de que se obtenga la autorización judicial, se estime necesaria en la partición, cuando con ella á lo sumo que pueden hacerse son actos de enajenación, tanto más cuanto que si el tutelado sufre perjuicio, puede repetir contra los vocales que tomaron el acuerdo (art. 312 del Código Civil) y ejercitar la acción rescisoria concedida por los arts. 1073 y 1074 de dicho cuerpo legal.

La aprobación judicial en ese caso no tiene objeto, porque compareciendo ante el Juzgado todos los interesados ó suscribiendo el escrito en que aquella se solicita, desde luego ha de recaer, según dispone el art. 1080 en relación con el 1079 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin necesidad de que se ponga de manifiesto el cuaderno particional en la Escribanía.

Hasta cierto punto tiene explicación que se exija dicha formalidad en las particiones que interesen al menor sujeto á patria potestad y se halle representado por defensor, porque habiendo recibido éste el nombramiento del Juzgado, al Juzgado corresponde saber el uso que haya hecho de sus facultades, tanto más cuanto que el

Código Civil no dice en parte alguna que semejantes defensores incurran en responsabilidad, al igual de los tutores y vocales del consejo de familia, bien que, en orden á esto, podría decirse que tales representantes si causaran perjuicio á sus representados, por acción ú omisión, quedan comprendidos en el art. 1902 del Código Civil.

Que el pensamiento del Legislador ha sido excluir de la aprobación judicial las particiones de herencias en que se hallen interesadas personas sujetas á tutela, lo tenemos por indiscutible; pero como esto constituye una excepción del art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento, y el Código Civil al no exigir tal requisito se refiere á particiones en las cuales el padre represente á sus hijos, no hay mas remedio que dar á dicha excepción un sentido estricto, y, por ello, habrá de llenarse semejante formalidad.

Pero no solo hay faltas insubsanables por nulidad de la obligación y por incapacidad de los otorgantes, si que también por incompetencia del Juez ó Tribunal que haya expedido el título sujeto á Registro; incompetencia que puede prevenir por razón de la materia, cuantía y lugar del juicio. Así, por ejemplo, un Tribunal eclesiástico que conoce de causas sacramentales, es incompetente para hacer declaraciones de derecho civil que solo á los Tribunales ordinarios corresponde verificarlas. Un Juzgado municipal es incompetente para conocer en juicios cuya cuantía exceda de quinientas pesetas, salvo las excepciones que señala la ley de Justicia municipal, por estar atribuído el conocimiento de aquellos al Juzgado de primera instancia; y, por último, en pleito sustanciado por virtud del ejercicio de acciones reales sobre bienes inmuebles, es competente el Juez del partido en donde radiquen éstos, á menos de que haya habido su misión expresa ó tácita según los arts. 56, 57 y 58 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Pues bien; la competencia de jurisdicción, que exige en el orden civil los dos requisitos señalados por el art. 53 de dicha ley procesal, es objeto de calificación, así como lo es la naturaleza del juicio; pero nunca los fundamentos en que se apoye la resolución judicial que se trate de inscribir, calificación exigida para que el Registro no encierre actos nulos; que á tanto obliga el principio de legalidad en que se sustenta nuestro régimen hipotecario.

Pero aún cuando el título haya sido expedido por Juzgado ó Tribunal competente, derivado del juicio que corresponda según el

marco procesal, no podrá tampoco ser inscrito si media obstáculo de Registro, si la inscripción que ha de cancelarse figura á nombre de persona con la que no se entendió el procedimiento, pues nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente (artículo 349 del Código Civil); la sentencia dictada en un pleito no perjudica, por lo general, al que no ha litigado (S. del Tribunal Supremo de 17 Octubre de 1887).

Además de las faltas subsanables é insubsanables de que adolezcan los títulos, existen los llamados obstáculos de Registro, por virtud de los cuales no pueden inscribirse ciertos documentos interín no se practiquen inscripciones precedentes á las solicitadas; que á tanto obliga el llamado tracto sucesivo, impuesto por el art. 20 de la ley Hipotecaria, para que pueda revelarse debidamente la capacidad civil de la finca.

#### IV

Nos hemos ocupado en otro capítulo de los llamados obstáculos de Registro.

Cúmplenos tratar ahora del modo de subsanar las faltas, según sean éstas.

Si son subsanables, puede verificarse la subsación por medio de acta y por medio de escritura.

Disentimos de los Sres. Galindo y Escosura, tan notables maestros, cuya opinión es seguida por Registradores y Notarios.

Entienden dichos ilustres comentaristas que la omisión de dar fe en las escrituras no puede suplirse por medio de acta, sino por medio de otra escritura, á cuyo otorgamiento concurren las partes, pues la declaración del Notario no es materia de ninguna clase de dichos instrumentos; y añaden que sería objeto de acta si se refriese á otras personas, no á él, ya que la declaración de un acto propio no puede servir ni perjudicar á los que en el documento no intervienen; y terminan diciendo que si se estima como adición de la escritura, el Notario no puede hacerla, sino salvándola al pie de la matriz, con aprobación expresa de las partes y con las firmas necesarias, y si se estima como nueva escritura, exige las mismas solemnidades que la escritura antigua; por todo lo cual concluyen dictaminando que la escritura subsanatoria de la defectuosa ha de

ser repetición de ésta, otorgándose de nuevo el contrato ineficaz por nulidad del documento.

El art. 91 del Reglamento para la ejecución de la ley del Notariado autoriza á los Notarios para dar fe, á instancia de parte, de los hechos y circunstancias que presenciaren y les consten y que por su naturaleza no sean materia de contrato.

En esa palabra «consten» vemos la competencia del Notario para autorizar el acta de subsanación, porque era un hecho que le constaba que tenía fe cuando omitiendo su dación autorizó el documento defectuoso. La forma del acta está indicada por resoluciones del Centro Directivo, contradictorias de opinión tan valiosa emitida por dichos comentaristas, los cuales no ven otra solución subsanatoria del defecto, que el otorgamiento de nuevo contrato por medio de otra escritura, cosa ésta que, sobre ser más dispendiosa que la forma de acta, no tiene objeto, pues las convenciones y estipulaciones serán las mismas. Surgió el acto jurídico con la asistencia de testigos y con la intervención de funcionario público competente; cumpliéndose en ello toda la legalidad exigida, no apareciendo otro defecto que el de omisión de un hecho oficial, mejor diríamos, de formalización que debe suplirse sin las dificultades consiguientes de tenerse que reunir todos los contratantes, bastando que uno de estos requiera al Notario para que levante la oportuna acta de subsanación.

El caso anterior no es igual al de otorgarse una escritura ante Notario incompetente ó sin la concurrencia de los testigos: defectos que invalidan el título, por haber nacido sin las condiciones legales. En esto no cabe subsanación, sino nuevo instrumento.

Puede versar la subsanación sobre circunstancias que deben expresarse en el asiento, en cuyo caso el nuevo documento deberá limitarse á ellas.

Si el defecto consiste en que la obligación contenida en el título no se halla definitivamente constituida, por ejemplo, la compra-venta cuyo adquirente no acepta, hay necesidad de que éste otorgue escritura de aceptación complementaria de aquél.

Y si la falta procede de algún precepto de la ley Hipotecaria, la subsanación se verifica, como dicen los Sres. Galindo y Escosura, consignando en el Registro la circunstancia omitida, ó trayendo el documento que se echa de menos, á fin de completar el presentado.

Aun que raras veces, se cometen en los documentos sujetos á ins-

cripción algunas omisiones no constitutivas de faltas, entre ellas la de no expresar el Notario que á su juicio tienen los contratantes la capacidad legal necesaria, ó que los testigos carecen de excepción et-  
cétera; omisiones son estas que no dan lugar ni á la denegación, ni á la suspensión del documentó, aún cuando constituyen materia de corrección disciplinaria al funcionario infractor.

V

Para cerrar este capítulo vamos á presentar algunas dudas y cuestiones que en la práctica á diario se suscitan, relativas al sentido y alcance de los arts. 59, 61, 65 y 317 del Código Civil.

El primero de aquellos tiene por precedente, en su primera parte, la Pragmática de 11 de Febrero de 1623, que decía: «Ordenamos y mandamos..... y si casare antes de dieciocho años (se refiere al marido) pueda administrar (en entrando en los dieciocho) su hacienda y la de su mujer si fuese menor, sin tener necesidad de venia.»

Al casado y velado se le tenía por emancipado, pero no podía tener la administración hasta cumplidos los dieciocho años.

La Ley de Matrimonio civil, en su art. 46, modificó un tanto la citada Pragmática.

Dicho art. 59 del Código se ha fundado en el de la Ley de Matrimonio civil; pero en su última parte introduce la novedad de facultar al marido para tomar dinero á préstamo, gravar y *enajenar* los bienes raíces, si siendo mayor de dieciocho años y menor de veintitres, obtiene, no la autorización judicial, sino el consentimiento de su padre, en defecto de éste el de su madre y á falta de ambos el de su tutor.

No se pierdan de vista esas palabras subrayadas *enajenar* y *su*, porque habremos de apreciarlas en los ulteriores razonamientos, contrastándolas con otras empleadas en el art. 317.

Según el art. 167, acaba la patria potestad por la emancipación del hijo; y de conformidad á lo dispuesto en el 278, termina la tutela, entre otras causas, por la habilitación de edad.

Prescribe el art. 61, que la mujer no podrá enajenar sus bienes sin licencia marital, disposición esta que tiene por precedente la Ley 55 de Toro y el art. 49 de la de Matrimonio civil.

Las enajenaciones que verifique la mujer en contravención á lo

arriba establecido, se les dá el nombre de actos anulables, porque solo el marido ó sus herederos pueden invalidarlos, según prescribe el art. 65 del referido Código.

El art. 317, hablando de los efectos de la emancipación, condiciona esta forma de salir el hijo de la patria potestad, y en vez de decir que el emancipado no podrá *enajenar* sus bienes sin consentimiento de su padre, en defecto de éste, de su madre y á falta de ambos, el de *su* tutor, como dispone el art. 59, dice, que «hasta que llegue á la mayor edad no podrá el emancipado vender bienes inmuebles sin el consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre y por falta de ambos, sin el de un tutor.»

Comparando dichos preceptos resulta que el emancipado por razón de matrimonio, forma que reconoce el núm. 1.º del art. 314, es de peor condición que el emancipado voluntariamente ante el Juzgado municipal ó por escritura y que el habilitado de edad (artículo 324), pues aquél no puede *enajenar*, en cuyo léxico se comprenden todas las formas de disponibilidad por actos intervivos, incluso la cancelación de derechos reales, en tanto que el emancipado voluntariamente y el que obtuvo la habilitación de edad, lo único que no pueden hacer es tomar dinero á préstamo y vender bienes inmuebles etc; y como á ese art. 317 hay que darle interpretación estricta, según repetida doctrina del Centro Directivo, entre cuyas resoluciones podemos citar la de 4 de Noviembre de 1896, es visto que los emancipados que no sean por razón de matrimonio no pueden concurrir por sí al otorgamiento de escrituras de partición, (véanse las citas que hemos hecho en este mismo capítulo) ni cancelar derechos reales; diferencia inexplicable bajo todos conceptos, porque para celebrar el matrimonio, siendo menores de edad los contrayentes, se requiere el consentimiento de sus padres y en defecto de estos el de las personas que deben darlo, según prescribe el art. 46 de dicho Código; y claro está que esa licencia, que debe constar en documento fehaciente ante Notario público ó eclesiástico ó ante el Juez municipal, envuelve una emancipación, subordinada al hecho de que el casamiento se verifique.

El emancipado por razón de matrimonio tendrá que valerse de *su* tutor á falta de padres, en tanto que el que lo sea por voluntad ó por habilitación de edad puede obtener el consentimiento, no de *su*, sino de un tutor; y como la tutela termina por la emancipación,

muchos no se explican cómo en tal caso se requiere la asistencia al acto de un tutor, determinado ó indeterminado, según se apliquen los arts. 59 y el 317, no faltando quien opine que debe nombrarse al emancipado un curador por el Juez, y hasta constituir un consejo de familia entienden algunos, para que pueda darse cumplimiento al precepto del Código.

Haciendo un estudio orgánico de aquél y teniendo en cuenta el art. 199 del mismo que determina el objeto de la institución tutelar, hoy de carácter trimembre, á cuyo precepto hay que referir el 278 que determina los casos de conclusión de la guarda, entendemos que, aún cuando por la emancipación haya terminado la tutela, es tan solo en lo que se refiere á la defensa de la persona y á la administración de los bienes del menor de edad, pero se halla en situación espectante para que el guardador, sin necesidad de la autorización del consejo de familia, preste su consentimiento en los contratos á que se refieren los arts. 59 y 317; pues ese requisito tiene por objeto suplir la inesperienza del emancipado para que no haga lo que podría serle perjudicial, sin que quepa, en manera alguna, el nombramiento de curador, toda vez que este cargo, lo mismo para los bienes que para los pleitos, ha desaparecido de nuestro derecho desde que se publicó el Código Civil.

En orden á lo dispuesto por los arts. 61 y 65 del Código Civil que tratan de la capacidad de la mujer casada, ya hemos citado en este mismo capítulo la última doctrina del Centro Directivo, declarativa de que no es inscribible la venta de bienes parafernales si no concurre la licencia marital; pero como esos contratos solo perjudican al marido ó á sus herederos, solamente estos podrán anularlos, por acción que dura cuatro años, según el art. 1301, á partir de la disolución del matrimonio.

En esto no hemos visto duda alguna. Siempre hemos creído que no son inscribibles semejantes enajenaciones, aún cuando otra cosa haya declarado el Centro Directivo en resoluciones de 23 de Marzo de 1892 y 22 de Agosto de 1894.

La duda que surge con todos los caracteres de gravedad es en el caso de haber obtenido la mujer, menor, la licencia de su marido mayor de edad, para vender ó gravar bienes inmuebles parafernales sin haber recabado en el acto el consentimiento de las personas expresadas en el art. 59 del Código. Ese documento no es inscribible,

según resolvió el Centro Directivo, (separándose totalmente de la doctrina que tenía sentada), en 5 de Junio y 8 de Julio de 1907, basadas en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1904 y 19 de Junio de 1906.

No pocas escrituras de enajenaciones otorgadas por mujer casada menor de edad con licencia de su marido y sin el consentimiento de aquellas personas se han venido inscribiendo por virtud de la doctrina repetida en resoluciones de 14 de Diciembre de 1896, 21 de Diciembre de 1898, 20 de Diciembre de 1899, 24 de Enero y 12 de Septiembre de 1901, en contra de lo resuelto en 3 de Junio de 1890.

Por virtud de esa doctrina se han venido inscribiendo contratos nulos, y como la inscripción no los convalida (art. 33 de la Ley Hipotecaria), y la circunstancia de falta de consentimiento resulta de registro y perjudica á tercero (art. 34) se pregunta cual es la suerte del derecho inscrito.

En nuestro sentir, el marido no puede anularlo, porque habiendo concurrido al otorgamiento de la escritura no le es lícito volver contra sus propios actos.

Tampoco pueden pedir la nulidad los herederos del marido, por lo mismo que se colocan en el lugar de éste.

Luego únicamente pueden pedirla el padre, madre ó tutor de la menor, mientras esta no cumpla los veintitres años; al cumplirlos podrá revalidar la enajenación, pero si no la revalida dentro de los cuatro años que dura la acción de nulidad, podrán aquellas personas usar de su derecho, á partir de la fecha del documento, que es cuando se cometió el vicio.

De no ser así, el derecho inscrito se hallaría en perpétua incertidumbre y sin garantía el tercero.

A esas dificultades y funestísimas consecuencias conduce la duplicidad del órgano interpretativo de la Ley: el Tribunal Supremo por un lado; el Centro Directivo por otro; y aún cuando las resoluciones de este último no prejuzgan el fallo que de la cuestión pronuncian los Tribunales, la doctrina de la Dirección al declarar inscribibles los documentos pone el derecho registrado en condiciones de que sobre él puedan fundarse ulteriores asientos, todos falseados por su base, con sorpresa y perjuicio de quien veía en la institución registral seguro medio de amparo para sus intereses, ante su cualidad de tercero.

Por eso entendemos que debiera constituirse un tribunal formado por oficiales del Centro Directivo, un Registrador y un Notario, bajo la presidencia de un Magistrado del Tribunal Supremo, único competente para resolver, sin ulterior recurso, acerca de la admisión ó no admisión de los documentos sujetos á registro.

Es deber del Estado, por lo mismo que es el órgano del derecho, definir y determinar la constitución externa de la propiedad, y dar á ésta garantías positivas, eficaces, valederas para que su dueño de buena fe no sea despojado injustamente. ¿Qué culpa tiene él de que en el Registro se haya inscrito como legal un título que, por haberse omitido ciertos requisitos en su formalización, resulte nulo y cuya nulidad le alcanza, sin haber tomado parte ni parte en ella? ¿Lo que hoy es inscribible puede mañana dejar de serlo sin que haya cambiado la ley? ¿Qué garantía puede dar el Registro no existiendo un criterio único y fijo en la inscripción de los documentos? Cese de una vez y para siempre ese estado de incertidumbre: nada desprecia tanto la ley como la falta de fijeza en su aplicación.

---



## Capítulo XIII

### Del tercero

#### I

Cuanto vamos á exponer en el presente capítulo constituye quizá lo más difícil, importante y trascendental de nuestro Derecho Hipotecario; es la clave del sistema en que fué vaciada la ley, y lo que constituyó la labor azás delicada que realizaran los legisladores á cuyos talentos, celo y patriotismo se confió el que hemos calificado de monumento jurídico del Siglo XIX en España.

Estudiemos los arts. 27, 33 y 34, procurando armonizarlos con subordinación al pensamiento que los informa.

El art. 27 define el tercero, aunque harto sabía el legislador que en derecho son peligrosas las definiciones. En él dá el concepto de tercero para los efectos de la ley, bien que lo hace—dicho sea con todos los respetos—con una concisión y con cierta vaguedad que motivan dudas en la discusión doctrinal y ocasionan interpretaciones encontradas en la práctica forense.

Lo primero á resolver es á qué tercero se refiere dicho precepto, si solo al que tiene su derecho tutelado bajo el amparo de la inscripción ó si á la vez á quien se halla fuera del Registro con título formalizado ó sin él.

Decimos esto porque hay dos clases de terceros aludidos por la Ley en sus arts. 20, 23, 25, 31, 34, 35, 36, 38, 394, 396 y otros; unos cuyo derecho se ha inscrito, y otros que no se hallan en este caso, como ocurre con las inscripciones de herencias voluntarias, que pueden ser atacadas dentro de dos años por quien se considere con

derecho para ello, y en los expedientes posesorios cuya aprobación se hace sin perjuicio de quien tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no se halle registrado.

Combinando los citados textos en un estudio sistematizado de la ley, se advierte que «tercero» significa un término de relación, ya de dentro, ya de fuera del Registro, al cual unas veces se le reservan sus derechos, y en otras se le dan garantías graduales hasta llegar á la inmunidad. Por eso dice Morell, con mucha agudeza y acierto, «que puede afirmarse por regla general que siempre que la ley habla de perjuicio á tercero, ese tercero es el que define el art. 27, el que no ha inscrito ni intervenido en el acto ó contrato que se inscribió, y siempre que habla de no poder ser perjudicado un tercero, ese tercero es el que define el Sr. Calderón, el que funda su derecho en un título inscrito.»

Hemos dicho que la redacción del art. 27 viene provocando dudas y cuestiones desde que apareció en la ley de 1861, y añadimos que acerca de su inteligencia se mantuvo una luminosísima discusión doctrinal entre La Serna de una parte, Moscoso y Galindo y Escosura de otra, sin olvidar á Pantoja y Lloret, entre los varios comentaristas que podríamos citar.

El punto debatido fué si se consideran terceros el Notario autorizante y los testigos de un contrato.

En la Exposición de motivos que precede á la ley Hipotecaria, que es su mejor comentario, como la calificó el Ministro al presentarla á las Cortes, se lee el siguiente párrafo: «La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia, no ha creído que con arreglo á ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripcíon, deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso se niega á cumplir el contrato celebrado ó pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando á la buena fé, á la lealtad que se deben los contrayentes; buena fé que en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla en cuanto alcance. Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos á la traslación de la propiedad y á sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por esto se separa de lo que está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana y seguido por Don Felipe II,

por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción solo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.»

En ese elocuente y substancioso párrafo de tan notable documento, en el cual no se reflejó á maravilla el espíritu de la Ley, han sacado armas los mantenedores de las opuestas doctrinas, unos para sostener que el Notario y testigos no gozan de la consideración de terceros, y otros para opinar lo contrario.

Con efecto; en ese párrafo adviértense dos puntos de capitalísima importancia: uno, que la ley tiende á proteger la buena fé y la lealtad; otro, cuando refiriéndose á los perjudicados, añade como supuesto, que estos no hayan sido parte en el contrato que dejó de inscribirse, y como *parte* no son los testigos, ni el Notario en los documentos públicos, parece á primera vista que con ellos no reza el art. 27, y si solo se refiere á los contrayentes.

De suerte que podríamos calificar de espiritualista la primera doctrina mantenida por La Serna, y literalista la sostenida, entre otros, por Pantoja, Moscoso, Galindo y Escosura, que goza de gran crédito, y parece ser la admitida por la mayoría de los expositores del Derecho Hipotecario, aunque no por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano interpretativo de la ley.

Aunque nuestra opinión no tiene valor alguno, la exponemos, sinceramente, poniéndola al lado de la de La Serna, cuya autoridad tenemos por irrecusable.

Antes de emitirla nos haremos cargo de las observaciones expuestas por Moscoso, extractadas en la magistral obra de Galindo y Escosura.

Dice á este respecto aquel comentarista:

1.º Que de las palabras dubitativas que emplea La Serna, se deduce que no fué punto que resolviese la Comisión, y por ello carece de autoridad dicho juriconsulto.

2.º Que al afirmar La Serna «que si su intención hubiera sido la de que el Notario y testigos debían ser considerados como terceros, no hubiera dejado de poner después de la última palabra que ahora tiene el artículo, estas otras, *como parte*; ni hubieran redactado el artículo de manera que se prestase á una interpretación que tanto diestaría del espíritu del Legislado»; argumento—añade Moscoso—que en último término se reduce á considerar como cosas distintas;

*intervenir en un contrato y ser parte en un contrato*; entendiéndose que intervienen, Notario y testigos, y que son parte tan solo los que lo otorgan; es interpretación que no se compadece con el texto del art. 31 que declara, que las inscripciones nulas solo perjudican *al que ha sido parte* en el contrato; palabras que han de estimarse como explicativas de que se entiende tercero todo el que no ha sido parte en él; porque de lo contrario habría mandado que perjudicasen las inscripciones nulas á los que hubieran *intervenido* en el contrato, no á los que en él hubieran sido parte.

3.º Que no es tampoco tan llana la inteligencia que se dá á las palabras *intervenir en el contrato*, que no puedan interpretarse en un sentido contrario ó al menos diverso. Intervienen en una venta, los otorgantes que han convenido los términos en que la verifican. Intervienen también los que han mediado entre los contrayentes como amigos ó árbitros; ajustando sus diferencias, transigiendo sus pretensiones y acordándolos en uno. No interviene el Notario, que se limita á extender la escritura para que tenga autenticidad el contrato que ya está perfeccionado cuando á él se acude. No intervienen los testigos que solo presencian el acto de redactar la escritura para que pueda justificarse en cualquier tiempo, que los otorgantes manifestaron ante ellos el contrato que ya tenían celebrado.

4.º Que la ley Hipotecaria prescinde por completo de la buena ó mala fé de los contrayentes (salvo en las enajenaciones en fraude de acreedores, no porque tengan buena ó mala fe, sino porque presume la falsedad del contrato), y mucho más cuando su mala fe puede contrarrestarse con la diligencia necesaria para escribir.

5.º Que la ley Hipotecaria no es una ley de moralidad, sino de crédito, y las operaciones de crédito y la moral no siempre van unidas en estrecho consorcio: cuyo concepto se deduce de la misma *Exposición* cuando habla de los primistas y los deudores.

6.º Que no se protege la mala fé del testigo que compra de quien sabe que no es dueño; sino que se pena la negligencia del que teniendo medios para serlo con solo inscribir su derecho, dejó de verificarlo. Para la L. H. no hay más dueño que el que aparece serlo en el Registro; quien de ese compra, compra bien; aunque le conste que no es dueño el que vende; podrá cometer un pecado; pero no una acción prohibida por aquélla.

7.º Que no es tampoco cierto que el Notario ó testigo que com-

pran la finca que ante ellos se ha vendido á otro, compren de quien saben que no es dueño. Lo que saben es que el comprador tiene un derecho personal contra el vendedor; pero que no ha adquirido el dominio irrevocable hasta que inscriba. No tienen necesidad de averiguar porqué no ha inscrito el comprador ni porque el vendedor enajena de nuevo. Si el vendedor aún es dueño, compra del dueño. No ha perjudicado al derecho personal del primer comprador; así como cuando no existía el Registro, el que compraba y tomaba posesión venía al que había comprado y no tomado posesión, sin que el saber ó ignorar la primera venta, le perjudicara ni le favoreciera.

8.º Que si la ley juzga que hay falta de buena fe, y que esa falta raya en delito, declare la nulidad del contrato, castíguelo si bien le parece; pero mientras no lo haga, no puede privarse á los hechos de sus naturales efectos.

9.º Que no se oponga que el conocimiento del Notario y de los testigos consta de una manera indubitable en la misma escritura, porque esto carece de fuerza en el terreno moral y en el legal, al menos en lo que hace referencia á los testigos. En el terreno moral, porque acontece casi siempre que en el momento de firmar se llama á cualquiera persona, al primero que se encuentre casualmente en aquél sitio, y se le ruega concurra por favor; prestándose á ello sin conocer la mayor parte de las veces á los contrayentes, y olvidando no pocas al breve tiempo, otorgantes y cosa vendida. En el terreno legal, no podría producir otro efecto, sino que el perjudicado no tuviese necesidad de justificar que el nuevo comprador sabía la primera venta.

10.º Que aún aceptando como buena la razón de que el precepto del art. 27, si bien basado en la falta de buena fe, se limitaba al Notario y testigos, porque solo la presumía en las personas que constaba oficialmente que carecían de ella; por la misma causa había de extenderse además del Notario y los testigos, al Juez, á los Letrados, al Escribano, al Arquitecto, al Agrimensor, al Alguacil que figuran en las ventas de bienes de menores ó nacionales ó hechas en pública subasta voluntaria; porque su intervención consta en el mismo expediente.

11.º Que si el motivo de la ley fué la protección de lo adquirido de buena fe, se entiende en cuanto se cumplen los preceptos le-

gales; si no se cumplen no. El actual sistema hipotecario tuvo por objeto salvar los derechos del que inscribe, contra el que no los ha inscrito; mas si el que adquiere deja de inscribirlos, tenga el adquirente posterior buena ó mala fe en el fuero interno, no mantiene á aquél en el derecho que ha perdido por su negligencia.

12.º Que es cosa grave variar el sentido de la palabra *tercero*, dándole una significación civil y otra hipotecaria, cuando debe procurarse que una y otra se dirijan de consuno al fin común. Siempre por *tercero* se entendió al que no ha intervenido en el contrato como otorgante, aunque haya intervenido en las solemnidades necesarias para que pueda justificarse ante los Tribunales; y por más que se diga, en este mismo sentido lo entendieron los autores de la *Exposición* de motivos, pudiendo aducirse de esto abundantísimas demostraciones. Al fijar el alcance que ha de concederse á los efectos de la falta de inscripción, dicen: «¿Deberán limitarse á los *terceros interesados*, ó comprender también á los mismos *contrayentes*?» Y luego siguen manifestando, que la falta de inscripción no perjudica á los *contrayentes*, y que solo puede alegarse por los perjudicados que *no han sido parte* en el contrato: que la ley de Brumario del año VII en Francia aceptó el principio de que la propiedad se transmitiese *tanto respecto á los contrayentes, como á un tercero*, por el consentimiento; principio que no acepta la Comisión, porque cuando se limita á los *contrayentes* no toca á la L. H. entrar en su exámen; pero cae de lleno bajo su dominio para desecharlo, cuando se trata de interés *de tercero que no ha sido parte en el contrato*, en fin, en la página 109, consigna la doctrina respecto á la extinción de las inscripciones y anotaciones, afirmando que su cancelación «no extingue por su propia virtud *en cuanto á las partes*, los derechos inscritos á que afectan; surtiendo todos sus efectos en cuanto á *terceros que después hayan adquirido ó inscrito algún derecho*.»

Hemos copiado unos párrafos y extractado otros de la notable obra de los Sres. Galindo y Escosura, intitulada «Comentarios á la legislación Hipotecaria de España y Ultramar» (págs. 423 al 430, edición de 1896) con el fin de presentar las razones aducidas por el Sr. Moscoso, sostenedor de la doctrina de que el Notario y testigos tienen la consideración de terceros, dado el art. 27 de la ley.

Como quiera que opinamos de distinto modo, ó sea que aquellas personas, por el hecho de intervenir en el acto ó contrato, no gozan

de la inmunidad de tercero, nos creemos en el deber de rebatir, en lo que permitan nuestras luces, los anteriores argumentos, que clasificamos en tres órdenes, á saber: de carácter moral, de carácter legal y de lo que pudiéramos llamar de interpretación de la Exposición de motivos que precede á la ley de 1861.

En el primer orden comprendemos los argumentos de los números 1.º, 4.º, 6.º, 8.º, 9.º, 10 y 11; en los del segundo orden los de los números 2.º, 3.º y 7.º; y en los del tercer orden los de los números 5.º y 12.

Hemos de advertir que esta clasificación es incompleta, porque dentro de cada orden hay argumentos que presentan varios caracteres; pero al fin y á la postre tiene la ventaja de que metodiza la discusión.

Que las palabras dubitativas empleadas por La Serna revelan que el punto objeto de debate no fué resuelto por la Comisión, esto no arguye otra cosa que el art. 27, dada su claridad y precisión, no requería comentario; y aunque las palabras de La Serna, al decir de Moscoso, carezcan de autoridad en este punto, porque no fué resuelto por la Comisión, no puede negarse que tan eminente jurisconsulto tomó parte muy activa en la redacción de la ley Hipotecaria, circunstancia que no es de olvidar, y si muy digna de tenerse en cuenta.

En el *tercero*, para que tenga la consideración de tal, á los efectos hipotecarios, se ha de apreciar su buena fe, el elemento ético, porque aunque una cosa es el círculo de la moral donde se desenvuelven los deberes imperfectos fundados en la pureza de motivos del acto, y otra el círculo de la ley en el cual se condicionan los deberes perfectos á que la convivencia social obliga, no puede desconocerse que la acción de la moral influye poderosamente en la ley; y como ésta no puede separarse, por regla general, de aquélla, el ordenamiento del Legislador, tendente á desautorizar hechos no informados en la buena fe, mas si encubiertos con la falsía, la deslealtad y la traición, no debe eludirse, antes bien se impone su cumplimiento.

El punto, pues, á resolver es si proceden de buena fe el Notario y los testigos que adquieren por título oneroso bienes inmuebles de persona que no podía transmitirlos por haberlos ya enajenado por documento en que ellos intervinieron con su respectivo carácter.

Moscoso, argumentando, reconoce que aquellos no proceden de buena fe, pero, añade, «que esto no es razón poderosa para negarle su condición de tereero; que la ley Hipotecaria prescinde por completo de la buena ó mala fe, salvo el caso de enajenación en fraude de los acreedores, y esto porque presume la falsedad del contrato; que si esa falta de buena fe raya en delito, castíguese la nulidad del acto pero mientras esto no se haga, no puede privarse á los hechos de sus naturales efectos, y que en el terreno moral no es de peso la opinión contraria á la suya, porque acontece casi siempre que en el momento de firmar se llama á cualquiera persona, al primero que pasa por la calle y se le ruega concurra por favor, como testigo al acto de firmarse la escritura.»

La ley Hipotecaria, como tal ley, que pertenece al orden civil, que tiene carácter modal y es de garantías, no prescinde ni puede prescindir de la buena fe en los contratos. En el caso de enajenación en fraude de acreedores, bien claro lo dice, que esta excepción, comprendida en el art. 37, va referida á lo dispuesto en el art. 36 en orden á las acciones rescisorias que no se dan contra tercero inscribiente.

Pues bien; es tal el propósito del Legislador de no sancionar la mala fe, que aún cuando el inscribiente hubiese adquirido los bienes ó derechos por título oneroso de persona á cuyo nombre aparecían del Registro, autoriza la rescisión del contrato por causa de fraude; y si esto lo hace porque no procedió de buena fe, apesar de ser tercero, con más razón no debe permitirlo cuando quien compra sabe oficialmente por actos en que ha intervenido, que el vendedor no es tal dueño, que el derecho se ha suplantado, y que, por lo tanto, con la compra que realiza no solo se perjudica al primitivo y legítimo adquirente, sino que por tal arte queda sin eficacia un documento público cuya autorización prestó, en calidad de Notario, y á cuya formación de prueba preconstituída concurrió, si hubiese intervenido como testigo.

Que en tal caso el contrato es vicioso, por semejante mala fe, está fuera de toda duda; implícitamente lo reconoce Moscoso, cuando queriendo aminorarla por lo que á la de los testigos se refiere, alega, que de ordinario acontece que se llama á cualquier persona de la calle para la firma de la escritura sin enterarse muchas veces del objeto de ésta; sin conocer la mayor parte de las veces á los

contratantes y olvidando no pocas al breve tiempo otorgantes y cosa vendida.

No podemos negar que esto es muy cierto, pero no ocurre siempre; es lo general. Mas reconózcase que puede haber casos en los cuales el testigo ni es de los que pasan por la calle, ni que tiene tan flaca la memoria para no recordar el contrato. La ley no puede descender á casuismos, distinguiendo entre testigos rogados, acompañantes y los que estén en la Notaría; presume que recuerdan lo que presenciaron, lo cual lo mismo puede datar de mucho tiempo que de poco; como presume que todo ciudadano conoce la ley, y, sin embargo, la ignorancia de ésta no excusa su cumplimiento (art. 2.º del Código Civil); y el contrato es una ley; la escritura, la forma de su publicación ante los otorgantes; en esa ley interviene el Notario como delegado del Poder público; concurren los testigos en representación del pueblo y para formar la prueba preconstituida.

Moscoso sostiene que la ley Hipotecaria prescinde por completo de la buena ó mala fe; ¿Qué acaso esta ley no pertenece al Derecho civil? ¿No dice el Código en su art. 433 que se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio alguno que lo invalide? Pues ese testigo que ha comprado de quien sabía que no era el dueño, precisamente porque concurrió al otorgamiento de la escritura primitiva de enajenación, le constaba que su título era vicioso, adquirido de mala manera. Si al otorgar la escritura á su favor no recordaba aquella intervención, pudo enterarse por los medios que tuviera á su alcance; esto en el supuesto de que quisiera proceder de buena fe; lo cual no excluye que hayan casos en que si le constan al testigo lo que luego preteste ignorar. Para que no hayan tales diferencias, la ley, previsora, no concede la inmunidad de tercero á ninguno de los que hayan intervenido en el acto ó contrato, ni á los que lo presenciaron é impresionó sus sentidos.

Añade Moscoso que si la falta de buena fe raya en delito, castíguese la nulidad del acto, pero mientras esto no se haga, no puede privarse á los hechos de sus naturales efectos.

Contestando á este argumento, precisa distinguir entre el dolo que da lugar á la nulidad del contrato y el dolo que ocasiona el delito, llamado este último dolo malo en las estafas.

La mala fe no es el dolo, pero vicia el título cuando se adquiere mediante ella, puede salir de la esfera civil y entrar en la

penal, y aún cuando no llegue á generar delito, no hay porqué excluirla en la esfera privada, desposeyendo á los hechos, no de sus efectos naturales, porque lo natural es la sana intención, el puro motivo, la moralidad en el obrar, sino los efectos habilitados con los cuales pueden lastimarse derechos legítimamente adquiridos.

Luego la cuestión se reduce—hecha exclusión de la buena ó de la mala fe—á si el Notario y testigos tienen ó no intervención en el instrumento público, para ver si reza con ellos el art. 27. A este respecto, Moscoso sostiene que dichas personas no intervienen en el contrato, y que si el hecho de constarles éste oficialmente fuera motivo para no atribuirles la cualidad de tercero, por la misma causa debía extenderse el caso al Juez, á los Letrados, al Escribano, al Arquitecto, al Agrimensor, al Alguacil que figuran en las ventas hechas en pública subasta.

Vemos que no hay paridad de casos, porque una cosa es la subasta y otra la escritura; aquella se verifica por virtud de expediente en el que intervienen dichas personas, pero no es la escritura; esta es el verdadero título inscribible á que se refiere el art. 27.

Añade Moscoso que «en el documento intervienen los otorgantes, los que han mediado entre estos como amigos ó arbitros, ajustando sus diferencias, transigiendo sus pretensiones y acordándolos en uno; pero no el Notario que se limita á extender la escritura para que tenga autenticidad el contrato que ya está perfeccionado cuando á él se acude, como tampoco los testigos que solo presencian el acto de redactar aquella para que pueda justificarse en cualquier tiempo que los otorgantes manifestaron ante ellos el contrato que ya tenían celebrado.»

No nos satisface este argumento: considerar intervinientes á los amigos y arbitros de los contratantes cuya misión se reduce á ponerles de acuerdo en los términos del contrato, transigiendo acaso sus diferencias, y no al Notario y testigos que prestan al documento las condiciones legales, sin las que no tendría vida y eficacia, parecenos un contrasentido, dicho sea con los debidos respetos que merece tan esclarecido comentarista y cuantos con él así opinan. Porque aquellos amigos ó avenidores, resueltas las diferencias que pudieran mediar entre los otorgantes, terminan su cometido, sin dejar huella pública alguna de su intervención en el contrato; y en cambio esa intervención del Notario y testigos resulta de modo fehaciente.

ciente y perdurable en el documento, que sería nulo sin semejante requisito.

De modo que, según el Sr. Moscoso, el amigo, el avenidor de los contratantes no es tercero ¿por qué? porque le constaba el contrato. Pues lo mismo ocurre con el Notario y con los testigos, que además de presenciarlo oficialmente, le dieron firmeza; el primero con su ministerio, los segundos con su concurrencia al acto.

Añade dicho comentarista, que «si la falta de buena fe se estimara obstáculo para ser considerado tercero, el precepto había de ser general, extendiéndose á cuantos supieran que la venta estaba otorgada en favor de otro».

Conformes con esta conclusión, que no solo es lógica, sino que tiene por apoyo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre cuyas sentencias podemos citar las de 8 Febrero del 85, 26 Marzo del 94, 7 Febrero del 86, 3 Marzo y 9 Julio de 1900, 6 Diciembre de 1901, 13 Mayo de 1903 y 14 Octubre de 1905, cuya doctrina es que no puede considerarse tercero al que tiene conocimiento de las causas de rescisión ó nulidad.

Ese conocimiento proviene de dos clases de hechos: unos oficiales; otros que impresionan los sentidos, como ocurre respecto de estos últimos con la servidumbre continua y aparente, cuyo gravámen, por tener signo de esteriorización, aún cuando no esté inscrito perjudica á tercero.

En el Notario y testigos ese conocimiento de las causas de invalidación es oficial; contra ellos pesa la presunción *jure et de jure*, en tanto que para las otras personas á quienes se les suponga conocedoras del acto nulo se ha de probar esta circunstancia, precisamente porque sus nombres no figuran en la escritura. Es claro que para el Notario y testigos el original de ésta les demuestra esa mala fe, sin que puedan desmentir sus actos ni volver contra ellos.

Reconocemos que esto será duro; pero reconózcase en que hay necesidad de poner dique á la mala fe; pues podrían cometerse actos reprobados y aún delictivos, poniéndose el testigo en convivencia con el falso vendedor apenas otorgada la venta, para adquirir por mal arte la finca que con su intervención se había enajenado, inscribiéndola á su nombre en el Registro, antes de que lo hiciera el primer comprador, quien se vería burlado ante el obstáculo que le creara semejante sorprendente inscripción.

Respecto á los argumentos de carácter legal, se cita el art. 31, según el que: la nulidad de las inscripciones no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito.

Como este artículo emplea la palabra *parte* y no el léxico genérico *intervenido*, entiende Moscoso y los que con él opinan que se considera empleada aquella en el art. 27 con carácter específico del término *intervención*, y por consiguiente lo que la ley ha querido decir es, que no se consideran terceros los que hayan intervenido como *parte* en el acto ó contrato; ó sea que el art. 31 es explicativo del 27.

No vemos esa relación, y un ejemplo despejará toda duda. A. vende á B. una finca; éste la inscribe; pero en el asiento no se expresan las circunstancias. El asiento es nulo, y apesar de ello B. vende la finca á C. cuya inscripción es perfecta, sin defecto de ninguna clase. C. es el tercero, y aún cuando se anule el asiento inmediatamente anterior al suyo, esa nulidad no le alcanza, precisamente porque compró la finca de persona á cuyo nombre aparecía inscrita en el Registro; y esto le basta para no ser privado de su derecho. Claro está que si hubiera sido parte en el contrato cuya inscripción se anulara, no sería tercero, sino segundo, con el cual se entendería el pleito para que se defendiese; en tanto que, no siendo parte en el contrato inscrito, cuya nulidad de asiento es objeto de contienda, á él no se le puede demandar; él se desentiende de semejante reclamación, y no estará, por consiguiente, á los resultados de la sentencia.

Como quiera que la Ley se llama de terceros, no tenía más remedio que amparar ese derecho del adquirente, al cual no le importa saber si la inscripción hecha á favor de quien le había transmitido el inmueble era ó no viciosa.

Si el art. 31 en vez de la palabra *parte* hubiera empleado la de *intervenido*, no habría estado bien escrito, dado que esa palabra *parte* va referida á la de *derecho*, empleada en el mismo precepto, y como el Notario y los testigos no adquieren derecho, ni las otras personas que no reúnen la cualidad de contratantes, con ellas no podía rezar la garantía del ordenamiento.

Pero supongamos que ese tercero, sin ser parte en el contrato, hubiera intervenido como testigo ó como Notario, y que la nulidad no sea de inscripción, sino de fondo, por ser vicioso el acto jurídico; como por ejemplo, la venta de bienes inmuebles de mujer casada sin

licencia de su marido y en defecto de ésta sin la habilitación judicial: supongamos que á pesar de este defecto se inscribe el documento, y que el marido, usando de su derecho, pide la nulidad del contrato, y, como consecuencia, la cancelación del asiento respectivo.

Como quiera que ese testigo intervino en un contrato nulo no podrá alegar que no fué parte en él, para ampararse en el art. 31, porque conocía la causa de invalidación; no es tal tercero según el art. 27, cuyo alcance es total cuando dice que, para los efectos de esta ley, (y el art. 31 es parte de ella) se considera como tercero á aquél que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito.

De donde se desprende que ese art. 27 es determinante del tercero en general, así como el 31, 34 y otros son explicativos del tercero específico para cada caso ó situación jurídica en que el inscribiente ó no inscribiente puede hallarse, pues como dijimos al principio, hay terceros de Registro y terceros de fuera de Registro, con el adjetivo de hipotecarios los primeros y de civiles los segundos.

Añade Moscoso que la ley no protege la mala fe del testigo que compra de quien sabe que no es dueño, sino que pena la negligencia del que teniendo medios para serlo con solo inscribir su derecho dejó de verificarlo.

En esto de negligencia hay mucho que contar, porque no existe ninguna ley que obligue á que se otorgue la escritura en el mismo pueblo donde reside el Registro, y claro está que aún cuando en el acto se expida la copia, cosa que raras veces ocurre, por mucha diligencia que tenga el comprador transcurre algunos días sin ser presentada; y pudiera ocurrir que en ese interregno el testigo que había intervenido en el contrato se hiciera con un documento á su favor, lo llevase al Registro, ganando la mano, como vulgarmente se dice, al primitivo y verdadero comprador.

Pero vamos; no llevemos la cuestión á este terreno de posibilidades para no empequeñecer la cuestión. Demos de barato que tanto la buena fe como la negligencia son objeto de graduación, según los casos; pero ya que Moscoso dice ser el fin de la ley castigar la negligencia, nosotros, que no lo negamos, añadimos como circunstancia precisa, que el diligente ha debido proceder de buena fe; esto es, que no le consten los vicios que encierre su título.

Entre la negligencia y la mala fe es más castigable ésta que aquélla. Ya sabe el dueño á que se expone si no inscribe su título; pero ya que corre ese perjuicio, al menos quien se le anteponga que sea un adquirente de buena fe, no quien le constaba que no podía comprar la finca de quien, á su presencia, la había enajenado.

Y á esto añade dicho comentarista: «que para la ley Hipotecaria no hay más dueño que el que aparece serlo en el Registro; quien de ese compra, compra bien, aunque le conste que no es dueño el que vende; podrá cometer un pecado, pero no una acción prohibida por aquella, que lo único que sabe es que el comprador tuvo un hecho personal contra el vendedor, pero que no ha adquirido el dominio irrevocable hasta que inscriba».

Disentimos totalmente de esto: la ley Hipotecaria no está divorciada del Derecho civil; si se separa algunas veces de éste es para proteger los intereses de tercero, por lo mismo que tiende á garantizar el derecho de propiedad inmobiliaria en sus diferentes estados y desmembraciones. Mientras quien ostente el derecho no tenga la cualidad de tercero, no la ley Hipotecaria, sino el Código Civil es el aplicable para resolver las cuestiones; y puesto que Moscoso dice que el comprador tiene un derecho personal contra el vendedor hasta tanto inscriba la finca á su nombre, nosotros, apoyándonos en aquél, decimos que ese derecho es real (entiéndase que nos referimos á la relación jurídica entre el comprador y el vendedor) ó si no ¿qué elementos integran el derecho real? El título ó sea la causa; el modo que es la tradición, y precisamente esos elementos concurren en la compra-venta; ésta se perfecciona, como es sabido, por el consentimiento prestado por los contrayentes respecto de la cosa y del precio, y queda consumada por la entrega de ambas cosas: el otorgamiento de escritura es una de las formas de tradición (art. 1462 del Código Civil); luego tenemos los dos elementos que integran el derecho real ante el hecho de formalizarse el contrato amparado en la fe pública, por más que para que adquiriera toda plenitud y pueda perjudicar á tercero, se le lleve al Registro por medio del correspondiente documento, en donde consta su creación, al objeto de obtener las garantías de la ley Hipotecaria; y como ese testigo presencié el contrato, y con el contrato la entrega simbólica de la cosa, contribuyendo de esta suerte con su intervención, por la ley exigida, á la creación de ese derecho real, jamás puede llamarse á engaño, ni

decir que aquel comprador solamente tenía un derecho personal contra el vendedor.

Respecto al tercer orden de argumentos, que quizá impropia-mente hemos llamado interpretativos de la Exposición de motivos, no nos satisfacen.

Cabe interpretar una ley, pero interpretar una Exposición cuando uno de sus esclarecidos Autores manifiestan que el punto de esta controversia no fué tratado por la Comisión, nos parece ilógico; porque ese párrafo que, aludiendo á los terceros interesados, emplea la palabra *contrayentes*, y refiriéndose á la falta de inscripción dice que solo puede alegarse por los *interesados que no hayan sido parte*, se refiere á las cuestiones planteadas entre quienes querían que el Registro fuese un verdadero censo de la propiedad inmueble, y los que entendían lo contrario. Los Autores no se referían más que á un punto doctrinal, y ante él sostuvieron en ese mismo párrafo «que los Registros deben ser un grau medio que ha de tener la administración en sus trabajos estadísticos, cuya idea si no ha de dominar sobre el interés civil y sobre el interés social, ha de ser igual cuando menos á ellos.»

De suerte que en ese párrafo se refirió la Exposición de motivos á los efectos de la falta de inscripción, no al concepto de tercero, que es el tema objeto de debate.

Galindo y Escosura hacen suyos los argumentos expuestos por Moscoso, y añaden, que «en ninguna parte de la ley Hipotecaria, ni en su espíritu ni en su letra se mencionan otras personas á quienes puedan aplicarse las disposiciones, además de los contratantes ó partes de los actos inscribibles y los terceros: esa clase híbrida, que se inventa por los que interpretan de otro modo el art. 27, y que llamaremos *intervinientes* especie de trasgos que, lanzados del cielo y no admitidos en el infierno, vagan por las regiones intermedias, son desconocidos completamente».

Aunque es muy bella esa metáfora no la vemos fundamento, porque aún cuando la ley no mencione concretamente en sus preceptos á otras personas que no sean contratantes ó partes de los contratos inscribibles, los intervinientes, esa clase híbrida ó especie de trasgos lanzados del cielo y no admitidos en el infierno, no vagan por las regiones intermedias, no son el alma de Garibay que no supo hallar sitio donde ponerse, sino que tienen asiento en el art. 27 de la

ley, que, como hemos dicho, tiene carácter genérico; tanto, que en las otras prescripciones de la ley se habla de tercero con expresión específica.

Añaden dichos comentaristas lo que sigue:

«Si se expusiera que el Notario y los testigos no lo son, y por lo tanto que no gozan de las ventajas que la L. H. concede á los terceros, ley para ellos solo dictada, sería una regla general que no podría circunscribirse al solo caso de que los Notarios y los testigos hubiesen comprado una finca, vendida antes á otro en virtud de la escritura en que intervinieron, sino que habría de aplicarse á todos los que ocurriesen».

La Ley no excluye del carácter de tercero al Notario y testigos solamente, dada la interpretación natural del art. 27, sino que comprende á todos, sean ó no intervinientes, que tengan conocimiento de la causa de nulidad; á los que sabiendo que uno no es dueño de la finca por haberla enajenado, sin embargo de ello la compra; pues es un adquirente de mala fe, en razón á que no ignoraba que en su título ó modo de adquirir había vicio que lo invalidaba, (art. 433 del Código); éste y no otro es el sentir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en este mismo capítulo hemos citado.

La Ley no quiere que en el título del inscribiente haya mácula alguna; exigele limpieza de origen; claro está que como la buena fe se presume siempre, salvo prueba en contrario (S. 5 Junio de 1894) quien pretenda invalidar el título del comprador, fundado en que éste conocía la venta anterior, deberá justificarlo, venciendo esa presunción *juris tantum*, cosa que no ocurriría si el inscribiente del doble contrato hubiese tenido intervención oficial en el primero, á título de Notario ó en clase de testigo.

El heredero del otorgante no tiene la cualidad de tercero, precisamente porque se coloca en el lugar de su causante. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de Enero de 1892, 1.º y 25 de Mayo de 1893, 11 Enero de 1895, 17 Marzo de 1896.

La cuestión á resolver consiste en si tiene la cualidad de tercero el heredero del Notario y de los testigos, ó el que lo sea de aquellas personas que conocían el título.

Valga este ejemplo: A. vende á R. una finca en cuyo contrato interviene el testigo C. A, no obstante el contrato, vende aquella á E, que es heredero del testigo C, ¿puede éste considerarse tercero si

no le constaba la primera enajenación? Entendemos que sí, porque la buena fe representa una situación moral individualizada, lo que pudiéramos llamar suidad en el amplio sentido de la palabra. El desconocimiento del vicio, mejor, la creencia que uno tiene de que en su título ó modo de adquirir no hay cosa que lo empañe é invalide. La buena fe de un orden ético, presuntiva de que existe mientras en la esfera jurídica anormal, es donde el derecho alcanza todo su poder y expresión, no se acredite lo contrario.

## II

Estudiemos el art. 33 cuyo texto es: «La inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes».

Recordemos lo que digimos en varios capítulos.

En la inscripción, en esa fórmula legal pública, promulgadora del derecho, para que conocido de todos sea por todos respetado, se colocan el título y el modo; el primero, como causa, el segundo como hecho.

Si no hay título, ó si habiéndolo es vicioso, falta un elemento de la inscripción.

No porque se califique é inscriba el documento sujeto á registro se le ha de tener por válido y eficaz. La inscripción no es el agua del Jordán que lava y purifica las culpas de origen. Cabría esto si nuestro sistema inmobiliario fuera de los llamados absolutos, en los cuales se exige la purga del título antes de ser inmatriculado para recibir las garantías absolutas del Poder público; pero como es eléctrico, exige la pureza del título; en términos que si éste entraña vicios no puede fundar en la inscripción un estado de derecho inatacable, á menos de que quien lo ostente tenga la cualidad de tercero por el art. 34 de la Ley, en la extensión que el mismo determina.

Tres cosas, pues, son necesarias para que el derecho inscrito goce de inmunidad: limpieza del título, buena fe en el inscribiente y que la fórmula promulgadora de aquél revista las circunstancias prevenidas por la ley. Si todas ó cualesquiera de ellas no se cumplen, sobreviene la nulidad de la inscripción; llamada de fondo si se refiere á la invalidación del título, y nulidad de forma si dice á la omisión ó inexactitud de aquellas circunstancias, como veremos en otro capítulo.

Como dicen, muy acertadamente, Galindo y Escosura, si á la inscripción se concediese tal fuerza que no pudiese ser cancelada por lo nulo del título, el árbitro de la propiedad sería el Registrador: todos los títulos para adquirir se reducirían á uno; el asiento del Registro.

La nulidad del acto ó contrato puede provenir de diversas causas, unas internas, psicológicas, como ciertos vicios del consentimiento; otras externas, constitutivas por las formalidades que la ley exige para integrar la capacidad legal del contratante, en forma de licencia, consentimiento, autorización, habitación y aprobación; y las últimas que dicen á la manera en que el acto toma forma legal mediante su autorización reglada por funcionario competente.

Además; hay nulidades producidas por quien la ley le prohíbe verificar cierta clase de contratos, ora por incompatibilidad, ora por razones de moralidad: entre los primeros tenemos al Notario, que según el art. 22 de la Ley de 28 de Mayo de 1862, no puede autorizar contratos que contengan disposiciones á su favor ó en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil ó segundo de afinidad; y entre los segundos se comprenden las personas de que hablan los arts. 1458 y 1459 del Código Civil, que no pueden comprar determinados bienes. Las expresadas en el primero de estos artículos podrán comprenderse en la prohibición de la primera clase, llamada de incompatibilidad.

Tomando pié en la definición dada por Savigny de lo que es la relación jurídica, diremos que el imperio de la libertad no constituye un poder salvaje, sino una facultad condicionada por la ley, que presupone voluntad, y ésta á la vez conocimiento. De suerte que cuanto vicie la inteligencia, coarte la voluntad, anula en su raiz la relación jurídica en lo que al elemento personal de la misma concierne; y además, por la infracción de la ley, por el incumplimiento obligado de sus prescripciones, se hace ineficaz el acto jurídico.

Como el Registro es una institución amparadora de los derechos legítimamente adquiridos; como uno de los principios en que se funda es el de legalidad, tenía que escribirse ese art. 33 para que no se pusieran bajo el amparo de la inscripción títulos colorados, ó simulados, títulos falsos y supercherías. Por eso, opinando con Galindo y Escosura, creemos que está muy bien establecido ese precepto, dada la naturaleza de nuestro sistema inmobiliario.

Para terminar esta parte, importa decir que bajo la acepción de *títulos nulos* se comprenden los falsos, y que según resolvió el Centro Directivo en 4 de Marzo de 1876, la declaración de nulidad de títulos ó documentos inscritos ha de obtenerse en juicio ordinario.

Y se explica esto, porque estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales de justicia, tratándose de declaración de nulidad de asiento aparentemente legal, sólo por un juicio declarativo, según la cuantía del asunto, puede conseguirse aquel objeto.

### III

Estudemos el art. 34, que, sin duda es el más importante de la ley. En él se dice que: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos que se ejecuten ó contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto á los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro».

Esta parte del artículo está tomada literalmente de la ley de 1869, que separóse de la de 1861 en un punto, á saber; que ésta no exigía que el título de adquisición fuese oneroso, en tanto que aquella sí.

Haciendo un estudio analítico de ese ordenamiento, tenemos: que para gozar de inmunidad el tercero, (llamado por nosotros de primer grado,) ha de fundar su derecho en un título oneroso; la persona que se lo trasmita ó grave ha de ser la misma á cuyo nombre aparezca registrado, lo cual no es óbice para que el transferente se valga de apoderado debidamente autorizado; y por último, que ese derecho en tanto tiene defensa en cuanto se pone bajo el amparo valioso de la inscripción, ó por lo menos se haya extendido el asiento de presentación del título en el Diario, á cuya fecha se retrotraen los efectos de aquella, según determina el art. 28.

De consiguiente; si no se cumplen esos tres requisitos, de título oneroso, de que la persona trasmitente ó que grave es la misma cuyo nombre aparece en el Registro con derecho para ello y que el documento se haya presentado para extender el asiento en el Diario,

quien pretenda ostentar la cualidad de tercero para los efectos determinados en la primera parte del art. 34, no gozará de semejante inmunidad.

Pero ese derecho de tercero no tiene más alcance que el de no poderse invalidar su inscripción por título anteriormente no inscrito ó por causas que no resulten *claramente* del mismo Registro, aún cuando se anule ó se resuelva el derecho de la persona con la cual se contrató.

Supongamos que en un contrato nulo, A. adquiere de B. una finca; éste no es tercero, porque intervino en un acto vicioso; pero B. la vende á C. extraño por completo á aquél; C. es tercero, si del Registro no aparece claramente la causa de nulidad, ó si la resolución de su derecho no previene de documento anteriormente inscrito, porque tanto en un caso como en otro, siendo público el Registro, ha podido enterarse de aquello que invalide su adquisición, sin que le valga alegar en juicio que por título oneroso había adquirido el derecho de persona á cuyo nombre aparecía en el Registro, pues el art. 34 es terminante en este punto y á sus prescripciones hay que atenerse.

De forma que, si el enajenante fué postizo, si el título resulta ser falso; si se contrató con persona que engañosamente atribuyóse la cualidad de apoderado de aquella á cuyo nombre aparecía inscrito el derecho, ó si al mandatario se le habían revocado formalmente los poderes, quien adquiera en esas condiciones la finca ú obtenga sobre ella garantía de sus intereses, no podrá ostentar la cualidad de tercero, acudiendo á las prerrogativas y defensas de la inscripción, pues ésta no puede amparar en manera alguna falsedades y nulidades.

Quien desee tener la cualidad de tercero colocándose en las condiciones que determina el art. 34, cuando vé que contrata con un apoderado, debe enterarse de si éste es tal y si se le ha revocado formalmente el mandato, acudiendo para ello, á fin de no sufrir engaño, al poderdante para que se lo diga, y como en la inscripción se expresa la circunstancia de apoderamiento, de una manera expresa, siempre consta en el Registro para que pueda fundarse en ella la invalidación de un derecho adquirido, y como esto pudiera retraer la contratación, hubimos de proponer en este mismo libro que la revocación de mandato se haga constar en un libro especial,

del Registro para tenerla en cuenta el Registrador cuando se presente á inscripción documento otorgado por mandatario.

Se explica que al tercero de primer grado no le pare perjuicio la nulidad del derecho del transferente fundada en causas que no resulten del mismo Registro. Como las desconoce, podría con razón llamarse á engaño, en cuyo caso caería por su base el sistema hipotecario; no tendría certidumbre el dominio, ni gozaría de garantías el crédito territorial; así como también se comprende que tampoco quede invalidado el derecho del inscribiente á virtud de título anteriormente no inscrito, porque siendo la publicidad uno de los principios seculares en que desde 1534 se viene sustentando nuestro régimen hipotecario, quien acude al Registro y se entera de que la persona con la cual contrata ó hubiese contratado es la única que tenía razonado su título, abriga la seguridad de que no será despojado de sus intereses, de buena fe adquiridos.

La causa de nulidad ó de rescisión del derecho ha de aparecer *claramente* del Registro; esto es, ha de ser manifiesta, que no dé lugar á dudas, y como esto es un punto que *á priori* no puede resolverse, precisa dejarlo á la apreciación de los Tribunales de justicia, en caso de contienda.

En el párrafo 2.º de ese art. 34, se dice: «Tampoco se invalidarán dichos actos ó contratos con respecto á las citadas personas, (se refiere á los adquirentes) aún cuando después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anteriormente inscrito, si la inscripción hecha á favor de aquél se hubiere notificado á los que en los veinte años precedentes hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta días».

Este párrafo del precepto concuerda con lo establecido en la ley de 1869 y la reforma introducida por la de 17 de Julio de 1877.

Su objeto fué levantar el crédito territorial, de modo que garantizase la inscripción los intereses puestos bajo su amparo, á fin de atajar la usura, porque llevando al ánimo del prestamista la tranquilidad de que no sería privado de su derecho por virtud de título anteriormente inscrito al suyo, pondría á bajo rédito su dinero al prestarlo.

Ciertamente que en contados casos se ha empleado el procedi-

miento de liberación á que el precepto se refiere; la usura ha seguido ufana y descocada, hasta que una reciente ley le ha puesto freno más ó menos poderoso; el crédito territorial no se ha desenvuelto á pesar de los propósitos que abrigaron los Autores de la Ley Hipotecaria; en términos que puede decirse que el párrafo objeto de nuestro estudio apenas si tiene aplicación.

Exige el precepto, para que no se invaliden los actos ó contratos con respecto á quien hubiese adquirido el derecho de persona á cuyo nombre aparecía en el Registro, si esa nulidad se funda en título anteriormente inscrito al suyo, que se haga saber la inscripción á los que en los veinte años hubiesén poseído los bienes según el Registro y no hagan reclamación contra ella en el término de treinta días siguientes al de la notificación.

Hemos dicho que la nulidad del derecho inscrito, en perjuicio de tercero, puede provenir de título anteriormente inscrito ó de causas que resulten *claramente* del mismo Registro; y se pregunta: ¿la purificación del derecho por el medio que establece el párrafo 2.º del artículo 34 comprende á los dos motivos de invalidación ó únicamente el fundado en título anteriormente inscrito al del tercero?

Galindo y Escosura dicen lo siguiente: «Débase la nulidad á título inscrito ó no inscrito, conste ó no en el Registro la causa de ella, si se notifica la inscripción y no se reclama oportunamente, será válido el acto ó contrato ejecutado por persona que aparezca con derecho en el Registro. Esta es la doctrina que, á nuestro juicio, se desprende de la letra del art. 34 de la Ley de 1869; por más que se oponga al espíritu del sistema hipotecario, que repugna que no produzcan efectos causas de nulidad y de rescisión, que consten explícitamente en el Registro, y por más que, como después veremos, hay argumentos poderosísimos que convencen que no fué tal el ánimo del Legislador».

El párrafo segundo de este artículo está tomado de la ley de 1869, con una pequeña variante, más de expresión que de concepto, que introdujo la ley de 17 de Julio de 1877, á virtud de proposición presentada por el Senador D. Valeriano Casanueva en Mayo de dicho año.

Para medir su alcance, importa copiar las siguientes palabras del Ministro de Gracia y Justicia, el sabio é integérrimo D. Antonio Romero Ortiz, autor de las reformas, empleadas en la Exposición de

motivos de la ley. «Mas todo esto ofrece un inconveniente para el crédito territorial, porque los terceros quedan expuestos á perder su derecho si es falso ó nulo el título del hipotecante y reclaman los bienes otros que con anterioridad al mismo hayan inscrito su título, peligro que no puede evitarse ni aún con el exámen de todos los títulos inscritos referentes á los mismos bienes, si su contenido no revela la falsedad ó nulidad. En la nueva ley proyectada se procura remediar este inconveniente estableciendo en el mismo art. 34 que los interesados en una inscripción puedan solicitar que esta se notifique á los que en los veinte años anteriores hubiesen poseído los bienes á que la misma se refiera, á fin de que en el término de treinta días ejerciten las acciones que tuvieren para invalidar dicha inscripción, no pudiendo verificarlo después de aquel término. Ciertamente que en unas acciones que por el derecho común duran muchos años se limita su duración solo los treinta días, mediando la notificación que se ha indicado; pero justifica esto la necesidad de establecer el crédito territorial».

A la luz del transcrito párrafo se descubre el pensamiento que informa, no ya el apartado segundo, sino el apartado primero del art. 34, que es excepción del 33.

Por la ley de 1861 perjudicaba á tercero el título falso ó nulo, aún cuando esa nulidad ó falsedad no resultasen del Registro, cosa que no podía saberse ni aún consultando en esta oficina la historia del inmueble ó derecho. No ocurría esto tratándose de títulos falsos ó nulos cuya falsedad ó nulidad constaba claramente del Registro.

La interpretación que damos al art. 34 es esta:

Quien adquiere por título oneroso bienes inmuebles ó derechos de persona á cuyo nombre aparecían del Registro, una vez inscritos á su nombre, (ó presentado el documento al Diario, puesto que los efectos de la inscripción se retrotraen á la fecha del asiento de presentación, según dispone el art. 28) no puede quedar perjudicado por el hecho de que se anule ó se resuelva el derecho de quien se los haya transmitido ó gravado, á virtud de título anterior no inscrito (esto es consecuencia del art. 23) ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

A este tercero le llamamos de primer grado.

Según digimos en el capítulo primero, la institución registral tiene por objeto hacer constar de una manera pública, irrefragable,

sin dar lugar á engaño para los que á sus favores acuden, la capacidad civil de la finca.

En el título que no se inscribe lleva su interesado con el pecado la penitencia. Si hace dejación de su derecho no se queje de que otro ponga el suyo bajo el amparo de la inscripción; si este tampoco lo lleva al Registro, no es tercero hipotecario: su derecho en concurrencia con aquél queda subordinado, en orden á las reglas de preferencia, á lo dispuesto en la legislación civil, común y foral.

Pero en el Registro se expresan por el vehículo del título causas modificativas del derecho inscrito, como condiciones rescisorias, y resolutorias, cuya expresión puede ser clara, ó no clara en el asiento, bien por deficiencia del título, bien por defectuosa redacción de aquél.

Si esas causas no resultan claramente (y la apreciación de esto solo á los Tribunales compete, porque los libros del Registro están bajo su tutela) no pueden perjudicar á tercero, porque si la culpa de la mala expresión es de los contratantes que las establecieron, allá ellos con las consecuencias de sus yerros; no es cosa de que la capacidad civil de la finca resulte sombreada, retrayendo así á la contratación; y si el defecto es de inscripción, ejerciten aquellos contra quien correspondan las acciones que les competan, nunca contra el tercero.

Las causas claras de invalidación podemos subdividirlas en unas que interesan á las personas que tuvieron registrado su derecho, por ejemplo, la venta con pacto comisorio, permitido por el art. 1504 del Código Civil, mediante el cual, si el comprador no satisface el precio en el tiempo convenido, pierde cuanto hubiese dado y vuelve la finca á poder del vendedor; y así pondríamos otros casos de acciones resolutorias y rescisorias; y otras causas en las que estén interesadas personas que no han llegado á poseer los bienes según el Registro, como ocurre con las sustituciones hereditarias cuyos derechos á la muerte del instituido han de pasar á personas ciertas nombradas ó no nombradas en el testamento, y también con las reservas de que tratan los arts. 968, 969 y 811 del Código Civil.

Si estos interesados no han llegado á poseer sus bienes según el Registro, pues su derecho depende del cumplimiento de condiciones resolutorias, no puede entenderse con ellos la notificación de que trata el párrafo 3.º del art. 34.

Pero, además, en el Registro ha podido haberse hecho una inscripción ó varias inscripciones á virtud de títulos falsos ó nulos. En estos debemos distinguir: unos cuya nulidad ó falsedad es manifiesta (causa clara) y otros cuya nulidad ó falsedad no puede conocerse por el historial de la finca, según los libros de aquella oficina.

A los de la primera clase no se refiere el procedimiento de liberación, por lo mismo que la nulidad ó falsedad salta á la vista; ante ellas quien trate de adquirir el inmueble ó derecho debe detenerse, para que no corran peligro sus intereses; á los de la segunda sí que es aplicable ese medio liberatorio, á fin de que queden purgados los asientos anteriores del Registro de semejantes vicios de invalidación, y pueda el tercero contratar tranquilamente sin prevenciones ni amenaza alguna por tal concepto; que es precisamente el objeto que se propuso el Ministro con la reforma introducida por la Ley de 1869.

Ese procedimiento reza con causas rescisorias y resolutorias que aparezcan claramente del Registro y se hallen establecidas á favor de quienes poseyeron los bienes, pero no respecto de las de otras personas; estas últimas causas también son objeto de liberación, no por las reglas del art. 34, sino por las del 355 de la propia Ley.

Así se desprende armonizando ambos preceptos, por más que el pensamiento del Legislador, á juzgar por el citado párrafo de la Exposición de motivos que precedió á la Ley de 1869, fué solo hacer objeto de liberación los títulos falsos y nulos.

Y decimos esto, porque el párrafo quinto de ese enmarañado art. 34 establece que los requeridos, transcurridos los treinta días sin presentar la demanda que invalide la inscripción (puede invalidarse por causas que no sean precisamente las de falsedad ó nulidad del título) no podrán hacer valer su derecho (y el derecho puede hacerse valer con el ejercicio de acciones rescisorias y resolutorias) si *alguno* tuviesen (al decir, *alguno* no excluye ningún derecho, cualquiera que sea su título y origen) contra el tercero que inscriba después el suyo en la forma debida (esto es, que no sea nula la inscripción por omitirse en ella las circunstancias prevenidas) sobre la misma finca, aunque la inscripción anterior (no dice inmediatamente anterior, con lo cual se quiere significar que el vicio puede ser de cualquier asiento en los veinte años), proceda de un título falso ó nulo.

Con la palabra *aunque*, no escrita ligeramente, sino con la inten-

ción del caso, implícitamente se incluyen entre las causas de invalidación otras que no sean precisamente de nulidad ó falsedad del título; de no ser así, aquel vocablo no tendría objeto, y suprimido de la cláusula, diría ésta, «no podrán hacer valer su derecho, si alguno tuvieren, contra el tercero que inscriba después el suyo en la forma debida sobre la misma finca». Pero como el párrafo no termina aquí, sino que añade, aunque la inscripción anterior proceda de un título falso ó nulo, se colige que esto último se ha escrito en demostración de que es tal el poder liberatorio que alcanza á los títulos falsos y nulos; presuponiendo que su influjo se extiende á otras causas rescisorias y resolutorias que claramente resulten del Registro, en las cuales se hallen interesadas las personas con las que se entendió la notificación; pues sería un contrasentido que llamadas estas á defenderse, tan solo pudieran hacerlo con respecto de títulos falsos ó nulos y no en cuanto á causas á su favor establecidas, y que son motivo de un derecho consignado en el documento registrado á su nombre.

Cuando á uno se le notifica en el caso á que el art. 34 se contrae, es para que alegue todo cuanto crea pertinente acerca de la invalidación del asiento, sin distinguir causas ni motivos; y si alguna duda pudiéramos abrigar en este respecto, la desvanece el artículo 355 en su última parte, cuando, refiriéndose también al procedimiento de liberación, lo hace extensivo á todas las acciones rescisorias ó resolutorias que pudieran ejercitarse, con inclusión de las que tuvieren los que anteriormente hubieran registrado sus títulos relativas á las mismas fincas ó derechos, por no habérseles hecho la notificación prescrita por el art. 34.

Con esa disposición del art. 355, explicativa, mejor, aclaratoria del 34, se comprende que las personas que hubiesen registrado sus títulos pueden tener á su favor acciones rescisorias ó resolutorias, independientes de la de nulidad ó falsedad del título, las cuales por no habérseles hecho la notificación prescrita, dejaron de defenderlas. Luego si se les hace la notificación están en el caso de exponer cuanto á su derecho conduzca y tienda á invalidar la inscripción notificada; en la inteligencia de que si dejaron de hacerlo en el procedimiento marcado por el art. 34, no hay necesidad de que se llene ese mismo requisito cuando se apele al otro procedimiento de liberación señalado en el art. 355 y siguientes de la ley Hipotecaria.

Se objetará que el pensamiento del Legislador fué únicamente introducir ese medio de purga para librar á las inscripciones de los peligros que corran por títulos falsos y nulos, cuya nulidad ó falsedad no sea evidente ó no resulte clara por las mismas, alejando de toda amenaza á quien coloque sus legítimos intereses bajo las garantías del Registro.

No lo negamos, á la vista de la Exposición de motivos que precedió á la Ley de 1869; pero reconózcase que no corren parejas el pensamiento del Ministro autor de la reforma, con el enmarañado texto del art. 34; éste es mucho más extenso que aquél; y allá vá una prueba:

Dijo el Ministro que el objeto de la innovación era favorecer el crédito territorial, evitando que los terceros estuviesen expuestos á perder su derecho por falsedad ó nulidad del título del *hipotecante*.

De consiguiente, se hizo la reforma en beneficio exclusivo de los hipotecarios; por lo menos á esto tendía el deseo del Legislador, y, sin embargo, nó fué así. El precepto se ha dado para todos los que quieran purgar sus inscripciones de dominio aún cuando no traten de constituir hipotecas y sí enajenar la finca objeto de liberación en condiciones de que el adquirente esté tranquilo en la posesión de su derecho. Y si el texto de la ley ha ido más allá del pensamiento del Ministro ¿qué tiene de extraño que en el punto objeto de debate se comprendan en la purga ó liberación además de los títulos falsos y nulos las acciones rescisorias y resolutorias que á su favor tengan los notificados, máxime cuando este sombrío punto lo aclara el artículo 355 de la ley, como hemos demostrado antes?

Esta es la opinión, que, por ser opuesta á la de muchos comentaristas, sometemos al juicio del lector.

Pero: ¿quién es el favorecido con ese procedimiento de liberación? ¿el solicitante ó la persona que adquiera de éste el inmueble después de transcurridos los treinta días sin que los citados hayan hecho reclamación alguna?

Tanto por lo que se dice en ese párrafo de la Exposición, como por lo que se establece en el art. 34, creemos que el favorecido con el procedimiento de liberación no es la persona que haya solicitado del Registrador la instrucción del expediente, sino quien inscriba *después* su derecho, que no podrá ser invalidado, aunque la inscripción anterior proceda de un título falso ó nulo. Castiga la ley la ne-

glicencia de quien pudiendo deducir sus derechos no lo hace en tiempo (treinta días) y en forma (por medio de demanda ante el Juzgado ó Tribunal competente). El alcance de ese castigo (la materia de pérdida de derechos es de interpretación estricta, mucho más si constituye una excepción de la regla legal amparadora, como es la del art. 33) nos lo señala el mismo artículo cuando dice: «Los requeridos de cualquiera de estos modos, que en el término de treinta días no presenten en el Juzgado ó Tribunal correspondiente, demanda que pueda invalidar la inscripción notificada, no podrán hacer valer su derecho, si alguno tuvieren (no dice contra el solicitante en el expediente) *contra el tercero que inscriba después el suyo etc.*»

Y aunque parece esto último en contradicción con el párrafo segundo del mismo artículo, que empieza con la palabra «Tampoco» entendemos que éste, al fijar el plazo de treinta días, lo hace de un modo determinativo, para que sirva de supuesto al párrafo subsiguiente, de carácter realmente sancionador, en el cual la pérdida del derecho por parte de los notificados y la inmunidad con respecto al tercero que inscriba después su derecho, se corresponden.

Si alguna duda hubiera en esto, la desvanece el art. 355, que también establece el procedimiento de liberación. En él se dice: Los que hubieren inscrito á su favor el dominio de bienes inmuebles ó de derechos reales, podrán liberarlos, *en cuanto á tercero etc.*»

Luego la liberación es para tercero. Al del párrafo 4.º del artículo 34 lo llamamos de segundo grado, y al del art. 355, de tercer grado; siendo condiciones exigidas para que el inscribiente de su derecho goce de las graduadas inmunidades, que haya obrado de buena fe y que el título que ostente tenga la cualidad de oneroso.

Puede ocurrir que puesta la nota marginal en la inscripción liberada, el solicitante no transmita ni grave la finca: ¿podrán los notificados deducir sus acciones para invalidar el derecho inscrito? Si nos atenemos al párrafo segundo del art. 34, la contestación será negativa, porque dejaron transcurrir el término de treinta días siguientes al de la notificación; pero será afirmativa si se tiene en cuenta que se ha establecido el procedimiento, no en beneficio del solicitante en el expediente, sino del tercero, esto es, del que inscriba su derecho después de aquél, para el cual se hizo la reforma; es más, ese tercero, para que adquiera la inmunidad, no basta que haya contratado, es preciso que, cuando menos, haya presentado al Re-

gistro su título, poniéndolo bajo el amparo de la inscripción; si no hace esto, no podrá aprovecharse de los beneficios del art. 34.

Pero si el notificado no puede ejercitar acción real alguna contra tercero ¿podrá demandar por acción personal contra el que le haya causado el perjuicio?

Entendemos que sí, caso de que ésta no hubiera prescrito.

No podemos negar que el art. 34 se presta á muchas dudas y cuestiones por su especial construcción, porque encierra una serie de excepciones al art. 33, y porque es algo postizo y se sale del marco en que fué colocada la ley Hipotecaria de 1861 dentro del sistema ecléctico en que se elaboró. Y como el Ministro Sr. Romero Ortiz creyó que para favorecer el crédito territorial era obligada la reforma por él concebida, acudió á ese art. 34, no á otro especial para el caso, redactando el precepto de modo que no refleja (así por lo menos lo entendemos) el pensamiento que lo determinó.

Contra esa reforma, que según Escosura es antimoral, antilegal y antieconómica, y que según Díaz Moreno es científica y encaja dentro de nuestro régimen hipotecario, protestó D. Francisco de Cárdenas, diciendo que pugnaba con el sistema de publicidad adoptado por la Ley. Otros jurisconsultos tampoco la hallaron conforme, presintiendo su fracaso, porque la opinión pública no la acojería con agrado; y aún cuando se omitió en la ley Hipotecaria de Ultramar, ha sido reproducida por la de 16 de Diciembre último, dado que la de 21 de Abril no tuvo en cuenta, en este respecto, ni el Proyecto de Ley para la Península que aprobó el Senado, ni el dictamen al mismo Proyecto que redactó el Congreso hace algunos años.

Apesar de las censuras esa modificación subsiste; se la cree justa y necesaria, aunque otra cosa sostenga el insigne Escosura, cuyo ilustre comentarista, presentando el caso del dueño de una masía por herencia á quien durante su viaje de dos meses de veraneo por el extranjero, regresa á su finca y se le sorprende con la nueva de haber sido enajenada por un falso vendedor, habiendo apelado el tercer adquirente al medio de liberación para tener asegurado su derecho, exclama con estas elocuentes palabras: «Si esto es posible ¿hay legislación que lo sancione, país que lo sufra, Gobierno que lo tolere, hombre de ciencia que lo aplauda?»

No debe perderse de vista que para que el tercero goce de esa inmunidad es preciso que hubiese procedido de buena fé, que no haya

obrado en connivencia con el falsario vendedor, y que no le conste que había sido enajenado anteriormente el inmueble por el mismo que con él contrató, siempre que dicho conocimiento se halle revelado por actos propios, según declaró, respecto de esto último, el Tribunal Supremo en 13 de Mayo de 1903.

De forma que, la buena fé del adquirente del derecho es factor principal para que pueda gozar de inmunidad en la extensión y efectos del art. 34.

No debe negarse que de esa facultad puede hacerse un uso punible, como en el caso citado por Escosura; pero fuerza es reconocer, como dice muy acertadamente Diaz Moreno, que el Código penal constituye un buen freno, y duro en esta parte, «siendo aleroso hacer pagar al tercero que contrate de buena fe, culpas de otros, de todo punto desconocidas é incapaces de poderse conocer». Y comprendiendo el mismo Escosura que no es tan absurdo como á primera vista parece ese medio de purga del título falso ó nulo, dice en su citada obra: «Pero en fin, si el interés del acreedor ha de prevalecer sobre todo; si ha de seguir imperando ese principio antilegal, antimoral, antieconómico, al menos despójesele de su irritante injusticia en el proceder que agrava la del fondo; que la escuela utilitaria pueda escudarlo al menos, á los ojos de los que á ideales más elevados dirijen la legislación del país, alegando que el despojo del propietario se justifica, considerándolo como pena de su inconcebible abandono. Proclámese como indispensable la notificación personal, pero verdaderamente personal, sin ficciones legales, que pugnan muchas veces con la realidad de los hechos; dispóngase que no se cite á los ausentes por edictos que nadie lee y que conforme se ejecutan son simples ritualidades, que ni cubren las apariencias de la más vulgar justicia; prolónguense los términos concedidos al propietario para que pueda defender su derecho, y algo se habrán disminuido las sensibles consecuencias del art. 34».

Escosura y Diaz Moreno no están conformes con dicho precepto en lo que al punto en discusión se refiere. Según el primero, es antimoral, antilegal, antieconómico; según el segundo, es científico, ha debido establecerse para asegurar los derechos de tercero, que no tiene culpa alguna de que en el Registro se hayan inscrito títulos falsos ó nulos. Pero la opinión de Escosura transigue con el mal, mejor diríamos, se inclina al mal menor, exigiendo amplitud de

plazo, notificación personal del asiento, como medios de que puedan las personas interesadas en las inscripciones reclamar los derechos que les asistan y ejercitar las acciones que les competan.

¿A qué opinión nos inclinamos? Venimos señalando en este libro el criterio que tenemos formado de asunto tan complejo y trascendental, que es una de las claves de nuestro régimen hipotecario.

Si atendemos al derecho que en la justicia debe inspirarse; si además consideramos que el Registro es el fiel custodio de los intereses legítimos cuya forma de adquisición debe ser el acto verdadero, limpio de mácula; y por último, si el Poder público tiene el deber de garantizar aquellos, Escosura y los que con él piensan están en lo cierto. El Registro no puede corroborar lo que es falso y vicioso, so color de que los agraviados dejaron de ejercitar sus acciones, obligados á ser demandantes de aquello que precisamente no tienen por qué pedir, dado que en esa oficina y bajo la tutela del Estado quedaron amparados y defendidos sus intereses.

Pero ese es el aspecto espiritualista, nítido é irrefragable del derecho que se presenta con sus esplendores á la conciencia, obligándola á rendirse ante su poder; más tiene otro aspecto utilitario, material si se quiere, presidido, no por el interés egoísta, sino impuesto incontrastablemente por el interés general, por el régimen jurídico en su expresión externa, por las exigencias del sistema hipotecario, á favor de los fines que debe llenar, y aún, si bien se mira, por los mismos fueros de la justicia, no tan conceptualista, pero sí más práctica y humana, que no consiente peche el inocente, el que contrata de buena fé, culpas y delitos de otros.

¿Es posible compadecer en un buen régimen jurídico tan opuestos intereses, dando al efecto una fórmula armónica, razonable y equitativa, mediante la cual el derecho inscrito no quede lastimado en orden á la utilidad que representa? El medio indicado por Escosura, relativo á la prolongación de los términos concedidos al propietario para que pueda defenderse, parécenos muy atinado; treinta días es un plazo sumamente perentorio que no permite muchas veces el ejercicio de las acciones; mucho más lo es si la notificación se hace, como dice el art. 34, por medio de edictos, que apenas si se leen, aún cuando se publiquen en la «Gaceta» de Madrid, trámite éste que ni la ley, ni el Reglamento establecen.

No vemos la pertinencia del otro medio indicado por tan ilustre

maestro, consistente en que la notificación debiera ser personal; pues haciéndose á los herederos y siendo desconocidos muchas veces, por haber fallecido sin testar el propietario del inmueble inscrito, y alcanzando la sucesión intestada hasta el sexto grado, aquella sería imposible, en cuyo caso la liberación de los títulos falsos ó nulos jamás podría conseguirse, quedando de esta suerte incumplida la ley.

Es más; la notificación por edictos cuando hay lugar, es un medio procesal que reza con toda clase de procedimientos, lo mismo judiciales que administrativos, y no es cosa de excluirla tratándose de un derecho hipotecario; que al fin y á la postre derecho es, como el que tiene todo demandado á defenderse.

Pero con todo esto el propietario no tiene en nuestro sistema asegurados sus intereses; precisa indemnizarle; y en esto consiste la fórmula conciliadora que nos ofrece la legislación de los pueblos en donde la substantividad de la inscripción presupone el procedimiento de purga del título: consiste en que el Estado debiera indemnizar al propietario cuyo derecho hubiese sido cancelado por efecto de esa liberación; nunca debería bastar el reconocimiento de una acción personal, ni aún penal, que el perjudicado tuviese contra quien cometió la falsedad del título ó fué culpable de su invalidación.

En nombre de la utilidad pública se ha establecido la expropiación forzosa, y en nombre del crédito territorial, que es uno de sus aspectos, se introdujo en 1869 la innovación del art. 34; y como la expropiación obliga á indemnizar al perjudicado, por igual justo motivo debería indemnizarse á quien fuese víctima de un título falso ó nulo.

El importe de la indemnización se sacaría de un fondo de reserva constituido por la prima de seguro voluntario que los titulares satisficieran al presentar el documento á liquidación del impuesto, sin derecho á percibirla los que no quisieran obtener tal garantía.

#### IV

En el último libro de esta obra, al tratar del procedimiento hipotecario, nos ocuparemos detenidamente de la forma en que debe hacerse la notificación á las personas que hubiesen poseído los bienes según el Registro, para que dentro del término de treinta días

siguientes ejerciten las acciones que les competan; pero no holgará decir que, en este respecto, debe tenerse en cuenta además del artículo 34, el 308 del Reglamento.

De tal importancia es la notificación, que los Registradores deberán practicarla personalmente si pudiere hacerse, dejando en poder del requerido el extracto del asiento en la parte que pueda interesarle, contra recibo de la entrega, ó por medio de edictos á los que se hallen ausentes ó no sean conocidos y á los herederos de los que hayan fallecido; pues la omisión de este esencial requisito dá por resultado que las personas no notificadas en forma, continúan con sus derechos para deducirlos en tiempo y vía del caso, ya que la sanción á que el precepto se refiere es para los que hubiesen sido requeridos, nunca para los que hayan dejado de serlo.

Si se cometieran vicios de nulidad en el procedimiento no podrán aprovecharse de ellos el solicitante en el expediente, ni el que con posterioridad inscriba su derecho, sin perjuicio de que repitan contra quien hubiese producido la falta. Así, al menos, lo entendemos, porque tratándose de un medio de excepción en el derecho hipotecario, y siendo la regla general que los derechos inscritos perjudican á tercero, para que goce éste de la inmunidad obtenida mediante el procedimiento, deben llenarse, cumplidamente, las formalidades legales.

## V

El estudio del art. 34 nos sugiere algunas consideraciones relacionadas con cierto problema práctico de frecuente planteamiento, que entraña poderosa gravedad, y es fecundo en perjuicios, muchas veces irreparables.

Refiérese á la suerte reservada por nuestro derecho á los herederos de la mujer cuyo cónyuge bínubo, poco escrupuloso con la moral y rebelde á la ley, enajena, como si fueran privativos suyos, los bienes gananciados durante el disuelto matrimonio, sin formalizar, como es debido, la liquidación de la sociedad conyugal.

Acerca de esos contratos fraudulentos, por desgracia harto frecuentes, que otorgan los casados en segundos ó posteriores nupcias, en los cuales, sin haberse liquidado económicamente el matrimonio, se venden ó gravan bienes inmuebles gananciados, su nuli-

Esta disposición es nueva en la ley; se funda en lo establecido en la de contabilidad general del Estado; las acciones de éste prescriben á los quince años, y no era cosa de dejar indefinidamente el derecho inscrito á merced de acciones de nulidad por exceso de cabida ó por otras causas que no constaran del Registro.

## VII

No queremos terminar este capítulo sin hacernos cargo de un importante punto relacionado con lo que dispone el art. 34, tocante á que una de las condiciones exigidas al inscribiente para que tenga la cualidad de tercero, es que el transferente pudo transmitir ó gravar la finca á su nombre registrada: ¿Qué sucederá si se le impuso la prohibición de enajenarla? ¿Qué alcance tiene este veto, puesto en el testamento, que fué para aquél su título de adquisición?

Una reciente resolución del Centro Directivo, su fecha 2 de Julio de 1909, arroja poderosa luz á la cuestión, y sirve de pauta para resolver sendas dificultades.

Dice, que el término heredero (á quien en el testamento se impuso la prohibición de enajenar) no es ampliable á los sucesores del mismo; que tal prohibición es contraria á la natural libertad de las cosas para los efectos de la contratación, no pudiendo ser presumida, como declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Noviembre de 1890.

Estamos de completa conformidad. (Véase el art. 785 del Código Civil.)

---



## Capítulo XIV

### De las acciones rescisorias y resolutorias

#### I

Los arts. 36 y 37 de la novísima edición oficial de la Ley, modificativos un tanto de los de los mismos números de la anterior, son indeclinable consecuencia del principio de publicidad en que se sustenta desde su origen nuestro sistema hipotecario.

Antes de estudiar el contenido de esos preceptos, señalando su sentido y midiendo su alcance, importa decir, como supuesto obligado de ulteriores razonamientos, que no se refieren á las acciones de nulidad del título inscrito — así al menos lo entendemos, — sino exclusivamente á las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, aún cuando tienen por finalidad romper el nexo de la relación jurídica formalmente establecida, no presponen vicio de origen del documento registrado.

Prosperando semejantes acciones se invalida el derecho inscrito, en méritos: si son rescisorias, de haber sufrido perjuicio la parte en ellas interesada; si resolutorias, por consecuencia de haber sobrenvenido un hecho que hace inexistente el derecho otorgado, sin que esto último pueda llamarse nulidad *juris tantum*, distinta de la de *juris et de jure*, señaladas por Laurent y los adictos á su escuela, en razón á que la nulidad supone vicio en el origen del acto jurídico, en tanto que la acción resolutoria reconoce validez en el título, por más que un acontecimiento futuro é incierto lleve consigo la ineficacia de lo que obtuvo respeto y consagración.

Si se admitieran en perjuicio de tercero todas las acciones res-

cisorias y resolutorias expresas ó voluntarias, tácitas ó legales, sin cortapisa ó restricción alguna, el dominio quedaría en la incertidumbre, no gozaría de garantías el crédito territorial, quedando de esta suerte falseado y maltrecho el régimen inmobiliario.

Por esto, con el gran sentido de la realidad en que debe descansar toda ley para ser perdurable, y siguiendo la orientación señalada desde 1861 por los esclarecidos Autores de la ley Hipotecaria, estatuyóse en ésta, como supuesto básico incontrastable, que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos.

Exactamente igual dispuso en su art. 36 la de 1869; pero ésta, refiriéndose al sustantivo tercero, hablaba en singular, en tanto que aquélla lo hizo en plural.

Semejante variación carece de importancia; el fondo del precepto en ambas leyes es el mismo.

La última edición oficial reproduce el texto de la anterior en este punto.

Adviértase que el tercero es quien haya adquirido el derecho por título oneroso, no por título universal; el heredero se coloca en el lugar de su causante; y si á este perjudicaba la acción rescisoria ó resolutoria por el hecho de que intervino en el acto ó contrato, el perjuicio alcanza al sucedáneo, pues la ley á quien trata de amparar es al tercero hipotecario y no á otro. (Sentencias de 28 de Noviembre de 1899 y 26 de Junio de 1901).

## II

Así como el art. 36 no presenta duda alguna, el 37 las ofrece; y, ciertamente, que son de bulto. Un adverbio empleado en el párrafo primero del mismo es motivo de polémica doctrinal, trayendo divididas las opiniones de los comentaristas.

Se dice en ese artículo, que se exceptúan de la regla contenida en el anterior: «1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten *explícitamente* (he aquí el adverbio) en el Registro».

El origen de esas causas es: en unas veces la voluntad de las partes reflejada en el título inscrito; en otras, la ley. Las primeras, como son expresas, deben constar de una manera indubitable, sin vague-

dades, ni sombras de ninguna clase, para que no corran peligro los legítimos derechos de tercero, puestos, de buena fe, bajo el amparo de la inscripción.

Si quien estableció en el acto ó contrato las causas generatrices de la rescisión ó resolución del derecho concedido ó transmitido, no fué afortunado en la explícita expresión de las mismas; si no reflejó felizmente su pensamiento, dando lugar á que se desconozcan las causas de rescisión ó de resolución en el Registro, que es donde deben tener publicidad, cúlpese así mismo. El documento público promulga la ley del acto ó contrato elaborada por sus otorgantes, y como tal, para ser obligatoria, sus requisitos externos son la claridad en las palabras y la precisión en los términos.

Pero además de las acciones rescisorias y resolutorias fundadas en condiciones establecidas por las partes cuya expresión debe hacerse pública por el asiento, según determina el art. 9.º de la Ley, hay otras acciones rescisorias y resolutorias que tienen por origen la ley, llamadas tácitas. ¿Deben expresarse de una manera clara y explícita en la inscripción para que perjudiquen á tercero, ó será bastante que resulten del Registro, esto es, de la historia de la finca por las transmisiones que haya sufrido? O en otros términos: el requisito legal de que consten explícitamente las causas para que puedan perjudicar á tercero ¿comprende por igual á las acciones rescisorias y resolutorias establecidas por las partes y á las impuestas por la ley?

Problema es este de suyo complejo y espinoso que trae divididas las opiniones; mientras unos entienden, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Diciembre de 1904, que las acciones resolutorias como la derivada del art. 811 del Código Civil, no pueden darse contra tercero, si no constan *explícitamente* en la inscripción, hay otros que opinan lo contrario, sosteniendo que no hay necesidad de semejante requisito, bastando que la causa resolutoria aparezca del Registro por la procedencia de las fincas, según declaró el Centro Directivo en resolución de 5 de Enero de 1903.

El estudio de este problema obliga á exponer de antemano la opinión de algunos comentaristas en orden al alcance de los artículos 36 y 37.

Escosura dice, que si se toma la palabra *explícitamente* en sen-

tido absoluto, no está conforme con el precepto legal, y añade: «enhorabuena que las causas de rescisión que no consten en el Registro ni se inferan precisamente de él no perjudiquen á tercero, pero exigir además que se especifiquen determinadamente, claramente, explícitamente en la inscripción, es suponer y fomentar la ignorancia del derecho, y estatuir que no perjudica al que lo ignora ó lo desprecia».

El mismo comentarista, después de notar que el adverbio *explícitamente* equivale al *señaladamente*, usado por las Partidas, dice: «Que siempre que conste en el Registro una circunstancia que forzosamente y sin que sean necesarios hechos posteriores, lleve en vuelta en sí la nulidad ó rescindibilidad del acto ó contrato, se ha cumplido la condición legal, aún cuando no se mencione determinadamente el caso de la rescisión ó nulidad; pero que si la circunstancia causa de la nulidad ó rescisión, no las produce por sí misma, sino que han de determinarse por hechos posteriores desconocidos ó eventuales, no ha de entenderse que consta de un modo explícito».

Algunos tratadistas sostienen que las condiciones resolutorias no son más que modalidades establecidas por las partes en los contratos, mientras que las acciones rescisorias no pueden nacer de la voluntad de aquellas; y añaden, que, en rigor, no hay condiciones rescisorias, sino acciones rescisorias, así como tampoco hay acciones resolutorias, sino condiciones resolutorias.

No estamos conformes con esa explicación: lo mismo hallamos en el derecho acciones resolutorias que condiciones rescisorias ó si no, véase lo que dispone el art. 16 de la ley Hipotecaria, según el que, el no cumplimiento de las condiciones rescisorias ó resolutorias de los actos ó contratos inscritos, se hará constar en el Registro por medio de nota marginal.

De consiguiente, existen condiciones rescisorias, lo cual no excluye para que hayan motivos ó causas legales de rescisión.

Asimismo, no sólo hay condiciones resolutorias que se deben á la voluntad de los contratantes, á estipulaciones que estos hagan en los contratos, si que también existen, tomando el nombre de condiciones resolutorias, motivos de resolución del derecho, fundados en la Ley.

Lo que hay es que se confunde la condición con la rescisión, á la manera como no se distingue entre motivos ó causas de invalida-

ción, unos fundados en la ley, y otros basados en la voluntad reflejada por el acto ó contrato inscrito. Pero llámense motivos, causas, condiciones, porque el nombre no hace la cosa, de ellos depende la eficacia del derecho.

La acción es en tal caso el medio para hacer efectivo el derecho encerrado en la condición ó en el motivo que le dió nacimiento ó en la causa en que se halla contenido.

Que existen condiciones resolutorias de carácter legal que dán lugar á acciones de este nombre para invalidar el derecho inscrito, es inconcuso; entre otras podemos citar la que trae consigo la reserva lineal de bienes, establecida por el art. 811 del Código Civil.

El reservista no es usufructuario, ni fiduciario, sino un heredero sujeto á condición resolutoria; todo cuanto adquiera por ministerio de la ley de su descendiente (en la sucesión intestada, el caudal relicto; en la testada la cuota legitimaria) viene obligado á reservarlo en favor de los *parientes en tercer grado de este último*. (Sentencia de 16 de Diciembre de 1892). En esta reserva el pariente más próximo dentro del tercer grado excluye el más remoto (Res. 30 Diciembre de 1897). El reservatario que muere antes que el reservista, puesto que esta constituye un beneficio personalísimo, no transmite derecho alguno á sus herederos. (Sentencias 16 Diciembre 1892 y 30 Diciembre de 1897). Son aplicables a esta clase de reserva los artículos 974, 975, 977 y 978, del Código Civil (Res. de 25 Junio de 1892 y Sent. de 8 Noviembre de 1894).

El art. 109 de la ley Hipotecaria no distingue condiciones resolutorias, procedan de contrato ó tengan por origen la ley; y, reconociendo derecho al poseedor de bienes á que estén afectas para enajenarlos ó hipotecarlos, dispone que esta facultad se entiende dada sin perjuicio de los interesados en ellas, debiendo hacerse en la inscripción expresa reserva del referido derecho.

Pero si esa reserva no se expresa (tratándose de condiciones resolutorias tácitas, de las llamadas legales para distinguirlas de las voluntarias, establecidas en los actos ó contratos para que surtan su efecto) ¿podrá quedar perjudicado el tercero que adquiera los bienes ó un derecho real sobre los mismos? He aquí la cuestión planteada al principio, cuya resolución depende del sentido y alcance que deba darse al expresado adverbio.

Adviértase que en el art. 34 se dice que no se invalidarán los actos ó contratos que se ejecuten ú otorgen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, en cuanto á los que con ella [hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante, en virtud de causas que no *resulta claramente* del mismo Registro.

El art. 37 dice, que se exceptúan del 36 las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que *consten explícitamente* del mismo Registro: y se pregunta: ¿Son sinónimos los adverbios «claramente» y «explícitamente»? ¿Son sinónimos los neutros ó impersonales «resultar» y «constar»? No vemos sinonimia.

Según el Diccionario etimológico de Roque Barcia *claramente* es un adverbio de modo: *con claridad*. *Resultar* es neutro que significa *resaltar ó resurtir*. *Explícitamente* es también adverbio de modo que significa *expresa y claramente*. Y *constar* es también un impersonal que significa *ser una cosa cierta y manifiesta*.

Construyendo los arts. 34 y 35, de manera que no den lugar á duda, dada la significación gramatical de las palabras antes subrayadas, por su respectivo valor etimológico, diríamos: respecto del 34 y subsiguiente á la palabra *causas* «*que no resalten con claridad del Registro*»; y tocante al núm. 1.º del art. 36, después de la palabra *causas*, diríamos: que sean ciertas, manifiestas y expresadas con claridad».

En el diccionario de la Academia el adverbio *explícitamente* equivale á *claramente, expresamente*.

Nos parece profunda y acertadísima la explicación de ese vocablo dada por Roque Barcia.

El adverbio *explícitamente* tiene sentido y alcance superior, y, por ende, es más absoluto que *claramente*, porque á la claridad se añade la expresión, ó como diríamos, la concreción de la causa ó circunstancia que dá la voz de alerta, para que no se llame á engaño quien de buena fe vaya á contratar sobre la finca afectada.

Una cosa podrá ser más ó menos clara según refleje ó no con fidelidad y fortuna el pensamiento que encierre. En lo que es realmente explícito, categórico, terminante, sin leve sombra de duda que lo empañe, no cabe interpretación; de tenerla dejaría de ser explícito. La claridad y la expresión, aquella arrojando luz, ésta recogién-dola y enfocándola en un punto dado, constituyen un término

incontrastable: el adverbio *explicitamente*, el cual se impone por su propio poder; frente á él se rinde el juicio, á la manera como ante las verdades evidentes, imágenes vivas á cuya contemplación queda deslumbrado y cautivado el espíritu, aparta la razón todo discurso.

Cuando faltan la claridad y la expresión en las causas rescisorias ó resolutorias que dán lugar á las acciones de sus respectivos nombres, enderezadas por igual á la invalidación del acto jurídico, no puede quedar perjudicado el tercero. Esas causas deben expresarse en la inscripción de una manera concreta, terminante, que aleje toda duda, en evitación de peligros y engaños que corra el contratante de buena fe; han de impresionar los sentidos, saltar á la vista, sin necesidad de inferirlas, ni deducirlas. El tercero ha de encontrar esa causa en la inscripción, de tal manera expresada, con tal claridad y precisión establecida, que no tenga más remedio que acatarla, rindiéndose forzosamente á sus consecuencias imperiosas; pues aunque la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, el estudio de causas modificativas de la *facultas agendi* y la apreciación de su alcance no es labor de profano al derecho, sino de persona versada y entendida en éste; y no todos son Letrados para ir consultando los libros del Registro y ver si por la procedencia de los bienes, tratándose de acciones resolutorias tácitas, se extingue en qué casos y de qué manera el derecho de la persona que transmitió ó gravó el inmueble inscrito.

Sin querer, pues, hemos dado nuestra opinión en el problema presentado, la cual no es otra, que únicamente pueden perjudicar á tercero las acciones rescisorias y resolutorias, sean expresas, sean tácitas, que de una manera clara y precisa se consiguen en la inscripción, que es el asiento en donde debe expresarse el derecho con todas sus circunstancias, sin que tenga necesidad el tercero de entregarse á referencias jurídicas que se prestan á contrarias interpretaciones.

Pero á esto se arguye, y no sin fundamento, que tratándose de bienes heredados por un ascendiente de su descendiente, sujetos á la reserva del art. 811, no expresándose esta circunstancia en el título, no hay manera de consignarla en la inscripción; lo cual no obsta para que quien adquiera los bienes del reservista, aunque en el asiento no se exprese la causa aludida, quede privado de ellos, porque ha

debido atenderse al derecho que á su favor tenía el transmitente, según el origen de los mismos.

Que existe una colisión de derechos entre los del reservatorio y los del tercero, salta á la vista. Aquél no tiene culpa de que en la inscripción se haya omitido la circunstancia de reserva; su derecho se funda en el art. 811 del Código, y puesto que el reservista era un heredero sujeto á condición resolutoria, muerto, á él pasan los bienes por disposición de la ley; pero el tercero también se funda al decir que como en la inscripción no aparecía esa reserva, compró los bienes de persona á cuyo nombre aparecían inscritos; que él no tiene por qué entregarse á referencias jurídicas para descubrir á través de los asientos del Registro, examinando á veces muchos libros, circunstancia alguna resolutoria, toda vez que únicamente le perjudica la que *explícitamente* consta en la inscripción del transferente.

¿Cuál de esos dos derechos es más respetable?

Separándonos de la opinión generalizada, nos inclinamos y votamos en favor del tercero hipotecario, consecuentes con el criterio que venimos sustentando desde el principio, quizá porque nos seduce hasta cierto punto el sistema absoluto de que la inscripción debe ser, para que responda á su objeto y encierre las mayores prerrogativas, valiosa ejecutoria del derecho inscrito en pro del adquirente de buena fe que confía sus intereses á la protección del Estado. De no ser así, la inmunidad que al tercero atribuye el art. 34, sería ilusoria y caricaturesca. Decir que las acciones resolutorias no consignadas clara y expresamente en la inscripción perjudican á tercero, so color de que son tácitas y pueden rastrearse por los libros del Registro, obligando esto á hacer referencias jurídicas como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 Diciembre de 1904, equivale á poner dificultades en la contratación, pues no todos son Letrados para conocer el proceso legal que hayan seguido las transmisiones á partir de la que es el origen de la resolución del derecho.

Y cuenta que en el caso de la reserva lineal ó troncal del artículo 811 puede ocurrir que se hayan verificado varias transmisiones, y claro está que para conocer la causa resolutoria habrá necesidad de remontar asientos, por no aparecer en el último la expresión del título á favor del ascendiente reservista, y sí de otro enajenante.

Además; el derecho del reservatario depende de que sobrevi-

va al ascendiente dueño del inmueble con esa condición resolutoria, derecho que no se transmite; en tanto se tiene en cuenta el interesado es pariente en tercer grado y no más lejano, derecho que puede renunciarse y aún no exigirse en el caso de ser el reservatario heredero del reservista; y en suma, concurren en esa reserva circunstancias tales que pueden hacerla ineficaz, como ha repetido el Tribunal Supremo en su jurisprudencia.

No es que deseemos la desaparición de ese art. 811, muy puesto en razón y perfectamente explicado por Alonso Martínez en su notable obra «El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales»; lo que sí queremos es que el tercero, para el cual se ha escrito la ley Hipotecaria, no sea llamado á engaño en modo alguno, á causa de no haberse expresado explícitamente en la inscripción la circunstancia resolutoria de su derecho puesto bajo las garantías del Registro.

Hasta que no se ha reformado la ley Hipotecaria, aquella colisión de derechos entre los del reservatorio y los del tercero no tenía fórmula jurídica de concordia; pero, afortunadamente, la tenemos en el día, y no de poco relieve: ante ella habrán de rendir sus juicios quienes opinaban de distinto modo, unos en pró de los reservatarios, otros en favor del tercero. El Código Civil, al establecer esa reserva del art. 811, demandaba garantías que en el orden inmobiliario solo podía darlas la ley Hipotecaria; ésta, en su art. 79, referido á los anteriores de la misma, prescribe la expresión de la reserva en la inscripción de los bienes, á virtud de mandamiento de Juez ó Tribunal en el procedimiento al efecto establecido; innovación es ésta de suma importancia, que de veras aplaudimos. Si el reservatario es indolente y no usa de su derecho, cúlpese á sí mismo; la ley le ha dado el medio de asegurarlo en perjuicio de tercero.

### III

También se exceptúa de la regla establecida en el art. 36 la acción rescisoria que se refiere al retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen.

Los Autores de la ley Hipotecaria, explicando esta excepción en la notabilísima Exposición de motivos, dijeron: «La dificultad, pues, solo puede existir respecto al retracto gentilicio y al de comuneros,

bien lo sean en el dominio absoluto de la finca, ó por estar divididos entre ellos el dominio directo y útil. No corresponde á la Comisión examinar en esta exposición las ventajas ó inconvenientes de semejantes clases de retractos; no tiene para qué recordar tampoco la censura de que son objeto, la odiosidad que en sentido de sus mismos defensores tienen, la necesidad legal de interpretarlos siempre estrechamente, la opinión de uno de los Cuerpos Colegisladores marcada muy significativamente respecto del retracto gentilicio, la omisión de éste en el Proyecto del Código Civil, y la restricción grande que pone al de comuneros, concediéndolo solamente en el caso de que se venda al extraño por uno de los condueños la cosa que no puede dividirse cómodamente ó sin menoscabo; tampoco le corresponde entrar en el exámen de las legislaciones forales, en algunas de las cuales se dá mucha mayor extensión á los retractos. Respetando lo existente tal como se halla, solo propone reforma en la parte en que se opone á los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título; de otro modo, para ser consecuente, sería necesario admitir la regla del Derecho aragonés, en virtud de la cual el comprador de una cosa sujeta á retracto no la puede vender dentro del término legal para retraer, lo que en último resultado vendría á convertir en derecho de tanteo el que es de retracto, y haría indispensable en todas las adquisiciones por título universal de cosas que procedieran de padres ó de abuelos, la cláusula de que quedaban sujetas á retracto. En los términos cortos y fatales en que es permitido el retracto, pocas veces se presentará el caso de haberse hecho á un tercero la enajenación de la heredad sujeta á él, y que ésta se haya inscrito en el Registro; pero cuando ocurra, no debe disimular la Comisión que se separa; ya que no del derecho escrito, de la jurisprudencia recibida por regla general, la cual, fundada en que el retracto nace inmediatamente de la ley, estima que, á imitación de las acciones reales, debe darse contra cualquiera poseedor á que pase la cosa durante todo el término concedido para retraer».

No puede ser más claro y elocuente el comentario á lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 37. Los Autores de la ley reflejaron y fundamentaron el pensamiento de sustraer el retracto legal de las acciones rescisorias en perjuicio de tercero.

Es resolutoria la acción que se funda en el retracto convencional.

El retracto gentilicio ha desaparecido de nuestro Derecho civil de Castilla, en sustitución del cual introdujo el Código el llamado de aledaños, asurcanos ó de colindantes.

Son los retractos medios conservadores de la propiedad; por punto general odiosos, porque dificultan la libre circulación de la riqueza territorial, y atentan al principio kantiano de que la propiedad en lo interior es la libertad, y que la propiedad en lo exterior es la libertad en sus manifestaciones.

Comprendiendo el Legislador que si se diese el retracto legal después de espirado el término de nueve días se retraería la contratación, faltaría certidumbre al dominio, pues el adquirente de los bienes inmuebles por título de compra ó de dación en pago (artículo 1521 del Código Civil) estaría á merced de ser privado de ellos indefinidamente, por reclamación que hiciese quien se creyera dueño, estimó del caso restringir ó limitar semejante medio.

El comunero, el colindante, pueden hacer uso del retracto solamente contra extraños dentro de nueve días á partir de la fecha en que hubiesen tenido conocimiento de la venta ó de la dación en pago; de no constarles, dentro de los nueve días desde la inscripción en el Registro, plazo éste que se ha de contar, no desde que se presentó el documento al Registro para su asiento en el Diario, sino desde su inscripción, según declaró el Tribunal Supremo de justicia en Sentencia de 3 de Julio de 1906.

Como la inscripción puede demorarse, ya por no acompañarse la carta de pago del impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes, ya por exigir la llamada *previa* á favor del transmitente, ya por adolecer el documento de faltas subsanables, resulta que ese plazo de nueve días puede comprender muchos meses, y en el entretanto el adquirente no tiene asegurado su derecho, en razón á que le puede retraer la finca el colindante ó comunero; á menos que á estos les conste el contrato, en cuyo caso el plazo se cuenta, como queda dicho, desde que tuvieron conocimiento.

Escosura sostiene que aún cuando no se haya inscrito la finca á nombre del comprador directo, pero sí extendido el asiento de presentación en el Diario, no puede usarse del retracto si han transcurrido los nueve días á partir de la fecha de presentación del docu-

mento. Al decir esto se separa de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1866.

Cabía opinar así cuanto estaba en vigor el art. 1620 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, en caso de ocultación maliciosa de la venta se debía contar el término desde la *presentación* de la escritura en el Registro; pero esto lo ha modificado el art. 1524 del Código Civil, que no habla de *presentación*, sino de *inscripción* del título en aquella oficina, que es lo que venimos sosteniendo.

Puede ocurrir que presentada la demanda de retracto contra el adquirente directo dentro del término, éste enajene la finca: ¿cabe ampliar aquella contra el que todavía no hubiese inscrito su derecho en el Registro? Entendemos que sí, porque otra cosa sería un medio de burlar el derecho del demandante; y así lo reconoció el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 12 de Junio de 1866.

El tercero, para estar á cubierto de toda reclamación, debe ver por el Registro que el derecho de su transferente está razonado y que han transcurrido los nueve días desde la fecha del asiento. La acción rescisoria puede darse también contra el tercero si no hubiese transcurrido dicho plazo, aunque el título se hubiera sentado en el Diario, pues para con ese adquirente tampoco reza el art. 28 de la ley. De suerte que la inscripción en tanto es firme en cuanto después de hecha, cualquiera que sea la persona interesada en ella, hayan transcurrido los nueve días, pues lo mismo le dá al retrayente comunero ó colindante adquirir la cosa del primitivo comprador, que de la persona á la cual éste se la hubiese transmitido, siempre que haya términos hábiles para ello; de no ser así, quedaría eludido lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 37 de la Ley.

#### IV

También constituyen otra excepción del art. 36 las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores cuando la segunda enajenación se haya verificado por título gratuito ó cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude; en cuyos casos no perjudicará á tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro de un año contado desde el día de la enajenación fraudulenta.

En la Exposición de motivos se funda esta excepción diciendo: «Las leyes mismas que han establecido la revocación de las enaje-

naciones hechas en fraude de los acreedores, se han mostrado muy cuidadosas de restringir los efectos de la semejante derogación de los principios que protegen el derecho de contratación. Limitando la acción de los acreedores al corto espacio de un año, estableciéndola para el caso en que las enajenaciones provengan de títulos meramente gratuitos, y solamente de los onerosos cuando el adquirente es partícipe del engaño, exigiendo, no solo que haya habido intención de defraudar, sino que la intención haya producido su efecto, no admitiendo otra presunción de derecho para juzgar de la intención, que la de haber sido el deudor condenado á satisfacer deudas ó á hacer entrega de sus bienes á los acreedores, dan á entender muy claramente la timidez y desconfianza con que procedía el legislador en esta delicada materia. En el Proyecto de Código Civil no podía menos de tomarse en cuenta los inconvenientes del derecho antiguo respecto á la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fe, y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido. Así, al tratar de la rescisión de las obligaciones á instancia de los acreedores, se fijaron algunas reglas respecto á las cosas inmuebles, que han sido substancialmente adoptadas por la Comisión. Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles á título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación; también se rescinden, aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, si el adquirente obró dolorosamente, salvo, en este caso, el derecho que un tercero haya adquirido entre tanto con buena fe; y por último, las enajenaciones á título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, son rescindidas como fraudulentas á instancias de los acreedores. La Comisión ha seguido este ejemplo en la parte que cabía en el proyecto, proponiendo que la acción rescisoria por enajenación en fraude de acreedores no se dé en perjuicio de tercero que tenga inscrito el título de su derecho, á menos que la segunda enajenación sea á título gratuito, ó que el tercero haya sido participante en el fraude».

No puede darse comentario mejor á lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 37, que es una de las excepciones del 36.

La ley no puede proteger la mala fe; no debe sancionar contratos fraudulentos; el Registro no se ha creado para encubrir estafas y

supercherías, sino para dar garantías á los intereses en el orden inmobiliario, legítimamente adquiridos; pero la acción para invalidar aquellos no puede ser indefinida; pues ello equivaldría á derogar los principios seculares que protegen el derecho de contratación y á cerner sobre la propiedad la sombra letal de la incertidumbre.

Es extraordinaria la acción rescisoria de los contratos celebrados en fraude de acreedores, porque con ella se tiende á romper una relación jurídica cuyos efectos pueden alcanzar á tercero.

El derecho antiguo y el moderno le asignaron ese carácter; no es de naturaleza real ó persecutoria de la cosa, como la del retracto legal, sino personal; debe dirigirse contra el deudor y demás adquirentes de bienes por segundas enajenaciones, que sean cómplices en el fraude ó que funden su derecho en título gratuito.

En la palabra *enajenación* fraudelenta compréndense todas las formas de transmisión de derechos y de constitución de cargas reales, impuestas sobre los bienes. Enajenar, léxico genérico, amplio, equivale á desprendimiento por título intervivos de lo que uno tiene, en forma de venta, permuta, dación en pago, cancelaciones de hipotecas y renunciaciones de derechos preexistentes, que, ya por hechos, ya por disposición de la ley, han entrado en el patrimonio del deudor. Y decimos *entrado*, porque de lo que no se tiene no cabe ese desprendimiento, ni onerosa, ni gratuitamente: *nemo dat quod non habet*.

En el fraude se descubren, como en la génesis del delito, dos elementos: uno personal, psicológico del agente; otro real, físico. El primero es la intención, el propósito doloso de perjudicar, el deseo de eludir por malas artes el sagrado cumplimiento de las obligaciones contraídas; el segundo, es el perjuicio que se causa á los acreedores que se ven burlados en sus intereses por el proceder incorrecto y abusivo de su deudor.

Puede ese fraude, saliendo de la esfera civil, caer en las mallas de la ley penal cuando toma los caracteres de alzamiento de bienes.

Dirigida la acción rescisoria contra el adquirente por título gratuito, como donación, no hay necesidad de probar el engaño; basta que el título tenga esa cualidad, pues al donatario no le ha costado nada la cosa; al verse privado de ella se queda lo mismo que antes de recibirla. Podrá decir que la ha mejorado, transformado, si se quiere, depositando en ellas sus intereses, sus esfuerzos y hasta sus sacrificios; pero esto no le libra de la acción rescisoria; ventile sus

derechos, si le asisten, ante los Tribunales; porque una cosa es la propiedad del inmueble por título lucrativo adquirida, y otra la propiedad del trabajo y del capital que se pertenecen á quien los haya empleado de buena fé.

Y á propósito de donaciones. Preguntan Galindo y Escosura si pueden considerarse fraudelentas las que son de naturaleza remuneratoria. Así lo entienden, y nosotros participamos de su opinión, visto el art. 619 del Código Civil, que la define diciendo, que es la hecha á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, ó aquella en que se impone al donatario, un gravámen inferior al valor de lo donado.

En el concepto de título gratuito se comprende el heredamiento universal, reconocido por el Derecho catalán, el cual participa, como dijimos, de la doble naturaleza de institución hereditaria y de donación intervivos, de naturaleza irrenunciable é irrevocable, según declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de Mayo de 1896.

El art. 39 de la anterior ley Hipotecaria expresaba lo que se entiende por enajenación á título gratuito en fraude de acreedores, considerando no solamente la que se haga por donación ó cesión de derecho, sino también cualquiera enajenación, constitución ó renuncia de derecho real que verifique el deudor en los plazos respectivamente señalados por las leyes comunes y las de comercio en su caso, para la revocación de las enajenaciones en fraude de acreedores, siempre que no haya mediado precio, su equivalente ú obligación preexistente y vencida.

Dicho precepto ha desaparecido de la última edición oficial de la ley; en su consecuencia, habrá de estarse al Código Civil y al de Comercio para saber en qué casos pueden rescindirse los contratos que otorgue el deudor, quedando atribuída á los Tribunales la declaración de si el título es oneroso ó gratuito, con arreglo á los elementos de juicio que se aporten al pleito.

Galindo y Escosura dicen, muy acertadamente, que el precepto legal restringe la declaración á las *segundas* enajenaciones; y añaden: si sólo se consideran rescindibles éstas, por aquello de *inclusio unius exclusio alterius*, para que han de atenerse por válidas las primeras, y si de este modo se entendiese, resultaría á menudo que las verda-

deras enajenaciones fraudulentas quedarían firmes y sin producir efecto las que se hicieran de buena fe.

Estamos de completa conformidad con tan esclarecidos comentaristas; y añadimos, que la ley Hipotecaria no puede referirse á las primeras enajenaciones, ni por título oneroso, ni por título gratuito, porque su rescindibilidad, mediante la acción que dura cuatro años, cae en la esfera del derecho Civil, por no tener la consideración de tercero el adquirente que hubiese contratado con el deudor.

El heredero no puede en ningún caso atribuirse la cualidad de tercero, cualquiera que hubiese sido el título de adquisición que tuviera su causante, pues se coloca en el lugar, derechos y obligaciones de éste; que á tanto se extiende la transmisión sucesoria,

La buena fe, la honorabilidad de las personas se presume; de lo contrario la vida social sería imposible; pero esa presunción es de las llamadas *juris tantum*, que admite prueba en contrario: uno es honrado hasta el día que deja de serlo.

Si el tercero fué cómplice en el fraude, no puede acojerse á los beneficios de la ley.

La fraudelencia no se presume, como hemos dicho; hay que probarla. Sin embargo existe una excepción; nos las dá el art. 1297 del Código Civil, al disponer que se reputan celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajena bienes á título gratuito, y las enajenaciones á título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se haya pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquiera instancia ó expedido mandamiento de embargo de bienes.

Según dicho precepto, la presunción de fraudelencia, tratándose de enajenaciones por título gratuito, no está subordinada á ninguna declaración judicial: basta que se haga, para que lleve semejante sello; pero es siempre que el deudor no tenga bienes con que atender á sus obligaciones, ó lo que es igual, que sea insolvente.

No ocurre lo propio con la enajenación á título oneroso; sólo cuando se haga después de pronunciada sentencia condenatoria en cualquier instancia ó expedido mandamiento de embargo de bienes, surge la presunción *juris tantum* de fraudelencia; es cuando queda manchada aquella honorabilidad, porque se supone que el deudor ha querido eludir sus compromisos.

Pero una cosa es, tratándose de rescindir esta última clase de

enajenaciones, la presunción de fraudulencia, y otra la complicidad del tercero: la complicidad supone la fraudulencia, pero no la fraudulencia supone la complicidad. Por esto, para que pueda rescindirse el contrato en perjuicio del contratante que hubiese inserto su derecho adquirido por título oneroso, bien del deudor, bien de un poseedor intermedio, se requiere la prueba de complicidad; pues así como la ley presume la mala fe del deudor cuando enajena todos sus bienes después de dictarse contra él sentencia ó de decretarse el embargo, presume la honorabilidad del adquirente inmediato ó mediato, á menos que se demuestre lo contrario.

Cuanto venimos exponiendo, en este respecto, lo sacamos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia, entre cuyas sentencias podemos citar la de 28 de Noviembre de 1892; según la que, no basta esa presunción de fraudulencia para rescindir las enajenaciones de bienes inmuebles, es necesario, para que perjudique á tercero, que éste haya sido cómplice en el fraude, conforme lo dispuesto en el art. 37 de la Ley Hipotecaria.

Cuatro cosas han de concurrir para que perjudique á tercero la acción rescisoria (al decir tercero nos referimos al que tenga inscrito su derecho en el Registro, proceda ó no directamente del deudor) la fraudulencia, la complicidad, la insolvencia del obligado, y el perjuicio positivo, no quimérico, de los acreedores.

Cuando han sido embargados los bienes del deudor, tomándose en el Registro anotación preventiva en los casos procedentes, quien trate de adquirirlos, ya sabe á que se expone: no puede llamarse á engaño.

Puede ocurrir que en el intervalo entre el embargo y la anotación preventiva se haya verificado la venta: ¿puede rescindirse? Si se prueba la complicidad del comprador, indiscutiblemente; en otro caso entendemos que no, porque cuando se hizo el contrato no constaba en el Registro semejante asiento; y otro tanto decimos si la enajenación fué anterior al embargo. En cambio, si se hizo después de extendida la anotación preventiva, que dá la voz de alerta, esa enajenación se presume fraudulenta; pero para que perjudique á tercero, que no contrató con el deudor, se ha de probar su complicidad, pues el art. 37 de la ley Hipotecaria terminantemente exige este requisito para que le puedan alcanzar los efectos dimanantes de la rescisión del contrato.

Para que se declare la rescisión cualquiera que sea el lugar de derecho que por virtud de las transmisiones ocupe el adquirente que hubiese inscrito su título, se requiere que el deudor no tenga otros bienes con que responder; es decir, que sea insolvente, porque sería absurdo dejar sin someterlos á traba, para por otro lado reclamar los enajenados; mejor, hacer efectivos sobre ellos la responsabilidad por consecuencia de la acción rescisoria, con la que se rompe una relación jurídica formalmente establecida, presuntiva de validez.

Hemos dicho que una cosa es la fraudulencia y otra la complicidad en el fraude, por más que ésta dá por supuesta á aquella; así como no es preciso que en la perpetración de un delito haya cómplices y encubridores, basta que existan autores materiales.

El Código Civil en su art. 1299 habla de presunción de fraudulencia, según que la enajenación haya sido hecha por título gratuito ó por título oneroso, precepto aplicable cuando el adquirente hubiese contratado con el deudor; pero no cuando haya habido poseedor intermedio del cual procedan los bienes ó derechos inscritos en el Registro. En este caso se ha de acudir á lo dispuesto en la ley Hipotecaria; ésta ampara al tercero cuando no haya sido cómplice en el fraude, y no tiene tal cualidad el que intervino en el contrato celebrado por el deudor, que es precisamente el título que debe rescindirse, no el posterior, por más que los efectos de la rescisión alcancen á las segundas enajenaciones por título gratuito y al tercero, si hubiese tenido dicha complicidad.

De gran importancia es, por la doctrina que encierra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1905, por la cual se requiere, para que prospere la acción rescisoria de venta hecha en fraude de acreedores, que tiene carácter subsidiario, que se ejercite simultáneamente contra comprador y vendedor, que se pruebe el dolo y la insolvencia del enajenante, sin que pueda dispensar del cumplimiento de estas circunstancias la de haberse sustanciado el juicio en rebeldía del demandado, porque esta actitud procesal no entraña conformidad con los hechos de la demanda.

Siendo la rescisión un medio extraordinario y supletorio de invalidar los contratos en los casos, términos y requisitos que el derecho prescribe, natural es que el procedimiento en que se pida se entienda con los contratantes á quienes les ha de perjudicar el resultado. Sólo así, deudor y adquirente podrán contestar la demanda, proponer

sus excepciones, emplear sus defensas, y entre estas, demostrar que no existe insolvencia, para que pueda repetir la parte actora contra otros bienes del obligado.

El mismo Supremo Tribunal, en Sentencia de 10 de Diciembre de 1904, declaró que ni los arts. 1291, 1295 ni otro alguno del Código Civil prohíben la rescisión parcial del contrato fraudulento; es decir, en cuanto baste á asegurar el derecho del acreedor perjudicado.

Y se explica esa doctrina: ¿por qué y para qué ha de pedir el acreedor la rescisión de todos los contratos fraudulentos, si con la invalidación de uno le puede bastar para cobrarse lo que se le deba?

El carácter extraordinario de esa acción, las condiciones especiales en que debe ejercitarse, autorizan limitarla por razón de cualidad de los adquirentes, por razón de tiempo, y por razón de responsabilidad. En el primer caso, exíjese, como hemos dicho, tratándose de enajenaciones por título oneroso, la complicidad del tercero en el fraude; y si son enajenaciones por título lucrativo, no se detiene ante la que es segunda, sino que corre y alcanza á las ulteriores.

En el segundo caso, dura cuatro años si el adquirente es directo; esto es, si recibió los bienes del deudor; pues mal puede llamarse tercero quien intervino en el acto ó contrato objeto de rescisión; y dura un año si el inscribiente tiene la cualidad de tercero, por haberlos adquirido de persona distinta del deudor. Y en el tercer caso, como el objeto de esa acción es que los acreedores puedan cobrar, no es preciso que se rescindan todos los contratos, sino los que sean necesarios.

Pregunta Escosura si han de considerarse fraudulentas las renunciaciones de derechos reales y de los legados específicos. Separándose de la opinión de Canales respecto de la consecuencia que éste deduce de las premisas sentadas por La Serna, y siguiendo el sentir de éste, que cita la regla de derecho tomada de Ulpiano *Non fraudantur creditores, cum quid non acquiritur á debitore, sed cum quid de bonis diminuitur*, dice: que si un deudor no acepta la herencia, viene á renunciar un derecho real, pudiendo esa renuncia considerarse hecha en fraude de acreedores; porque es lo cierto que, aceptándola podría tal vez cobrar su crédito el acreedor; y renunciándola, viene á enriquecerse á costa de él la persona llamada á suceder en la herencia.

Estamos de completa conformidad con tan notable comentarista,

así como con el gran juriconsulto La Serna, cuando expone: «el derecho hereditario y el del legatario de una cosa determinada que está en los bienes del testador al tiempo de su fallecimiento, son indudablemente derechos reales; pero que no están constituidos ni radicados en el heredero ó legatario, hasta que éstos con la aceptación ya expresa, ya tácita, manifiestan su voluntad de ser herederos ó legatarios».

Aunque huelga decirlo, porque de sobra es sabido, en la adquisición del derecho hereditario concurren dos factores: la voluntad del causante y en defecto de ésta la disposición de la ley, y la voluntad del sucedáneo, expresa ó tácita.

Pero no porque exista la aceptación expresa ó tácita, constituida ésta por hechos que no sean de mera conservación ó administración provisional, (art. 999 del Código), se ha de decir que no implica enajenación la renuncia de aquél derecho: éste existe desde el momento que muere el causante de la herencia, que es cuando legalmente se abre la sucesión, renuncia que no puede hacerse antes de morir aquél, por ser nula, por ser contraria á la moral.

Es más; previsor el Código, dispone en su art. 1001 que si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que les autorice para aceptarla en nombre de aquél.

No cabe mayor prueba de que es real el derecho hereditario y que se adquiere con la muerte del causante, toda vez que la repudiación hecha por el heredero es motivo para que en su nombre los acreedores acepten la herencia, los cuales tienen facultad para pedir la retención ó embargo de lo que le quede al heredero, si éste hubiese hecho la aceptación á beneficio de inventario, según dispone el artículo 1034 de dicho cuerpo legal.

Nadie puede enriquecerse *tore ticeramente* en perjuicio de otro, como dicen las Partidas, y se enriquecería la persona que por virtud de la renuncia adquiriese los derechos del heredero ó del legatario. Este último, ya sea de género, de cosa específica ó de cantidad, derecho tiene á la sucesión por título singular, y aún cuando no puede tomar el objeto de la manda por su propia mano, pues la entrega debe hacerla el heredero, adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testado y los transmite á sus herederos, conforme determina el art. 881 del Código.

Por todo lo cual concluimos consignando lo que dijimos al principio de esta sección, á saber: que con la palabra enajenación se comprenden las renunciaciones de derechos que son parte del patrimonio del individuo.

V.

En el último párrafo del art. 37 se dice que: «en ambos casos, (se refiere á los dos anteriores) no perjudicará á tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro de un año contado desde el día de la enajenación fraudulenta».

Esos casos son cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito, y cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

Las leyes de 1861 y 1869 dispusieron, en este respecto, lo que sigue: «en ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta».

Comparando estos textos con el de la última edición oficial, observamos una discrepancia que precisa notar.

Unos y otros fijan el mismo plazo de un año, á partir, no desde el día siguiente, sino desde el mismo en que se haya verificado la enajenación fraudulenta. La discrepancia estriba en que el texto de la edición oficial determina que la acción rescisoria no entablada dentro de ese término, *no perjudicará á tercero*, cosa que no estatuyó ninguna de aquellas leyes, las cuales, sin referirse á tercero en este punto, prescribieron que esa acción rescisoria, llamada pauliana en nuestro derecho clásico, finía al año.

De bulto es el variante notado. Rigiendo la ley de 1869, que copió el precepto de la de 1861, el adquirente por título gratuito y el primer comprador cómplice en el fraude, podían considerarse tranquilos en la propiedad del inmueble y disfrute del derecho real, transcurrido que fuera el año desde la fecha de la enajenación fraudulenta; más ahora no lo estarán, porque ese plazo no se dá en beneficio de ellos como primeros adquirentes, sino de tercero que no contrató con el deudor, ó sea con persona distinta á la de éste. De lo contrario carece de explicación esa variante, porque si se considera tercero al inscribiente por virtud de la primera enajenación hecha á título gratuito ó á título oneroso, holgaba hacer la referencia que aparece en el último párrafo del art. 37, donde consta escrita la

palabra *tercero*, significando con ella que se alude á quienes no intervinieron en el acto ó contrato objeto de rescisión; bastaba decir, como en la ley antigua se dispuso, que prescribirá la acción rescisoria al año contado desde el día de la enajenación fraudulenta.

De forma que, la aclaración hecha en la última edición oficial de la ley es de un gran valor para evitar las dudas que se suscitaban después de publicado el Código Civil, que amplió á cuatro años la duración de la acción rescisoria de los contratos celebrados en fraude de acreedores.

Aclarando esto, que parece enigmático, importa poner en contacto, para luego presentar casos demostrativos, los artículos 1299 del Código Civil y el párrafo último del 37 de la ley Hipotecaria. Este último ya lo hemos copiado; aquél dispone que la acción rescisoria dura cuatro años, sin decir desde cuando, pero se sobreentiende que es á partir de la fecha de la enajenación fraudulenta, que es cuando se causa el perjuicio á los acreedores.

Ese artículo del Código Civil tiene la excepción establecida en el 37 de la ley Hipotecaria, y como la materia de excepciones es de interpretación estricta, á sus términos rigurosos nos debemos atener, sin hacerla extensiva á casos y cosas que para con ella no rezan.

El art. 27 define el tercero diciendo que es aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato. De consiguiente, el que hubiese comprado los bienes del deudor en contrato formalizado con éste, no tiene la consideración de tercero hipotecario, y queda sujeto á las disposiciones del Código Civil; su contrato puede rescindirse dentro de los cuatro años, siempre á base de que haya términos hábiles para ello, según determinan los artículos 1291 y 1297 de dicho cuerpo legal.

Supongamos que ese comprador enajena la cosa. En este caso debemos distinguir si el adquirente es ó no cómplice en el fraude: de serlo, procede contra él la acción, que no dura cuatro años, sino uno, precisamente porque es tercero á los efectos de la ley Hipotecaria, según el art. 27 de la misma, toda vez que no intervino en el contrato objeto de invalidación. Si no fué cómplice en el fraude, puede estar tranquilo; su derecho quedará respetado; contra él no podrá prosperar la acción rescisoria; que por algo se ha creado el Registro de la Propiedad: para asegurar los derechos adquiridos de quienes proceden de buena fe.

Véase por donde el elemento ético influye poderosamente en el aprecio del factor jurídico; como la moral extiende su acción saludable al derecho; que no en balde aquélla y éste forman dos círculos concéntricos en la esfera social.

En la primera enajenación por título gratuito el adquirente de la cosa no es tercero según el art. 27 de la ley Hipotecaria, dado que intervino en el acto ó contrato objeto de rescisión. Contra él cabe la acción rescisoria, que dura cuatro años según el art. 1299 del Código Civil. Pero en las segundas enajenaciones por título gratuito, aquellas que no verifica el deudor, sino otra persona á la cual éste hizo la transmisión, el adquirente tiene la consideración de tercero con arreglo á dicho art. 27; pero contra él cabe la acción rescisoria, siempre que se ejercite dentro del año de la fecha en que se hizo la enajenación fraudelenta, sin que se requiera complicidad suya en el fraude.

Al decir esto nos separamos de la opinión sustentada por los señores Galindo y Escosura, cuyos comentaristas distinguen si ha habido una enajenación gratuita ó dos; al efecto dicen lo siguiente: «Si una, de manera que la cosa se encuentre en poder del que adquirió inmediatamente del deudor, podrá entablarse dentro del año, contado desde el día en que el acreedor tuvo noticia de la enajenación: si se encuentra en poder del segundo ó sucesivo adquirente, el año ha de contarse desde la fecha de la enajenación á título gratuito».

Nuestra disconformidad con tan autorizado sentir consiste en que según dichos comentaristas dura un año la acción contra el adquirente inmediato del deudor, contra quien intervino en la enajenación hecha á título gratuito, en tanto que nosotros sostenemos que aquella dura cuatro años, por no serle aplicable el artículo 37 de la ley Hipotecaria y sí el 1299 del Código Civil. Ese plazo de un año se refiere á las segundas y posteriores enajenaciones á título gratuito, aquellas cuyo adquirente de la cosa no se entendió con el deudor, sino con la persona á la cual ésta transmitió el derecho.

Otra discrepancia entre la opinión de aquellos señores y la nuestra, estriba en la computación del plazo para invalidar el contrato: Galindo y Escosura sostienen que si la cosa se encuentra en poder del que la adquirió inmediatamente del deudor, el año se cuenta

desde el día en que el acreedor tuvo noticia de la enajenación; y si se encuentra en poder del segundo ó sucesivo adquirente, el año ha de contarse desde la fecha de la enajenación á título gratuito.

No vemos en dichos textos del Código Civil y de la ley Hipotecaria semejante diferencia. Ciertamente que el art. 1299 de aquél no dice que los cuatro años se cuentan desde la fecha de la enajenación; pero se sobreentiende, porque el contrato fraudulento es el que origina la acción rescisoria. Es muy vago y se presta á cuestiones suponer que el plazo se cuenta desde que el acreedor tuvo noticia de la enajenación; si esto fuera permitido, la acción sería indefinida, duraría muchísimos años, cosa que no debe ser por oponerse á ello su carácter de medio extraordinario. Por eso, y para que no quepa duda, el art. 37 dispone, en su última edición, que no perjudicará á tercero (no dice al adquirente inmediato de los bienes) la acción rescisoria que no se hubiese entablado dentro de un año, *contado desde el día de la enajenación fraudulenta*.

Antes de modificarse la ley Hipotecaria podía haberse cabido la distinción señalada por tan ilustres comentaristas; al presente el caso no ofrece duda: en el orden hipotecario, la acción rescisoria, para que perjudique á tercero, se ha de entablar dentro del año en que se celebró el contrato fraudulento.

¿Contra quién se ha de entablar la acción para rescindir las enajenaciones fraudulentas? Opinamos con los Sres. Galindo y Escosura que el contrato objeto de invalidación es el celebrado por el deudor. De ese contrato arranca el fraude; pero si posteriormente se han celebrado otros por título gratuito, ó por título oneroso siendo cómplice de la fraudulencia el tercero, con todos los contratantes debe entenderse la demanda, por lo mismo que tendrán interés en alegar sus defensas y proponer sus excepciones. Claro está que rescindido el primer contrato quedarán invalidados los posteriores, sin que quien se considere tercero pueda excusarse de cumplir la ejecutoria, desde el punto y hora que con él se entendió el juicio. En otro caso, esto es, si el tercero no hubiera sido emplazado, al expedirse la ejecutoria para la cancelación del asiento del Registro, ocurriría una verdadera dificultad insuperable en el orden hipotecario: ¿cómo el Registrador podría extender el asiento de cancelación de una inscripción hecha á favor de persona distinta de aquella con la cual se entendió el procedimiento?

Para que podamos reflejar en este respecto nuestra opinión, importa presentar distintas situaciones de derecho:

A. vende sus bienes á B. para no pagar á sus acreedores, el comprador es cómplice en el fraude. Los acreedores, á virtud de mandamiento de embargo, obtienen la anotación preventiva de las fincas de A. antes que B. registre su derecho. El procedimiento de apremio seguirá su curso; si B. cree tener algún derecho, habrá de acudir á los autos á ventilarlo. El Tribunal resolverá si la enajenación fué ó no fraudulenta.

Supongamos que B. inscribe su título antes que se presente al Registro el mandamiento judicial; y como quiera que la finca aparece inscrita á nombre de persona distinta del deudor, la anotación preventiva no podrá hacerse. En ese caso los acreedores tendrán que promover un juicio ordinario contra A. y contra B. pidiendo la rescisión de contrato fraudulento, acción que deberá ejercitarse dentro de los cuatro años de otorgado aquél.

Con el fin de que el tercero no se llame á engaño, y le pueda parar perjuicio la compra de la finca adquirida de B., procede que se solicite en ese juicio ordinario la anotación de la demanda.

Supongamos que C., que es el último adquirente, el que llamamos tercero, no inscribe su título; peor para él, porque cancelado que sea el asiento á favor de B., como quiera que los bienes quedan en poder del deudor, no podrá hacerse la inscripción á su nombre.

Puede ocurrir que, siguiéndose ese pleito ordinario, C. presente su título al Registro para su inscripción: apercibido de esto los acreedores, y constándoles su complicidad en el fraude, si el título fué oneroso ó si la segunda enajenación fué á título gratuito, dirigen su acción contra el tercero para que le cause el perjuicio á que se refiere el último párrafo del art. 37. Si el estado del procedimiento lo consiente, no vemos dificultad; al tercero se le debe oír y vencer en juicio; se ha de probar que fué cómplice en el fraude, tratándose de enajenación por título oneroso.

Puede ocurrir que en ese pleito de rescisión del primitivo contrato no sea parte el tercero, lo cual no empece para que se declare la rescisión; pero la sentencia no puede perjudicarle; habrá necesidad de demandarle, siendo requisito *sine qua non*, para que le alcancen los efectos de la acción rescisoria, que ésta se haya entablado dentro de un año desde el día de la enajenación fraudulenta. De

manera que convendrá á los acreedores no esperar á que transcurran los cuatro años para rescindir el contrato otorgado por el deudor, porque transcurrido un año, aquel tercero podrá alegar que en cuanto á él ha prescrito la acción, toda vez que la ley no dice que ese plazo se cuenta desde la segunda transmisión, sino desde la primera, que es la rescindible.

También puede acontecer que, ejercitada la acción dentro del año, el pleito dure mucho tiempo, por consentirlo sus respectivas instancias y á causa de los incidentes que pueden suscitarse en su seguimiento; y que durante ello un tercero adquiera los bienes: ¿podrá decir éste que la sentencia no le causa perjuicio, por haber transcurrido infinidad de años? La Ley dice que la acción rescisoria perjudicará á tercero cuando se haya entablado dentro del año contado desde el día de la enajenación fraudulenta, y como precisamente esto ocurre en el caso presentado, no vemos que sea valedera semejante defensa; no tienen culpa los acreedores de que, por exigencia del procedimiento, haya tardado largo tiempo en recaer la resolución judicial.

Como advertirá el lector, la dificultad que encierra el art. 37 estriba en sí, por razón de título oneroso, es tercero el que adquiere los bienes del deudor. Si lo es, no puede aplicarse el art. 1299 del Código Civil, la acción rescisoria durará un año, no cuatro. Nosotros sostenemos que ese adquirente directo no es el tercero, es un segundo, para con él no reza la ley Hipotecaria, visto el art. 27 de la misma. Dice este precepto: «Para los efectos de esta ley etc.; ¿qué efectos son esos? Pues, entre varios, los de los artículos 36 y 37 donde se expresa la palabra tercero, y como quiera que no tiene tal cualidad el que intervino en el contrato, quien compra los bienes del deudor, queda sujeto, en orden á la duración de la acción rescisoria, al Código Civil.

Pero se dirá: ¿cómo el verdadero tercero puede ser cómplice en el fraude si no intervino en la enajenación hecha por el deudor? ¿Cómo ha de participar de esa complicidad? El art. 41 de la ley Hipotecaria anterior desvanecía en este respecto toda duda al disponer que se considerará el poseedor del inmueble ó derecho real cómplice en el fraude *de su enajenación* (luego se supone que podía haber otra enajenación distinta á la suya) 1.º cuando se probare que le constaba el fin con que dicha enajenación se hiciera y que

ayudó á ella como adquirente inmediato ó con cualquier otro carácter.

De forma que, para la ley, tercero es el adquirente inmediato, y tercero es también el que sin serlo coadyudó con cualquier otro carácter; por este hecho su título tiene mácula, falta en él la buena fe. Lo mismo dá que sea comprador inmediato que mediato. Pero donde más se descubre la verdad de nuestra tesis, á saber; que el tercero puede ser cómplice en el fraude apesar de no haber comprado los bienes inmediatamente del deudor, es en lo que dispuso dicho art. 41 en sus números 3.º y 4.º cuando decía que se considerará el poseedor del inmueble cómplice en el fraude si hubiese adquirido su derecho bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor anterior, por la mitad ó menos de la mitad del justo precio (este motivo no cabe al presente, porque las compras no pueden rescindirse por lesión, salvo contados casos); y cuando habiéndose cometido cualquiera especie de suposición ó simulación en el contrato celebrado por el deudor, se probare que el poseedor tuvo noticia ó se aprovechó de ella.

De lo dicho venimos á concluir, que el referido art. 41 de la ley Hipotecaria, suprimido en la última edición oficial, comprende tres clases de terceros: el adquirente inmediato, ó sea el que contrata con el deudor, y el que, no habiendo adquirido los bienes de éste, recibe de un transmitente intermedio, constándole el fin de la enajenación fraudulenta y coadyuvando á ella ó comprando la cosa por la mitad del justo precio ó teniendo noticia del fraude ó aprovechándose de él.

Y como ese art. 41 estaba en contradicción con el 27, porque atribuía cualidad de tercero al que intervino en el acto ó contrato, vemos que se ha hecho bien suprimiéndolo en la última edición oficial.

Galindo y Escosura sostienen que cuando la primera enajenación es fraudulenta, como los contratantes no gozan del carácter de terceros (que es precisamente lo que nosotros sostenemos) pueden los acreedores ejercitar su acción rescisoria con arreglo á la legislación común, y añaden: que cuando por nuevas enajenaciones existe un tercero, segundo adquirente ó poseedor del inmueble que no intervino en el contrato, para que le perjudique la rescisión ha de aplicarse á la ley Hipotecaria. Fundan lo que dicen en que la acción

pauliana era personal, y, por consiguiente, no se daba contra terceros poseedores.

Ahora bien; la ley Hipotecaria ha dado á esa acción pauliana una extensión mayor de la que le fijó el derecho antiguo, no la limita á un año de duración, como ocurría antes de publicado el Código Civil, sino que la amplía á cuatro años; no sólo es personal, pudiendo ejercitarse contra quienes hubiesen adquirido los bienes del deudor, sino que hace extensivos sus efectos á tercero, á quien alcanza el perjuicio por la rescisión del contrato; y claro está que éste último alcance había de condicionarse por razón de tiempo, reduciéndola á un año, y por la cualidad del adquirente, si fué cómplice en el fraude, pues en otro caso su buena fe le escuda. Pero el tercero, para que sea tal, es preciso que reuna estas condiciones: que no haya adquirido el derecho directamente del deudor, y que lo tenga inscrito en el Registro á su nombre.

Los Sres. Galindo y Escosura citan la Sentencia de 4 de Octubre de 1884, según la que: si se toma anotación preventiva de la sentencia ó del embargo, podrán rescindir-se todas las enajenaciones que se hagan con posterioridad.

Cuando la segunda enajenación fué hecha á título gratuito no hay necesidad, para que se rescinda, que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude; basta la cualidad de ese título, porque como la cosa no le costó nada, perdiéndola se queda como antes de recibirla. No ocurre lo propio cuando la enajenación se hubiese hecho por título oneroso. Ya al adquirente directo, ya al posterior á éste, que es el verdadero tercero, no se les puede privar del inmueble ó derecho, si no fueron cómplices en el fraude. Esa complicidad les equipara, para los efectos de la rescisión, á los que hubiesen adquirido aquellos por título gratuito: unos y otros están en el mismo caso.

Por la mucha luz que arroja, porque desvanece infinidad de dudas que se presentan en la práctica, acerca de lo que se entiende por tercero á los efectos del art. 37, y porque dá un criterio seguro y acertado para la inteligencia de este precepto, importa citar la sentencia del Tribunal Supremo de justicia de 25 de Octubre de 1905, sobre cuya doctrina ha recaído copiosa jurisprudencia.

Dice el Supremo Tribunal lo que sigue:

No es tercero, ni por tanto puede ampararse en los beneficios del artículo 37, el que intervino en una venta en calidad de comprador, y

insigüentemente, reclamada la rescisión del contrato, después de transcurrido un año de la venta, pero antes de los cuatro, carece de derecho para excepcionar la prescripción por el transcurso de un año, pues no teniendo el carácter de tercero, el precepto aplicable es no el 37 de la ley Hipotecaria, sino el 1299 del Código Civil, según el cual las acciones rescisorias duran cuatro años.

Esta doctrina es la misma que sentó el T. S. en otras Sentencias, entre las cuales son de citar la de 15 Diciembre de 1887, 28 Noviembre de 1899 y 9 de Marzo de 1900.

## VI

Dice el art. 38, que, en consecuencia de lo dispuesto en el 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho por ninguna de las causas siguientes:

«Por revocación de donaciones en los casos permitidos por la Ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro».

El que dá la cosa, quítala del sí del todo: dijo Gregorio López.

Por ese acto de liberalidad, aunque sea remuneratorio, aunque se impongan cargas al donatario, se efectúa una transmisión de la cosa; el donante se priva de ella, entrando en el patrimonio del donatario, con facultad éste de enajenarla mientras la conserve. Puesto que no tiene la cualidad de tercero, cabe que contra él se den los casos de revocación prescritos por el Código Civil en el capítulo 4.º título 2.º del libro 3.º, á saber: por superveniencia de hijos legítimos ó legitimados ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos; por resultar vivo el hijo del donante, que se reputaba muerto cuando se hizo la donación (art. 644); cuando el donatario no cumpla las condiciones que le fueran impuestas (art. 647), y también se dá la revocación si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante; si le imputare alguno de los delitos que dán lugar á procedimiento de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe, á menos que el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituidos bajo su autoridad, y si le niega indebidamente alimentos (artículo 648 de dicho cuerpo legal).

A esas causas de revocación, tomadas del derecho antiguo, presídelas un sentimiento natural, y se fundan en los principios de justicia. La donación hecha entre vivos por persona que no tiene hijos ni descendientes, nada más lógico que se revoque en ese caso de superveniencia, porque la ley presume que de haberlos tenido el donante no habría realizado aquella liberalidad; que por mucho que sea el cariño que se profesa al que no es hijo, más acendrado es el que se tiene á la prole; pues como dijo D. Cristino Martos en un hermoso discurso pronunciado anté la Reina Regente, «el hombre muere como individuo, pero vive en la especie».

Esas causas de revocación, tanto por superveniencia de hijos como por ingratitud del donatario, alcanzan con sus efectos á éste, pero no á tercero; esto es, á quien hubiese inscrito su derecho en el Registro, transmitido ó gravado que fué por aquél; son de un orden personal cuyo radio llega sólo á la relación jurídica entre donante, donatario y sus herederos; no así acontece con la revocación fundada en el incumplimiento de condiciones que explícitamente consten en la inscripción registral, las cuales dán la voz de alerta al tercero; si éste, no obstante esos motivos de revocación, contrata sobre la finca ó derecho, ya sabe á que se expone, jamás podrá llamarse á engaño.

¿Es inscribible la donación en la cual no se expresa que al donante le quedan otros bienes con los cuales puede atender á su subsistencia, según los términos del art. 934 del Código Civil? Indiscutiblemente; así lo ha venido declarando el Centro Directivo en resoluciones de 21 Agosto de 1903, 17, 18 Abril y 5 Agosto de 1907.

Y se comprende esa doctrina, muy en razón dada, porque no cabe averiguar si el donante se reservó ó no lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias. Si la donación fué nula, que lo declaren los Tribunales, únicos que tienen facultad de hacerlo, nulidad que solo puede perjudicar al donatario y á sus herederos, nunca al tercero que hubiese inscrito su derecho, toda vez que le ampara el art. 34.

No decimos lo propio respecto de las donaciones entre cónyuges, ni las hechas á personas inhábiles, ni las que se refieren á bienes futuros, las cuales están prohibidas por el Código Civil; y puesto que son nulas, no pueden fundar inscripción registral, debiendo denegar el Registrador las escrituras en que aparezcan formalizadas.

Si no obstante ello la inscripción se hiciera, esas causas perjudicarían á tercero si resultasen claramente del Registro, dados los términos del art. 34. La excepción del 38, en tanto beneficia al tercero en cuanto la nulidad no resulte de aquella oficina.

Dispone el art. 633 del Código Civil que para ser válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, el cual habrá de aceptarla en el mismo documento ó en otro separado si se hiciese en vida del donante etc.

Supongamos que se verifica la donación en documento privado; claro está que no es válida, como no lo es si se efectúa en documento administrativo ó judicial, por ser la escritura pública el instrumento requerido, incluso para la aceptación: supongamos también que apesar de ello, (cosa que no es facil ocurra, dada la competencia del cuerpo de Registradores), esa donación se inscribe y sobre el asiento se fundan nuevas inscripciones. ¿Cuál es la suerte del tercero en ese caso si se pide la nulidad de semejante donación por defecto esencial del título en que fué hecha? Creemos que esa nulidad le afectará, que quedará privado de la cosa, porque del Registro ha de aparecer la clase del documento en que fué verificada; no podrá llamarse á engaño, tanto porque tiene obligación de conocer la ley, cuanto porque siendo público el Registro ha debido enterarse antes de contratar. No se trata de revocación, sino de nulidad de donación, por no ser idóneo el documento en que fué hecha.

Tampoco se rescindiré en perjuicio de tercero el contrato por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago.

Como comentario á esto se dice en la Exposición de motivos de la Ley de 1861: «Siempre que en la escritura de venta no aparece que está el precio por satisfacer total ó parcialmente, nace la presunción legal de que íntegramente ha sido satisfecho».

Esa presunción legal es con respecto á tercero; al ver éste en la inscripción que el pago no fué aplazado, cree de buena fe que se satisfizo; pero eso no veda para que el vendedor pueda ejercitar contra el comprador, con el cual se entendié, la acción personal correspondiente para el cobro total ó parcial del precio; pues nadie debe enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro.

¿Y si al tercero le constaba que el precio no había sido satisfecho al vendedor apesar de que en la inscripción no se expresó el aplazamiento de pago? ¿Podrá excudarse en el art. 38 de la ley Hipotecaria? Entendemos que si se prueba ese conocimiento vendrá obligado á satisfacer la cantidad que se adeude al vendedor. El Registro es un medio para conocer el estado de la propiedad, los contratos que sobre esta se celebren, los derechos y obligaciones establecidos, de carácter real; pero no excluye otros medios de conocimiento mediante los cuales puede apreciarse la mala fe de los inscribientes.

Constando en el Registro que el precio no ha sido total ó parcialmente satisfecho: ¿qué carácter tiene esta expresión para que perjudique á tercero? El Centro Directivo, en resolución de 12 de Julio de 1909, dijo lo que sigue: después de las reformas introducidas por la ley Hipotecaria en la materia de hipotecas tácitas y de los terminantes preceptos de los arts. 1124, 1503 y 1504 del Código Civil, no puede sostenerse que el vendedor á plazo de una cosa inmueble conserve un derecho real de hipoteca para garantizar su pago, á menos de pactarse aquella expresamente, sino más bien una acción especial cuyos complejos resultados han de ser definidos por los Tribunales de justicia antes de surtir efectos determinados en el Registro de la Propiedad.

De manera que, según esa doctrina, la acción del vendedor no es hipotecaria, puesto que no conserva un derecho real de hipoteca para garantizar el cobro del precio, sino que es una acción especial que, por cierto, no conocemos en la nomenclatura jurídica. Sabíamos que una de las clasificaciones de las acciones es la de que estas son personales, reales y mixtas. ¿En cuál de ellas encaja la del vendedor? Si es personal, no puede darse mas que contra el comprador y sus herederos; si es real ó persecutoria de la cosa, se dá contra todo poseedor para recuperarla: *res ubique sit, pro domino suo clamat*; si es mixta, participa de ambas naturalezas.

Desde el momento que el tercero que adquiere la cosa sabe por el Registro que no ha sido satisfecha, se coloca, en nuestro sentir, en el lugar y obligaciones de aquel comprador que se la transmitió de ese modo. Claro está que no tiene derecho el vendedor á que el tercero le devuelva la finca, toda vez que la compra-venta fué perfecta, á menos de haberse establecido el pacto comisorio autorizado por el art. 1504 del Código Civil, con la excepción que el mismo

expresa; pero su derecho á cobrar el precio concertado de la finca, si el adquirente no le paga, lo tenemos por incuestionable, porque para algo se expresó esa circunstancia en la inscripción.

Tampoco se anularán los contratos, en perjuicio de tercero, por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita.

Como comentario á esta excepción se dice en la Exposición de motivos lo que sigue: «consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la ley. Cuando se trate de los derechos de un tercero solo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión y menos desde el convenio».

Las prerrogativas de la inscripción son tales que, colocado el derecho bajo su amparo, recibe firmeza frente á títulos no inscritos. El convenio teje relaciones personales entre las partes contrayentes; dá el título, la causa del derecho; pero este se corporaliza, y la posesión es el signo externo del mismo; pero no tiene toda la publicidad que se requiere para que sea respetado. En la inscripción registral colócase el título y el modo de adquirir; el derecho recibe en ella consagración pública, alcanza su mayor poder en el orden normal jurídico, y la ley le arma de defensas, una de las cuales es que no le puede perjudicar título alguno no inscrito.

Esa inscripción en la doble venta hace que no pueda razonarse en el Registro aquella que no se hubiera inscrito; de lo contrario no podría conocerse la capacidad civil del inmueble; el comprador de éste estaría siempre amenazado de que le sacaran otra escritura no registrada, para con ella ser despojado de lo que legítimamente adquirió; esto llevaría consigo la muerte del régimen inmobiliario.

¿Pero si á ese tercero le constaba la doble venta, que la primera escritura no había sido inscrita, apesar de cuyo conocimiento adquirió el inmueble? Para nosotros no es tercero, obró de mala fe, sabiendo que no podía adquirir lo que el vendedor había transmitido; constituye esto un verdadero fraude que el Registro no debe amparar. Véase sobre esto lo que dijimos y la jurisprudencia que citamos en el capítulo precedente.

Tampoco se invalidarán los contratos, en perjuicio de tercero, por causa de lesión en los casos 1.º y 2.º del art. 1291 del Código Civil.

Según este precepto son rescindibles los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas á quienes representan haya sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos; y los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión antes expresada.

Al decir el art. 38 que no se rescindirán en perjuicio de tercero los contratos por esos casos taxativos de lesión, parece que sienta la regla general en contrario, de la cual son aquellos sus excepciones; es decir, que se dán contra aquél semejantes causas rescisorias, por el conocido principio, *inclusio unius exclusio alterius*; y precisamente no es eso. Lo que ha querido decir el Legislador es que no se rescindirán en perjuicio de tercero los contratos por causas de lesión, *ni aún* en los casos de los números 1.º y 2.º del art. 1291 del Código Civil.

Ha desaparecido del derecho civil común la causa rescisoria por lesión enorme ó enormísima en la compraventa (art. 1293 de dicho cuerpo legal): la cosa vale lo que se dá por ella; no es condición esencial del precio el que sea justo, pero sí que resulte cierto y en dinero ó signo que lo represente (art. 1445 de aquél).

Ha seguido el Código en este punto, separándose del Fuero Real y las Partidas, lo que prescribe el derecho aragonés: *tantum valet res quantum vendi potest*, que es precisamente lo que estatuyó el Fuero Juzgo.

La legislación foral no es uniforme en este respecto. Sin ponerla aquí en relieve, porque nos saldríamos del objeto de este libro, podemos decir que en Cataluña, cuya legislación se halla presidida en mucho por el elemento esperitualista, debido al derecho canónico, y por el romanismo, á parte su factor indígena de gran estima en aquel laborioso país, subsiste la acción rescisoria por lesión, que dura treinta años.

El derecho español, puesto que no se ha llegado á la tan decantada codificación, no es uniforme, como hemos dicho, en este punto; pero como la ley Hipotecaria había de ser obligatoria para todas las regiones, sin excluir los que se rigen por sus fueros, que á tanto obligaban los fines de garantía para cuya consecución fué dada, hubo de estatuir que semejante acción rescisoria no puede perjudicar á tercero; esto es, al que sin haber intervenido en el contrato

cuya invalidación se pretenda, haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

Tampoco se rescindirán los contratos en perjuicio de tercero, por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes ó fueros especiales conceden á determinadas personas en virtud de causas que no consten expresamente de la inscripción.

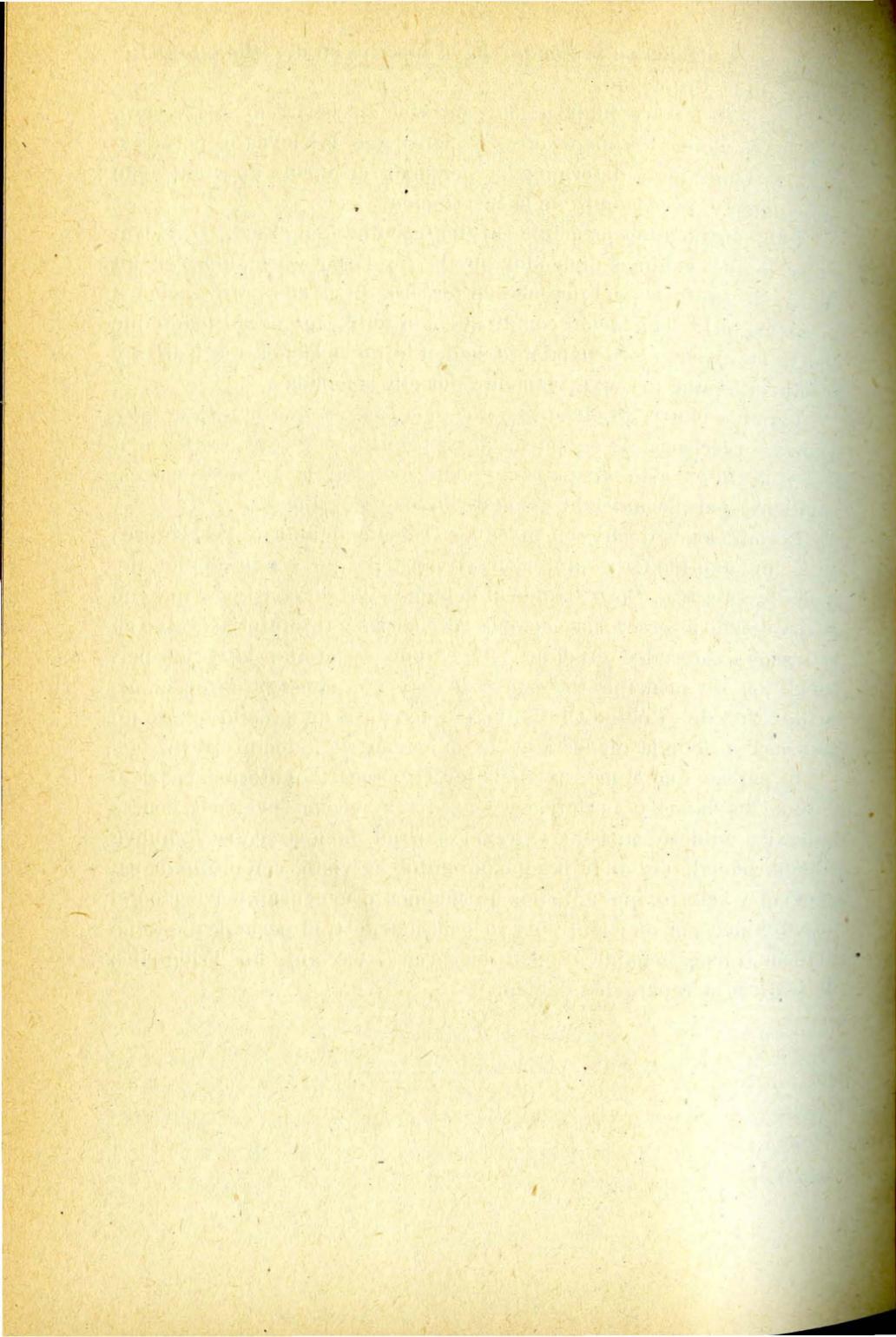
Esto corrobora el principio cardinal sentado en el art. 36, y confirma lo que venimos diciendo: que la ley Hipotecaria, por ser un cuerpo de garantías del derecho de tercero, lleva sus prescripciones lo mismo á la legislación común que á la foral, no permitiendo que contra su expreso ordenamiento se den otras acciones rescisorias y resolutorias que las taxativamente por ella señaladas.

Termina el art. 38 diciendo: «En todo caso en que la acción resolutoria ó rescisoria no se pueda dirigir contra el tercero conforme á lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios».

Permítasenos decir, con todos los respetos debidos á los Autores de la ley, que huelga el anterior precepto, por no ser propio del derecho hipotecario. Corresponde al derecho civil el consignar que no perjudicando á tercero las acciones rescisorias y resolutorias, salvo en los casos expresados en el art. 37, se puede ejercitar la acción personal; por ser principio inconcuso de derecho, consagrado en el artículo 1902 del Código Civil, que el que causa un daño ó infiere un menoscabo tiene la incuestionable obligación de indemnizarlos.

Repárese que el art. 38 de la ley Hipotecaria anterior, refiriéndose á los daños y perjuicios, concedía la acción personal contra quien los hubiese causado, extremo éste que no aparece en la nueva edición oficial, sin duda porque su autor ha visto, con profunda sagacidad y acierto, que aquellos no solamente se causan por acción si que también por omisión; y en su consecuencia, el perjudicado tiene derecho incuestionable á pedir en forma y vía ante los Tribunales de justicia la reparación debida.

---





## Capítulo XV

### Nulidad de la inscripción

#### I

Un profesor clínico empezaba su curso diciendo á los discípulos: «hasta aquí hemos visto como se curan los enfermos en los libros; vamos á ver como se mueren en sus camas». (Monasterio Galí, página 3.<sup>a</sup> de su libro «Biología de los derechos en la normalidad y de su representación»).

Parafraseando el profesor clínico, diremos: hemos visto cuales son las prerrogativas de la inscripción, esa ejecutoria como la llama D. Pascual Aragonés y Carsí en su compendio de la «Ley Hipotecaria»; veamos como fenece.

En nuestro derecho hipotecario, informado en el sistema adjetivo, no tanto como el francés, la inscripción no pasa de ser una ejecutoria en la normalidad, discutible y anulable por la justicia reparadora, á virtud de contienda, por vicio del título ó por defectos del asiento, como luego veremos.

No así ocurre en el régimen inmobiliario, presidido por el sistema absoluto: en él la inscripción tiene valor intrínseco, es de carácter sustantivo y atribuye validez á los actos ejecutados por quien aparece como dueño en el Registro, sin que el inscribiente pueda ser privado de sus derechos, á no ser que hubiese procedido fraudulentamente en el acto ó contrato *constatado*, palabra esta que es empleada generalmente en las legislaciones extranjeras donde aquel impera.

No puede negarse que existe una acentuada tendencia hacia el

sistema absoluto, para que el dominio goce de certidumbre y el crédito territorial obtenga garantías.

No ya el Acta Torrens cuyo art. 44 dispone que cualesquiera que sean la naturaleza y el origen de los derechos de otras personas sobre el inmueble, éste no estará, salvo caso de fraude, sujeto, respecto al propietario inscrito, más que á las cargas y servidumbres que aparezcan de los asientos etc.; no ya la legislación prusiana de 1872 cuyo art. 9.º estatuye que si la inscripción se anula no perjudicará á tercero que haya adquirido de buena fe y á título oneroso, sino que en el Congreso internacional de París de 1889, votose la conclusión 7.ª, por la cual la inscripción conseguida con fraude, será anulable; pero sólo en perjuicio del titular de mala fe y con reserva de los derechos adquiridos por el de buena fe.

De manera que las legislaciones extranjeras en donde el principio de sustantividad de la inscripción se ha consagrado por imperiosa exigencia del régimen inmobiliario, admiten sólo la nulidad del asiento registral cuando el título que la funda fué arrancado con fraudulencia; y á tal punto llega ese postulado, que aún cuando el adquirente del inmueble supiese que éste no pertenecía al vendedor y sí á otra persona, la inscripción obtenida es válida. Así lo dispone el art. 4.º de la ley prusiana antes citada.

En la evolución del Derecho hipotecario español vamos dando de lado al romanismo y nos acercamos al régimen germánico, no tan de prisa como muchos jurisconsultos desean, sino gradualmente, y buena prueba de esto tenemos en las reformas que sufrió el artículo 34 de la ley del 61, por las de 1869 y 1877, hasta conceder al tercero inscribiente por título oneroso la mayor inmunidad, si funda su derecho en una inscripción favorecida mediante el procedimiento liberatario, determinado por dicho precepto y por el 308 del Reglamento que lo completa; inmunidad que llega á su colmo en el juicio establecido en el título XIII de la edición oficial de la Ley.

¿Por qué la inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes? Porque encierra el título y el modo de adquirir, elementos que se integran y se robustecen; de suerte que la eficacia del segundo depende de la virtualidad del primero. Si el título es nulo, si adolece de vicios internos que afectan á la voluntad generadora de la relación jurídica, ó si se refieren á la capacidad del otorgante, á la licitud del objeto, á la verdad de la

causa, la inscripción no tiene validez; y á tal grado llega la impureza de aquél, que sus efectos trascienden al derecho de tercero en ciertos casos, á menos que éste se ponga á cubierto mediante el procedimiento liberatorio antes notado.

Nuestro derecho hipotecario no ha podido separarse totalmente del clásico axioma jurídico, que lo que es nulo desde un principio no puede convalecer en el tiempo; bien que ha suavizado su dureza, por así exigirlo las condiciones de garantía que deben prestarse por el Poder público á la propiedad inscrita á nombre de tercero.

Si la inscripción fuera un modo de adquirir en el verdadero sentido de la palabra; si gozara de esa substantividad que le atribuye el sistema registral absoluto; si antes de poner el derecho bajo la garantía del Estado se verificase el exámen y purificación del título, como en Australia y Alemania; si el Fisco tuviese una caja de seguro para indemnizar á los dueños espoliados de los perjuicios que se les ocasionaran por consecuencia de suplantaciones de sus personas, ese art. 33 de la ley Hipotecaria no se hubiera escrito, y no tendría motivo el ilustre Sr. Escosura para calificarlo de la infracción más atrevida y el ataque más rudo que ha podido inferirse á la propiedad territorial.

Pero no podemos salirnos del régimen jurídico á cuya sombra nacen y se desarrollan los derechos sobre la propiedad inmueble. Esa purificación del título respecto de documentos inscritos, no la vemos más que por excepción en el párrafo 3.º del art. 34, mediante el procedimiento llamado de liberación. El título, signo externo de la relación jurídica, cuando se inscribe presenta caracteres de legalidad, ignórase cómo y por qué motivos fué formado; causas son estas que el escrito no exterioriza; y claro está que reuniendo condiciones registrables, ya sea falso, ya sea nulo, si la nulidad no es apreciable al calificarlo, el Estado, y por su órgano el Registrador, lo lleva á los libros, dándole la promulgación merecida, para que conocido de todos sea por todos respetado.

Expuestas las anteriores consideraciones generales, digamos algo en concreto acerca de la nulidad de fondo, para luego tratar de la nulidad de forma.

No debe confundirse la nulidad de los contratos con la inexistencia, ni con la rescisión de los mismos, aunque estos tres motivos son otros tantos aspectos que reviste la ineficacia de aquellos.

A la manera como estúdiase en medicina el artretrismo, considerado como un árbol patológico formado de varias enfermedades que reconocen todas por causa el defecto de nutrición, en la patología jurídica, que examina también el estado morbozo de ciertos actos, se presenta en el orden civil, al cual nos referimos, el árbol de la invalidación de los contratos con sus ramas de nulidad y rescisión, siempre á base de su existencia: de no tenerla, por ausencia de todos ó de algunos de sus elementos constituyentes, semejantes convenciones no son tales, como creaciones viciosas ó lesivas, toda vez que no pasan de la categoría de fugaz enjendo de la fantasía, sin substancia ni vida alguna.

Sin consentimiento, sin objeto y sin causa, no hay contrato posible; he aquí la inexistencia. Pero el consentimiento puede estar viciado por error esencial, por miedo insuperable, por fuerza irresistible, por dolo ó maquinación engañosa, y por falsedad de la causa; he aquí la nulidad. Más el contrato á pesar de reunir los requisitos expresados en el art. 1261 del Código Civil, y de no adolecer de ningún vicio de origen, puede ser lesivo á ciertas personas, sobre las cuales, por su condición de desvalidas, tiende la ley su manto tutelar; he aquí la rescisión.

Por la inexistencia de la convención no se rompe el vínculo ó nexo jurídico; precisamente porque jamás lo hubo; en cambio, mediante la nulidad y la rescisión sí se invalida aquella; el radio de acción de la primera es más extenso que el de la segunda; que alguna diferencia hay, cuando se estudia la enfermedad del acto jurídico para aplicar el medio terapéutico, entre lo que fué vicioso en su origen y lo que resulta perjudicial por sus efectos.

Esa distinción entre contratos inexistentes y contratos nulos, señalada por Laurent, salió vencedora de la escuela y ha entrado ufana en la ley. El Código civil en su art. 1300 la reconoce.

Los expositores del Derecho civil han subdividido la causa de nulidad en varias; entre las cuales citamos las siguientes: absoluta ó grave, y relativa ó menos grave, referida ésta á la consideración especial de las personas; verbigracia, menores y mujeres casadas; nulidad de pleno derecho ó radical y nulidad *per accidens*, lo que se llama acto anulable, porque reuniendo todos los requisitos, son estos, sin embargo, defectuosos.

La acción contra los contratos inexistentes no se convalida por

el transcurso del tiempo; no así la acción y la excepción de nulidad (de esta última no trata el Código civil), las cuales prescriben, art. 1301,) á los cuatro años, contados según los respectivos casos que este precepto señala.

Los contratos otorgados por mujer casada, que no sean de los exceptuados por el art. 62 de dicho Código, son de los llamados anulables; se comprenden dentro de la nulidad más relativa, toda vez que solo el marido ó sus herederos pueden impugnarlos, según determina el art. 65 de aquel. (Véase lo que decimos en el capítulo que tiene por epígrafe «De la calificación»).

La falsedad del título perjudica, no ya al inscribiente del acto ó contrato en los cuales se dió, si que á tercero, por lo mismo que no puede tener sanción jurídica alguna lo que es contrario á la verdad; pero adviértase que esto se refiere cuando no haya precedido, como antes dijimos, el procedimiento de liberación, que dá al tercero la mayor inmunidad en nuestro derecho hipotecario, inmunidad que tiene en tal caso por fundamento, de suyo justificado, el consentimiento tácito de quienes pudiendo impugnar en tiempo, vía y forma la inscripción notificada, dejaron de hacerlo, siéndoles aplicable el *sibi imputet*.

Pero si el transmitente fué en realidad la persona á cuyo nombre aparecían los bienes en el Registro, si el inscribiente tiene la cualidad de tercero, por mérito de su título oneroso, obtenido de buena fé, sin que le consten los vicios de invalidación del mismo, pues de otra suerte no podría llamarse á engaño, no hay medios hábiles de que pueda ser despojado, so pretexto de causas de anulación que claramente no resulten de dicha oficina, doctrina que hemos visto confirmada, si bien aplicada en varios casos, en sentencias del Tribunal Supremo de justicia de 20 de Octubre de 1901, 20 Septiembre de 1904, 26 Marzo, 3 de Julio de 1906 y 27 Abril de 1907, que dan el verdadero sentido y alcance del art. 34 de la ley Hipotecaria, pues como dice dicho Tribunal, á los contratantes no se les puede obligar á hacer un estudio jurídico acerca de las condiciones de los bienes inscritos, y que las causas de la rescisión para que perjudiquen á tercero, ya emanen de la ley, ya de la voluntad de las partes, deben constar en el Registro ó sean de las que hieren los sentidos.

La nulidad de la inscripción para que perjudique á tercero de

primer grado, que es el del párrafo 1.º del art. 34, ha de dimanar de que el transmitente no sea la persona á nombre de la cual aparezca inscrito el inmueble ó derecho en el Registro de la Propiedad, ó que el apoderado se excedió del mandato inserto en la inscripción (Sentencia 28 Diciembre 97), ó por virtud de causas que consten en dicha oficina, de las cuales no pueda alegarse ignorancia (Sentencia 20 Diciembre 94). Los demás motivos internos del acto ó contrato, de los cuales no tuvo conocimiento, no puede responder, ni está tenido á sus consecuencias; son de un orden que pudiéramos llamar psicológico, que no se traducen en el título, ni se revelan públicamente en la inscripción, bajo cuyas garantías el adquirente de buena fe funda tranquilamente su derecho.

Podrán deducirse y prevalecer en juicio las acciones personales que competan al perjudicado del acto ó contrato nulo por vicios de consentimiento, por falsedad de la causa, por incapacidad del otorgante ó contratantes no exteriorizada por título; más esto no puede perjudicar á tercero, que fué extraño á semejantes nulidades.

¿Pueden confirmarse los contratos nulos? caso afirmativo ¿por qué medios? Nos referimos á la revalidación de contratos cuya nulidad no perjudica á tercero.

Para contestar á esas dos preguntas, precisa tener en cuenta el art. 1309 del Código Civil, según el que: «la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente».

A nuestro juicio este precepto se refiere, y así lo entienden esclarecidos expositores del Derecho civil, á los contratos que no son inexistentes, ni nulos por sí, sino anulables por causa de incapacidad de los otorgantes ó por vicios del consentimiento, toda vez que expirado el plazo de cuatro años, á partir del día en que pudo ejercitarse la acción, lo que no tuvo validez adquiere eficacia; que á tanto llegan los favores y garantías de la prescripción extintiva.

No obstante esto, el Centro Directivo declaró en resolución de 20 de Enero de 1906, que no era inscribible la escritura de ratificación de la otorgada por vendedora menor de edad, en razón á que, con arreglo á lo dispuesto en los arts. 1261 y 1263 del Código Civil, son nulos los contratos celebrados por los menores de edad, que no pueden prestar el debido consentimiento, y añadió, que solamente son confirmables los contratos en que además de objeto y causa,

ocurre el consentimiento de los contratantes, requisito que no concurriría en el caso recurrido.

Reconocemos que el criterio de la Dirección fué bastante restrictivo; ciñóse á los preceptos del Código Civil que autorizan la confirmación, y separóse de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de justicia en Sentencia de 17 de Junio de 1904, según la que: los contratos celebrados por los menores no emancipados, reúnen los requisitos expresados en el art. 1261 de dicho Código, pudiendo ser confirmados por aquellos al llegar á la mayor edad, con lo cual queda subsanado el vicio originario que motivó la nulidad.

Los contratos inexistentes no son confirmables; así lo declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de Mayo de 1899, de conformidad á lo dispuesto en el art. 1310 del Código Civil.

El citado art. 1309 de dicho cuerpo legal no se refiere á la confirmación de los contratos otorgados con vicio de nulidad en el consentimiento, sino á aquellos que adolezcan de semejante defecto por ser menores de edad los contrayentes, según el párrafo último del art. 1201; y si bien puede objetarse que este último texto se refiere, dada su expresión literal, á contratos en que estén interesados menores é incapacitados sujetos á tutela, á quienes se concede derecho de invalidación desde que salen de ese estado, no hay motivo para excluir los contratos celebrados por los menores sujetos á patria potestad, porque al fin y á la postre, ni aquéllos ni estos tienen la capacidad legal necesaria, y necesitan valerse de la representación legítima para que tengan eficacia las obligaciones que contraigan.

Por esto nos inclinamos, con el Sr. Escósura y Matheu, á la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. El contrato celebrado por menores no emancipados, al igual de el otorgado por el tutor en nombre del pupilo ó incapacitado, no es nulo *per se*, no tiene nulidad radical ó de pleno derecho, sino que es anulable, y, por consiguiente, confirmable por expresa voluntad, que no excluye la prescripción; en ésta va contenida la presunción á favor de la eficacia de lo que podía ser impugnado en tiempo al amparo de la ley.

El medio eficaz de revalidación es la escritura pública autorizada con las formalidades y requisitos prescritos por el derecho.

De no admitirse la revalidación, tanto por la falta de capacidad en los contratantes, cuanto por vicios de consentimiento, no por falsedad de causa, ni por ilicitud del objeto, quedarían en la incerti-

el transcurso del tiempo; no así la acción y la excepción de nulidad (de esta última no trata el Código civil), las cuales prescriben, art. 1301,) á los cuatro años, contados según los respectivos casos que este precepto señala.

Los contratos otorgados por mujer casada, que no sean de los exceptuados por el art. 62 de dicho Código, son de los llamados anulables; se comprenden dentro de la nulidad más relativa, toda vez que solo el marido ó sus herederos pueden impugnarlos, según determina el art. 65 de aquel. (Véase lo que decimos en el capítulo que tiene por epígrafe «De la calificación»).

La falsedad del título perjudica, no ya al inscribiente del acto ó contrato en los cuales se dió, si que á tercero, por lo mismo que no puede tener sanción jurídica alguna lo que es contrario á la verdad; pero adviértase que esto se refiere cuando no haya precedido, como antes dijimos, el procedimiento de liberación, que dá al tercero la mayor inmunidad en nuestro derecho hipotecario, inmunidad que tiene en tal caso por fundamento, de suyo justificado, el consentimiento tácito de quienes pudiendo impugnar en tiempo, vía y forma la inscripción notificada, dejaron de hacerlo, siéndoles aplicable el *sibi imputet*.

Pero si el transmitente fué en realidad la persona á cuyo nombre aparecían los bienes en el Registro, si el inscribiente tiene la cualidad de tercero, por mérito de su título oneroso, obtenido de buena fé, sin que le consten los vicios de invalidación del mismo, pues de otra suerte no podría llamarse á engaño, no hay medios hábiles de que pueda ser despojado, so pretexto de causas de anulación que claramente no resulten de dicha oficina, doctrina que hemos visto confirmada, si bien aplicada en varios casos, en sentencias del Tribunal Supremo de justicia de 20 de Octubre de 1901, 20 Septiembre de 1904, 26 Marzo, 3 de Julio de 1906 y 27 Abril de 1907, que dan el verdadero sentido y alcance del art. 34 de la ley Hipotecaria, pues como dice dicho Tribunal, á los contratantes no se les puede obligar á hacer un estudio jurídico acerca de las condiciones de los bienes inscritos, y que las causas de la rescisión para que perjudiquen á tercero, ya emanen de la ley, ya de la voluntad de las partes, deben constar en el Registro ó sean de las que hieren los sentidos.

La nulidad de la inscripción para que perjudique á tercero de

primer grado, que es el del párrafo 1.º del art. 34, ha de dimanar de que el transmitente no sea la persona á nombre de la cual aparezca inscrito el inmueble ó derecho en el Registro de la Propiedad, ó que el apoderado se excedió del mandato inserto en la inscripción (Sentencia 28 Diciembre 97), ó por virtud de causas que consten en dicha oficina, de las cuales no pueda alegarse ignorancia (Sentencia 20 Diciembre 94). Los demás motivos internos del acto ó contrato, de los cuales no tuvo conocimiento, no puede responder, ni está teniéndolo á sus consecuencias; son de un orden que pudiéramos llamar psicológico, que no se traducen en el título, ni se revelan públicamente en la inscripción, bajo cuyas garantías el adquirente de buena fe funda tranquilamente su derecho.

Podrán deducirse y prevalecer en juicio las acciones personales que competan al perjudicado del acto ó contrato nulo por vicios de consentimiento, por falsedad de la causa, por incapacidad del otorgante ó contratantes no exteriorizada por título; más esto no puede perjudicar á tercero, que fué extraño á semejantes nulidades.

¿Pueden confirmarse los contratos nulos? caso afirmativo ¿por qué medios? Nos referimos á la revalidación de contratos cuya nulidad no perjudica á tercero.

Para contestar á esas dos preguntas, precisa tener en cuenta el art. 1309 del Código Civil, según el que: «la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente».

A nuestro juicio este precepto se refiere, y así lo entienden esclarecidos expositores del Derecho civil, á los contratos que no son inexistentes, ni nulos por sí, sino anulables por causa de incapacidad de los otorgantes ó por vicios del consentimiento, toda vez que expirado el plazo de cuatro años, á partir del día en que pudo ejercitarse la acción, lo que no tuvo validez adquiere eficacia; que á tanto llegan los favores y garantías de la prescripción extintiva.

No obstante esto, el Centro Directivo declaró en resolución de 20 de Enero de 1906, que no era inscribible la escritura de ratificación de la otorgada por vendedora menor de edad, en razón á que, con arreglo á lo dispuesto en los arts. 1261 y 1263 del Código Civil, son nulos los contratos celebrados por los menores de edad, que no pueden prestar el debido consentimiento, y añadió, que solamente son confirmables los contratos en que además de objeto y causa,

ocurre el consentimiento de los contratantes, requisito que no concurría en el caso recurrido.

Reconocemos que el criterio de la Dirección fué bastante restrictivo; ciñóse á los preceptos del Código Civil que autorizan la confirmación, y separóse de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de justicia en Sentencia de 17 de Junio de 1904, según la que: los contratos celebrados por los menores no emancipados, reúnen los requisitos expresados en el art. 1261 de dicho Código, pudiendo ser confirmados por aquellos al llegar á la mayor edad, con lo cual queda subsanado el vicio originario que motivó la nulidad.

Los contratos inexistentes no son confirmables; así lo declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de Mayo de 1899, de conformidad á lo dispuesto en el art. 1310 del Código Civil.

El citado art. 1309 de dicho cuerpo legal no se refiere á la confirmación de los contratos otorgados con vicio de nulidad en el consentimiento, sino á aquellos que adolezcan de semejante defecto por ser menores de edad los contrayentes, según el párrafo último del art. 1201; y si bien puede objetarse que este último texto se refiere, dada su expresión literal, á contratos en que estén interesados menores é incapacitados sujetos á tutela, á quienes se concede derecho de invalidación desde que salen de ese estado, no hay motivo para excluir los contratos celebrados por los menores sujetos á patria potestad, porque al fin y á la postre, ni aquéllos ni estos tienen la capacidad legal necesaria, y necesitan valerse de la representación legítima para que tengan eficacia las obligaciones que contraigan.

Por esto nos inclinamos, con el Sr. Escósura y Matheu, á la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. El contrato celebrado por menores no emancipados, al igual de el otorgado por el tutor en nombre del pupilo ó incapacitado, no es nulo *per se*, no tiene nulidad radical ó de pleno derecho, sino que es anulable, y, por consiguiente, confirmable por expresa voluntad, que no excluye la prescripción; en ésta va contenida la presunción á favor de la eficacia de lo que podía ser impugnado en tiempo al amparo de la ley.

El medio eficaz de revalidación es la escritura pública autorizada con las formalidades y requisitos prescritos por el derecho.

De no admitirse la revalidación, tanto por la falta de capacidad en los contratantes, cuanto por vicios de consentimiento, no por falsedad de causa, ni por ilicitud del objeto, quedarían en la incerti-

dumbre los derechos adquiridos y se cerraría la puerta, sin razón justificada, para que las personas interesadas en la invalidación pudiesen prestar su conformidad á las convenciones jurídicas defectuosas en su origen.

Estudiada la nulidad de fondo que puede entrañar la inscripción, tratemos de la de forma: á este respecto importa examinar los artículos 30, 31, 32 y 234 de la Ley.

En primer término es de consignar, muy singularmente, que las inscripciones, por lo que respecta á las circunstancias que deben contener, se dividen en extensas y concisas; de las últimas se ocupa el citado art. 234 y sus concordantes.

Siguiendo la opinión del Sr. Aragonés, entendemos que si la inscripción extensa es nula, lo es también la concisa, porque recibe de aquella, que es la matriz, toda su vida; no así si la nulidad existe en la concisa, por deficiencia en los requisitos que debe tener.

Dentro de la nulidad de la inscripción en su aspecto formal, se presentan estas situaciones: nulidad absoluta, por omisión de circunstancias esenciales; nulidad substancial, por inexactitud en la expresión de los requisitos prevenidos, que pueda ser por ello el tercero inducido á error sobre el objeto de la circunstancia misma, y perjudicado además en su consecuencia; y por último, cuando la inexactitud no fué substancial ó la omisión no fué de todas las circunstancias necesarias exigidas, pero que llega á producir el error y el perjuicio.

De manera que, en la primera de las tres situaciones arriba anotadas la nulidad procede de defecto; la segunda se refiere á inexactitud substancial, en cuyo caso, como medio preventivo, ó sea para evitar errores y perjuicios, la invalidación se impone; y en la tercera solo cabe declarar la nulidad, como medio *á posteriori*, cuando ha llegado el caso de producir el asiento, error y perjuicio.

El art. 29 trata de la nulidad en el sentido absoluto, proveniente de que en la inscripción no se expresen la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles ó á los cuales afecte el derecho que deba inscribirse; la naturaleza, extensión, condiciones y cargas de cualquiera especie del derecho; naturaleza, extensión, condiciones y cargas del derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de inscripción; la naturaleza del título y su fecha, nombre y apellido de la persona si fuese determinada, y no siéndolo, el nombre de la corpo-

ción ó el colectivo de los interesados á cuyo favor se hace la inscripción; el nombre y apellido de la persona ó el nombre de la corporación ó persona jurídica de quien procedan inmediatamente los bienes ó derechos que deban inscribirse, y la fecha de la presentación del título en el Registro con expresión de la hora.

Con referencia á las circunstancias generales exigidas por el artículo 9.º no será nula la inscripción si en ella se omite, por no aparecer en el título, la medida superficial, nombre y número de la finca; si no se expresa el precio del derecho, por no resultar del documento; si no constan en ella los segundos apellidos del transferente y del inscribiente, y si no se consigna su conformidad con el título.

En orden á inscripciones especiales, es nula aquella que, contrayéndose á servidumbres, no se exprese este gravámen en el asiento del predio sirviente.

La inscripción de hipoteca es válida aún cuando no conste el nombre y apellido de la persona, ó el nombre de la corporación ó persona jurídica de quien proceden inmediatamente los bienes ó derechos que deban inscribirse, así como también si se omite el nombre y residencia de Tribunal, Juzgado, Notario que autorizó el título inscrito.

La nulidad de las inscripciones por la omisión de las circunstancias esenciales exigidas, no perjudica á tercero que no haya sido parte del contrato inscrito; de forma que, sí perjudicará al inscribiente cuyo título no se haya reflejado en la inscripción con la exactitud ordenada, precisamente porque tiene derecho á que el Registrador le dé conocimiento de la minuta del asiento, para ver si es ó no conforme, pudiendo, en su vista, hacer uso del recurso que le concede el art. 252 de la Ley. Ese medio no lo tiene el tercero, ó sea la persona que con posterioridad á la inscripción viciosa, adquirió su derecho; y claro está que no les es achacable culpa que no tiene.

El art. 32, ya lo hemos dicho, trata de la nulidad condicional, debida no á deficiencia en la expresión de las circunstancias prevenidas, sino á inexactitud substancial de todos los requisitos (se refiere á los necesarios) expresados en cada uno de los arts. 9.º y 13 de la Ley; y también, cuando la expresión es tan inexacta que pueda ser el tercero inducido á error sobre el objeto de la circunstancia misma y perjudicado además en su consecuencia. De suerte que, no

basta por sí la inducción á semejante error, es preciso que á esta circunstancia se añada, como requisito *sine qua non*, la posibilidad del perjuicio.

Pero cuando la inexactitud no fué substancial, ó la omisión no fué de todas las circunstancias exigidas por el art. 29, no es cosa de anular la inscripción por simple capricho; precisa que la nulidad haya llegado á producir el error y el perjuicio.

Cuanto acabamos de decir no se refiere totalmente á las inscripciones concisas; éstas son válidas si se ajustan á lo prevenido, toda vez que el art. 234, tal como está colocado en la ley, constituye una excepción de lo ordenado por ésta en los artículos 30, 31 y 32, aplicables á las extensas; de no ser así, aquellas, no obstante haberse practicado con arreglo á lo exigido por el citado art. 234, serían nulas por falta de las circunstancias especiales, cuya expresión solo debe hacerse en el asiento que llamamos matriz ó fundamental.

Para cerrar este capítulo, acercándonos al fin de nuestro empeño en el presente libro, digamos algo relativo al art. 22, que obliga al Notario á subsanar la escritura defectuosa, extendiendo otra á su costa, para su inscripción en el Registro, de ser posible, é indemnizando en todo caso á los interesados de los perjuicios que les ocasiona su falta.

Entendemos por escritura defectuosa aquella en la cual no se expresan las circunstancias exigidas para su inscripción, no la que no puede ser inscrita por obstáculos legales de registro, máxime cuando el Notario no tiene personalidad en este caso para recurrir gubernativamente contra la nota de calificación, cosa que puede hacer si el documento hubiese sido denegado por defectos insubsanables que dicen á la validez de la obligación ó á la capacidad de los otorgantes, ó suspendido por faltas subsanables advertidas en el título autorizado por dicho funcionario, y no en otro.

Lo que castiga ese art. 22, como bien claramente lo dice, es la omisión que impide inscribir el acto ó contrato conforme á lo dispuesto en el 21, por no expresar el documento las circunstancias que, bajo pena de nulidad, debe contener la inscripción; nulidad que no es de fondo, sino de forma, relativa aquellas á las personas de los otorgantes, á las fincas y á los derechos inscritos.

Esa omisión es la imputable al Notario, porque debe ejercer su ministerio con arreglo á las leyes, conforme dispone el art. 1.º de la

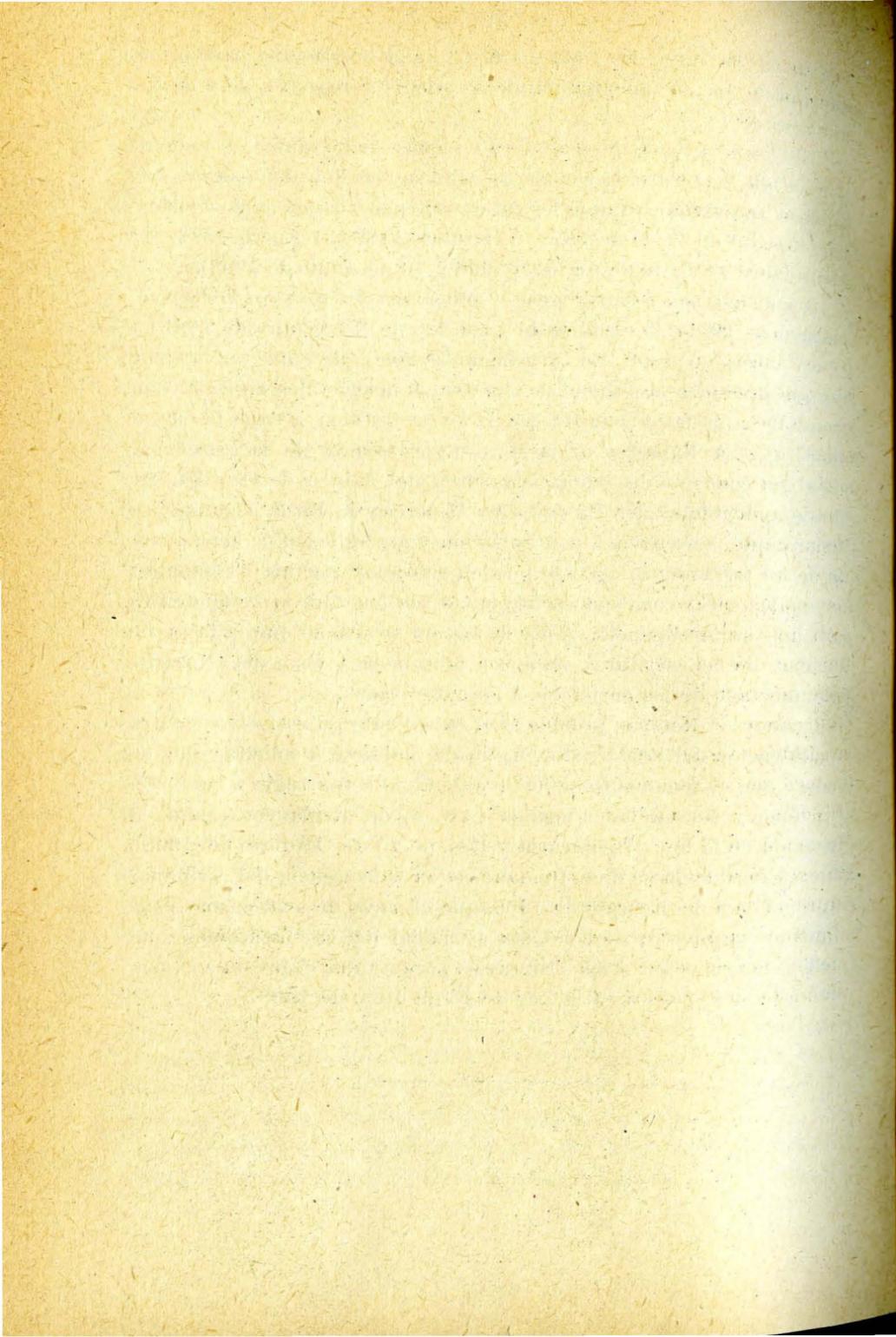
ley de 28 de Mayo de 1862 y art. 2.º de la instrucción para la redacción de los documentos públicos sujetos á registro, de 9 de Noviembre de 1874.

El Notario tiene derecho, como hemos dicho antes, á recurrir por la vía gubernativa contra la calificación del documento que hubiese autorizado, aunque los interesados se allanen y la consientan (Res. 19 de Mayo de 1878, 8 Octubre 1886, 31 Enero 1888, 19 Septiembre 1895, 30 de Julio de 1906 y 10 de Junio de 1908).

Asimismo, son de citar tres resoluciones del Centro Directivo, sus fechas 29 de Diciembre de 1880, 20 de Noviembre de 1891 y 9 de Febrero de 1898. En la primera se dice: que entre las omisiones que producen la nulidad de los títulos inscribibles no está comprendida la falta de comparecencia de la persona á cuyo favor se constituye la hipoteca, ni la falta de expresión de la antefirma social en concepto de Administradores del Banco de Castilla, no siendo aplicable el art. 22 de la ley Hipotecaria. En la segunda se declaró: que la oscuridad, contradicción y ambigüedad de las cláusulas de un testamento, solo se pueden subsanar por los Tribunales, los cuales en el correspondiente juicio son los únicos competentes para fijar su inteligencia. Y por la tercera se ordenó que la falta de claridad de las escrituras debe ser subsanada á costa del Notario, indemnizando de los perjuicios á los interesados.

Cuando el Notario promueva el expediente gubernativo contra la calificación del Registrador, habrá de limitarse á solicitar que se declare que el documento se halla extendido con arreglo á las prescripciones y formalidades legales (Art. 57 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria y Res. de 23 de Octubre de 1908). En esta resolución se dice, fundándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1906, que el pacto de anatocismo está admitido en nuestro derecho, sin perjuicio de las facultades que puedan corresponder á los Tribunales para anular el préstamo, por virtud de lo dispuesto en la Ley de 23 de Julio de 1908.

---





## Capítulo XVI

### Dudas y cuestiones

#### I

Quando escribimos el capítulo VII, que tiene por epígrafe «De la calificación», estábamos atiborrados de trabajo profesional. Por esta circunstancia, que si la exponemos aquí es para justificar en cierta manera una omisión, dejamos de hacernos cargo de un punto sumamente importante, en el cual, aparentemente, se halla en contradicción con su propio criterio el Centro Directivo.

Nos referimos á si es necesaria la aprobación judicial en las particiones de herencias que interesen á menores sujetos á patria potestad, cuando en ellas, con intervención del viudo, se liquida la disuelta sociedad conyugal.

En resolución de 25 de Mayo de 1906, se declaró «que para no necesitarse la aprobación judicial de una partición hecha por comisario, aunque haya menores interesados, es preciso, además de cumplir todo lo dispuesto en el art. 1057 del Código Civil, que sea el comisario sólo quien practique las operaciones, y que estas se limiten á dividir el caudal propio del testador; pero si también han intervenido los herederos y se ha liquidado la sociedad conyugal, es forzoso que los menores estén representados por un defensor en la partición, y que se obtenga la aprobación judicial de la misma.»

Con posterioridad á aquella, ó sea en 29 de Enero de 1908, dicho Centro Directivo declaró: «que es válida la liquidación de la sociedad de gananciales hecha por el cónyuge supérstite y el comisario nombrado por el premuerto, con facultades para practicar la liqui-

dación, división y adjudicación de la herencia, sin que sea necesaria la concurrencia de los herederos».

A primera vista parece que existe manifiesta contradicción entre la doctrina establecida en las dos notadas resoluciones; pero si bien se advierte, no aparece semejante autinomía, toda vez que se refieren á casos distintos.

Con efecto: en la de 25 de Mayo de 1906 se trataba de operaciones particionales practicadas por comisarios á quienes el causante confió en su testamento los trabajos de «cuenta y partición de sus bienes, formalizándola por documento público, sin intervención de la autoridad judicial que prohibió en absoluto, salvo su aprobación en los casos que con arreglo á derecho fuere necesaria».

De consiguiente, los comisarios, dados los términos del encargo, no podían hacer otra cosa que contar y partir los bienes del testador, formalizando este trabajo en documento público. La prohibición de que en ello interviniese la autoridad judicial estaba subordinada á los casos en que con arreglo á derecho fuera necesaria.

Aquellos contadores no fueron facultados expresamente por el causante para liquidar la sociedad conyugal; su misión se reducía á contar y dividir los bienes constitutivos de la herencia, pero no á más; y claro está que en semejante situación era necesaria la aprobación judicial de aquel trabajo, para que se diera cumplimiento á la ley.

Fué objeto de la resolución dictada en 29 de Enero de 1908 caso distinto al de aquél, pues los comisarios fueron facultados por el causante para practicar extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria, á quienes, además, les atribuyó las autorizaciones necesarias para la *liquidación*, división y adjudicación del caudal hereditario.

Los comisarios, usando de esas facultades, apoyándose en la doctrina del mismo Centro Directivo, sentada en resoluciones de 26 de Diciembre de 1903, 22 de Enero de 1898 (esta última, según la que los actos ejecutados por tales contadores tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por su comitente, siendo acto válido por las disposiciones legales que lo autorizan y no por el consentimiento de los interesados), teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1895 y lo dispuesto en los artículos 1056 y 1057 del Código Civil, se ajustaron á su cometido, haciendo

que interviniese la viuda como interesada en la sociedad de gananciales, sin necesidad de presentar las operaciones divisorias á la aprobación de la autoridad judicial.

Como se vé, el Centro Directivo no rectificó su criterio; antes bien lo confirmó en la última de las resoluciones citadas, la cual no está en pugna con la de 25 de Mayo de 1906. El caso que motivó ésta era distinto al de aquella, pues los comisarios no fueron investidos por el testador de las facultades necesarias para liquidar, en tanto que sí lo fueron en el caso que dió lugar á la última orden emanada de dicho Centro en 29 de Enero de 1908.

Explicada esa aparente antinomia, importa que digamos nuestra opinión.

Estamos en un todo conformes con la última de dichas dos resoluciones: ¿de qué sirve esa facultad de liquidar, atribuída por el testador á los comisarios, si las operaciones que estos practiquen, forzosamente han de ser presentadas á la aprobación de la autoridad judicial, por el hecho de que estén interesados en ellas menores de edad? Se dirá: es que esos menores pueden sufrir perjuicio: ¿no lo sufrirán también si, no teniendo interés el viudo, dichos comisarios practicasen por sí, como tienen derecho á practicar, la división de herencia, conforme á lo dispuesto en el art. 1057 del Código Civil? Lo que exige el legislador, para que queden defendidos los intereses de esos menores, es que el comisario inventaríe los bienes de la herencia con citación de los coherederos y legatarios, porque en eso puede estar el perjuicio que sufran aquellas personas; y por otra parte, concurriendo el viudo por sus derechos en la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, sus intereses quedan protegidos.

Aquellos comisarios, practicando la liquidación económica del matrimonio, hacen lo que haría el causante de quien recibieron expresa autorización; y por otro lado, el viudo, concurriendo á la formalización de tales operaciones, queda cumplido el precepto legal. Si los contadores se han extralimitado, gravando la legítima de los herederos forzosos, cabe á estos su derecho á pedir el suplemento y á ejercitar en su caso las demás acciones que les competan.

## II

El Código Civil en sus arts. 892 y siguientes no reconoce expresamente otros albaceas que los testamentarios y los legítimos; siendo estos últimos los herederos; pero no habla de los albaceas dativos, los cuales, según el art. 966 de la ley de Enjuiciamiento civil, nombrados que han de ser por el Juzgado, no tienen otras facultades que las de disponer el entierro, exequias y todo lo demás que sea propio de este cargo con arreglo á las leyes.

En el caso que dió motivo á la resolución de 21 de Agosto de 1906, habían fallecido los albaceas testamentarios y tras ellos la heredera. En acto de jurisdicción voluntaria fueron nombrados albaceas dativos, y uno de estos, previa autorización de sus compañeros, otorgó escritura de manifestación y aceptación de herencia, constitutiva de un crédito hipotecario, para cancelarlo y utilizar los derechos que le competiesen.

Denegada la inscripción de la escritura, y tramitado el recurso gubernativo, el Centro Directivo, inspirándose en el criterio de las resoluciones de 3 de Diciembre de 1901 y 3 de Mayo de 1902, vistos los arts. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y 966 de la vigente, reconoció facultad al Juez de primera instancia para nombrar albacea dativo en acto de jurisdicción voluntaria, declarando inscribible la escritura autorizada por nuestro estimado compañero de Valencia, D. Pascual Soriano.

Parécenos muy acertada esta doctrina en el caso que la motivó, que fué la autorización dada á los albaceas para que, al fallecimiento del testador, vendiesen en pública subasta ó privadamente los bienes que quedaren á la muerte de la heredera instituida, entregando su producto á las hermanas del causante y á establecimientos benéficos públicos no subvencionados por el Gobierno.

El testador señaló expresamente los fines á que debían dedicarse los bienes; estableció al efecto el albaceazgo; por su parte cumplió designando á las personas de su confianza; la heredera no podía realizar esos fines porque precisamente tenían que cumplirse á su muerte; las legatarias habían adquirido un derecho á las cantidades que tenían que recibir por voluntad del testador; y claro está que

en esas condiciones, alguien había de ser el encargado de cumplir la voluntad de aquél.

El Juez de primera instancia, en la representación que la ley le atribuye, era quien podía hacer el nombramiento de albaceas dativos, precisamente porque ese art. 966 faculta á éstos para que hagan lo que es propio de su cargo con arreglo á las leyes, y es propio del cargo de albacea satisfacer los legados que consistan en metálico, según lo dispuesto en el n.º 2.º del art. 902 del Código Civil, tanto más teniendo en cuenta lo dispuesto en el 901 del mismo; y como para adquirir ese metálico se necesitaba cobrar el crédito hipotecario, y esto último exigía la manifestación de la herencia contraída á tal objeto, entendemos muy acertada dicha resolución del Centro Directivo.

No así opinaríamos si los albaceas testamentarios no hubiesen tenido esa facultad, ni hubiera habido legados de metálico; de modo que no hubiesen tenido más misión que la de disponer el entierro y funeral etc. que su cometido se redujese á ser píos ejecutores testamentarios, pues los albaceas dativos no pueden tener más facultades de las que tengan los nombrados por el causante.

### III

De la doctrina que contiene la resolución de 20 de Abril de 1906, sacamos: que es válida la institución hereditaria hecha en favor del alma del testador, según lo dispuesto en el art. 747 del Código civil y lo declarado por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, las de 31 de Diciembre de 1888 y 2 de Enero de 1889, debiendo, por tanto, cumplirse lo ordenado por el testador de que se aplicaran los productos de sus fincas á sufragios y obras piadosas; que esa disposición no envuelve una amortización prohibida por las leyes, porque conforme á la doctrina consignada por dicho Tribunal en sentencias de 29 de Diciembre de 1886 y 3 de Noviembre de 1890, el carácter esencial de la vinculación de bienes consiste en la prohibición absoluta de su enajenación, la cual condición, como contraria á la natural libertad de las cosas para los efectos de la contratación, no debe presumirse y debe reconocerse tan sólo en los casos en que explícitamente se halle establecida, y como el testador no prohibió que fuera enajenada la finca, debe inscribirse esta á

nombre de los administradores que designó para invertir sus productos en el cumplimiento de las obras piadosas.

Es muy acertada y provechosa la doctrina legal que en esta resolución sienta el Centro Directivo. La institución de heredero á favor del alma del testador es válida; pero es nula la condición, y se tendrá por no puesta, según lo prescrito en el art. 792 del Código Civil, por la cual se establezca la amortización de bienes; estos, en su consecuencia, podrán ser enajenados, que á tanto obliga la natural libertad de las cosas para los efectos de la contratación, principio este consagrado por el art. 348 de dicho cuerpo legal.

Lo arriba dicho nos dá pié para presentar el siguiente caso: A. otorga testamento en el que destina sus bienes á fines religiosos y benéficos, para lo cual constituye un albaceasgo, sin expresar su duración, con facultad de percibir las rentas y enajenar aquellos.

Los albaceas dejan transcurrir muchos años sin dar cumplimiento á la voluntad del causante, reduciendo su cometido á los actos de administración; pero un día se deciden á cumplir los fines, para lo cual empiezan por vender bienes inmuebles de la testamentaria, inscritos á su nombre en el Registro de la Propiedad. De advertir es que el testador instituyó por heredera á su alma, y en tal concepto los albaceas tenían el carácter de universales.

Dicho esto se pregunta; ¿terminó el albaceasgo por el transcurso del año que determina el art. 904 del Código Civil, toda vez que no habiendo herederos instituidos, estos no podían ampliar el plazo, como tampoco lo amplió el Juzgado? ¿Son válidas las ventas que en ese caso otorgaron los albaceas?

De antemano precisa discernir acerca de si las personas designadas por el testador para cumplir los fines expresados, son herederos ó realmente albaceas. Nos inclinamos á lo segundo, no solo porque así se expresó en el testamento, sino porque tenemos en cuenta, al opinar así, lo dispuesto en los artículos 894, 901 y 907 del Código Civil.

Esto supuesto, tales ejecutores testamentarios debieron solicitar del Juzgado la prórroga del año; al no hacerlo, cesaron de derecho en sus cargos; sufrieron una decapitación, como gráficamente dijo cierto Abogado de una Curia, pues, en este respecto, el Código Civil no distingue entre albaceas universales y singulares; la diferencia que hay entre estos, por lo que al derecho hipotecario se refiere, es

que á nombre de los primeros se inscriben los bienes en el Registro, para que den á su importe la inversión debida, rindiendo en su día cuentas ante el Juez; en tanto que si tienen el segundo carácter, la inscripción de aquellos se hace á nombre de los herederos.

La segunda cuestión es si pueden anularse las ventas otorgadas por los albaceas que de derecho cesaron en sus cargos.

Para contestarla, importa tener á la vista los arts. 34 y 36 de la ley Hipotecaria.

Entendemos que el que ha comprado de buena fe no puede ser despojado, en razón á que adquirió los bienes de persona que aparecía en el Registro con derecho para ello; porque semejante circunstancia de invalidación no constaba en el asiento registral, ni en los libros de aquella oficina, y no era quién el adquirente para averiguar si el albaceasgo había ó no terminado por el transcurso del tiempo, cosa que á él no le atañe.

En fin; que aún cuando se anule ó se resuelva el derecho de los albaceas por virtud de semejante causa, no puede quedar perjudicado el tercero que compró los bienes de quien por el Registro podía venderlos.

#### IV

Para cancelar las inscripciones hechas á favor de un comprador en procedimiento administrativo de apremio, es preciso que en la certificación librada al efecto se inserte la Real orden donde se declaren anuladas las ventas, se indique el procedimiento seguido; que conste que en él ha sido parte el comprador y que la resolución ha quedado firme; todo ello con sujeción á lo dispuesto en los artículos 82 y 313 de la ley Hipotecaria. (Resolución de 9 de Marzo de 1906).

Muy ajustada á derecho es esta resolución del Centro Directivo: nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; apotegma que lo mismo es aplicable al orden civil que al administrativo. El comprador de bienes del Estado, vendidos para pago de débitos ó comprendidos en las leyes desamortizadoras, no puede ser privado de ellos por causa de nulidad ó de rescisión, si no es oído en el expediente, para que contra la resolución final administrativa pueda interponer los recursos correspondientes, doctrina confirmada por el art. 24 del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864.

Como quiera que han de tener carácter de ejecutorias las reso-

luciones judiciales ó administrativas inscribibles en el Registro de la Propiedad, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 82 y 313 de la ley Hipotecaria, si no consta que en el expediente administrativo fué oído el comprador, no es posible, por falta de términos hábiles, que la inscripción extendida á su favor sea cancelada, por consecuencia de la Real orden que invalidó el contrato.

V

Es anotable el embargo decretado contra los herederos aunque la finca esté inscrita á favor del causante, lo mismo cuando la deuda haya sido contraída por este, que cuando los deudores sean aquellos, cumpliendo lo que para el caso dispone el art. 64 del Reglamento hipotecario.

Que para inscribir el derecho hereditario, siendo casado el causante, es siempre preciso practicar antes la liquidación de la sociedad conyugal. (Resolución de 4 de Mayo de 1906).

Dos puntos comprende esta Orden que son de singular importancia.

La anotación preventiva tiene carácter provisional; si se practica á virtud de mandamiento judicial, su objeto es asegurar un derecho declarado ó no declarado para que no quede ilusorio.

El derecho hereditario es de carácter real, como dijimos, y puesto que es inscribible, puede anotarse el mandamiento de embargo que contra él se hubiese decretado, tanto más cuanto que esto último constituye una medida legal de aseguramiento.

Dirigido el embargo contra los herederos del causante por deudas de éste, no es motivo para denegar la inscripción la circunstancia de que los bienes sean gananciados, sin perjuicio de que en su día y para en el caso de venta ó adjudicación de aquellos se practiquen las llamadas inscripciones previas, mediante la liquidación de sociedad conyugal y partición de los bienes hereditarios, doctrina ésta que fué establecida en resoluciones de 19 Diciembre de 1883, 21 Abril de 1890, 11 Enero de 1894 y 10 Agosto de 1893; esta última es aplicable lo mismo al caso en que la deuda asegurada por el embargo fué contraída por el causante, que cuando lo ha sido por sus herederos.

VI

De importancia es la resolución de 12 de Octubre de 1906, según la que: antes de regir el Código Civil no estaba prohibida la renuncia de herencia futura, y por lo tanto, para los efectos del Registro, y mientras otra cosa no se decida en pleito en que sean oídos todos los interesados, ha de tenerse por válido el pacto que implique dicha renuncia, si no se revocó durante la vida de los que la convinieron.

La Ley 13 título 5.º de la Partida 5.ª permitió la venta de herencia futura hecha con consentimiento de su causante, á condición de que persistiese en su voluntad hasta su muerte.

El art. 816 del Código Civil declara nula toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos; y el 1271 del propio cuerpo legal, al hablar del objeto de los contratos, dispone, que: sobre la herencia futura no podrán celebrarse mas que aquellos que se refieran á la división del caudal en título entre vivos.

El Código alfonsino concedió un derecho que el Código Civil niega y no sin razón, porque semejantes enajenaciones son en el fondo inmorales; por ellas el adquirente del derecho hereditario desea que cuanto antes fallezca el causante para heredarle; y si los pactos sucesorios fueron proscritos por inmorales, debió serlo la renuncia de herencia, así como su venta.

En los otros libros de esta obra y en igual capítulo destinado á dudas y cuestiones, seguiremos extractando otras resoluciones del Centro Directivo, por cuanto constituyen una enseñanza provechosa por la valiosa doctrina jurídica que encierran; pero, además, publicaremos anualmente un apéndice: en el primero incluiremos todas las resoluciones y las sentencias del Tribunal Supremo de justicia relacionadas con el derecho hipotecario, á partir de 1.º Enero de 1909.

---

