

## Algunas consideraciones sobre el nuevo Código de la Propiedad inmueble de África Occidental Española

Por Decreto de la Presidencia de 10 de diciembre de 1949, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 13 de enero último, se ha aprobado un nuevo Código de la Propiedad Territorial para las posesiones de África Occidental Española.

Hemos leído esta nueva disposición y en ella encontramos novedades interesantes, que brevemente vamos a reseñar.

Diremos antes de nada que nos parece un acierto esta reglamentación y que significa un adelanto, digno de tenerse en cuenta, sobre nuestra vieja legislación civil.

Así, por ejemplo, el artículo 27, que establece las condiciones generales a que se someten las concesiones de terrenos, establece una especie de inscripción obligatoria cuando nos dice, en la norma 5.<sup>a</sup> de dicho artículo, que una de estas condiciones precisas, es la de: Solicitar la inscripción de la concesión en el Registro de la Propiedad, y que posteriormente se haga constar en él el cumplimiento de las condiciones pertinentes, mediante la presentación del documento que lo acredite.

Dicha inscripción es obligatoria hasta el extremo de que, como dispone el artículo 29, en tanto no se acredite y haga constar en el Registro de la Propiedad el cumplimiento de las condiciones a que se sujeta la concesión (entre ellas la de su inscripción), tales concesiones no serán consideradas como definitivas.

Y mientras tengan carácter provisional, no podrán gravarse ni encadenarse por actos intervivos.

Otra novedad interesante la encontramos en el artículo 39. Se refiere este artículo al título provisional de la concesión que surte efecto mientras no se han cumplido aún las condiciones de la concesión. Pues

bien, este título provisional, con los documentos complementarios necesarios, se ha de anotar en el Registro de la Propiedad para que con él se pueda tomar posesión de los terrenos y para el ejercicio de todos los derechos que se desprenden de la concesión para el concesionario y sus derechohabientes. Todos los derechos menos los de enajenación y gravamen por actos intervivos, que requieren el título de concesión definitiva.

También dispone el artículo 39 que: "La certificación del Registro de la Propiedad, expedida en forma literal, de los asientos vigentes referentes a una concesión, sustituirá al título, cuando éste no pudiese presentarse por extravío u otra causa."

En este aspecto se vuelve a buena doctrina de que sirvan de título las certificaciones del Registro de la Propiedad; en mala hora abandonada, por los redactores del Reglamento Hipotecario, al exigir para la iniciación del procedimiento del artículo 41, además de la certificación del Registro, el título, modificando con ello lo dispuesto en los artículos 100 y 101 del Reglamento, debidos a la reforma del 27.

Otra novedad registramos en el artículo 40. Es ella que la extinción de la concesión se hará constar de oficio en el Registro de la Propiedad. Nos parece bien la idea que evita que inscripciones sin contenido sigan ocupando un lugar en los libros registrales, achaque éste que enturbia los libros del Registro peninsular.

En el artículo 46 se determina el contenido del Registro de la Propiedad en estos términos: "El Registro de la Propiedad tiene por objeto: la inmatriculación de fincas y la inscripción o anotación de todos los actos y negocios jurídicos, *disposiciones legales* y decisiones de autoridad competente, consignados en el correspondiente título, y que produzcan de un modo directo la constitución, reconocimiento, declaración, transmisión, modificación o extinción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles susceptibles de tráfico jurídico, sin distinción de la persona individual o jurídica a que pertenezcan.

Quiere ser este artículo una especie de resumen del título primero de la ley Hipotecaria y notamos en él como novedades de bullo las siguientes: A) Declara como uno de los objetivos del Registro la inmatriculación de fincas; y B) Declara inscribibles *las disposiciones legales*.

Es cierto que en nuestro Registro también se inmatriculan fincas, pero es a través de ciertas disposiciones que lo permiten como una excepción del trámite sucesivo. Ahora bien, en la disposición que comen-

tamos, la inmatriculación de fincas es uno de los objetivos del Registro, distinto de la inscripción. En eso precisamente consiste la novedad.

También es cierto que, como consecuencia de la ley, se producen en nuestro Registro algunas inscripciones, pero no es menos cierto que nuestra ley Hipotecaria no se atreve a declarar directamente inscribibles las disposiciones legales.

En el artículo 51 apreciamos otra interesante novedad. Nos referimos a la necesidad de acompañar al título que produzca una inscripción el certificado de inmatriculación, acreditativo del derecho del transferente, que se devolverá al interesado una vez hechas constar en él las operaciones practicadas.

Este procedimiento registral nos recuerda el sistema de Registro Australiano, en cuyo sistema sin duda se ha inspirado el requisito exigido por este artículo 51.

También son muy curiosas e interesantes las novedades que se aprecian en los artículo 57 y 58, que por su extensión y por no hacer demasiado largo este trabajo, no transcribimos. Se refieren ambos al procedimiento registral y notamos en él nuevos matices del sistema australiano.

Se pide la inscripción en un escrito en el que se hacen constar todas las circunstancias de la inscripción; se acompaña un plano detallado de la finca; un certificado del representante de la autoridad, acreditativo de que son ciertos los extremos del escrito solicitando la inscripción: un acta de deslinde de la finca en la forma que resulte del plano, con intervención del Registrador, de la Autoridad pública, del asesor musulmán y en su caso del representante de la Yemáa.

Perfilando más el procedimiento registral, en el artículo 65 se reglamenta la oposición a la inmatriculación y la actuación del Registrador en ese trámite.

En el artículo 67 se reglamenta un curioso proceso judicial contra la inmatriculación. Tampoco le queremos comentar, pero le señalamos como novedad.

Y por fin señalamos como novedad interesantísima la contenida en el artículo 77.

Dice así dicho artículo: "La inscripción del título correspondiente en el Registro de la Propiedad es *necesaria* para que, en virtud de negocio jurídico, se produzca la adquisición, transmisión, modificación o ex-

tinción del dominio y demás derechos reales sobre fincas inmatriculadas."

Por una disposición semejante para nuestro Derecho, hemos estado clamando toda la vida los Registradores que sentimos un poco el rubor del fracaso relativo de nuestro sistema hipotecario, sin conseguir una disposición que arrincone, en cierto modo, la influencia en nuestra legislación hipotecaria de la doctrina del título y modo. Estuvimos a punto de conseguirla en la reforma del 44, ya que en el anteproyecto se hablaba de modificar el artículo 609 del Código civil, que a nuestro parecer es el causante de este relativo fracaso de la institución registral, pero todo se quedó en propósitos. Y cuando ya teníamos olvidado el problema abandonados a la influencia del peso muerto de una tradición milenaria, he ahí que en el Código de la Propiedad Africana se resuelve el problema como nosotros hubiéramos querido que se resolviese en la nuestra.

Con haber añadido un párrafo al artículo 609 del Código civil que hubiese dicho: "En cuanto a la propiedad inmueble inscrita en el Registro de la Propiedad, la tradición se realizará únicamente por la inscripción del título que contenga la transmisión", se hubiera conseguido que la gran mayoría de la Propiedad entrase en el Registro y se hubiera evitado ese constante trágico de entrar y salir las fincas acudiendo a variaciones en los linderos.

Pues eso que nosotros deseábamos para nuestra legislación, lo establece en otros términos ese famoso artículo 77.

Una vez inmatriculada la finca, ya no se puede operar con ella sino a través del Registro.

Se forma con ello dos especies de propiedad: la registrada y la sin registrar, que siguen rumbos distintos.

La idea no es nueva, pues ya nuestro insigne La Rica nos habla también como de especies distintas, de la propiedad inscrita y de la no inscrita.

No deja de ser interesante tampoco la novedad contenida en el artículo 82. Su contenido es parecido al del artículo 34 de nuestra ley con el aditamento de que el tercero será mantenido en su adquisición, *incluso respecto de los límites consignados en el plano reseñado en la inscripción .."*

Es muy conocida la doctrina hipotecaria establecida en multitud de Resoluciones, cuya fecha no citamos, según la cual la inscripción no

acredita ni la extensión ni los límites exactos de las fincas inscritas. Es decir, que si con relación al elemento jurídico la inscripción constituye una prueba preconstituida, en relación al elemento físico es perfectamente impugnable. Sin embargo, tenemos a la vista una sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Supremo de 14 de marzo de 1930, que no hemos visto citada por ninguno de los especialistas en la materia, en la que se establece la tesis de que la inscripción ampara la extensión y límites consignados en los títulos inscritos. Dice así uno de sus considerandos:

"Considerando que a mayor abundamiento, el recurrente presentó en el expediente títulos dominicales auténticos inscritos en el Registro de la Propiedad, relativos a la finca del Ajenjo, y, en su consecuencia, es obligado reconocerle y ampararle en la posesión de todos aquellos terrenos comprendidos dentro de los *límites, cabida y demás circunstancias consignadas en las inscripciones respectivas*"

Otra sentencia de la misma Sala 3.<sup>a</sup>, de 1940, recoge esta misma doctrina. Así y todo no tenemos inconveniente en reconocer que la doctrina hipotecaria corriente, es la establecida por la Dirección en el sentido de que la inscripción no ampara las condiciones físicas de las fincas inscritas. En igual sentido las sentencias de 6 de febrero de 1947 y 5 de diciembre de 1949.

Y como en el artículo 82 de la disposición que comentamos se establece que la inscripción ampara los límites que constan en el plano reseñado en la inscripción, tal disposición la reputamos como una novedad y un adelanto con relación a la legislación peninsular.

Pero donde culminan las modificaciones y novedades es en el artículo 81, trasunto, en este Código, del artículo 41 de la ley Hipotecaria

Tales modificaciones hacen relación a la naturaleza del procedimiento; a la contradicción de la vigencia; a la caución; y a la "litis pendencia" anterior que puede enervar el procedimiento.

#### NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO.

En cuanto a la naturaleza del procedimiento, nuestra legislación, presionada por las distintas opiniones manifestadas sobre el problema en el campo de la doctrina, ha experimentado profundas variaciones en un corto período de tiempo. Así en el anteproyecto de reforma de la ley Hipotecaria de 1944 se dijo: "Las acciones reales procedentes de

derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse mediante los trámites de ejecución de sentencia." En la exposición de motivos de la ley se dice: "No puede darse a la inscripción "prima facie" un valor inferior al de la cosa juzgada." Insistiendo en esta tendencia ejecutiva del proceso, decía el artículo 41 de la ley aprobada por las Cortes: "Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos, podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución."

Salta a la vista el carácter ejecutivo que a este proceso quiso darse en todos esos momentos. Pero las discusiones de los técnicos produjeron su efecto, y los refundidores de la ley, influenciados por las tendencias manifestadas en las discusiones surgidas en torno al problema y un poco coaccionados por el informe del Consejo de Estado, eluden el problema con las habilosas frases que constituyen el primer párrafo del artículo 41. Dice así este apartado: "Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos, podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes..."

¿Y qué habían dicho los comentaristas en relación con la naturaleza del proceso?... Vamos a resumir sus conclusiones. Nos hallamos en presencia de un proceso de carácter ejecutivo con impurezas, pero con predominio de tal carácter. (Roca Sastre.) Es un proceso montado a dos vertientes. (Plaza.) Proceso de naturaleza *híbrida*, mixto de ejecución y de cognición con predominio de este último carácter, aunque con oposición tasada. (Valle Fuentes.) Proceso similar en el fondo al de los interdictos. (Cimiano.) Proceso "sui generis" con caracteres peculiares que le distinguen de los demás procedimientos. (Martínez Corbalán.) Proceso que contiene analogías con el procedimiento de ejecución de sentencia, con los ejecutivos impuros de nuestro derecho, con los de cognición, con los de jurisdicción voluntaria. (Sanz.) Proceso de ejecución procesal de la presunción que la inscripción entraña. (Murias.) Proceso ejecutivo. (Mocholi.) El que estas líneas escribe, en un trabajo comentando la obra de Sanz, le había calificado de proceso ejecutivo español. Le dimos este calificativo porque entendemos que tiene los mismos caracteres que el procedimiento ejecutivo ordinario y que el judicial sumario del artículo 131 de la ley Hipotecaria. Tanto en éstos como en aquél, hay un primer período ejecutivo, en el que puede surgir una oposición tasada, que desemboca en una cognición.

Que este procedimiento no tiene los caracteres que la técnica procesalista tiene señalados a los ejecutivos puros, es indudable, pero no es

menos cierto, que esos específicos caracteres tampoco se dan en los otros dos que hemos mencionado y a nadie se le ha ocurrido discutirles su carácter ejecutivo.

Pues bien, el Código de la Propiedad Africana vuelve por la buena doctrina y proclama de nuevo el carácter ejecutivo del procedimiento. Son éstas sus palabras: "Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos, podrán ejercitarse . por el procedimiento especial, de carácter ejecutivo, que señalan los párrafos siguientes."

Es este un alarde de valentía que no podemos menos de alabar.

#### CONTRADICCIÓN A LA VIGENCIA DEL ASIENTO.

Nuestro artículo 41 contiene en el primero de sus párrafos una frase que dió lugar a una polémica entre el insigne tratadista Sr. La Rica y el que estas líneas escribe. Tal polémica tuvo lugar en torno a la interpretación de una frases del artículo que hacen referencia a la necesidad de acreditar, por certificación del Registro, la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.

Entendió este modesto intérprete que en dichas frases no se comprendía la anotación de demanda. En otros términos, que la anotación de demanda, no impide la apertura y sustanciación de este proceso. En contra de tal parecer se había manifestado primero, y como de pasada, el insigne Roca Sastre, y se pronunció después, con abundancia de razones y un estudio completo del problema en todos sus aspectos, La Rica. Nosotros no vamos a transcribir ni estas razones de La Rica, ni aquellas otras nuestras, reforzadas en otro trabajo posterior. Al que le interese conocerlas en detalle puede repasar los números 246. y 253 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, y el número de febrero de 1949 de la *Revista de Derecho Privado*.

Pero sí decimos que Cabello, un poco en broma, en una nota a nuestro trabajo "Criterios de autoridad", lanzó una original idea sobre el problema, que va cuajando y se recoge en esta nueva disposición legal. Es un criterio intermedio, que quiso conciliar las dos posturas extremas. Nos dijo que si bien algunas anotaciones de demanda pueden producir el efecto de enervar el procedimiento, ello no puede ser privilegio de todas. Nos dijo también que si el proceso, por razón de las anotaciones de demanda que se refieran a la validez o nulidad del título inscrito, puede quedar paralizado, eso será en relación al demandante,

pero ello no impedirá que se siga utilizando contra los demás perturbadores.

Como decíamos, esta opinión se va abriendo paso. Así el muy inteligente y sagaz comentarista de la Jurisprudencia Hipotecaria, Ginés Cánovas, en un comentario muy sabroso, como todos los suyos, a los decretos de la Presidencia sobre resolución de competencias en relación con el artículo 41, publicado en el núm. 259 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, si no se atreve a pronunciarse por ninguna de las opiniones extremas, acoge con cariño esta intermedia postura de Cabello.

Y por si ello fuera poco, la nueva disposición que comentamos también se inspira en esta tesis.

Pues si es cierto que tal vez haciendo eco de nuestra dura crítica a la introducción en el artículo de la imprecisa y desdichada frase, "sin contradicción alguna", se ha retirado del artículo, no es menos cierto que, recogiendo la opinión de Cabello, ha introducido una nueva causa de oposición concretada en estos términos: "4.<sup>a</sup> Que antes de la iniciación del procedimiento exista "litis pendencia", entre el titular registral y el opositor sobre nulidad o cancelación del asiento correspondiente, o sobre constitución o reconocimiento de un derecho real que impidiere ejercitar en perjuicio del opositor las acciones reales procedentes de los derechos inscritos."

Nosotros, defensores a ultranza de los efectos de la legitimación registral, de cuyo principio el proceso del artículo 41 no es otra cosa que su desarrollo procesal, no podemos ver con buenos ojos esta nueva causa cuarta de oposición que ha surgido en el nuevo artículo 81, pero no dejamos de reconocer que esta transacción, como todas, tal vez produzca efectos beneficiosos.

Queremos reproducir aquí, sin embargo, porque la ocasión se nos ofrece pintiparada, unas palabras de Roca Sastre escritas en la página 291 del tomo 1.<sup>º</sup> de su *Derecho Hipotecario*. Son éstas: "La inscripción es base necesaria y a la vez suficiente para que actúe el principio de legitimación registral y por ende es improcedente querer discriminar tipos donde la ley no distingue. Tanto es así que en rigor la legitimación registral en favor del titular inscrito debe actuar aunque el Registro acuse la existencia de una *anotación de demanda* o de *rectificación*, puesto que mientras no exista resolución, la titularidad, re-

gistrada es la vigente." Esa es la buena doctrina y ella es la que hemos sostenido nosotros.

Ello no obstante, Roca, a renglón seguido, nos dice: "Esto no tiene aplicación en materia del procedimiento del artículo 41, puesto que éste y la regla segunda del artículo 137 del Reglamento exigen que la certificación registral, base del mismo, acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que faculte al titular para incoar el procedimiento."

A nuestro entender no se ha fijado Roca en que las anotaciones de demanda, ni siquiera las de rectificación del Registro, contradicen la vigencia. Podrán ser una amenaza de contradicción de la vigencia, o si se quiere una efectiva contradicción del derecho inscrito, pero no una contradicción de la vigencia del asiento, que son las que, según las palabras de la Ley y del Reglamento, impiden la apertura del proceso.

Y queremos decir también que ya es un adelanto y una novedad beneficiosa el haber eliminado del primer párrafo del artículo aquellas oscuras palabras que produjeron la confusión y la polémica.

#### LA CAUCIÓN EN ESTE PROCEDIMIENTO.

Para que el contradictor del titular registral pueda formular su demanda de contradicción, es necesario que antes preste "caución adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas. No será aceptada como caución la fianza personal."

Nos parece bien que se insista en que la caución debe asegurar el pago de los frutos no percibidos, la indemnización de daños y perjuicios y el pago de las costas. Decimos esto porque parece indiscutible que es preceptiva la imposición de costas, no obstante lo cual sabemos de algunos Juzgados que se remiten en cuanto a este problema de las costas a la doctrina general de examinar en cada caso si se da o no la temeridad o mala fe que justifican la condena en costas.

Pero, sobre todo, lo que nos parece magnífico es la decisión de no admitir como caución la fianza personal. Se sale al paso con ella de esa conmiseración que a los Jueces les producen todos los perturbadores de las situaciones registrales; y se pone un límite a la amplitud en la interpretación de la ley. No había más remedio que fijar linderos al campo, pues de lo contrario no se sabe dónde iríamos a parar. Baste decir

que conocemos algunos casos en los que se ha admitido como caución aceptable hasta la caución juratoria.

Ya conozco la objeción. Ya sé que se va a argumentar en contra diciendo, que por falta de bienes en el contradictor del Registro, puede quedar desconocido su derecho. Que es intolerable que sea necesaria una cierta riqueza para defender una posición jurídica, etc., etc.

A tal posible argumentación se puede contestar diciendo que este es procedimiento privilegiado, en el que no son posibles todas las facetas de defensa que en los procesos ordinarios. Y así como en él no son posibles más que contadas causas de oposición, tampoco puede tacharse de tiránico que se limiten y reglamenten las cauciones aceptables. En último caso, al que por imposibilidad de prestar una caución adecuada se le obstruya esta vía procesal, le queda el recurso de promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión, en cuyo proceso ya no necesitan caución alguna, e incluso pueden utilizar el beneficio de pobreza, si les asiste (1).

#### CAUSAS DE OPOSICIÓN.

Salvo la novedad de recoger en la causa 4.<sup>a</sup> el problema de la "litis pendencia" anterior, las demás causas de oposición han quedado en este artículo 81 en la misma forma que las tenía establecidas nuestro artículo 41.

Por cierto que ha sido una lástima que no se aprovechase la reforma para expulsar del campo de acción de este proceso el problema de la prescripción, cuando ésta no estuviese declarada en un juicio ordinario anterior.

(1) Abundamos en las razones del auto de 10 de febrero de 1947, dictado por el Juzgado de primera Instancia de Valencia, núm. 6, citado por Sureda en su obra *Derecho Procesal Hipotecario*. Dice así uno de los considerandos de tal auto: «Considerando: Que siendo el presente procedimiento regulado por el artículo 41 de la vigente ley Hipotecaria, especial y sumario, por cuanto en el mismo se tiende solamente a obtener la posesión de un inmueble, no pueden utilizarse en el mismo otros recursos que los que la propia Ley establece, que son, para el demandado, si quiere formular demanda de contradicción, el prestar la caución que el juez le exija, sin que pueda utilizarse el beneficio de pobreza que el demandado pretende utilizar en este expediente, sin perjuicio de tener derecho a ello en el juicio ordinario que se entable».

En contra de esta tesis se pronuncia el señor de la Concha en un trabajo publicado en el número de septiembre de 1949 de la *Revista General de Derecho*. Por cierto que acepta el beneficio de pobreza para el demandante contradictor, pero no le exonera de la necesidad de prestar caución.

Nosotros ya hemos expuesto nuestra opinión sobre tal tema, con machacona insistencia, en varios trabajos publicados en esta REVISTA (1), y a las razones expuestas nos remitimos. Ahora sólo nos toca recordar algunas sentencias que recogen nuestra tesis, entre las cuales merece ser destacada la de la Audiencia Territorial de Pamplona de 16 de mayo de 1947 (2).

También diremos que la prescripción, sin declaración judicial que la estime, en procedimiento adecuado, no existe. Dijimos nosotros en otra ocasión (3): "Es que sin esa declaración judicial, hecha en adecuado procedimiento, se puede decir que la prescripción existe?"

Pues si no existe porque le falta ese requisito que le da vida (que puede decirse que los comprende todos—posesión, tiempo, buena fe—, que no son otra cosa que los presupuestos de dicha declaración judicial), ¿cómo se ha de poder oponer en este procedimiento?..

Se dice de adverso: "Esa prescripción se declarará en la misma sentencia del proceso en que se opone." Entonces — contestamos nosotros —: "Antes de tal declaración de la sentencia, ¿existía la prescripción? ¿Sí? Pues si ya existía, sobra la declaración judicial que la estime. Y si no existía ni actuaba sin dicha declaración, que le dió vida, ¿cómo se pudo fundar en ella una demanda de contradicción? "

Cuando se nos conteste satisfactoriamente a estas preguntas, cambiaremos de parecer.

JOSÉ AZPIAZU.

Registrador de la Propiedad

(1) Ver en los número 204, 224 y 237 de esta REVISTA nuestros trabajos: *Apostillas a unos comentarios, A manera de réplica y Algunos aspectos del proceso de ejecución instaurado en el artículo 41*.

(2) En dicha sentencia se establece que para que la prescripción pueda tener virtualidad suficiente a los fines dc que pueda estimarse la demanda de contradicción que en ella se funde, es necesario que haya sido previamente declarada en un procedimiento ordinario...

(3) Ver nuestro trabajo: *A manera de réplica*, en el número 224 de esta REVISTA.