

V A R I A

JOSÉ SANTA CRUZ TENREIRO: *Instituciones de Derecho Romano* —
Editorial "Revista de Derecho Privado".

Exposición sencilla y completa de las instituciones del pueblo-rey, hecha por un profesor de la asignatura que se preocupa sobre todo de poner en orden sus conocimientos y de favorecer su asimilación por los estudiantes que dan los primeros pasos en la carrera.

Con esto, dicho se está que el autor evita las principales dificultades que al estudio razonado del Derecho Romano oponen las interminables discusiones modernas sobre la alteración de los textos y las interpolaciones de los compiladores, y se reducen a un mínimo las copiosas notas de los especialistas, que sumergen bajo un océano de citas los escasos renglones del discurso principal.

No quiere con esto afirmarse que la erudición sea pobre o falte el dominio de la materia y las necesarias alusiones a los problemas actuales.

El mismo plan de la obra, que, después de una precisa introducción, estudia las personas, la familia romana, los negocios jurídicos, el Derecho procesal (en una parte que pudiéramos llamar general), pasa a desenvolver las cosas y derechos reales, las obligaciones y contratos y, por último, la herencia, pone de relieve los criterios modernos y la refinada técnica en que el autor se inspira. En lo posible se huye la tentación de proyectar el ordenamiento jurídico vigente sobre las ideas características de otras épocas, pero se emplea una sistematización y fraseología universitarias y se usufructúan los adelantos e investigaciones de los más célebres romanistas.

El que lea detenidamente los capítulos del libro, más amenos que áridos, no perderá su tiempo, y el alumno que *aprehenda* su contenido

puede asegurar que se halla preparado para dominar el Derecho civil de los pueblos latinos.

Anteproyecto de Código rural para la provincia de Córdoba.—Dirección de Informaciones. "Publicación Miscelánea", número 189. Buenos Aires, 1945.

El Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), bajo la dirección del Dr. Enrique Martínez Paz y la colaboración de los Dres. Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, acaba de publicar un Anteproyecto de Código Rural para la provincia de Córdoba.

El Director del Instituto, el Dr. Enrique Martínez Paz, inicia el trabajo con un artículo sobre "La personalidad jurídica del Derecho rural". El Derecho rural es una creación propia sudamericana. Algunos autores, como Gonnet, Sánchez Sorondo, Avellaneda y Garbarini Islas, lo consideran como un mero Derecho reglamentario y técnico. Otros, en cambio, como Mugaburu, Bengolea Zapata y Cichero, le reconocen una verdadera autonomía. Mugaburu ha llegado a definir el Derecho rural como "el conjunto autonómico de preceptos jurídicos que recaen sobre las relaciones emergentes de toda explotación agropecuaria, establecidos con el fin principal de garantizar los intereses de los individuos o de la colectividad derivados de aquellas explotaciones". Martínez Paz se adhiere al grupo de los sostenedores de la autonomía del Derecho rural. "Es indudable que para caracterizar una rama del Derecho es preciso que pueda señalarse, por lo menos, un aspecto propio, de un fenómeno fundamental jurídico y un fin igualmente específico. A nuestro parecer, ambas condiciones se realizan en el Derecho rural. La riqueza que es susceptible de ser extraída de los campos mediante la aplicación de los medios de cultura, crea un género de relaciones jurídicas particulares; esa producción, además, crea el fundamento de la riqueza pública; de allí vienen los alimentos, los vestidos, los materiales de construcción, en sus materias primas a lo menos, que son condiciones para la vida social. Los aspectos privados de las relaciones de dominio o convencionales asumen en las relaciones rurales el aspecto de un asunto de interés público. No puede por eso decirse simplemente que se trate de las relaciones emergentes de la explotación rural: es pre-

ciso caracterizar esas relaciones para distinguirlas de las del Derecho privado, y a ese fin es necesario declarar que si no son propiamente de Derecho público, reciben de éste, considerado en su acepción corriente, su inspiración y tono. De la misma manera, el fin de este Derecho no es garantizar los intereses de los individuos, sino asegurar la riqueza pública. Las normas rurales miran a la mejor forma de la organización de la vida rural (del orden rural); al régimen de las industrias rurales (de la explotación ganadera y agrícola), y a los medios de coordinación del trabajo en las industrias y en la actividad auxiliar de la explotación de los campos (de la empresa rural)."

Los autores del Anteproyecto basan su labor, entre otros trabajos, sobre el Código rural uruguayo de 1941 del Dr. Daniel García Acevedo; el Anteproyecto de Código rural del Brasil de 21 de diciembre de 1942, redactado por Luciano Pereira da Silva, Adamaster Lima, Alberto Rego Lins y Joao Soares Palucira; el Proyecto de Código rural e industrial para la provincia de Buenos Aires, de 1890, de Gonnet; el Proyecto de Código rural para la provincia de Buenos Aires, de 1910, de Sánchez Sorondo y Avellaneda; el Proyecto de Código rural para la provincia de Buenos Aires, de 1936, de Horacio N. Bruzone, Emilio F. Cárdenas, Cosme Massini Ecurra, Manuel N. Martínez y Roberto N. Lobos; el Proyecto de Código rural para los territorios nacionales de la República Argentina, redactado por Isidoro Ruiz Moreno y Nicanor A. de Elía, de 1919; y el recentísimo Código rural de la provincia de Santiago del Estero, de 1942, de Rodolfo Arnedo, Emilio A. Christensen y Santiago Dardo Herrera. Entre las obras de doctrina nacional, nombramos especialmente: Mugaburu, *La teoría autónómica del Derecho rural*, 1933; Garbarini Isla, *Derecho rural argentino*, 1937; Bengolea Zapata y Cichero, *Curso del Derecho rural*, 1940, y Padilla, *Derecho rural*, 1943. El Anteproyecto ha sido dividido en cinco libros, subdivididos en capítulos. Comienza con las "Disposiciones preliminares", en las que se dan algunas definiciones y reglas exigidas por la sistematización general de la materia. Sigue el libro primero, intitulado "Instituciones y régimen sancionatorio rurales", que comprende dos capítulos sobre "Autoridades rurales" y sobre "Contravenciones rurales", respectivamente. El libro segundo reúne cinco capítulos, cuya conexión íntima reside, en última instancia, en que los deberes que en él se imponen procuran la ordenación de la vecindad y del tránsito rurales. El libro comprende: "Deslinde y amojonamientos", "Cercos", "Tránsito",

"Caminos públicos" y "Abrevaderos". El libro tercero agrupa en tres capítulos lo relativo a "Bosques y árboles", "Caza" y "Pesca", materias que están vinculadas por el hecho de relacionarse en términos generales con la explotación de la flora y de la fauna de la provincia. El libro cuarto contiene los capítulos relativos a la "Seguridad rural", "Salubridad rural" y "Fundación de nuevos centros de población". En él se sistematiza lo referente a la población rural. El libro quinto contiene lo referente a la explotación ganadera. Está dividido en seis capítulos: "Marcas y señales", "Animales invasores", "Rodeo y aparte", "Certificado de tráfico y guía de tránsito", "Remates de ganado" y "Barracas y negocios sobre aves y sus productos". A este libro siguen las disposiciones finales.

LA REDACCIÓN.

Con motivo de la publicación de un libro notable. Breve comentario.

El culto y laborioso Notario de Madrid D. Angel Sanz ha dado a la publicidad un libro magnífico de *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. En él, con gran propiedad en el lenguaje y severidad en la forma, como con acierto singular, hace notar el maestro López Palop en el prólogo de la obra (que, como todos sus escritos, está preñado de interés, soltura y saber jurídico y profesional), expone el señor Sanz no sólo la reforma de la Ley Hipotecaria y sus incidencias, que tan bien conoce por dentro, ya que fué uno de los más destacados coautores, sino una visión completa del momento hipotecario al advenir la reforma, con el planteamiento y solución, desde su punto de vista, de todos los problemas que interesaron a la doctrina y que venían siendo tratados por los autores españoles y extranjeros más conocidos.

Ese es, a mi modo de ver, el mérito más destacado de la obra, con ser muchos y muy elogiables los que tiene.

No vamos nosotros a examinar este libro en su totalidad. Para ello necesitaríamos otro libro, y no nos encontramos con fuerzas para hacerlo ni tampoco podríamos decir en él nada interesante después de

derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, siempre que le inscriba a su favor. Y en estas frases amplias se comprende, sin duda alguna, tanto al titular del dominio como a los de derechos reales en cosa ajena, que no implican posesión.

Es más, con referencia a estos últimos derechos hay un párrafo especial en el artículo, el sexto, que también exige, para inmunizarlos contra la prescripción, que sean adquiridos a título oneroso y con buena fe.

Sacamos esa conclusión de la jurisprudencia. Esa Sentencia de 27 de diciembre de 1932, que tanto se baraja, trata en distinta forma, al dueño y al titular de la hipoteca, no porque el uno sea dueño y el otro acreedor hipotecario, sino porque el segundo tiene *buena fe* y el primero no.

Y por último, llegamos a esta conclusión con la doctrina. A este respecto sólo vamos a recordar ahora unas palabras de Roca hablando de la interpretación acertada que debió darse al artículo 35 antiguo. Son éstas: "No vamos a entretenernos en examinar aquí el problema interpretativo a que dió lugar dicho precepto; bastantes cuestiones plantea el precepto actual. Sólo indicaremos que la tesis, bastante seguida, que entendía que el anterior artículo 35 protegía al tercer adquirente de un derecho real en cosa ajena, pero no al tercer adquirente del dominio, era insostenible y estaba en flagrante contradicción con el párrafo último de tal precepto, el cual hablaba de "*dueño* legítimo del inmueble o *derecho* que se está prescribiendo". Y más adelante añade Sanz: "La exclusión de la hipoteca debe entenderse total, es decir, no referida solamente a su existencia y validez, sino también a sus efectos y a su total desenvolvimiento, de forma que si por llegar el momento de la ejecución hipotecaria la finca es adquirida por el propio acreedor o por un tercero en el procedimiento, su adquisición debe prevalecer sobre el dominio adquirido por usucapión extrarregistral. En este caso existe una colisión de derechos que necesariamente ha de resolverse en favor del Registro, bien por las prerrogativas que respecto de los derechos reales sobre inmuebles hay que conceder a esa institución, bien por ser la enajenación simple actuación o desenvolvimiento de un derecho perfecto y válido, bien por la consideración de que el titular tuvo en su mano la posibilidad de evitar la ejecución pagando al acreedor hipotecario el importe de su crédito, sin perjuicio de la posibilidad de repetir en su caso contra el que hipotecó indebidamente lo que no

era suyo. La posición del dueño extrarregistral guarda cierta analogía con la de un tercer poseedor de finca hipotecada, que no es deudor personal, pero está sujeto a la responsabilidad hipotecaria, y puede, si no lo impide indemnizando en metálico el importe de ella, llegar a perder su dominio." ¿Sí? (1). Pues si esa tesis prospera, por ese agujero de la hipoteca se irá toda la sustancia económica de los dominios adquiridos por prescripción contra tabulas. No podremos perder de vista que mientras, con base en la prescripción ganada y declarada en sentencia, no se opere la rectificación del Registro, el titular registral podrá hipotecar e hipotecará, y de esa manera, a través de esa hipoteca, salvará su dominio, antes perdido por prescripción. Tampoco podemos perder de vista que, como ha dicho con frase feliz y muy salada el mago de la pluma, González Palomino: "El Registro no es un altar, sino un burladero." Ha sido creada esta institución para la seguridad del comercio de los derechos sobre inmuebles, y en gracia a esa seguridad tienen que sufrir, a veces, los principios morales. ¡Ah! Pero es que tampoco la prescripción tiene un fundamento santo. Casi siempre, en su origen, es una usurpación; y muchas veces, al final, no es otra cosa que una legitimación—necesaria, si se quiere—de una inmoralidad.

Por cierto que ya que hemos hablado aquí de ese magnífico artículo del Sr. González Palomino, publicado en la revista *Legislación y Jurisprudencia*: queremos llamar la atención de los señores de la Comisión que ha de redactar la nueva Ley, sobre la interpretación que, a su juicio, debe darse al requisito de la buena fe. Lean, pues, estos sesudos varones las prudentes palabras de Palomino señalando el grave peligro de exagerar dicho requisito. No vaya a ser que por querer purificar y santificar el Registro se nos quede entre las manos, con socarrona algazara de los tíos Celedonios que andan por el mundo, sin grandes preocupaciones ni escrúpulos, a la caza de lo que puedan. Y ya que estamos hablando de la buena fe, diremos aquí que también Sanz combate nuestra tesis y la de Porcioles de que *contra el Registro no es posible la buena fe*. Pues bien, nosotros, ahora, sólo vamos a reforzar lo que ya expusimos sobre el tema en nuestro artículo "Más sobre el tema de la prescripción y el Registro", con una sencilla consideración: Si lo que consta en el Registro no emana hacia fuera, si los derechos inscritos pueden ser desconocidos tan alegremente, ¿en qué consiste la publicidad

(1) Nosotros lo aceptaríamos gustosos.

registral, ni cuál es su fuerza? ¿No habíamos quedado en que las condiciones inscritas, las causas de nulidad, rescisión o resolución publicadas por el Registro, las cargas inscritas, etc., producirían efectos y tendrían que ser respetadas por todo el mundo? Y qué, ¿es que el dominio, publicado por el Registro, siendo como es el primero de los derechos reales, no ha de producir sus efectos *erga omnes*? Olvida Sanz, a nuestro entender, que el Registro existe, que publica los derechos reales y los publica para todos, también para el tío Celedonio.

JUSTO TÍTULO PARA LA USUCAPIÓN "SECUNDUM TABULAS".

Insiste Sanz en su conocida teoría de que el artículo 35, cuando dice "Al los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción", establece una presunción *juris tantum* del justo título.

Nosotros ya hemos combatido esta tesis, y por cierto vivamente, y no vamos a insistir en nuestros argumentos, pero sí queremos traer hoy a la palestra, como singular y esforzado paladín de nuestra postura, al gran comentarista de Derecho hipotecario, tal vez hoy la máxima autoridad en la materia, Roca Sastre. De él son estas frases que transcribimos: "La inscripción, por sí misma, independientemente del título formal o documental que la produjo—o, lo que es lo mismo, la certificación registral correspondiente—, hace las veces de título hábil para la usucapión. La inscripción, a los efectos de la usucapión en este caso, es el sucedáneo del justo título. *Ante lo terminante del precepto, es ocioso dilucidar la idoneidad y la validez del título, así como si tal inscripción fué practicada con o sin título documental: el artículo 35 dispone que la inscripción es justo título para prescribir adquisitivamente, y como la inscripción existe, mientras la misma subsista, hace el equivalente de título hábil, apto o idóneo para usucapir*

"Por todo ello, entendemos que no debiera suscitarse la cuestión de si el artículo 35 de la Ley establece una simple presunción *juris tantum* de existencia del título, o si afirma irrefragablemente su ser. Dicho precepto dispone que la inscripción a favor del usucapiente *será justo título* para usucapir, y ante estas palabras huelga toda polémica. La inscripción equivale a justo título, y por tanto, si *hay inscripción* existe *justo título*. Esto no quiere decir que este sucedáneo del justo

título, o sea la inscripción, no sea inatacable. lo es, y así, por ejemplo, si se hubiere practicado falsamente o sin título documental, podrá la misma desaparecer por vía de rectificación del Registro inexacto, y con ella desaparecerá el título hábil para usucapir a que se refiere el mencionado artículo 35 de la Ley, y por ende, la ventaja que el mismo establece.

"Esta norma del artículo 35 de la Ley tiene cierta lógica, ya que, como afirma Jerónimo González, las inscripciones funcionan reglamentariamente como *títulos*."

Insiste también en su teoría de que la prescripción actúa contra el Registro como excepción. Va con ello contra la doctrina tradicional establecida por nuestros autores (Morell, Campuzano, López de Haro, etcétera), que habían dicho que para que la prescripción produzca efectos contra el Registro tenía que haber sido declarada antes en juicio ordinario, doctrina que había sido recogida por la jurisprudencia, entre otras, en las Resoluciones de 27 de enero de 1868, 16 de marzo de 1881 y 21 de agosto de 1895. Nosotros ya hemos combatido esta tesis en nuestros artículos "Apostillas a unos comentarios" y "Más sobre el tema de la prescripción y el Registro" y no vamos a repetir aquellos argumentos. Lo que sí queremos hacer constar ahora, por si ello significara una debilitación en las convicciones de Sanz, es que éste dice, al hablar de supuesto de *usucapión consumada*, estas palabras tan significativas. "Asimismo podrá reconvenir exigiendo de él (se refiere al titular registral) el reconocimiento de su adquisición y del Juez la declaración de su dominio, es decir, *ejercitando su acción declarativa*." Ese, ese es el camino de que la prescripción actúe contra el Registro. Accionar pidiendo la declaración del dominio por prescripción, obtener la anotación de la demanda en evitación de que durante la sustanciación del proceso pueda ser adquirida la finca por un tercero protegido por la fe pública, y cuando la sentencia recaiga, interesar, en armonía con ella, la rectificación del Registro.

Y esto, que es tan claro, tan hacedero, tan lógico, ¿cómo no se llevó a la Ley?

Lo que ya no vemos tan claro es que esta sentencia declarativa del dominio por prescripción pueda obtenerse en el procedimiento del artículo 41. Allí se dice que la sentencia recaída no ha de producir excepción de cosa juzgada. Pues bien, si ello es así, ¿qué clase de dominio es ese que declarado en una sentencia puede en otra obtenida

en juicio ordinario dejarse sin efecto? Es verdad que esta declaración se hace por el procedimiento de los incidentes, en el que cabe una discusión amplia, con garantías, con toda clase de pruebas y por ello con visos de acierto, pero así y todo la sentencia es provisional y estimamos muy peligroso que derechos de la envergadura del dominio puedan quedar en el aire. Por ello, Roca, que admite que el dominio pueda declararse en este procedimiento, defiende la tesis de que se dé a la sentencia fuerza de cosa juzgada.

También nos extraña lo que Sanz sostiene con relación a la acción reivindicatoria. Dice que no es bastante para reivindicar el título y su inscripción, sino que es necesario, además, que al adquirente se le haya entregado la posesión. Y es que la defensa de su postura civilista, a ultranza, le lleva a sentar afirmaciones tan graves como la transcrita.

Nosotros no nos vamos a meter a discutir ahora si los derechos reales se adquieren o no fuera del Registro; ni si para su adquisición es necesario siempre el título y la tradición; ni si basta la tradición simbólica de la escritura o es necesaria la entrega real de la posesión. Lo que sí sostenemos que es un dislate jurídico decir que puede reivindicar quien ya tiene la posesión de lo reivindicado. ¿Es que ha quebrado, entonces, la clásica doctrina de la acción reivindicatoria, recogida en mil sentencias?

Dice la Sentencia de 21 de diciembre de 1908: "La acción reivindicatoria sólo puede prosperar para recobrar *de quien la posee* una cosa señalada." Manresa dice: "Consiste el derecho de reivindicar en la facultad por virtud de la cual el verdadero propietario de la cosa puede dirigirse contra cualquier *tenedor o poseedor* y excluirlos de la propiedad y *goce de la misma*, haciendo que se la *restituya* con sus frutos, accesorios y abono de menoscabos." Con machacona insistencia se ha dicho que para reivindicar se necesitan tres condiciones: probar el dominio, identificar la cosa reivindicada y que ésta sea poseída por el demandado. ¿Más? El Código civil, libro santo para Sanz, dice en el párrafo segundo del artículo 348: "El propietario tiene acción contra el *tenedor* y el *poseedor* de la cosa para reivindicarla."

Y como colofón de este reguero de argumentos, vamos a traer también a la palestra unas contundentes frases de Roca. Son éstas: "En la acción reivindicatoria se trata de *un propietario no poseedor* que pretende la entrega de la posesión del *poseedor no propietario*. En la reivindicatoria el propietario no poseedor reclama la *posesión* de la cosa.

e indirectamente, la declaración de que es *dueño* de ella." Y más adelante añade: "Para que la acción reivindicatoria pueda prosperar es preciso que el actor demuestre estas tres cosas: que él es propietario (legitimación activa), que el demandado es poseedor de la cosa (legitimación pasiva) y la identidad de la cosa reivindicada."

Si la legitimación activa, o sea la prueba de la propiedad del actor, es la cuestión básica del juicio reivindicatorio, es evidente que si el actor es el que figura en el Registro como dueño de la cosa reivindicada, surge entonces la ocasión propicia para que el principio de legitimación registral entre en juego. En tal caso, con sólo aportar el actor en el juicio la correspondiente certificación registral, debe quedar descargado de toda prueba acerca de su titularidad, ya que el hecho de figurar en el Registro como dueño ha de reputarse que verdaderamente lo es. Con ello quedan tan simplificados los términos del proceso reivindicatorio, que cuando es el titular registral quien con tal carácter lo promueve debe considerarse improcedente obligarle a seguir todo un juicio declarativo ordinario. Lo lógico es regular para tal caso un juicio reivindicatorio especial, en el cual, con trámites expeditos, pueda aquél lograr la efectividad posesoria de la cosa que, según el Registro, es suya."

Ya sabemos que toda esta teoría de la acción reivindicatoria la conoce Sanz; nos atrevemos a decir más, nos atrevemos a decir que la comparte; y si la hemos expuesto con esta relativa amplitud no ha sido por enseñarle nada, que no lo necesita, sino por hacerle comprender a qué extremos conduce el apurar una teoría hasta sus últimas consecuencias. Eso y nada más que eso le ocurre a Sanz al defender su tesis. Obsesionado por la idea de que los derechos reales se adquieren fuera del Registro por el título y la tradición, exige siempre estas dos condiciones, título y tradición, para adquirir el dominio, y como sólo puede reivindicar el dueño, llega a la conclusión de que sólo puede reivindicar quien tenga a su favor el título y la tradición real, o sea aquel a quien se le haya entregado la posesión.

Otra exageración de su postura es la de sostener que ni siquiera con relación a la hipoteca tiene la inscripción el carácter de constitutiva. Por cierto que en ello no le acompañan ni el Código civil ni la jurisprudencia del Supremo, pilares ambos de sus más firmes convicciones y en los que él tanto gusta de apoyarse. Pues el artículo 1.875 del Código civil dice que "para que la hipoteca quede válidamente *constituída*

es indispensable que el documento en el que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad". A la misma conclusión se llega en el artículo 146 de la Ley, aunque en términos menos categóricos que en el 159, que dice: "Para que las hipotecas legales se entiendan *constituidas* se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan". Y aunque la doctrina está bien explícita, no obstante la mala redacción y lo inoportuno de sus palabras "constituya" en el artículo 1.875 y "constituyan" en el 159, no lo está tanto como en la Sentencia de 12 de enero de 1943. Esta sí que es categórica. Establece lo siguiente. "La hipoteca por Derecho civil es un derecho cuya inscripción tiene *valor constitutivo* (arts. 146 y 159 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código civil), de tal modo que no queda *constituida* "erga omnes" sino con la extensión con que resulta registrada."

Tampoco le acompaña Roca, que dice en su Tratado para las oposiciones a Registros: "Para que en nuestro Derecho exista el derecho real de hipoteca, sea ésta voluntaria o legal, es preciso que el título constitutivo de la misma sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Así resulta de los artículos 146 y 159 de la Ley Hipotecaria, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 1.875 del Código civil."

No obstante, estos preceptos no adoptan en su expresión normativa un perfecto tecnicismo. Por una parte, emplean el concepto de validez, como si la falta de inscripción provocara la nulidad de la hipoteca, cuando aquí no hay problema alguno de validez, sino de existencia. Cuando el pacto de hipoteca no está inscrito, no ha nacido la hipoteca; no es que sea nula, sino que no existe."

Nosotros nos adherimos fervientemente a esta tesis de Roca que en esto, como en casi todos los problemas, ha puesto las cosas en su punto; pero, en último caso, decimos: Inscripción constitutiva, necesidad de la inscripción para que la hipoteca quede válidamente constituida, al fin, palabras y nada más que palabras. Lo que sí es indudable es que la hipoteca necesita del Registro tanto como la luz del sol. Sin la inscripción ni se puede ejecutar la acción hipotecaria, ni se puede transmitir como derecho real. No tiene vida, en una palabra, no existe.

Tampoco tenemos una visión tan sombría como Sanz del requisito de la buena fe, a los efectos del artículo 36 de la Ley. Por de pronto, dice la Ley que el que quiera prevalecerse de la mala fe del titular tiene que demostrarla. Pues nosotros, avezados a las dificultades de la

prueba, decimos: No será tan fácil esa demostración en la mayoría de los casos. Lo mismo sucede con la culpa lata. También hay que demostrarla.

Tampoco creemos que baste con el conocimiento de una posesión extraña, sino que, con Núñez Lagos, nos parece que es necesario el conocimiento de que por tal posesión se ha consumado una usucapión.

Y por último, también disentimos de Sanz en el momento en el que ha de apreciarse la mala fe. Este dice que es suficiente que se haya tenido antes de ingreso del título en el Registro. Funda su tesis en la doctrina de la protección registral, para la cual es necesaria la inscripción. Nosotros nos inclinamos más por la tesis de que no puede afectar al titular inscrito la mala fe si no la tuvo hasta después de perfeccionar la adquisición. Nos basamos en las palabras del artículo que dicen: "a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer, *antes de perfeccionar su adquisición* "

Y si los derechos reales se adquieren fuera del Registro y antes de entrar en él (tesis de Sanz), no nos explicamos cómo traslada los efectos de la mala fe al momento de la inscripción. No es muy lógico en esto con sus otras conclusiones.

ARTÍCULO 41. PROCESO DE EJECUCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES REALES DERIVADAS DE DERECHOS INMOBILIARIOS INSCRITOS.

Naturaleza del procedimiento.—Como dice el artículo que comentamos, es un verdadero proceso de ejecución. También conduce a esta solución la interpretación adecuada de estas frases de la exposición de motivos: "No puede darse a la inscripción, *prima facie*, un valor inferior al de cosa juzgada." Esa misma impresión se saca de lo limitado de las causas de oposición, con toda escrupulosidad, concretadas en los cuatro motivos que señala la Ley. Y a la misma conclusión científica nos lleva la necesidad de la adecuada caución, propia, ésta, de los procedimientos ejecutivos. Ya sabemos que las demandas de juicio ejecutivo no son admisibles sin la promesa de abonar "justos y legítimos pagos".

Por eso no nos explicamos cómo Sanz quiere negarle tal carácter. Y aún menos nos explicamos que quiera llegar a esa conclusión a

través de unas palabras de Plaza que, a nuestro entender, son de todo punto contrarias a su tesis. Son éstas. "En la nueva Ley Hipotecaria se ha llegado a articular un proceso que no es ciertamente de cognición pura, que tampoco puede reputarse de pura ejecución, sino que, como suele decirse, está montado a dos vertientes, ni más ni menos que los procesos de intimación: por eso cuando la oposición en potencia no se formule; los Tribunales actuarán *ejecutivamente por la sola virtud del título*, y entonces estaremos en presencia de un proceso de ejecución *propriadamente denominado así*, aunque resulte un tanto matizado por la previa intimación en forma de emplazamiento. En los demás casos se tratará de un proceso de cognición abreviada, ni más ni menos que lo eran aquellas en que la alegación de excepciones quedaba limitada a supuestos de fácil demostración."

De estas palabras de Plaza, serenamente interpretadas, no se deduce otra cosa que para dicho señor el tal procedimiento es un procedimiento *ejecutivo especial*, que, cuando hay oposición, se mezcla con un proceso de cognición abreviado. Exactamente igual que sucede en el juicio ejecutivo reglamentado en nuestra ley de Enjuiciamiento. También allí termina por un proceso de cognición cuando hay oposición y ésta es de las admitidas. Y también allí, como aquí, cuando esta oposición no surge, nos hallamos en presencia de un proceso puro de ejecución.

Tampoco es, a nuestro entender, admisible la tesis de Sanz cuando sostiene que sólo puede llegarse a la posesión simbólica de los artículos 1.638, 2.058 y 2.059 de la ley Procesal, en el caso de que no se articule demanda de contradicción y el procedimiento termine por auto. Tal solución, que convertiría al adversario en precarista contra el que habría que entablar el desahucio, sería tanto como dejar sin efecto el procedimiento, volver a la solución de la reforma de 1927, duplicar innecesariamente los trámites (primero los de este simulacro de ejecución y luego los del desahucio), y contradecir abiertamente las expresivas palabras del artículo: "En caso de incomparecencia ó de no cumplir lo dispuesto en el párrafo anterior—se refiere a la necesaria caución—, se dictará auto acordando la práctica de *cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito*. Precisamente porque antes terminaba el procedimiento sin lanzamiento, se abandonó y se utilizaba directamente el desahucio en precario, a base de la presunción posesoria.

No; en nuestra opinión, en ese auto se puede decretar el lanzamiento, *medida necesaria para la plena efectividad del derecho inscrito*,

pero aun sin llegar a esa radical postura, diremos con Roca: "Que el actor siempre podrá pedir la intervención judicial que concede el artículo 1.419 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento, lo que obliga a pensar que podrán adoptarse otras medidas de seguridad o preventivas, incluso poner la finca en administración, según los casos. También podrán pedirse las medidas de suspensión establecidas para el interdicto de obra nueva. Todas estas medidas podrá instarlas el actor al promover el proceso o después."

¿Quién puede utilizar este procedimiento?—La Ley dice claramente que *todo el que ejercite acciones reales* procedentes de derechos inmobiliarios *inscritos*. Se necesitan, pues, dos condiciones. a) Tratarse de ejercicio de acciones reales, y b) Que dichas acciones procedan de derechos inmobiliarios *inscritos*.

Por eso juzgamos inadmisibles la tesis del Sr. Sanz, que alegremente priva de este beneficio a las inscripciones de inmatriculación hasta que transcurran los dos años de su fecha.

Para llegar a esta conclusión tendría que decir la ley—y afortunadamente no lo dice—que podrá utilizarle todo el que ejercite acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios *inscritos*, a no ser que la inscripción sea de *inmatriculación*, en cuyo caso no podrá utilizarse hasta los dos años de su fecha.

Eso, aparte de que el fundamento que utiliza Sanz para esta exclusión no es exacto, que, si como él dice—y en ello estamos conformes—estas prerrogativas son una consecuencia de la fuerza legitimadora de la inscripción, esta fuerza legitimadora también emana de las inscripciones de inmatriculación. Es una virtud que tiene la inscripción (toda clase de inscripciones) desde que existe y mientras subsiste. Y por ello todas las disposiciones que plasman legalmente este principio de legitimación (los artículos 24, 25, 97, 82 y 83 y también el 41), son aplicables a todas las inscripciones, también a las de inmatriculación.

Por eso ha podido decir Roca: "La inscripción es base necesaria—nosotros añadimos y suficiente—para que actúe el principio de legitimación registral". Y más adelante añade: "La formulación legal del principio de *legitimación registral* se halla en los preceptos 24, 25 y 97 de la nueva Ley Hipotecaria". Añadimos nosotros. Todos estos preceptos son aplicables también a las inscripciones de inmatriculación, que no hay en ellos ninguna salvedad que las excluya.

Y nos extraña más que Sanz propugne tal tesis cuando amplía los

privilegios legitimadores a asientos no comprendidos en la letra de la Ley y de inferior rango que esas inscripciones de inmatriculación, tales como: a) Las menciones cuando es ése el medio de ingresar los Derechos Reales en el Registro; b) Las anotaciones, cuando son precursoras de una inscripción, tales como las de defectos subsanables, las de imposibilidad del Registrador, c) Las notas marginales cuando son verdaderas inscripciones o cancelaciones.

Nosotros estamos conformes con esta ampliación y ya la hemos sostenido ante los Tribunales. Defendimos allí la aplicación de la doctrina del artículo 41 a una anotación tomada por imposibilidad del Registrador en un Registro destruido, y que, de no haber ocurrido el siniestro, hubiera dado lugar a una inscripción.

Nos apoyamos en unas palabras de la exposición de motivos de la primitiva Ley, que asimilan en efectos a estas anotaciones, mientras subsisten, con las inscripciones; en una sentencia del Supremo de 2 de enero de 1910, que recoge esta doctrina; en el artículo 70 de la Ley Hipotecaria, interpretado por una sentencia de 9 de julio de 1897, que llega a la misma conclusión: y por fin, en último término, nos agarrábamos al sentido común y decíamos: "Si estas anotaciones, mientras subsisten, no producen los efectos de la inscripción, ¿para qué sirven?..."

También queremos decir que no estamos solos en la defensa de nuestra tesis. Nos acompaña, por lo menos, el culto y laborioso registrador—nuestro querido amigo—D. José Alonso, miembro destacado de la Comisión redactora del proyecto de ley, que en un magnífico artículo publicado en el número 204 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, justamente elogiado por el no menos culto e ilustre Notario de Valencia D. Enrique Taulet, al hacer la revista de revistas en la de Derecho de Valencia, sobre: "La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición." De dicho artículo son estas palabras tan significativas: "El párrafo tercero del artículo 352 de la Ley reformada podía haberse suprimido, puesto que se dispone en el último párrafo del artículo 347 que las inscripciones de inmatriculación en general, cualquiera que sea el procedimiento empleado, no surtirán efectos contra terceros adquirentes hasta transcurridos dos años a partir de su fecha."

La discrepancia que existe entre los autores al interpretar este precepto es grande y justificada, pues el párrafo dice lo que ni quiso ni pudo decir, si su propósito no es derogar otros artículos de la propia

Ley y del Código civil, y en cambio no expresa lo que quizá fuera su principal o única finalidad; por ello será conveniente que el Reglamento concrete el alcance del precepto.

Entendemos que el párrafo es inexacto porque la inscripción de *inmatriculación produce los siguientes efectos contra tercero, antes de dos años a partir de su fecha*: primero, los del artículo 17 y los *importantísimos* de los artículos 24 y 41 de la Ley, que por su carácter sustantivo no distingue entre *partes y terceros* ni entre inscripciones de *inmatriculación o hipotecarias*.

Y nos acompaña también Roca, que al hablar de las inscripciones de inmatriculación dice en una nota: "A las inscripciones de inmatriculación les es de aplicar la doctrina de los artículos 17, 20, 24, 25, 41, 82, 83 y 97. Está tomada esta cita del nuevo tratado para las oposiciones a Registros.

Y no se diga que a las inscripciones de inmatriculación conseguidas al amparo del artículo 352 no les alcanza el beneficio ejecutivo de la inscripción por no producir efectos contra tercero hasta los dos años de su fecha. De ser esto cierto, tampoco alcanzaría tal beneficio a las inscripciones de herencia voluntaria ni a las que deban su origen a los expedientes de dominio, que tienen la misma limitación. Y donde hay la misma razón... Pero es que no es ésa la doctrina. Es que el efecto ejecutivo de la inscripción es un privilegio que emana de ella en cuanto tal inscripción y sea de la especie que sea. Es un efecto *inter partes*, como el del artículo 24, el del 25, 97, 82, 83 y demás que reglamentan la fuerza legitimadora de la inscripción. Le tiene toda inscripción por ser tal inscripción y en cuanto lo es. De aquí que para enervar esos efectos, no hay otro camino que quitar la causa, anular la inscripción. Esta doctrina de que para evitar los efectos legitimadores de la inscripción era preciso atacar la causa, ya la mantuvo el Tribunal Supremo en la memorable sentencia de 20 de mayo de 1925. Esta misma doctrina se tuvo presente en las salvedades que estableció la reforma del 27 para enervar la fuerza legitimadora de la inscripción. Pero es que si a estas inscripciones del artículo 352, que ya no producen efectos contra tercero hasta los dos años, les quitamos también los efectos ejecutivos *inter partes*, ¿me quieren decir para qué sirven ni qué efectos producen?

¿*Qué acciones reales pueden ejercitarse en este procedimiento?*—Según Roca, pueden ser objeto del mismo las acciones reivindicatorias, negatoria y confesoria; también la rescisoria del dominio admitida en.

Cataluña y Navarra, dirigida a dejar sin efecto la prescripción consumada contra un ausente o persona imposibilitada de impedir la prescripción. Sanz añade la acción de devastación reglamentada en el artículo 188 del Reglamento de la Ley Hipotecaria. Nada tendríamos que oponer a esta doctrina si no fuera porque el último párrafo del artículo 41 establece que las sentencias dictadas en estos procesos no producen excepción de cosa juzgada; y nos parece fuerte ejercitar acciones de la importancia de la reivindicatoria en un procedimiento revisable.

¿Contra quién puede ejercitarse el procedimiento del artículo 41?— La disposición que comentamos ha señalado este personaje pasivo con no mucha precisión en las siguientes palabras: "Todos los que no inscribieron sus títulos y se opongan al derecho inscrito o perturben su ejercicio." Parece que se necesitan dos condiciones: a) No haber inscrito su título; b) Oponerse al derecho inscrito o perturbar su ejercicio.

De estos personajes pasivos destaca Sanz el poseedor. Conformes con él en este extremo. Las más de las veces se dirigirá el procedimiento contra el poseedor de hecho de la cosa. Y el titular inscrito que no posee, lo entablará para adquirir esa posesión.

Y examina Sanz la diversa actuación de este procedimiento, en relación con las distintas clases de estos poseedores.

A) Posesión en virtud de título inscrito. Contra él no procede el intento, pues si la legitimación es la razón de esa prerrogativa procesal, también la legitimación ha de acoger bajo su manto a esas otras inscripciones. Nada tenemos que oponer a esta tesis que reputamos correcta.

B) Poseedor en virtud de título no inscrito. Extiende Sanz la inocuidad del procedimiento, no sólo a los contratantes inmediatos con el titular o con titulares anteriores, sino también al que traiga su causa de éstos, aunque sea a través de varias transmisiones no inscritas.

Juzgamos muy atrevida esta tesis. Primero, porque dice el artículo que el contrato o la relación con el titular o titulares anteriores ha de ser *directa*, y esta palabra tan significativa es la que a nuestro entender cualifica la relación y hace imposible que se extienda a relaciones que no son directas. Y segundo, que las oposiciones posibles en este procedimiento se han estudiado con sumo cuidado, se han fijado con toda cautela y tienen por ello que interpretarse restrictivamente. Eso, sin meternos a discurrir como lo hace Sanz, sobre si esta doctrina

suya va o no contra la doctrina del artículo 606 del Código civil (artículo 23 de la Ley reformado) y contra la doctrina de la fe pública registral.

C) Poseedor sin título. Distingue Sanz dos casos: 1.º, poseedor en concepto de dueño. Si la posesión es mantenida por tiempo suficiente para ganar el dominio por prescripción y el poseedor lo prueba, acreditando además que concurren en ella los requisitos para perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36, queda enervada la acción ejecutiva. Pero ¿es que este procedimiento es adecuado para obtener en él una decisión tan grave como es la declaración del dominio por prescripción?... ¿No será más procesal sostener que la prescripción para oponerla en este procedimiento tiene que estar declarada en un juicio ordinario anterior donde haya podido ser debatido el problema con toda clase de garantías?

No queremos repetir aquí la defensa de esta tesis que hicimos en nuestros artículos sobre "Prescripción y registro", pero si vamos a transcribir unas frases llenas de sentido procesal y jurídico de nuestro querido compañero La Rica. Son éstas: "No se ve tan claro el supuesto de prescripción incluido en esta misma causa segunda, pues la prescripción, para ser título eficaz, requiere ser reconocida judicialmente, y en la hipótesis de que el opositor alegue en la demanda de contradicción que posee la finca a título de dueño por haberla ganado por prescripción contra tabulas que deba perjudicar al titular inscrito y éste defienda su derecho por aplicación del art 36, *no parece que este procedimiento sumario y especial sea el más adecuado para ventilar los graves y difíciles problemas de hecho y de derecho que la prescripción plantea*. Se dirá: la resolución es interlocutoria y no prejuzga los derechos definitivos de las partes. Pero el Juez, en la sentencia, tanto si estima la demanda de contradicción como si la rechaza, ha de pronunciarse forzosamente sobre la procedencia o improcedencia de la prescripción, sobre si se ha consumado o no, y lo que es más arduo, sobre si debe o no perjudicar al titular inscrito. Y aunque la sentencia no produzca excepción de cosa juzgada, dejando siempre expedito el trámite del juicio ordinario, difícil será que en éste pueda modificarse proveído semejante".

2.º Poseedor sin "animus domini". En este caso, en que se da una verdadera usurpación, el titular puede utilizar tres medios diferentes: pedir la posesión judicial, ejercitar el desahucio o acudir al pro-

cédimiento del artículo 41, todo en cualquier tiempo y aunque haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la inscripción.

También con esa tesis estamos conformes en principio. Sin embargo, tenemos que hacer una observación: ¿Para qué ir a la posesión judicial, si después de obtenida habrá que ir al desahucio en precario si es que se quiere conseguir la posesión de la finca?... ¿No es mejor con base en la presunción posesoria del artículo 24 (antes del 41), ir directamente al desahucio?... Así lo tiene establecido la Jurisprudencia en múltiples sentencias, entre otras en la de 4 de abril de 1932.

RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN ESTE PROCEDIMIENTO

Sostiene Sanz que las sentencias dictadas en este proceso son apelables en ambos efectos.

Nosotros queremos hacer observar que el artículo 41 no dice nada de tal recurso, y debió decirlo si tal era su pensamiento. Es verdad que se remite al procedimiento de los incidentes, y en este proceso hay un artículo, el 758, que dice que las sentencias, en estos procesos, serán apelables en ambos efectos, pero también es verdad que no por adoptar este procedimiento se convierte la cuestión en un incidente. Sucede ahora lo mismo que sucedió al implantarse la reforma de 1909. Entonces también para la efectución posesoria del artículo 41 se adoptó el procedimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, pero no por eso se convirtió tal efectución en un acto de tal naturaleza.

Hay otra razón para dudar del carácter de apelable que se le da a las sentencias, y es que como éstas no producen excepción de cosa juzgada y pueden revisarse en juicio ordinario, se haría interminable el procedimiento, admitiendo además de esa revisión la apelación de la sentencia.

No se nos oculta que en otros procedimientos revisables, los interdictos, por ejemplo, se admiten apelaciones, pero también es cierto que tales alargamientos de la justicia van contra las modernas normas procesales, que nos hablan de una justicia pronta, rápida y barata.

JOSÉ AZPIAZU.