

El actual Derecho inmobiliario español (*)

Señores: Para disculpar el atrevimiento de que una persona con tan escasos méritos académicos como la que os dirige la palabra ocupe, aunque sea brevemente, esta cátedra en una de las más gloriosas Universidades españolas, voy a permitirme evocar dos órdenes de recuerdos gravemente afectivos. Guardo, ante todo, en mi alma la visita que mi amigo el profesor de Derecho civil que ha organizado e inaugurado este cursillo de Legislación del Nuevo Estado, me hizo en el recién liberado Gijón, y la grata obsequiosidad con que su colega y discípulo mío D. Ignacio Serrano me ha asociado a sus publicaciones jurídicas, y a mi deseo de saludarles y colaborar en sus nobles tareas dentro de esta docta casa, se unía el grato deber de rememorar al ilustre D. Ca-lixto Valverde, que da nombre al Seminario, en esta especie de aniversario de su muerte, como póstuma correspondencia a la amistad con que siempre me ha honrado, y en especial a su atención cuando viejo, enfermo y mutilado, me enviaba la última edición de su *Tratado de Derecho civil*, tan conocido y estimado por todos los estudiantes.

La segunda serie de recuerdos de orden familiar y altamente emotivo se halla condensada en unas líneas de la obra *El batallón de Guernica*, que un cadete de Caballería, escapado hace setenta años de Valladolid al Norte, escribió sobre los acaecimientos e intimidades de aquella campaña. Refiriéndose a sus antecesores y a los míos, decía: "El abuelo fué uno de tantos defensores de la independencia española frente a los ejércitos de Napoleón. Jefe después de realistas, combatió tenazmente a los partidarios del sistema constitucional. Y en la guerra civil, el abuelo, el padre, los tíos, derramaron su sangre, perdieron su hacienda y uno de los últimos su vida en el campo de batalla por defender los derechos de Carlos V. Más tarde, la correspondencia familiar reflejaba las amarguras de la emigración. Algunos de los vencidos regresaron al desierto hogar ." A una huérfana de esta arruinada familia, recogida por parientes asturianos, debo la vida y el elevado

(*) Conferencia pronunciada el 1.^o de mayo de 1942, en el Seminario de Derecho privado del Dr. Valverde, de Valladolid, por D. Jerónimo González.

concepto de la ciudad natal en que concentraba sus amores. Para nosotros, Valladolid era una ciudad legendaria donde tenían su asiento los ideales heroicos, el castellano puro y los ademanes correctos. Y de Valladolid venían aquellas cartillas de educación que las tías maternas nos obligaban a aprender de memoria:

"Como en una oscuridad
la clara luz resplandece,
así en los niños parece
la crianza y la humildad."

Con esto creo haber demostrado que no soy en esta docta casa ni un intruso ni un extraño, y pasó a desenvolver el tema relativo al Derecho Hipotecario español en la actualidad.

* * *

Dividiré mi exposición en tres apartados que pongan de relieve, respectivamente: A), la crisis de la técnica hipotecaria; B), el cambio de ideales por la misma perseguidos, y C), los intentos españoles de fijar sus principios fundamentales, apoyándome sobre todo en las nuevas orientaciones germánicas, en las Contestaciones de los especialistas españoles a los Cuestionarios de oposiciones y en los artículos o trabajos de nuestras Revistas. No utilizaré el monumental *Código civil*, cuyo texto definitivo, desenvuelto en seis libros y 3.000 artículos (1), acaba de aprobar el Rey de Italia y Albania por Real Decreto de 16 de marzo (*Gazzeta* del 4 de abril), en atención a que el título primero del libro 6.^o (De la tutela de los derechos), dedicado a la transcripción, representa un estudio del progreso hipotecario, superado por nosotros hace ochenta años, y tampoco me detendré, por la misma razón, en el examen de las modestas reformas llevadas a cabo en Francia por el Decreto-ley de 30 de octubre de 1935 para extender el alcance del régimen de publicidad inmobiliaria, iniciar el principio de legalidad y fijar los plazos dentro de los cuales han de ser transcritos los documentos.

A) Los ataques dirigidos por la escuela del Derecho libre contra la dogmática conceptualista, que culminaron en la campaña de la revista profesional *Die Justiz*, fueron reproducidos por los directores espirituales del nacionalsocialismo: los juristas saben de todo y no entienden de nada, viven en un mundo dialógico sin contacto con la

(1) 2.969 de los seis libros y 31 del que llamamos título preliminar sobre las fuentes del Derecho.

realidad, emplean tablas de logaritmos y tratados de ecuaciones diferenciales cuyo manejo ignora el pueblo.

La *Revista de Legislación y Jurisprudencia* ha publicado un estudio del profesor de la Universidad Central D. Nicolás Pérez Serrano, que, con referencia a la antítesis Derecho de juristas y Derecho popular, hace las siguientes observaciones: la honda transformación política y social de la Alemania moderna revisa los conceptos y las instituciones para armonizarlos con la conciencia popular y recoge la tradicional antipatía contra los juristas que Lutero condensaba en la frase "jurista, mal cristiano", y que llevaba a los campesinos en la guerra de la Reforma a pedir la supresión de todos los Doctores en Derecho. Schlegelberger publica en 1928 una monografía sobre la racionalización de las Leyes, lamentando su falta de popularidad, su complicación y multiplicidad de autocitas, su lenguaje abstracto. Nipperdey afirma en 1938 que la renovación del Derecho debe plantearse como problemas preeminentes los de su forma, estilo y popularidad. En la misma línea de pensamiento, Gauweiler señala como la primordial misión del Derecho en el momento nacionalsocialista, la de condensar con claridad la voluntad colectiva y formular las normas que respondan a las necesidades vitales del pueblo y a los cinco valores sustantivos: raza, suelo, trabajo, imperio y honor. Pero sobre todo la crítica se agudiza con Freisler, que pone de relieve el divorcio entre comunidad y Derecho, entre los Tribunales y el pueblo, que hablan distinto idioma, y con Lange, que atribuye a los judíos esta escisión entre Ciencia y Vida, y el haber asentado la doctrina en la atmósfera irrespirable de la teoría general del Derecho, más allá del pueblo y fuera del Espacio y del Tiempo.

Por su parte, la técnica hipotecaria se prestaba con sus refinamientos a estas censuras. Los conceptos escrupulosamente analizados, las construcciones jurídicas, los principios orientadores, los sistemas ideados y hasta las finalidades puestas de relieve por el legislador y el intérprete no habían penetrado en la conciencia popular ni en la inteligencia de muchos profesionales. Veámoslo brevemente en un problema fundamental: la transferencia abstracta de la propiedad inmueble.

Como consecuencia de la profunda separación que la técnica alemana establecía entre los derechos reales y los derechos personales y de los violentos ataques contra la teoría del "título y modo" dirigidos por los jurisconsultos de mayor renombre, desde Savigny hasta Wins-

cheid, el Código civil alemán ordena los negocios inmobiliarios según su propio fin: constituir, gravar, transferir o extinguir los derechos sobre fincas, separándolos de los motivos jurídicos (venta, permuta, etcétera) que los provocan y legitiman, para no oscurecer las relaciones dominicales y poner en peligro la seguridad de las transacciones. Se presentan así, a la consideración del intérprete, tres momentos principales en las transmisiones voluntarias *intervivos*:

- a) La causa más o menos explícita.
- b) El acuerdo de transferencias (*Einigung*).
- c) La inscripción.

El orden en que aparecen a la vida exterior es indiferente. Si se trata de una compraventa, el *contrato* engendrará las obligaciones de entregar cosa y precio, el *acuerdo* pondrá de relieve la voluntad de transferir y adquirir la finca, y la *inscripción* cerrará el ciclo transmisor. Pero también es posible constituir en el Registro una hipoteca en garantía de cierto préstamo que no se perfecciona hasta más tarde.

Los efectos reales perseguidos, que nacen y viven con independencia de la causa, van íntima y esencialmente unidos a los dos momentos últimos (acuerdo e inscripción), cuya concurrencia es necesaria por haberse desechado el principio de la llamada *sustantividad* de los asientos del Registro.

En su consecuencia, la propiedad no se transfiere inmediatamente con el nacimiento de la obligación contractual, ni sigue su destino, sino por la amalgama del acuerdo transmisor abstracto (*sine causa*) que no engendra créditos ni titularidades reales, con el cumplimiento formal de un acto entre administrativo y jurisdiccional que, por sí solo, tampoco crea obligaciones ni derechos perfectos. De suerte que al mismo tiempo que se destacaba y hacía independiente el acuerdo real, de la obligación causal, se le unía intimamente con la inscripción para formar un tipo híbrido que provocaba la transferencia inmobiliaria.

Las construcciones jurídicas del acuerdo transmitivo (*Auflassung*) se sucedieron desde el primer momento; para Bruck no era ni contrato ni negocio jurídico, porque no producía efectos sustantivos; pero hasta llegar a la concurrencia de voluntades, estaba sometido a las reglas de capacidad, representación, etc.; para Eccius no es un momento del pago ni una disposición condicionada por el asiento futuro, sino un acto que adquiere plenitud con la inscripción; para Stemmer sólo existe el contrato cuando la doble manifestación de voluntad constituye

una sola declaración a la que la ley otorga plenos efectos, y como aquí no se dan tales características, debemos reconocer que estamos en presencia de una tercera figura formada por el acuerdo y la inscripción: para Flossmann la sanción otorgada por el ordenamiento jurídico a la manifestación recíproca de voluntades con ánimo de producir efectos jurídicos, puede depender de requisitos y momentos ajenos a la actuación de las partes contratantes, y, por lo tanto, la *Auflassung*, en su amplio sentido, es el contrato real de transferencia de inmuebles germánico, completamente independiente de las relaciones obligatorias que lo provocan y configurado por un acuerdo de voluntades, unido a la inscripción respectiva, y, en fin, para el más conocido entre nosotros, después de la traducción de Pérez y Alguer, el hipotecarista Wolff, acuerdo e inscripción son momentos necesarios para ciertas modificaciones inmobiliarias, forman un negocio jurídico y más precisamente un negocio de disposición contractual, real y abstracto.

No cabe negar que esta conquista de la ciencia hipotecaria fué vivamente atacada por algunos juristas y recibida con antipatía por el pueblo alemán. Sobre este particular, es digna de mención la coincidencia que en otra ocasión he señalado entre el Sr. Jiménez Arnau y el profesor danés Vinding Kruse. "A través de la evolución de la *Auflassung* y de los concienzudos y prolijos estudios de la ciencia jurídica alemana, dice el primero, se ha llegado a la distinción en los fenómenos que rodean la transmisión de la propiedad, de tres momentos o elementos, que una *imaginación meridional* difícilmente puede llegar a entender." "Para privar de efectos reales al acuerdo de voluntades y dar el máximo valor constitutivo a la inscripción, no hace falta imaginar tres estadios en la producción del auto traslativo, porque igualmente se podían imaginar tres mil .." (1). "Todavía escribe el segundo (2), más pesada, y para una *imaginación nórdica* más artificiosa, resulta la regla o principio del consentimiento que exige una doble declaración sustantiva, de titular y adquirente, y un consentimiento formal de inscripción. Como ésta debe ser solicitada del Registrador, en realidad se necesitan para transmitir el dominio tres declaraciones abstractas de voluntad (acuerdo, consentimiento de inscripción y presentación) (3), cuyos nombres emplea el pueblo, sin enten-

(1) Trat. de leg. hip., I, 28.

(2) V. mi estudio sobre el *Tinglysning* danés, publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, I, núm. 3.

(3) *Einigung*, *Eintragungsbewilligung*, *Antrag*.

derlos casi, a modo de palabras mágicas, en fórmulas compendiosas que abren las puertas del Registro." "Muy sutiles separaciones pueden idearse entre el cielo y la tierra; pero en una ciencia práctica como la jurisprudencia es absurdo poner de relieve diferencias que en la vida sólo se dan en casos excepcionales."

Desde el advenimiento del nacionalsocialismo al Poder, los ataques se multiplican: Lange, en sus estudios sobre "Suelo, mercancía y dinero", Vieacker al registrar los cambios en la constitución de la propiedad, Stoll en "Vertrag und Unrecht", Heck en un trabajo sobre el negocio real abstracto, y hasta los mismos filósofos del Derecho. Binder y Dulckieit, con ocasión de exponer más amplios conceptos. Y por un fenómeno dialéctico que con frecuencia se observa, las nuevas opiniones son proyectadas sobre la vida griega y romana de hace dos mil años por Simonetos, que en el "Homenaje a Streit" se manifiesta contra las tendencias a introducir en el futuro Código civil griego el contrato real abstracto y en el "Homenaje a Koschacker" repite que esta construcción era ajena al Derecho antiguo y contradecía al pensamiento jurídico griego; así como por Kunkel, que al publicar la segunda edición del Derecho romano de Jörs (cuya traducción al castellano apareció en 1937), altera radicalmente el texto de la primera: "El Derecho romano clásico no conocía tal contrato real abstracto; se veía en la *traditio* solamente el acto transmisivo de la posesión efectiva, al cual daba la significación de transferencia, la causa subyacente." En la misma dirección marchan los estudios sobre la *justa causa traditionis*, inmediatamente posteriores a los que el profesor de esta Facultad, D. Ignacio Serrano, dió a conocer en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO el año 1934. La materia, en verdad, es difícil, porque nuestra ciencia, al plantear y resolver los problemas de transmisión de la propiedad, se mueve en planos que no se cortan: obligaciones, derechos reales, posesión e inscripción, y, sin embargo, se influyen, atraen y polarizan en términos que no acertamos a coordinar. "Quien observa las cosas, dice Stintzing (1), tal como en realidad se desenvuelven, advertirá que casi nunca existe un acuerdo explícito sobre la transferencia de la propiedad." "El acuerdo se confirma por la actuación de las partes interesadas." "A pesar de todo, es equivocado afirmar que no hace falta. El tránsito de la obligación de enajenar a la enajenación misma, del crédito a la adquisición

(1) *Die Uebertragung*, Leipzig, 1911. pág. 8

necesita un precedente volitivo. Si el contrato de enajenación produjese inmediatamente la transferencia, el derecho de retención se transformaría en un derecho de prenda. Y, al contrario, el comprador que recibe el género enviado nada ganaría con su disponibilidad."

"El Derecho francés y el inglés, al preceptuar que la propiedad se transfiere con el contrato de enajenación, necesariamente lo consideran como acto tránsmisorio, viendo con el convenio obligacional un *constitutum possessorium*, o dejando pasar, por virtud del contrato de enajenación, las acciones dominicales; de otro modo no se llegaría a la transferencia de la propiedad. Debe abvertirse, además, que ambos ordenamientos no permanecen fieles al principio de transmisión cuando regulan el derecho de persecución, ni cuando confieren al segundo comprador de buena fe que haya recibido la cosa una prelación sobre el primero."

El valor de estas reflexiones adquiere en el régimen hipotecario excepcional importancia, porque el acto registrable ha de ser simple para facilitar la calificación, prueba e inscripción, ajustarse al tipo de derecho real creado, modificado o transmitido para asegurar el paralelismo entre realidad y asiento, evitar las causas de resolución, impugnación y nulidad que se cobijan en el juego de las obligaciones, señalar los cauces dentro de los que ha de moverse la buena fe del adquirente y recibir el bautismo real en el momento de nacer en los libros hipotecarios.

Por eso no se ha hecho esperar la reacción, y el especialista Triebel, en el segundo de los opúsculos dedicado a la legislación de casos muebles e inmuebles por la Academia para el Derecho alemán, después de repasar los ordenamientos inmobiliarios de 26 Estados europeos, concluye con las siguientes afirmaciones:

1.^a Hay que permanecer fieles al vigente sistema hipotecario sobre los principios de inscripción, determinación, fe pública y calificación del negocio real.

2.^a Hay que negar también el apoyo de la fe pública registral al que ignorara la equivocación de una inscripción por grave y propia negligencia.

3.^a Debe ser regulada como transferible la acción conferida para rectificar asientos, de suerte que el nuevo acreedor pueda reclamar su propia inscripción sin necesitar la intermedia del cedente.

El mismo Lange, en otra ponencia de la Academia, reconoce que existen casos (inmoralidad, ilegalidad, simulación, reserva mental o

intención, falta de seriedad, error inexcusable, contraprestación equivalente) en que el enajenante no merece protección especial por ser culpable o tener conocimiento del vicio de la transferencia, con lo cual se achica el ámbito de las contradicciones entre las consecuencias del contrato causal y las del acuerdo abstracto.

Por su parte, Heck y Manigk se presentan como campeones de la llamada Parte General del Derecho civil y de la utilidad de los conceptos cuando no se exagera su alcance (1).

En fin, Frank, Ministro del Reich y Presidente de la Academia, a quien se debe la actual organización de la Escuela Técnica Superior de Munich, ha pronunciado en 1940 y 1941 dos discursos sobre la Técnica del Estado, que han sido unidos estos días en un folleto de propaganda, donde en sustancia se viene a decir: cuando se para mi reloj no se lo entrego a un aficionado ni cuando se estropea mi coche llamo al primer transeunte para que lo arregle, sino que busco un relojero práctico o un chófer entendido a quien encomendar la tarea. La técnica está, pues, reivindicada.

Para nosotros, el problema que nunca ha presentado caracteres agudos es de solución mucho más fácil, en primer lugar, porque la técnica conceptual y constructiva española se halla en mantillas y ni siquiera sospechaba las exageraciones teóricas a que se llegó en Alemania; después, porque el documento público, o mejor dicho, la escritura notarial, de gran predicamento, se apoyaba constantemente en las relaciones obligacionales, sin dar gran relieve al acuerdo de transmisión ni a la autorización para inscribir ni al nacimiento del derecho real, todo lo cual le parecía, como la tradición, una consecuencia natural del otorgamiento; y, en fin, porque no obstante la definición del art. 1.445 del Código civil, se veía en la compraventa, más que un contrato consensual, poderoso instrumento de tráfico que permitía vender la cosa ajena, futura o fungible, un título de adquisición: se compraba la finca, la silla, el aparato de luz, no la obligación de que se nos entregara la cosa. No estamos, por lo tanto, muy distantes del mecanismo de la tradición a que vuelve sus ojos Hermann Krause en el estudio publicado, en el Archivo para la práctica civil—1939—, sobre el principio del acuerdo transmisivo y la nueva configuración del derecho de cosas.

* * *

(1) V. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 154, páginas 187 y siguientes.

B) Los fines perseguidos por el Derecho inmobiliario a mediados del pasado siglo, aparecen con meridiana claridad en el preámbulo del Real decreto de 8 de agosto de 1855, que mandó formular el proyecto de Ley Hipotecaria, al poner de relieve los vicios del ordenamiento entonces vigente. Se trataba de garantizar suficientemente la propiedad, ejercer saludable influencia en la prosperidad pública, asentar en sólidas bases el crédito territorial, arbitrar la circulación de riqueza, moderar el interés del dinero, facilitar su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble y dar la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales.

Medio siglo después, la exposición de motivos del Código civil suizo todavía se hacía eco de estas tendencias y esperaba del régimen inmobiliario moderno una constitución más segura, una publicidad más efectiva y una mayor movilización de los derechos reales.

Aunque tengo poco de profeta, llamé la atención en el cursillo que hace veinte años di en la Real Academia de Jurisprudencia sobre las consecuencias de estas poderosas corrientes que mercantilizaban la tierra y la convertían en moneda acuñada para que circulase vertiginosamente, producían el endeudamiento progresivo, así como la especulación sobre solares y fincas y provocaban la reacción de los reformistas agrarios, hoy reflejada en los postulados del nacionalsocialismo.

En uno de los últimos opúsculos de estudio y propaganda publicados por el Secretario de Estado, Dr. Roland Freisler, nos presenta como figuras jurídicas fundamentales del pensamiento liberal la *personalidad*, sin raza, ciudadanía ni vida, el *contrato libérximo* y sin dimensiones sociales y el *dominio vertical* del hombre sobre las cosas, absoluto, ilimitado y solamente referido a las obligaciones de los demás para cubrir apariencias técnicas. Frente a esta concepción el nuevo derecho se forma alrededor de la *comunidad* como punto de cristalización, cuyas características son: a) organismo esencial con organización formal; b) el honor como núcleo personal; c) enlace racional de cada comunidad con la nación; d) íntimo sentimiento de la convivencia, no mero mecanismo, y e) polaridad creadora en la que surge la personalidad. En la trayectoria del pensamiento germánico satisface a las exigencias del imperativo categórico kantiano, del deber según Fichte, del pensamiento federiciano (ser el primer servidor del Estado), del ideal militar de Klausewitz y del postulado nacionalsocialista: la utilidad común antes que la propia.

Desde estos puntos de vista apenas si podemos percibir un denominador aplicable a todas las clases de propiedad: las normas relativas a la constitución, transferencia y ejercicio de los derechos dominicales serán diferentes según se trate de propiedades familiares, fábricas o establecimientos industriales, bloques de viviendas, muebles domésticos, mercancías o dinero. Respecto de las primeras se llega a verdaderas vinculaciones, mayorazgos o minorazgos, que se regulan como tipos *attractivos* para dar estabilidad a la familia, unir íntimamente al agricultor con el campo, evitar el éxodo de la aldea a la ciudad y los inconvenientes del absentismo, desenvolver el honor labriego y dar energía a las asociaciones rurales. La lucha sobre todo se traba contra la pulverización de los predios, resultado inmediato de las particiones hereditarias a base de igualdad, contra el egoísmo del acreedor abroquelado en las leyes de apremio y ejecución, y contra el superendeudamiento provocado por el abuso del crédito hipotecario.

Esta perniciosa consecuencia del maravilloso funcionamiento del sistema inmobiliario, que en parte ha sido atenuada por la caída del marco, se ha dejado sentir también en Suiza, donde la Ley de 12 de diciembre de 1940 somete los predios agrícolas a un régimen especial que restringe la libertad de los dueños, al mismo tiempo que les ayuda a liberarlos de los gravámenes hipotecarios. En los últimos ochenta años el endeudamiento del suelo había pasado desde 675 francos a 4.000 por hectárea y en muchos casos el valor de la carga no quedaba a cubierto por los rendimientos calculados.

Lejos de considerar como un ideal en el derecho de cosas la velocidad en las transmisiones de inmuebles y la afluencia del dinero a las tierras, se estima necesario unir la sangre al suelo, frenar las especulaciones sobre la nodriza de la comunidad, alejar el dinero insaciable y maldito de las tranquilas y solemnes labores agrícolas, reducir las cargas vigentes y limitar la constitución de las futuras.

Corolario inmediato de estos postulados parece que debiera ser el cierre de los libros hipotecarios, toda vez que de un lado el *Erbhof* (patrimonio inembargable) se extiende como mancha de aceite y, apoyado sobre la posesión, no necesita casi del Registro, y de otro los préstamos se apoyarán en garantías asociativas o solidarias; pero los comentarios a la Ordenanza hipotecaria, en la redacción hitleriana de 1.^o de abril de 1936, discuten, sin grandes aspavientos, el encaje de la Ley de 29 de septiembre de 1933 en el sistema, así como las in-

terferencias de la *lista de patrimonios* en ella regulada con las descripciones del Registro, y los autores afirman que los libros continuarán en la misma forma y con la misma trascendencia.

* * *

C) Las poderosas corrientes nacionalsindicalistas que han puesto en movimiento los 26 puntos de la Falange Española y Tradicionalista y que han vivificado el Fuero del Trabajo, corriendo por los mismos cauces, ponen la riqueza al servicio del pueblo y subordinan la economía a la política.

Todos habéis estudiado en el concienzudo comentario de vuestro catedrático D. Ignacio Serrano las profundas modificaciones introducidas en el concepto de la propiedad privada que el Estado español reconoce y ampara como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales, la ordenación del crédito en forma que, además de atender a su cometido de desarrollar la riqueza nacional, contribuye a crear y sostener el pequeño patrimonio agrícola, pesquero, industrial y comercial, el preferente valor de la honorabilidad y la confianza, basadas en la competencia y en el trabajo, como garantías que deben desplazar a la hipotecaria o pignoraticia y, en fin, la implacable guerra declarada a todas las formas de usura.

¿Cuál es la posición ideológica adoptada por los hipotecaristas españoles frente a estos radicales principios?

En la conferencia con que el día 4 del pasado mes de marzo se inauguró el Centro de Estudios hipotecarios, su director, D. Aurelio Rodríguez Molina, expuso una nueva posición doctrinal en el estudio del concepto del Derecho inmobiliario, que vamos a resumir. Al introducir esta terminología, D. Bienvenido Oliver apoyaba el Derecho inmobiliario sobre tres proposiciones fundamentales: es una parte del Derecho civil, regula los derechos constituidos sobre la cosa raíz y se inspira en principios peculiares. Para el conferenciante lo más típico de la novedad fecundante de la Ley de 1861 consistía en la *legitimación* de las adquisiciones onerosas derivadas del titular inscrito, a la cual subordina el sistema de publicidad y el dispositivo legal encaminado al desarrollo del crédito.

Hace veinte años que intenté llamar la atención de nuestros espe-

cialistas sobre el pensamiento que Rudolph Sohm había esbozado en una publicación compendiosa editada a principios del siglo por Hinneberg bajo la rúbrica *cultura actual* (*Die Kultur del Gegenwart*) y en donde aparecen las líneas directrices de la legitimación. Según sus términos, en la adquisición a título derivativo, solamente el acto dispositivo del verdadero titular (dueño o acreedor) es por sí mismo válido. Pero esta norma resulta inadecuada para el tráfico, porque el adquirente no se halla siempre en condiciones de comprobar las facultades dispositivas de su *auctor*. El derecho romano acudió en auxilio del adquirente, completando la regla con el instituto de la prescripción, que, a su vez, es incompatible, por el tiempo y los requisitos que exige, con la celeridad, seguridad y sencillez de las modernas operaciones. De aquí, las actuales tendencias a conceder ventajas al adquirente de buena fe frente al verdadero propietario, a prescindir de los plazos de prescripción y a asegurar el *comercio* a costa de la *propiedad*, tendencias cuyo coronamiento se encuentra en el principio de legitimación adoptado por el Código civil alemán.

Legitimación no equivale a poder legítimo de disposición, pero lo sustituye otorgando validez al negocio transmisor del titular aparente con cargo al verdadero dueño. Esta *apariencia legitimadora* o prueba suficiente de titularidad se encuentra en la inscripción registral, en la posesión de muebles, en el cobro indiscutido de intereses o créditos, en el heredero aparente, y favorece al que trata de buena fe con la persona inscrita, con el *non-dominus* poseedor, con el acreedor que clandestinamente ha cedido su crédito o con el sucesor excluido de la herencia. Para el Código civil y la economía monetaria, parte esencial de la cultura del siglo XIX, la *legitimación* es mejor y más fuerte que la *pertenencia* o titularidad efectiva, y los intereses del cambio y del comercio superiores al de mantener en todo caso a cada uno en su propio derecho.

Las doctrinas de Sohm responden, por lo tanto, y así lo repite el ilustre romanista, a las exigencias de la economía entonces predominante y hoy, no necesito advertirlo, en crisis. El Sr. Rodríguez Molina se hace cargo de que los legisladores de 1861 se hallaban vinculados a un desarrollo económico liberal y busca la concepción permanente del Derecho inmobiliario en su objeto (los inmuebles) y en la actividad consciente del Estado sobre los mismos. La finca, dice, es parte del territorio y éste uno de los dos elementos integrantes (terri-

torio y población) de toda soberanía (1). Pero como estas frases reflejan más bien la doctrina fundamental de la política democrática que los tormentosos conceptos *suelo* y *raza* (*Boden und Blut*) del nacionalsocialismo, hemos de contentarnos con la afirmación un poco vaga de que el Registro inmobiliario desenvuelve sus funciones de publicidad adaptándolas al ideal económicojurídico de regulación de la propiedad inmueble que se profese (2).

Uno de los más originales pensadores del Notariado español, don Antonio Vázquez Campo, ha publicado, bajo el título "Derecho de fincas", un profundo estudio que nos aproxima con mayor decisión al terreno en que se mueven las aspiraciones revolucionarias de nuestro tiempo. El signo económico que presidió la formulación del Derecho en los inmediatamente anteriores, nos ha llevado a identificar el interés jurídico y el valor económico, atendiendo tan sólo a la valoración de los objetos (*Wertprincip*), cuya comercialidad se coloca en primera línea. Por lo que toca a la propiedad inmueble, la apasionada tendencia legislativa del pasado siglo a transmitir rápidamente y gravar con facilidad los medios, olvida lo que la madre tierra es en sí: los juristas pierden el suelo que los economistas ganan. Contra el sistema inmobiliario capitalista así construido de un modo particularista, reacciona hoy la propia Economía, que, atendiendo con preferencia al interés general, apoya su desenvolvimiento en una política totalitaria.

En verdad, la reacción que se acusa contra la desviación económica del Derecho es la resultante de dos fuerzas distintas: una aspiración económica de planificación en provecho de todos y una vocación del hombre que ama la tierra y reconoce su noble destino.

De ellas resulta un nuevo derecho de propiedad preñado de deberes que, desde el punto de vista subjetivo, corresponde al dueño por formar parte de la Comunidad (crisol donde se funden el amor y la fidelidad con el poder y la sumisión) y que por virtud de una armonía misteriosa se desenvuelve frecuentemente en una atmósfera de intereses coincidentes ("Mientras parece que jugamos, dice el autor traduciendo a Manigk, servimos a la patria").

Partiendo de estas premisas se anuncia que el Registro jurídico de

(1), (2) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 167, que contiene el extracto de la exposición del Director del Centro de Estudios Hipotecarios, conocido ya por el conferenciante.

fincas resistirá, con escasas desviaciones esenciales, la adaptación al nuevo orden inmobiliario y, que el principio de publicidad evolucionará hacia la substantividad en la legitimación, no para dar seguridad al tráfico, sino simplemente porque la *Comunidad es parte*. La frase resulta oscura y la forma en que los principios de inscripción forzosa, consentimiento más o menos abstracto, publicidad protectora del tráfico, prioridad registral y demás características del sistema hipotecario van a conjugarse para fomentar una propiedad que se perpetuará en las familias, no será enajenable ni embargable y huirá del dinero como de maldición divina, tampoco aparece con claridad. Ciento es que el autor, al mismo tiempo que declara con frase precisa que "la especulación inmobiliaria contraría al natural destino de las fincas", "subvierte el proceso de explotación" y "desvía, en fin, al propietario de la Empresa que la Comunidad le encomienda", desenvuelve, con indiscutible originalidad, las construcciones jurídicas denominadas "autogarantía real" y "cura objetiva", que, de un lado, elevan a cada finca o grupo de fincas a la categoría de Empresa, limitando el campo de la ejecución forzosa y restringiendo el principio de la libre creación de los derechos reales de garantía, mientras, por otra parte, aseguran la presencia de la Comunidad en la actuación jurídica privada y anuncia la creación de órganos fiduciarios que funcionarán en horizontes cada vez más amplios: aprobación de planes de explotación, de fraccionamiento y agrupación de fincas, admisión tasada de responsabilidades, creación de unidades de cultivo, patrimonios familiares y consorcios urbanos y agrícolas de carácter forzoso, prelaciones de adquisición y retractos ..

Frente a estas geniales visiones palidecen las respuestas que D. Enrique Giménez Arnau (cuya participación en el Movimiento Nacional todos conocemos) y D. Ramón María Sastre (profundo investigador del Derecho hipotecario) dan al último punto del cuestionario de Notarías, forzados sin duda alguna por la anacrónica redacción del tema: "El crédito territorial y la movilización de la propiedad inmueble. Supuestos de la reforma. Necesidad y ventajas de la misma."

Alejado de estas hondas preocupaciones que los 26 puntos de Falange y el Fuero del Trabajo colocan en primera línea, el Sr. Carazony Liceras, Registrador cien por cien, vuelve de nuevo a la idea de los privilegios que la Legislación Hipotecaria confirió al titular inscrito dentro del Derecho civil y a los privilegios procesales que la refor-

ma de 1909 condensó en el art. 24 (la inscripción tiene la eficacia de una sentencia en pleito de tercería), en el art. 29 (el juicio ejecutivo hipotecario elimina las excepciones más importantes del regulado en la Ley de Enjuiciamiento civil) y, sobre todo, en el art. 41 (marcha paralela de Registro y realidad). Para el autor del trabajo a que aludimos (1) ni el primitivo art. 41 (texto de 1909) ni el vigente (modificado en 13 de junio de 1927) son adecuados al privilegio procesal que el titular inscrito debe ostentar para el goce y disfrute de los bienes registrados.

La magna cuestión de si la presunción de posesión a favor del titular es *juris et de jure* (incontrastable) o *juris tantum* (subordinada a la prueba en contrario) carece en la actualidad de finalidad práctica, porque la presunción de poseer ha cedido su lugar a la indiscutible presunción de un mejor derecho a poseer, con la que basta y sobra para la eficacia registral, si contáramos con un procedimiento privilegiado. En busca de una solución a este problema, el Sr. Carazony estudia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ahora cerrada en la Sentencia de 4 de marzo de 1941, a cuyo tenor el art. 41 de la Ley hipotecaria favorece al titular con una presunción posesoria que sólo cede cuando se la impugna en la forma que prescribe el 24, y que mientras subsista, legitima el ejercicio de las acciones encaminadas al mantenimiento y reintegro de la posesión. Pero como el procedimiento del artículo 100 del Reglamento hipotecario no termina con un lanzamiento efectivo del contumaz, y como el desahucio por precario, con apelación en ambos efectos ante la Audiencia Territorial y recurso de casación ante el Supremo es amplio, largo, costoso y, en la mayoría de los casos, operante contra precaristas de notoria insolvenza, se impone la conclusión siguiente: "Debe reformarse el art. 41 de la Ley hipotecaria y el procedimiento para hacerlo eficaz."

La detenida lectura (que bien lo merece) del trabajo en cuestión pone de relieve una serie de matices del fenómeno posesorio que acreditán la complejidad o confusión de la materia y justifican las dudas surgidas: posesión jurídica, simbólica, material, real, física, de hecho, judicial, ficta, presunta, tabular, civil, derecho a poseer, precario, mejor derecho, tenencia... Y en rápida consideración aparecen también con límites borrosos los mecanismos legales de protección: reivindicatoria,

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 164.

interdictos, desahucios, jurisdicción voluntaria, procedimiento hipotecario, auxilio de la autoridad competente.

Precisamente porque estas confusiones se derivan de la misma *naturaleza de las cosas*, y no de los deficientes conocimientos de los expositores, ha surgido en las naciones escandinavas una poderosa corriente de opinión, en la que figuran jurisconsultos eminentes (Torp, Hambro, Scheel, Undén y Vinding Kruse), encarbolando la bandera de una reforma radical que principia por estimar que la celeberrima distinción de Paulo sobre los elementos de la posesión (*corpus et animus*) es un producto conceptualista que no refleja las realidades sociales, y concluye afirmando que la doctrina de Savigny sobre el señorío de hecho, así como la de Ihering sobre la apariencia de propiedad, deben ser sustituidas por un sistema que desenvuelva las relaciones de posesión y dominio, o mejor, la *pertenencia* de las cosas, según nos aparecen en la vida real, porque no es lo mismo la situación protegible por las leyes de policía, que la sancionable con arreglo a las leyes penales, ni podemos tratar de igual modo al que viene utilizando los pastos de un monte elevado, que al labrador que ara y cultiva, ni éste puede ser equiparado al que deseja un terreno pantanoso o riega una zona esteparia.

Frente al Registro de la propiedad moderno, y mucho más frente a un sistema como el nuestro que no se apoya en el Catastro, ni funda las descripciones en datos auténticos, ni a veces menciona la medida probable, ni archiva planos, ni tiene relaciones con otras oficinas de identificación, mantendrán su imperio para decidir las diarias discusiones sobre fijación de linderos, corrimiento de mojones, determinación de medidas superficiales, pertenencia de construcciones, accesión de terrenos, utilización de servidumbres, cesión de fajas asurcanas, derechos de vecindad, etc., otros elementos probatorios gráficos (planos y proyectos de obras públicas), fiscales (diseños catastrales, declaraciones hechas a la Hacienda, recibos de contribución), concesiones administrativas (para ganar o aprovechar terrenos), escrituras notariales, juicios de división, deslinde y amojonamiento, apeos y prorratoeos, etcétera, fortalecidos por el respectivo uso y disfrute.

Y no hablemos de la falta de enlace procesal directo entre las acciones dominicales y las situaciones legítimas de utilización. A nadie medianamente versado en estas cosas se le ocurre que con la enajenación de su casa o con el triunfo del reivindicante sobre el poseedor,

puedan ser lanzados, sin otro requisito que el de la inscripción, los inquilinos actuales, o que el pleito de reivindicación pueda ser seguido contra los que sólo se apoyan en la tenencia arrendaticia de sus pisos y están dispuestos a pagar sus rentas al vencedor.

Todo ello nos demuestra que es necesario poner en el telar los antiguos conceptos y estudiar pacientemente materias (como las llamadas posesión tabular y prescripción *contra tabulas*) apenas desbrozadas en nuestra técnica hipotecaria.

* * *

Con esto podría dar por terminada mi desaliñada exposición de los problemas capitales del momento si no creyera deber inexcusable el llamar la atención de todos los que generosamente me la prestan sobre los gravísimos problemas que la realidad nos plantea y a los que en un índice final voy a aludir.

El Derecho inmobiliario español se encuentra en el momento actual con temas que casi deben resolverse en atrevidas y sencillas disposiciones antes de ser estudiados a fondo: el alcance y contenido de la legislación agraria, la tutela del domicilio, del taller y del comercio, el patrimonio familiar, los tipos de economía mixta (concesiones administrativas, explotaciones de grandes vuelos, sindicación agraria y colonización interior, reconstrucción de fincas, solidaridad y colaboración de los titulares, moratorias, implantación del *Codex juris canonici*, parcelación coactiva, simplificación del mecanismo de la publicidad (*numerus clausus*, encasillado), identificación de fincas (por medio de la fotografía aérea), la reconstitución de registros, etc ..

Pero con suma cautela han de enfocarse las cuestiones que afectan al crédito hipotecario propiamente dicho, para no destruir esta fuente de riqueza. Convendría robustecer, abaratar y desenvolver las formas de la garantía territorial, regulando la hipoteca de amortización y al portador aplicable a las grandes empresas (ferrocarriles, canales, minas, puertos, riegos, pantanos, saltos, etc) : pero acaso habrá que configurar tipos crediticios más *humanos* para atender a las necesidades de la agricultura y, sobre todo, facilitar las cantidades indispensables al labrador que carezca de semillas, abonos y máquinas sin gravar directamente la tierra.

JERÓNIMO GONZÁLEZ