

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXIX

Febrero 1953

Núm. 297

Los principios hipotecarios y la legis- lación registral

INDICE

PRIMERA PARTE

LOS PRINCIPIOS

CAPITULO I: Estructura lógica y valor.—CAPITULO II: En sí y por su naturaleza la inscripción es siempre voluntaria. La necesidad teleológica.

SUMARIO

Precisión de conceptos.—Aplicaciones en la Ley Hipotecaria y referencia especial al régimen de los territorios españoles del Africa Occidental

SEGUNDA PARTE

EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y SUS APLICACIONES

CAPITULO I: La legitimación para el tráfico jurídico

SUMARIO

GENERALIDADES

La presunción de exactitud del Registro.—¿Existe verdadera equiparación potencial durante el tiempo en que subsiste la presunción legitimadora entre los actos dispositivos otorgados por el titular registral aparente y el titular registral verdadero?—El titular registral no es el destinatario de la presunción legitimadora, aunque indirectamente se beneficia de sus efectos: no debe presumir.—La legitimación registral, el poder de representación y el mandato.—El titular registral aparente y la fe pública.

1. La disposición por el titular registral.
 - 1.º Las reglas por que se rige y el fraude a la ley.
 - 2.º Las sanciones penales.
2. La adquisición del tercer adquirente.
 - 1.º El posible perjuicio que puede experimentar cuando no inscribe.
 - 2.º Los beneficios derivados de la inscripción.
 - 3.º La aplicación del artículo 1.483 del Código, la presunción de **exac-**
titud del Registro y el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.
3. La posición del posible titular verdadero.
 - 1.º A) Pérdida de su derecho por el juego de la fe pública.
B) Derecho de indemnización.
 - a) Personas obligadas a indemnizar y límites.
 - b) La posible responsabilidad del Notario y del Registrador.
 - 2.º El verdadero titular extrarregistral puede disponer de su derecho con arreglo a los principios del Derecho civil.

CAPITULO II: La mención de derechos reales susceptibles de inscripción especial y separada

S U M A R I O

Dos aspectos de esta mención.—Derecho vigente y consecuencias derivadas

Interpretación del Derecho vigente.—La mención y la buena fe.—El Registro, ¿hasta dónde, efectivamente, puede hacer las veces de burladero? El artículo 98 de la Ley se refiere a la expresión registral (men-
ción), pero deja intacto el derecho a que la mención se refiera.—Res-
pecto de la mención hay que distinguir: su sustancia física (parte de
un escrito) de la sustancia jurídica (efectos jurídicos derivados de
aquella expresión registral); el artículo 98 sólo se refiere a los últimos.
Paralelismo entre el artículo 98 de la Ley y el artículo 265 del Reglamento.

CAPITULO III: La legitimación registral, el título y el procedimiento

S U M A R I O

La legitimación registral y el título: desconexión provisional
Características de un procedimiento ceñido, dentro de lo posible, al prin-
cipio de legitimación registral:

1. Consideraciones generales.
 - 1.º Límites.
 - 2.º Su razón de ser.
2. Las características más relevantes del procedimiento.
 - 1.º Legitimación efectiva.
 - 2.º La exigencia de buena fe.
 - 3.º El escrito inicial y la certificación del Registro.
 - 4.º División potencial del procedimiento en varias fases o períodos:
dos procedimientos en función preponderantemente *alternativa*;
dos fases posibles en función *sucesiva*.

El mecanismo legal a través del cual el titular registral queda privado de los beneficios de la presunción legitimadora:

1. Posibles garantías procesales del titular registral.
2. Derecho positivo.
 - 1.º Primera solución (juicios declarativos).—Sus consecuencias.
 - 2.º Segunda solución (Ley Hipotecaria).—Sus consecuencias: dos pos-
tulados procesales.

CAPITULO IV: *Las particularidades del Derecho positivo*

S U M A R I O

1. La legitimación registral y el título.—Posición de Sanz y Roca y la jurisprudencia anterior a la Ley vigente.
 - 1.º El titular registral como tercerista.
 - 2.º Los procedimientos hipotecarios especiales: una posición dialéctica especial.—Causas posibles.
 - A) ¿Cuál es la trascendencia general que, dentro de nuestro sistema, puede tener aquella exigencia concreta de que se presente el título en los procedimientos especiales?
 - a) Dos soluciones opuestas: Se trata de una regla de aplicación general, derivada de la lógica del sistema.
 - b) Se trata de reglas excepcionales.
 - B) La legitimación registral y el procedimiento del artículo 41. Tendencia a reducir su ámbito de aplicación.
2. El titular registral como demandante.—Si efectivamente el titular registral puede promover juicios declarativos probando con la simple certificación del Registro, y después de producirse la prueba contraria se le niega la posibilidad de actuar procesalmente aduciendo el título y demás medios de prueba admisibles en Derecho, sobre la base de qué no existe trámite hábil al efecto, y, si en esta situación es condenado por la sentencia, ¿la parte contraria podrá alegar la excepción de la cosa juzgada?—Si se contesta afirmativamente, ¿no se habrán intrínsecamente los principios procesales más básicos? (principio de contradicción). Soluciones posibles.
3. El titular registral como demandado.

PRIMERA PARTE

L O S P R I N C I P I O S

CAPITULO I

Estructura lógica y valor

El grado de desarrollo y plenitud a que ha llegado el moderno Derecho inmobiliario registral o Derecho hipotecario, es el resultado de la combinación e influencia de numerosos factores; de entre estos factores descuellan por su importancia y trascendencia ulterior: la costumbre iniciada en Alemania a partir del siglo XII de

hacer constar los procesos más importantes en los libros judiciales y municipales (1), costumbre que al extenderse posteriormente a la registración de los actos de enajenación y gravamen de los bienes inmuebles y dirigirse a especiales finalidades publicitarias, generó el Registro de la Propiedad; el transcurso del tiempo que permite captar las orientaciones jurídicas primarias, y una vez han sido captadas posibilita que sean perfeccionadas y adaptadas a las necesidades sentidas en el transcurso de la vida de los pueblos (2); y, por último, el importante desarrollo que han adquirido en los tiempos modernos los principios hipotecarios.

El conocimiento vulgar y el conocimiento científico discurren por derroteros distintos. Cuando el hombre no versado en Derecho lea por primera vez la Ley Hipotecaria y su Reglamento, con facilidad llegará a la conclusión de que se trata de una suma de preceptos dispersos con escasas conexiones entre sí; usando de una expresión de ORTEGA Y GASSET, podríamos decir que lo más fácil es que los árboles no le dejen ver el bosque. En cambio, el jurista, concibe aquellos textos legales en su función de establecer y regular un orden general de relaciones jurídicas que pueden nacer dentro del campo propio y ve en ellos un todo organizado; para llegar a esta conclusión utiliza consciente o subconscientemente acaso —pues el sentido jurídico opera a veces como una segunda naturaleza, diversas ideas o criterios de ordenación, comparación y clasificación que, en cierto modo, aproxima o acercan la diversidad hacia el terreno de la unidad, discurriendo a través de principios (3). Los principios hipotecarios concebidos genérica y abstractamente, tienen la naturaleza propia de las ideas o esencias y, dentro del campo hipotecario, responden al concepto de los primeros principios (4).

(1) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: «Instituciones de Derecho hipotecario». Tomo I, pág. 53. 1947.

(2) La inmadurez de los estudios hipotecarios, por una parte, y la experiencia adquirida a través de más de ochenta años de aplicación de la Ley Hipotecaria, por otra, han permitido acometer recientemente una reforma profunda del sistema hipotecario español (SANZ: Obra y tomo citados, pág. 110).

(3) No constituyen la ciencia, en verdad, como la semilla no equivale al árbol, pero se encuentran en el fondo de cada una de las conclusiones y la justifican y subordinan. Con esta característica queda separado el conocimiento científico que proyecta las cosas en la unidad superior (principio) del histórico que las estudia en su aislada existencia o circunstancial enlace. (JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: «Principios hipotecarios», página 1. 1931.)

(4) Suele entenderse por *principio*, en toda investigación de tipo filo-

El pensamiento humano discurre a través de ideas, y las ideas son entes abstractos; y, siendo una sola la idea, en determinados aspectos del conocimiento, puede abarcar todos los casos contingentes en que se pueda realizar la misma esencia (5). Pero existen ideas complejas o conjuntos de ideas que se refieren a una misma esencia u objeto; entonces se relacionan entre sí adoptando un orden jerárquico que se puede representar conceptualmente por medio de una pirámide: en el vértice, se aloja el concepto esencial irreductible y básico que es la expresión más simple de la idea; sigue el desenvolvimiento material de la misma formando el cuerpo de la pirámide y, ampliándose sucesivamente, para acoger la forma o formas diversas en que se puede realizar la idea básica, se llega por su total desarrollo y concreción a la base de la pirámide de la construcción lógica de la idea generatriz.

Esta concepción es plenamente aplicable a los principios hipotecarios y, si por ejemplo, la refiriésemos al principio de legitimación registral, lo podríamos estructurar del siguiente modo: en la cúspide de la pirámide figuraría la presunción que proclama la exactitud del Registro (éste sería un punto común al principio de fe pública); en el cuerpo de la pirámide inmediato al vértice, se expresaría que el valor de tal presunción es *iuris tantum* (art. 1.º, párrafo 3.º, de la Ley) y a continuación, el párrafo primero del artículo 38 de la Ley y el artículo 97 de la misma; seguidamente las consecuencias sustantivas del principio, y después, las procesales generales y los procedimientos basados en el principio de legitimación; y sucesivamente hasta llegar a la base y por su orden lógico, todos los preceptos legales y reglamentarios que sean complemento, desarrollo o consecuencia del principio y, desarrollando conjuntamente, la interpretación jurisprudencial y doctrinal.

Sobre las bases dichas, podemos sentar la conclusión de que los principios —según el desenvolvimiento concreto que la ley les atribuya dentro de cada sistema—, juegan respecto del ordenamiento

sófico, el punto de partida o base discursiva que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tiene fundamento dialéctico o no lo necesita por su propia evidencia (JERÓNIMO GONZÁLEZ: Ob. cit., pág. 1.)

(5) No podemos los hombres —dice MAX SCHLER— abarcar por completo ni una sola cosa real contingente, a no ser en un proceso infinito de experiencias y determinaciones; pero, observa el mismo autor que es posible abarcar la estructura esencial del mundo entero («El saber y la cultura», pág. 24).

jurídico hipotecario de modo semejante o paralelo a como juega el esqueleto respecto del cuerpo humano. Ellos no constituyen todo el Derecho hipotecario, como el esqueleto no es todo el cuerpo de la persona; y de igual modo que las perfecciones o imperfecciones del esqueleto prejuzgan la estética del cuerpo, las perfecciones o imperfecciones de los principios se traducen necesariamente en perfecciones o imperfecciones del sistema (6). Por tanto, puede afirmarse que el sistema hipotecario de cada país, en definitiva, queda cualificado por sus propios principios hipotecarios, es decir, por los principios que acepta y la extensión y forma en que los desarrolla o, incluso, por la repudiación más o menos ostensibles de uno o varios de ellos (7).

Por último, aunque cada uno de tales principios pueda ser objeto de un estudio separado y analítico (diversidad), nunca debe perderse de vista la necesidad de concebirllos en una relación de recíproca interdependencia, considerándolos conectados entre sí, como se conectan las distintas partes de un mismo todo, para integrarse conjuntamente dentro de un mismo sistema hipotecario (unidad), de igual modo que el estudio de cada uno de los huesos que componen el esqueleto humano, no es un obstáculo, sino un precedente necesario, para llegar a la síntesis en un estudio unitario del sistema óseo (8). Por poco que se medite y sin necesidad de llegar a las últimas y más remotas consecuencias, es fácil descubrir dentro de nuestro sistema las recíprocas interconexiones de los principios; a este efecto basta tener en cuenta que, todos ellos, giran en torno al principio de inscripción —que actúa a modo de denominador co-

(6) Porque tales principios no pueden decirse que sean axiomas o postulados universales incontestables, ni tampoco que constituyan exactamente verdades *primas* inconcusas, de las que fluyan natural y necesariamente todas las soluciones posibles para los problemas hipotecarios. Son más bien, rasgos típicos, características o presupuestos de un buen sistema registral (IGNACIO DE CASSO ROMERO: «Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad», pág. 100. 1946).

(7) Así, ROCA SASTRE procede al examen y crítica de los distintos sistemas hipotecarios sobre la base de los respectivos principios («Derecho hipotecario», 1948. T. I. Sistema francés, pág. 116; alemán, págs. 121 y siguientes; suizo, págs. 128 y ss.; australiano, págs. 131 y ss.); SANZ se produce de modo análogo respecto de los sistemas alemán y suizo (obra y tomo citados; págs. 158 y 175 y ss., respectivamente).

(8) Por el contrario, una exposición verdaderamente científica y sistemática del Derecho inmobiliario exige que los principios sean estudiados en su íntima compenetración: si se consideran con autonomía entre sí, la visión de cada uno de ellos ha de ser necesariamente parcial e incompleta (SANZ: Obra y tomo dichos, pág. 233 Véanse 230 y 231).

mún— y, distinguiendo después, dos grupos: uno, integrado por aquellos principios que juegan más o menos directamente como *precedentes* o *presupuestos* de la inscripción, sea que entren en acción preponderantemente antes de que se efectúe ésta (rogación y legalidad), antes y al tiempo de inscribir (especialidad), o antes, al tiempo y después de la inscripción (prioridad y tracto sucesivo); el otro grupo estaría formado por los principios que regulan los *efectos* de la inscripción (prioridad, tracto sucesivo, párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, y los principios de legitimación y fe pública; también se deben comprender aquí los efectos hipotecarios de la buena fe, bien se la considere como uno de los elementos o requisitos del principio de fe pública o dándole un alcance general que comprenda todas las repercusiones que la buena o mala fe pueda tener a efectos hipotecarios (9).

Es posible, sin embargo, que no se atribuya a los principios hipotecarios toda la importancia que realmente tienen, ya que al jurista le puede ocurrir lo mismo que le puede ocurrir al matemático: preocupados por abarcar las últimas conclusiones de sus respectivas ciencias y —tras barajar inconsciente o subconscientemente acaso por la repetición constante— uno, los principios hipotecarios, y los diez signos de numeración arábica, el otro, lleguen a olvidar; que si no existiesen en la realidad los conceptos primarios aptos para generar los principios, ni los conceptos que prácticamente se representan por aquellos diez signos aludidos, tampoco existiría ninguna de las dos ciencias.

CAPITULO II

En sí y por su naturaleza la inscripción es siempre voluntaria.

La necesidad teleológica

Hay necesidad, cuando actuando una causa determinada apta para producir un resultado también determinado, el resultado se produce de manera fatal e inevitable; cuando hay necesidad existe un

(9) «...el vigente texto refundido que regula la buena fe en una triple forma: como requisito para gozar de la protección de la fe pública registral; como requisito para quedar protegido frente a la usucapción *contra tabulas*, y como requisito para estar protegido frente a la acción pauliana» (ANGEL SANZ: Obra y tomo citados, pág. 455).

impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido. Es necesario todo aquello que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder, y en este sentido se opone lo necesario a lo voluntario (10); el reino de la necesidad se desarrolla preponderantemente en torno a la causalidad y en el campo de las ciencias exactas, matemáticas, verdades lógicas absolutas, etc. Por tales razones no cabe hablar de esta clase de necesidad cuando nos hemos de referir a la inscripción, precisamente, porque la inscripción es un efecto que depende de actos y hechos en que interviene la voluntad del hombre y que, por tanto, se desarrollan en el reino de la *libertad* (11); de ello resulta que la inscripción *en sí misma* nunca es necesaria, porque no existe ninguna ley de la naturaleza que de modo ineludible implique la necesidad de realizarla, es decir, que implique su efectividad. Solamente el legislador —dijo un gran literato— trabaja con una materia autónoma y rebelde: la libertad humana.

: Inscripción necesaria o forzosa, en sentido estricto, será aquella que es impuesta coactivamente, dentro de un plazo legal, bajo amenazas de multas y otras sanciones, y en caso de rebeldía del interesado se efectúa de oficio (12). Sin embargo, estimamos que éste no sería un caso de inscripción propiamente necesaria, sino más bien un caso de inscripción *obligatoria*, ya que la efectividad del supuesto supone una previa declaración de la ley que imponga a los interesados la obligación de inscribir; solamente así resultaría lógico que se sancionara el incumplimiento de tal obligación y de modo coactivo se impusiera su cumplimiento contra la voluntad del interesado, como ocurre en los casos de inmatriculación *obligatoria* que enumera el artículo 73 en relación con el 57, párrafo último, del Decreto de 10 de diciembre de 1949, que vino a regular el régimen de la propiedad en los territorios españoles del Africa Occidental. Es que cuando la ley exige del hombre un comportamiento o conducta determinada es porque sabe que tiene opción entre el comportamiento que se le exige (debe ser) y otro u otros posibles y diferentes del primero, puesto que si la opción fuese imposible y tuviese

(10) Son acepciones aceptadas por la Real Academia de la Lengua.

(11) «...lo metafísicamente necesario es aquello cuyo opuesto es metafísicamente imposible» (J. BALMES: «Filosofía fundamental». Tomo II, página 430. 1852).

(12) ROCA SASTRE: Obra y tomo citados; págs. 181 y 182

que observar una conducta predeterminada fatal e inevitablemente, carecería de sentido el imponérsela o prohibírsela ; por tanto, la norma que exige del hombre un comportamiento determinado, siempre presupone una pluralidad de comportamientos *posibles* (la conducta exigida y la contraria prohibida), y por ello, es la propia definición del supuesto que nos ocupa la que excluye la necesidad.

Pero hay que tener en cuenta que dentro del campo propio, la ley es soberana para determinar los efectos que produce la inscripción y los que se derivan de la falta de inscripción ; aquí se dibuja *otra especie* de necesidad *muy distinta* de la que dejamos examinada, y que resulta de la siguiente proposición condicional : la persona que pretende lograr los efectos que, según la ley, *sólo* se logran por y mediante la inscripción, se verá prácticamente obligada a inscribir en la misma medida que intente conseguir tales efectos, y por tanto, la inscripción será necesaria para producirlos (13). Aquí se trata de una necesidad de carácter jurídico, que es de tipo *teológico* o *finalista* ; más que de causas y efectos hay que hablar de fines queridos y de medios aptos para lograrlos ; por ese motivo, cuando se habla de la necesidad de la inscripción, es indispensable ponerla en relación con uno o varios fines y preguntar, *¿para qué fin o para qué fines o efectos es necesaria la inscripción?* (14).

Dentro de nuestro Derecho positivo, la inscripción es requisito necesario para que se produzcan determinados efectos, estos efectos miran en distintas direcciones, de las cuales, pasamos a resaltar las que siguen :

1. En general, la inscripción es necesaria para que se produz-

(13) En este sentido se pronuncia ROCA SASTRE. Véase la obra y tomo citados, pág. 182.

(14) Con especial predilección suele STAMMLER servirse de una fantasía literaria del poeta LASSWITZ... Cuenta que a gran altura sobre los ajueros humanos deambulan las nubes por el espacio, mirando de vez en cuando desdeñosa y burlescamente las perentorias cosillas de la Tierra. Pero una de las nubes llamada Aspira, supo ver que los hombres tenían un poder especial : hacían algo y después acontecía otro algo que habían previsto... y conoció la esencia del querer humano, el proponerse *fines* y echar mano de *medios* para lograrlos. Para todo cuanto se presenta en nuestra mente hay una clasificación bidimensional y absoluta... O bien concebimos un objeto bajo la forma de la *ley de causalidad*, de modo que al presente aparece siempre determinado por el pretérito y entonces tenemos el reino de la percepción ; o bien lo aprehendemos de tal modo que el presente aparece determinado por el porvenir, como medio para alcanzar algo que se quiere suceda, un fin ; y entonces nos hallamos en el reino del querer, de la *teleología* o *finalismo* (LUIS RECASENS SICHES : «Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico» ; págs. 53 y 54. 1929).

can los efectos propios del principio de legitimación registral. A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales *inscritos* en el Registro..., empieza el artículo 38 de la Ley (15).

2. La inscripción es necesaria para que entre en juego la fe pública registral, y lo cual supone que se hayan cumplido los cuatro requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley. La aplicación de este artículo supone dos inscripciones: una, es la previa inscripción a favor del transferente, y la otra, es la inscripción a favor del tercero que adquiera a título oneroso y de buena fe del titular registral, lo cual a su vez supone el haber cumplido el tracto sucesivo. Por regla general la inscripción a favor del tercero protegido por la fe pública no tendrá carácter constitutivo, sino meramente declarativo, aunque su adquisición sea indestructible; así ocurrirá en todos los casos en que, siendo exacto el Registro e íntegro su contenido, la adquisición del tercero se haya operado extrarregistralmente, es decir, en los casos en que el tercero haya adquirido su derecho *antes* de efectuar la propia inscripción a su favor (16).

3. La inscripción es requisito necesario para que al amparo de dicho artículo 34 se produzca una adquisición *a non domino*; el Registro inexacto deviene existe exacto e íntegro para el tercer adquirente protegido por dicho artículo, siempre que reúna los cuatro requisitos antes dichos y —aunque su transferente no fuese titular en la realidad jurídica extrarregistral—, será mantenido en su adquisición. Para SANZ esta inscripción tiene un valor constitutivo o convalidante (17); para ROCA SASTRE se trata de una inscripción que tiene un valor sustantivo, propio y distinto del meramente constitutivo, que hace que prevalezca sobre el principio *nemo dat quod non habet*, atribuyendo a la inscripción en sí, de un derecho real, consistencia propia o sea independiente por completo del título material que produjo tal inscripción, por lo que ésta adquiere una sustantividad propia (18).

(15) La cancelación es necesaria para que se presuma extinguido el derecho a que se refería el asiento cancelado (art. 97 de la Ley).

(16) En este sentido ROCA SASTRE: Obra y tomo citados: págs. 161 y 162. También SANZ: Obra y tomo citados; págs. 244 y 245.

(17) Obra y tomo citados; pág. 246.

(18) Obra y tomo citados; pág. 160. Y don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con referencia a las antiguas legislaciones alemanas, nos habla del principio de sustantividad, que reconociendo la naturaleza abstracta de los asientos y su valor de cosa juzgada, llega a la consecuencia de que la relación jurídica inscrita es independiente de sus presupuestos y causa estado, no sólo

4. La inscripción es el supuesto normal sobre que se desenvuelve el principio del tracto sucesivo, aunque éste en algunos casos, puede mantenerse ocasionalmente a base de anotaciones preventivas. Este principio es de aplicación general, bajo distintas modalidades; pero en los casos de inmatriculación y de reanudación, por los medios legales, del tracto sucesivo interrumpido, no se exige la previa constatación registral del derecho del transferente (evita un círculo vicioso).

5. La inscripción es necesaria para que el derecho real de hipoteca quede válidamente constituido; y, según la opinión casi unánime, en doctrina española dominante, esta inscripción tiene valor constitutivo.

6. La inscripción es requisito necesario a los efectos de que los Juzgados y Tribunales, ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado admitan los documentos y escrituras (relativas a los derechos reales sujetos a inscripción), en los casos y con la extensión que señala el artículo 313 de la Ley y concordantes del Reglamento.

7. Por último, el Decreto de 10 de diciembre de 1949, al establecer el régimen de la propiedad en los territorios españoles de África Occidental, en su artículo 77 vino a disponer: 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 extinción del dominio y demás derechos reales sobre finca inmatriculada. Implanta, pues, un amplio régimen de inscripción necesaria para la producción de efectos y, dado el concepto que la doctrina dominante mantiene respecto de la inscripción constitutiva, le será aplicable este concepto por los motivos que siguen: positivamente, porque la inscripción es necesaria para que se produzca la modificación jurídica real; y negativamente, porque resulta, *a sensu contrario*, que si no hay inscripción tampoco hay modificación jurídica real y, por tanto, ésta no se opera extrarregistralmente antes de la inscripción, sino *por y desde* la inscripción. Pero para que así ocurra exige dos requisitos: a) Que la modificación jurídica real se produzca en virtud de negocio jurídico, y b), que la finca sobre que recaiga el dominio o derecho real de que se trate, figure inmatriculada en el Registro.

frente a terceros, sino entre los mismos contratantes («Principios hipotecarios», págs. 107 y 108).

Hay base para sostener que se trata de un amplio y progresivo sistema de inscripción constitutiva que, si bien limitado a los territorios españoles del Africa Occidental, acaso hubiera sido aceptado de buen grado por el legislador, en 1944 y en 1946, si no hubiera pesado tanto en su ánimo el respeto a la Historia (19).

SEGUNDA PARTE

EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y SUS APLICACIONES

CAPITULO I

La legitimación para el tráfico jurídico

En esta segunda parte nos hemos de ocupar en el examen de algunas de las aplicaciones jurídicas concretas que posibilita el principio de legitimación registral, proclamado y desarrollado con notable precisión a través de las últimas reformas legislativas. Tal vez, por *situarnos preferentemente en el terreno ideal* de la especulación teórica, mirando más hacia el pleno desarrollo de la idea básica que genera el principio que a los imperativos de la realidad que posiblemente motivan determinadas posiciones legales y doctrinales, podamos incurrir en exageraciones que nos pongan en contradicción ellas; no obstante, vaya con este comentario un tributo que haga ostensible el profundo respeto que nos merecen.

El Derecho positivo es el punto de unión de dos fuerzas que frecuentemente se muestran en oposición: la razón y la Historia.

Le droit est toujours un essai en vu de réaliser la justice —dice GURVITCH—; mira a lo que debe ser, en la pretensión de realizar el

(19) La Ley Hipotecaria no se ha atrevido a adoptar un sistema de inscripción *constitutiva* tratándose de adquisiciones por negocio jurídico a pesar de que se muestra partidaria de ella. Y no se ha atrevido por entender que de momento ofrecía un obstáculo a su implantación la circunstancia de no estar aún inmatriculada gran parte de la propiedad territorial española (ROCA SASTRE: Obra y tomo citados; pág. 194).

ideal y, el legislador, al dictar las leyes, trata de descubrir las orientaciones más justas y progresivas, plasmándolas en ellas (20).

Pero la preocupación por realizar el ideal, no permite desentenderse al legislador de las características específicas que habrán de concurrir en la vida del pueblo al que destina la ley que dicta, durante el período de su vigencia; ha de tomar en especial consideración los numerosos factores, a veces ocasionales, que le suministra y le opone el mundo; entre ellos, están las necesidades morales y materiales que el pueblo siente, sus motivaciones psicológicas variables en lo infinito, la tradición histórica, grado de preparación para la recepción de la ley nueva, las preexistentes situaciones jurídicas creadas al amparo de la ley que se deroga, etc. De lo expuesto se infiere que, cuando el legislador dicta la ley, queda sometido a un doble condicionamiento: de un lado, por la pretensión ideal de realizar la idea de justicia y dar vida a las instituciones más perfectas (21); de otro, por los fines concretamente perseguidos por el legislador y las características específicas de la compleja realidad vivida por el pueblo que ha de recibirla (22).

Y, cerremos estas consideraciones teóricas, con aquellas sabias palabras con que —y a pesar de no reflejar el mismo pensamiento que inspira el capítulo que hace el honor de dedicar a mi tesis doctoral— el Notario de Madrid, don LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, con referencia a la Séptima Partida, pone fin a la suya: «A Servicio de Dios, e a pro comunal de las gentes facemos este libro» (23).

• • •

La presunción de exactitud del Registro se desdobra en dos direcciones: legitimación y fe pública. A efectos del principio de le-

(20) El derecho es la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia. Si... fuera el derecho justo —bien como derecho natural de viejo estilo, ya como derecho natural de contenido variable— reconocible con plena evidencia, sería conclusión inevitable que las normas que de él se apartasen habrían de empalidecer a su presencia como el error desenmascarado ante la verdad descubierta (RADBRUCH: «Filosofía del Derecho», páginas 47 y 25).

(21) El derecho es objeto de la Justicia (FRAY DOMINGO SOTO: «Tratado de la Justicia y el Derecho». Tomo II, pág. 188).

(22) «...y precisamente Platón, en su intento de transformar a Siracusa según receta ideológica, arruinó esta ciudad». (O. SPENGLER: «La decadencia de Occidentes». Segunda parte. Volumen IV, pág. 280).

(23) «La cuota vidual y su regla fija», pág. 102. 1947.

gitimación, la presunción actúa con más extensión y menos intensidad que cuando entra en juego el principio de fe pública, porque en este caso aquella presunción sufre una importante transformación que altera su primitiva esencia y la refuerza, cuando la persona que se cobija en ella es el tercer adquirente que cumple todos los requisitos que exige el artículo 34 de la Ley (24). La presunción tiene mayor extensión a efectos del principio de legitimación, porque actúa a favor de toda persona que tenga la cualidad de titular registral (25) siempre que la materia objeto del asiento esté comprendida, en todo o en parte, en el ámbito de la presunción legitimadora, en tanto que cuando mira al principio de fe pública sólo entra en acción en beneficio del tercer adquirente que reúna los requisitos exigidos por la Ley, lo cual reduce de modo muy considerable su ámbito de aplicación; a efectos del principio de legitimación, la presunción actúa con menos intensidad, pues sólo tiene carácter *iuris tantum*, mientras que cuando se refiere al principio de fe pública tiene carácter *iuris et de iure*.

Del principio de legitimación se desprenden importantes consecuencias en las direcciones jurídicas más diversas, pues no en vano la Ley Hipotecaria inicia el artículo 38 diciendo que, *a todos los efectos legales se presumirá...* Estas consecuencias se producen, preponderantemente, en el orden sustantivo y en el orden procesal; en el primero de estos dos órdenes, produce el efecto provisional de legitimar al titular registral para que pueda actuar, respecto de su derecho, en el tráfico jurídico. Así —decía aquella primitiva Exposición de Motivos—, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya lo traspasa respecto de todos... (26).

Así, pues —dice ROCA SASTRE—, es consecuencia indeclinable de

(24) «...ya que la fe pública también se actúa legitimando, aunque con legitimidad más intensa, siquiera menos extensa que la legitimación propiamente dicha». (JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES: «Efectividad general de la inscripción». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, pág. 507. 1951.)

(25) En este sentido ROCA SASTRE (obra y tomo citados; pág. 220) y JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES («Efectividad general de la inscripción». Revista citada; pág. 510).

(26) Y bien, interpretando estas palabras con sencillez, sin retorcimiento alguno, necesariamente se ha de llegar a la conclusión de que con relación a la propiedad inscrita, basta y sobra el título y la inscripción para que la transmisión sea perfecta y produzca efectos para todos (JOSÉ AZPIAZU: «La tradición y el modo». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; pág. 205. 1951).

la presunción de derecho a favor del titular registral, el que efectivamente *sea tratado* como propietario o titular del derecho inscrito, en todos los órdenes o manifestaciones jurídicas, mientras aquella presunción subsista. Este ser tratado efectivamente como propietario en la vida del Derecho consiste en estar *legitimado* para el tráfico o comercio jurídico, o sea en poder de hacer valer, activa o pasivamente en él la condición de propietario o titular del derecho inscrito. En virtud de este poder legitimador, el Registro proporciona al titular registral como una especie de patente o credencial de propietario que, en tanto no se contradiga, le habilita para ser tratado o desempeñar activa o pasivamente el papel de propietario, en cuantas manifestaciones o aplicaciones se deriven de la condición jurídica de tal. Respecto de estos actos (se refiere a los actos dispositivos) emanados del titular inscrito, éste se halla legitimado para otorgarlos, de modo que, de no haber otro obstáculo, deberá el Notario autorizarlos y el Registrador inscribirlos..., siempre que el acto dispositivo se acomode a la extensión y alcance con que en el Registro aparezca inscrito el derecho y que de los documentos presentados no resulte que los asientos están en discordancia con la realidad jurídica. Además, en cuanto el titular registral realice actos dispositivos para cuya eficacia se requiera el requisito o elemento de la *tradición*, como dicho titular está legitimado como propietario-poseedor (en virtud de la presunción de posesión del artículo 38 de la Ley Hipotecaria), esta condición de *poseedor* del derecho objeto del acto dispositivo viene a hacer efectiva dicha tradición (27).

Si proyectamos la actuación de la presunción legitimadora en el sentido expuesto, en la hipótesis normal y general de la efectiva exactitud del Registro, resultará que no sólo no planteará problemas sino que, además, en muchas ocasiones resolverá automáticamente muchas de las cuestiones que se podrían originar en caso de que aquella presunción no hubiese recibido consagración en el Derecho positivo. Pero también cabe preguntar por las dificultades y problemas que necesariamente surgirán cuando, siendo inexacto el Registro, el que disponga sea un simple titular registral aparente y, como consecuencia de ello, surgirá la cuestión de determinar *si efectivamente, a efectos de otorgar actos dispositivos durante el tiempo en que subsiste la presunción legitimadora, existe una verdadera*

(27) Obra y tomo citados; págs. 246, 250 y 253.

equiparación potencial entre el titular registral aparente y el titular registral verdadero (28), aparte de la posibilidad de que a las resultas de la situación así creada haga su aparición el tercero hipotecario (29). Así es como se produce una situación jurídica especialísima y compleja, que constituye una clave fundamental de todo el sistema hipotecario, cuya aprehensión exige el tomar en consideración la posición adoptada por la Ley en vista del supuesto de hecho que contempla, estableciendo una rigurosa separación conceptual entre las normas que tienen por destinatario al titular registral (aparente o verdadero) de las que se dirigen a las personas que contratan y de él adquieren algún derecho real (30), para poder llegar a determinar los efectos que se producen en las distintas situaciones jurídicas posibles.

La Ley Hipotecaria *siempre* parte del supuesto básico de que el Registro es exacto y concuerda con la realidad jurídica extrarregistral (art. 1.º, párr. 3.º); la voluntad del legislador y de la misma Ley es referir *sólo y exclusivamente* a este supuesto de hecho —porque *a priori* no existe ningún otro (31)— la consecuencia jurídica o

(28) El que el titular registral se halle legitimado en cuanto a la realización de actos dispositivos del derecho a su favor inscrito, no supone que efectivamente esté facultado para disponer del mismo. Por ello consideramos poco ortodoxo afirmar que la legitimación registral *concede o confiere* al titular registral la facultad de disponer de tal derecho. La facultad de disponer del derecho inscrito solamente corresponde a su dueño o titular verdadero, y si éste no coincide con el titular registral no por ello perderá aquél la facultad de disponer de dicho derecho por pasar ésta al titular aparente o según el Registro, de manera que si aquél dispone, dispondrá bien y si éste dispone dispondrá mal, pudiendo incluso incurrir en responsabilidad criminal (ver, por ejemplo, como argumento, el artículo 1.862 del Código civil), sin que le salve de ello el *estar legitimado* registralmente, pues esto implicará que reciba trato de propietario, pero no convertirá en lícita su actividad dispositiva (ROCA SASTRE: Obra y tomo citados; págs. 251 y 252).

(29) Sobre esta verdadera espina dorsal del Derecho hipotecario nos decía RAMOS: «Yo he llegado a concebir la figura del tercero hipotecario como una estatua gigante a la Libertad, eternamente joven, que preside el puerto de entrada al recinto hipotecario.» (JOSÉ AZPIAZU: «La tradición y el modo». Revista crítica citada; pág. 203.)

(30) Hay, por tanto, en nuestro Derecho dos formas de adquirir el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles: la forma romana —contrato, tradición y preexistencia— y la forma germánica —contrato e inscripción en el Registro. Son dos formas, y al mismo tiempo, dos categorías de maneras de adquirir. Sólo entra en juego la primera cuando no entra en juego la segunda. Entrando en juego esta última —principio de publicidad (el autor designa con este nombre al principio de fe pública)— prevalece siempre (MARIANO HERNIDA LINARES: «El Derecho inmobiliario español». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; pág. 766. 1951).

(31) Es la propia naturaleza de las cosas la que exige, que cuando la

presunción legitimadora. Lo que verdaderamente no han querido nunca —aunque aparentemente pudiera parecer lo contrario—, es que efectivamente dispusiera el titular registral aparente en perjuicio del verdadero dueño, ya que de haberlo querido así, evidentemente se hubieran desentendido de todos los perjuicios que hubieran podido recaer sobre éste, y sólo a él, los habrían hecho soportar en todo caso. No obstante, la posición legal más bien es la opuesta, porque dentro de lo posible, la Ley trata de evitar al verdadero dueño todos los perjuicios que le permite la lógica del sistema y, en su beneficio, señala excepciones a la fe pública registral; así, en algunos casos de inmatriculación, por ejemplo, ante la posibilidad de que el inmatriculante —que en ningún caso está protegido por la fe pública por no haber adquirido del titular registral—, pudiera transmitir a favor de un tercero protegido por el artículo 34, en beneficio del verdadero dueño suspende lo efectos de la fe pública durante dos años (32), y cuando la adquisición del tercero protegido por el artículo 34 es firme y definitiva, permite ejercitar al verdadero dueño las acciones personales que le correspondan contra quien resulte enriquecido o haya dado lugar al perjuicio (art. 37, párrafo último).

Es que cuando la Ley Hipotecaria establece la presunción legitimadora, en realidad, *no se dirige al titular registral*, sino que a quien verdaderamente se dirige es a los Jueces, Tribunales, funcio-

Ley se refiere al contenido del Registro, haya de hacerlo siempre *a priori*, porque no es tarea propia del legislador el dictar una norma concreta para cada caso específico, previo *conocimiento* del mismo (la potestad de aplicar las leyes..., juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y Tribunales, aunque no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido), porque es un imposible moral que el legislador pueda conocer al dictar la ley, las circunstancias de hecho y de derecho de todas y cada una de las fincas inmatriculadas en aquella fecha, y más imposible todavía, que pueda conocer anticipadamente el futuro contenido concreto de los asientos que se habrán de realizar bajo la vigencia, de la ley que dicta. Y aunque, efectivamente, puede demostrarse la inexactitud del Registro, respecto del caso concreto y por definición, ello *necesariamente* tendrá lugar *a posteriori*.

(32) «...privar al tercero hipotecario durante dos años de los efectos de la fe pública registral en beneficio del dueño o titular real. De las tres personas que se mueven dentro del círculo del problema (titular inscrito, posible titular o dueño real y tercero hipotecario) el titular real y el titular inscrito no cambian de postura dentro de los dos años; el que está incómodo es el tercero hipotecario, que se ve privado de la protección de la fe pública registral» (PEDRO CABELLO DE LA SOTA: «Efectos de las inscripciones de inmatriculación»; pág. 19. 1950).

narios y particulares (33), y les señala la conducta que deben seguir en derecho respecto de aquél, aunque sea el propio titular registral quien indirectamente se beneficie por el comportamiento de aquéllos; precisamente, porque la presunción legitimadora en principio tiene eficacia *erga omnes*, es decir, se dirige al sujeto universal indeterminado integrado por todos los hombres menos el propio titular registral, cuando se combina con el artículo 20 de la Ley, *a priori* y *provisionalmente*, muestra al titular registral investido con la facultad de disponer del derecho inscrito a su favor *frente a aquel sujeto pasivo universal*, y por tanto, *frente a cualquier persona* que en tales circunstancias contrate con él; es evidente que ello no equivale a decir que el titular registral tenga en realidad —frente a sí mismo— la facultad de disponer (34). Sin embargo, hay que tener en cuenta que la adquisición que, en estas condiciones, hagan los terceros adquirentes del titular registral, no es por sí indestructible, aunque puedan gozar de los beneficios de la legitimación si inscriben su derecho. Pero negativamente, los adquirentes a título gratuito no gozarán, en ningún caso, de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente, porque sería contrario a las más elementales reglas de equidad hacer posible que el adquirente a título gratuito, que adquiere sin contraprestación por su parte, pudiera lucrarse además —en perjuicio del verdadero dueño— con derechos que no pertenecían a su causante (35); el tercer adquirente de mala fe no merece la protección del sistema. De otra parte, la Ley positivamente, previene a los terceros adquirentes en el artículo 34, de los requisitos que se habrán de cumplir para que su adquisición sea indestructible.

Ahora hemos de pasar a ocuparnos de la situación en que se halla colocado el titular registral. De lo que dejamos expuesto se infiere que, en principio, la presunción legitimadora tiene eficacia *erga omnes* y, por tanto, todos los hombres en general han de presumir y

(33) Véase SANZ: Obra y tomo citados; pág. 307, apartado a). RÓCA SASTRE: Obra y tomo citados; págs. 267, 268 y 249; nota 1.

(34) «...cuando el titular registral se produzca o comporte como propietario en el sentido de realizar actos de disposición, esto no quiere decir que efectivamente tenga facultad para realizarlos, sino simplemente que, como ha de recibir el trato de propietario, mientras no se demuestre lo contrario, han de darse por buenos tales actos dispositivos, sin perjuicio de que los mismos sean indestructibles en el caso de que el adquirente reúna la condición de tercero protegido por la fe pública registral» (RÓCA SASTRE: Obra y tomo citados; pág. 253).

(35) Véase SANZ: Obra y tomo citados; págs. 426 y ss.

comportarse con arreglo a ella. Mas, aunque a primera vista pudiera parecer anormal, por lo menos existe una persona en el mundo que *no debe presumir nada respecto a ninguno de los extremos comprendidos en el ámbito de la presunción legitimadora* (36); esta persona que no debe presumir nada, *es el propio titular registral, porque para él rige la verdadera relación de Derecho material tal y como ella es en la realidad jurídica extrarregistral* (37); no debe presumir, porque él *sabe o debe saber*, si el derecho registrado a su nombre no le pertenece, *que no le pertenece*, y si le pertenece, la *extensión*, las *condiciones* y *limitaciones* con que le pertenece, y si quiere verse libre de responsabilidad al disponer, ha de limitarse a disponer de lo que tiene y a cómo lo tiene; por tanto, *no debe* disponer de lo que *no le pertenece*, ni en *mayor* extensión, o *restando* condiciones o limitaciones en relación a *cómo* le pertenece. Así lo exigen las más elementales reglas de la buena fe; es el propio espíritu de la Ley Hipotecaria y de todo el Código civil, el que se levanta para formularle la más reiterada y enérgica *prohibición* de presumir —presumir en el sentido de olvidar la realidad jurídica extrarregistral que para él rige—, y cuya prohibición puede leerse repetidamente, leyendo el *fondo* de numerosos preceptos de dicho Código. Así resulta del párrafo último del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y de los artículos 4, 1.104, 1.475 y siguientes, 1.483 y 1.862 del Código civil, que, en su artículo segundo le recuerda, que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento; en análogo sentido se produce el artículo 175 del Reglamento notarial, dejando aparte el artículo 1.469 y siguientes del Código, ya que por refe-

(36) Si el titular registral que transmite su derecho, en cuanto a su adquisición es un tercero protegido por el artículo 34, la circunstancia de que el Registro fuera o *deviniera* exacto e íntegro al inscribir su derecho, contribuirá a eliminar problemas, si bien no de modo absoluto, ya que ello no evita la posible inexactitud registral posterior, ocasionada por cualquier acto de enajenación o gravamen no inscrito —que no sea una hipoteca— que haya otorgado aquél.

(37) Parece que las personas que, habiendo adquirido algún derecho real del titular registral no lo han inscrito, no estarán obligadas, frente a aquél, a presumir la exactitud del Registro en lo que se oponga a su derecho; «si no inscribe, aunque obtenga la posesión, será *dueño con relación al vendedor*, pero *no respecto a otros adquirentes* que hayan cumplido el requisito de la inscripción», decía la Exposición de Motivos de 1861; entre las partes *no juega el asiento*, sino *el título*, afirma GONZÁLEZ PALOMINO. Ello supone una situación que se desarrolla al margen del Registro, sobre la supuesta conformidad de los interesados. (La referencia a GONZÁLEZ PALOMINO en: «La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria»; pág. 35 1945.)

rirse al elemento físico de la extensión superficial, juegan con independencia del principio de legitimación; y, por último, si la inmoderada inclinación a *presumir* lleva al titular registral, en forma dolosa a perpetrar un fraude, es el propio Código penal el que le señala las sanciones adecuadas en el artículo 529.

Creemos que contribuyen a esclarecer la situación en que se halla el titular registral en relación a la presunción legitimadora, los dos grupos de consideraciones que siguen:

1. En primer término, se puede establecer un paralelo entre la posición que ostenta el titular registral y la del mandatario dotado de un poder de representación, aunque sin olvidar que también existen radicales diferencias entre ambas situaciones. El poder de representación, igual que la presunción legitimadora, *a priori*, expresa un máximo potencial de facultades que se proyectan hacia el exterior, eso es, hacia los terceros (38), pero en ambos casos, la con-

(38) En cierto modo actúan *a priori*, aunque para tener realidad exijan la preexistencia de determinadas situaciones de hecho y la realización de determinados actos, que son los presupuestos necesarios de su existencia empírica (la necesidad en el mandante de nombrar mandatario o la adquisición de una finca o derecho real inmobiliario; el otorgamiento del poder o la inscripción en el Registro; el efectivo conocimiento por los terceros del poder o de la inscripción, si pretenden comprobar el alcance potencial que tienen). Una vez que han adquirido realidad estos presupuestos es cuando se pone de manifiesto la actuación *a priori* del poder de representación y de la presunción legitimadora, en cuanto dibujan un círculo ideal, máximo y potencial a la actuación concreta *a posteriori* del mandatario o titular registral frente a los terceros. El alcance del poder generalmente se fija por el poderdante (Derecho civil), pero cabe que a veces esté determinado *a priori* por la ley, como ocurre con ciertas representaciones típicas del Derecho mercantil, en los casos de representación del comerciante por el factor y del naviero por el capitán. «En el Derecho mercantil —dice GARRIGUES— la ley dota al poder del factor de una extensión fija (contenido típico), de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de particular indagación, en qué medida queda obligado el comerciante por su factor. Las facultades inherentes al capitán se caracterizan por una amplia autonomía. En uno y otro aspecto, la razón de los poderes autónomos del capitán es idéntica: el alejamiento del buque respecto del puerto de su matrícula a lugares adonde no llega ni el poder de mando del naviero, ni el poder coactivo del Estado a que el buque pertenece. Pero su poder tiene un ámbito legalmente fijado, como el poder del factor mercantil; las notas específicas de esta representación, que la distingue de todas las demás del Derecho mercantil, se fundan históricamente en exigencias prácticas de la navegación.» Por comparación, podríamos decir que la presunción legitimadora se halla en una posición intermedia: *a priori*, la Ley determina los elementos o extremos que se comprenden en el ámbito de la presunción, pero para su concreción al caso de que se trate, se remite al asiento respectivo. (Véanse las referencias a GARRIGUES en: «Curso de Derecho mercantil». Volumen I, pág. 355. MCMXXXVI. Y volumen II; págs. 685 y 694. MCMXL.)

ducta concreta a seguir *a posteriori* por el mandatario o titular registral, no se rige por aquellas facultades potenciales que miran al exterior, sino por otras normas de tipo interno: el mandatario por las instrucciones concretas que le dé el mandante (39); y el titular registral por las normas de Derecho material que sean aplicables al caso concreto de que se trate. Si el Registro es exacto, el titular registral puede invocar la presunción legitimadora a todos los efectos en que le pueda ser útil, igual que si el mandatario, siguiendo instrucciones concretas del mandante, necesita de toda la extensión del poder para cumplirlas. Si el mandatario de modo flagrante incumple las instrucciones concretas de su mandante, incurrirá en responsabilidad frente a éste, sin que le libere de ella el hecho de que el acto realizado esté comprendido dentro del ámbito del poder y aunque en este caso quede obligado el mandante con los terceros. Estar legitimado por el Registro —dice ROCA SASTRE— no equivale a estar facultado para disponer. La presunción de exactitud de los asientos del Registro tiene por única finalidad facilitar el tráfico jurídico o simplificar el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, proporcionando una prueba fácil de la propiedad que, de momento, debe ser admitida como buena, pero de la que el titular registral debe hacer un uso regular, pues no equivale a una patente de corso que le autorice para enajenar, sobre todo cuando lo efectúa a sabiendas, haciéndose pasar como propietario de lo que no es suyo..., pudiendo incurrir incluso en responsabilidad criminal, sin que le salve de ello el *estar legitimado* registralmente (40). Por tanto, en caso de inexactitud del Registro, cuando el titular registral no tenga ningún derecho sobre la finca, y, por ello, se trate de un simple titular registral aparente, debe tener en cuenta que para él no existe la presunción legitimadora, porque se encuentra en una situación análoga a la de mandatario que ha recibido la notificación de la revocación del poder; si la inexactitud del Registro es parcial (por no figurar registrado algún gravamen o derecho real que exista sobre la finca); sólo debe invocar la presunción legitimadora en la

(39) Nuestro Código de Comercio parece contradecir esta conclusión en el artículo 283, donde deja a la conveniencia del propietario la amplitud de las facultades del factor. Pero la interpretación sistemática del Código de Comercio demuestra que la limitación de las facultades del factor sólo afecta a las relaciones internas entre factor y comerciante (mandato) (GARRIGUES: Obra citada. Volumen I; pág. 355.)

(40) Obra y tomo citados; págs. 252 y 251.

parte en que el Registro concuerde con la realidad jurídica extrarregistral (manifestando a las personas con quienes contrate la existencia de aquellos derechos reales, gravámenes o cargas no registrados), de igual modo que el mandatario se debe abstener de enajenar cuando, teniendo poder para administrar y para vender, el mandante le haya prohibido enajenar (41).

2. Se observará, tal vez, que cuando la Ley Hipotecaria establece la presunción legitimadora lo hace de modo general y sin distinguir si se trata de un titular registral verdadero o aparente y que, por lo tanto, la presunción abarca los dos supuestos. Lo que en verdad no ofrece ninguna duda es que, al amparo de la presunción legitimadora, el titular registral aparente, prácticamente, podrá recabar para sí el tratamiento que la Ley Hipotecaria sólo establece para el titular registral verdadero —de igual modo que el mandatario que dispone de un poder para enajenar, puede enajenar contra la prohibición expresa del mandante—, y decimos que sólo lo ha establecido para el titular verdadero, porque la misma Ley ya ha presumido antes —en el párrafo 3.º del artículo 1.º, que no en vano sirve de cabeza a toda la Ley Hipotecaria—, que el Registro es exacto, y, por tanto, que el titular registral es *siempre* un titular verdadero mientras no se demuestre lo contrario. Es que para que la presunción legitimadora pueda lograr su objetivo; la propia naturaleza de las cosas exige que sea rebasado con exceso el fin que originariamente se propone, el cual no es otro que el de dispensar de una minuciosa investigación al que adquiera algún derecho del titular registral verdadero que enajena o grava, al efecto de facilitar el tráfico jurídico sobre la base de la garantía que representa el contenido del Registro (42). Por esta misma razón, el enunciado de la

(41) SANZ, en un supuesto concreto y por camino distinto, llega a esta misma conclusión, cuando dice: pero en modo alguno el hacer derivar los interdictos de la simple inscripción si el titular no tiene la posesión de hecho en la realidad. (Obra y tomo citados; pág. 500.)

(42) Por eso la ventaja que supone para el titular registral la presunción de propiedad a su favor, aprovecha al mismo, tanto si es o no el verdadero propietario. Aunque esto parece algo irregular cuando el titular registral sólo lo sea aparente y no en la realidad jurídica, no obstante imponen este resultado consideraciones de valoración jurídica de la documentación o registración auténtica, facilitadora de las relaciones jurídicas; y más teniendo en cuenta que, como estadísticamente casi siempre el titular registral es titular real, el beneficio que el principio de legitimación reporta redonda en la generalidad de los casos en provecho del verdadero dueño, de manera que por ser excepcional el caso contrario, esto constituye

presunción legitimadora no puede referirse expresamente al titular registral *aparente* para excluirle de los beneficios de la legitimación, ya que en realidad hay dos razones que lo impiden: 1.ª Porque si así se hubiese procedido, hubiera caído por su propia base la finalidad que persigue el precepto, puesto que en todo caso obligaría a distinguir al adquirente, investigando previamente, si efectivamente el transferente era un titular verdadero o un simple titular aparente, con lo cual se llegaría a un círculo vicioso, que traería como consecuencia el dejar definitivamente esfumada la legitimación para el tráfico jurídico; y 2.ª Porque ya hemos dicho que la Ley presume siempre que el titular registral es un titular verdadero y, por tanto, carece de sentido hablar de un titular registral *aparente a priori*, es decir, en tanto subsista la presunción de exactitud del Registro.

Obsérvese que no existe ningún precepto hipotecario que, dirigiéndose al titular registral *aparente*, le autorice a disponer del derecho que no le pertenece, ni se pretenda ver tal autorización que aquellas palabras que usa el artículo 34, cuando dice *...adquiera... algún derecho de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo...*, porque este artículo no se refiere al que transfiera el derecho, sino *al que de él lo adquiera* con los cuatro requisitos que indica. No es un aplauso a la actuación del titular registral aparente, sino todo lo contrario, es una solución legal que se da al problema creado por aquél, al adquirente a título oneroso y de buena fe, que ha confiado y se ha confiado al Registro, inscribiendo su derecho. Entre o no en juego la fe pública, la situación del titular registral aparente que ha dispuesto del derecho que no le pertenece, no se altera, pues en ambos casos se ha enriquecido en perjuicio de tercero y queda sujeto a las reclamaciones que se le dirijan. Si entra en juego la fe pública, el tercero *será mantenido en su adquisición*, dice el artículo 34; no dice que el acto del titular aparente cobre eficacia frente a éste; el artículo 33 dice que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. El efecto legal que se produce es preciso y tajante; el ter-

un mal menor, frente a la ventaja que significa proveer al propietario de una prueba o certificación expedita de su derecho. De ahí que, por la propia esencia de las cosas, sea inevitable que el *poder* legitimador de la presunción de exactitud registral, despliegue su función incluso en provecho del titular meramente aparente formal, en plena coexistencia con el titular real o material. (RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: Obra y tomo citados, página 247.)

cero *es mantenido* en su adquisición para que se reproduzca el fin perseguido por la Ley que, en este caso no es otro, que mantener el principio de la seguridad en el tráfico jurídico.

* * *

Para poner fin a este capítulo, hemos de hacer algunas referencias a los distintos efectos que producen los actos de disposición otorgados por el titular registral, en los supuestos en que falte *a posteriori* el requisito de la exactitud o integridad del Registro, y cuyos efectos varían según los casos y situaciones en que se pueden hallar colocadas las tres personas que se mueven en torno al problema planteado: el titular registral, la persona que de él adquiere la finca o un derecho real sobre ella, y el posible titular verdadero de la finca o derecho real de que se trate. En relación con esta cuestión hemos de resaltar las siguientes particularidades:

1. La disposición por el titular registral.

1.º De cuanto dejamos expuesto se infiere, que el titular registral —frente a las normas de Derecho material, frente a sí mismo y a su patrimonio—, siempre *debe* disponer con arreglo al principio *nemo dat quod non habet*, porque en otro caso sus actos son nulos con arreglo a la Ley civil. Si abusando de la confianza que la Ley le dispensa y, amparándose en la presunción legitimadora, dispone de un derecho real que no le pertenece en la realidad jurídica extrarregistral, o dispone en mayor extensión de cómo le pertenece, en cuanto la disposición excede de los límites de su derecho (43) ejecuta un acto en fraude a la Ley (44), al cual se debe aplicar la sanción de nulidad que establece el artículo 4.º del Código civil, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez (45); y se trata de un acto en fraude a la Ley, porque, ampa-

(43) ...pues, como apunta DE CASTRO, sólo se excluyen las consecuencias favorables para el infractor, no las que se deriven de la ilicitud del propio acto (pena, indemnización) o las que sirvan de apoyo a la buena fe de un tercero, y es posible, cuando el fin de la ley se dirija sólo contra un aspecto del acto, que se limite la anulación a lo hecho contra la ley, manteniendo la validez de lo restante (JOSÉ CASTÁN TORRES: «Derecho civil español, común y foral». Tomo I, págs. 205 y 206, 1949. Séptima edición).

(44) Uno o varios actos que originan un resultado prohibido por una norma jurídica y al que se ampara en otra norma dictada con distinta finalidad (FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: «Derecho civil de España». Tomo I. Libro preliminar; pág. 544, 1949).

(45) Véase CASTÁN: Obra y tomo citados; págs. 207 y 208.

rándose el titular registral *aparente* en las facultades o atribuciones con que —sobre la creencia de que el Registro es exacto— la Ley inviste al titular registral *verdadero* frente a los terceros, las usurpa para apropiárselas indebidamente con objeto y finalidad distinta de aquella para la cual las creó la Ley (46), aun en el caso de que la legitimación registral refuerce provisionalmente el acto nulo con una apariencia jurídica, cuya desaparición pueda exigir la correspondiente declaración judicial (47) a no ser que haya entrado en juego la fe pública registral.

2.º En segundo término, era preciso impedir en lo posible, que el propio sistema legal pudiera indirectamente procurar la impunidad al titular registral aparente, que, sabiéndose insolvente (48) y, en complicidad con el tercer adquirente o sin ella, dolosa y fraudulentamente, enajenara los inmuebles o derechos reales que sabía a ciencia cierta que no le pertenecían, ya que la inoperancia práctica de las simples sanciones civiles ante la insolvencia, podía pesar en su ánimo como una invitación al fraude. Aquí se hacían necesarios remedios más enérgicos que las simples sanciones civiles y, por esta razón, de un lado, el artículo 37 de la Ley Hipotecaria determina, que las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, perjudicarán al tercero que haya sido cómplice en el fraude, y aunque más bien el precepto, está concebido mirando a conceder la debida protección a los acreedores que ejercitan la acción pauliana, tiene el alcance de señalar el efecto que se produce respecto del adquirente que fué cómplice en el fraude, y cuyo efecto debe entenderse aplicable por analogía al supuesto que nos ocupa, aparte de llegar a la misma conclusión por aplicación del artículo 34 (falta de buena fe); y el artículo 529 y demás concordantes del Código penal, señalan las sanciones adecuadas al caso, del otro lado.

2. La adquisición del tercer adquirente.—En todos los casos en

(46) No es necesario que la persona que realice el acto en fraude tenga, ni menos que se demuestre su intención de infringir la ley. (FEDERICO DE CASTRO: Obra, tomo y libro citados; págs. 547 y 548).

(47) Véase J. CASTÁN: Obra y tomo citados; pág. 206. Aquí se tratará de la demostración *a posteriori* de la inexactitud del Registro, aplicando, en su caso, los artículos 1.º, párrafo 3.º, y 38, párrafo 2.º, de la Ley.

(48) A este efecto puede serle suficiente la mera insolvencia aparente, siempre que la solvencia verdadera no se descubra en el procedimiento, dado que es cosa factible en la práctica el escamotear el dinero y ciertas clases de bienes muebles a la persecución judicial.

que no entre en acción el principio de fe pública, los terceros que adquieran algún derecho del titular registral, sólo son mantenidos provisionalmente en su adquisición, ya que ésta puede ser impugnada con arreglo a las normas del Derecho civil. Sin embargo, los efectos son distintos según no hayan inscrito o, efectivamente, inscriban su derecho.

1.º ¿En qué consiste el perjuicio —decía MORELL Y TERRY— que puede sufrir el tercero que no inscribe su título, por la inscripción de otro que se halle con él en oposición? Los artículos 17, 20 y 23 (cuyo primer párrafo ha dado lugar al actual artículo 32) de la Ley están en íntima relación, y el artículo 1.473 del Código, en su párrafo segundo, muestra prácticamente la consecuencia en el caso determinado de venderse un mismo inmueble a dos personas diferentes. Si la inscripción determina la adquisición, la persona que no inscribió por llegar tarde al Registro, aun habiendo comprado antes, pierde el derecho que creyó adquirir, quedándole sólo acción personal contra el vendedor para la restitución del precio y la indemnización del perjuicio (49). Si se tratase del tercer adquirente de un derecho real que no sea el dominio, una servidumbre aparente o una hipoteca, también perderá su derecho real en caso de que se transfiera la finca a favor de un tercero hipotecario protegido por el artículo 34, salvo el derecho de indemnización que corresponda en su caso.

2.º Si por el contrario, el tercer adquirente inscribe su derecho, goza de las indiscutibles ventajas y de la enérgica protección que le brinda el sistema hipotecario, en particular, de los beneficios que se derivan del artículo 17 de la Ley, sea en su función excluyente o de simple jerarquía en el rango; del artículo 20, que cierra el Registro a los actos dispositivos que no emanen del titular inscrito, y cuya garantía tiene fuerza suficiente, por sí sola, para hacer innecesaria la hipoteca legal en algunos casos (los bienes inmuebles dotales inestimados y parafernales se inscriben a nombre de la mujer, sin que el marido tenga obligación de hipotecar sus bienes propios al efecto); del mismo artículo 35 en lo que afecta a la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito, el cual, traducido a la realidad —dice LA RICA—, significa que el titular,

(49) «Comentarios a la Legislación Hipotecaria» Tomo II, pág. 543. 1917.

registral, cuando lleve diez años de posesión real de la finca, o veinte si se trata de prescribir contra ausentes, justifica por sólo la virtualidad de la inscripción y salvo prueba en contrario, que dicha posesión ha reunido todas las características que la Ley Civil exige para ganar la prescripción (50). Además, es el propio artículo 34 de la Ley el que confiere al tercer adquirente, en caso de que se cumplan los cuatro requisitos que señala, el carácter de tercero hipotecario, hace que entre en juego la fe pública y que aquella adquisición sea indestructible.

3.º Sobre las bases anteriormente examinadas al referirnos a los actos de disposición otorgados por el titular inscrito (número 1.º) sería posible llegar a conclusiones muy semejantes a las que consagra el artículo 1.483 del Código civil, si éste no se hubiese llegado a formular expresamente, y cuyo precepto, hay que estimar que es aplicable al comprador que inscribe su derecho —a efectos del principio de legitimación—, si bien, por imperio del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y por la misma referencia que a ésta hace el artículo 1.537 del Código, no podrá aplicarse al tercer adquirente protegido por la fe pública, excepto, si antes de consumar su adquisición tuvo efectivo conocimiento de la existencia de la carga (51), porque entonces faltaría el requisito de la buena fe que es indispensable para aplicar dicho artículo 34 (52), o si, aun siendo en principio aplicable este artículo, concurre un supuesto de excepción ex-

(50) GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO: «El valor de la inscripción según RAMÓN DE LA RICA». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; pág. 281. 1948.

(51) Por el contrario, si el comprador tenía conocimiento del gravamen, aunque éste no estuviese inscrito en el Registro de la Propiedad, y esto se demuestra por el vendedor, entendemos que aquél no podrá ejercer ninguna de las acciones que le concede el artículo 1.483, pues entonces no se puede decir que haya habido error... todo el precepto parte del supuesto que el comprador no conocía el gravamen, de donde se deduce que conociéndolo falta el motivo de la ley (JOSÉ MARÍA MANRESA NAVARRO: «Comentarios al Código civil español». Tomo X, pág. 203. 1905).

(52) Hoy resulta del propio texto del artículo 34, que recoge explícitamente las conclusiones de la Jurisprudencia anterior. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1900, entre otras bastante numerosas, había determinado: «...lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria supone que las causas de nulidad o resolución del derecho del otorgante que no consten en el Registro de la Propiedad fueron desconocidas por el adquirente en el acto de contratar, puesto que estando cerciorado éste de ellas, no tiene carácter de tercero, y falta la base de la ficción legal en que descansa la garantía del Registro. Sin embargo, GONZÁLEZ PALOMINO, hace notar que «hace falta cortar un poco las alas de la buena fe...» (Esta referencia en: *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*. Pág. 26. 1945).

presa a la fe pública que ampare y proteja al verdadero titular de la carga, como ocurre en el caso del artículo 207 de la Ley, salvo la excepción que consigna el artículo 302 del Reglamento.

El supuesto previsto en el artículo 1.483, supone la compraventa de una finca gravada con una carga o servidumbre no aparente que, de un lado, no se registró (53) ni se mencionó en la escritura de compra, y de otro, tampoco fué conocida del comprador antes de consumar su adquisición (buena fe); así se infiere del texto del Código, ya que exige que la carga sea de tal naturaleza que deba presumirse que el comprador no habría adquirido la finca si hubiese conocido su existencia (54). La razón antes aludida por la cual se puede estimar aplicable este precepto, a efectos del principio de legitimación, al comprador que inscribe su derecho está en que, siendo válido el acto dispositivo del vendedor en cuanto dispuso de una finca de su propiedad, es nulo en cuanto dispuso implícitamente en él de un derecho ajeno que pesaba sobre la finca propia, aparte de que no pueda exigir del comprador que haga uso del don de la auguración, adivinando la existencia de la carga y pactando el precio con deducción del valor que aquella representa; y siendo nula la disposición en cuanto afecta a la carga, resulta que ésta queda subsistente, el comprador adquiere la finca con ella y ha de soportarla, porque los efectos del principio de legitimación son provisionales en cuanto admite la prueba contraria, y ante la efectividad de ésta prevalece en definitiva la realidad jurídica extrarregistral. Sin embargo, como el comprador ha satisfecho el precio estipulado sobre la base de que la finca estaba libre de la carga, que después se ve obligado a soportar, tiene derecho a percibir la indemnización correspondiente del vendedor que, al vender, procedió como si no existiera aquel gravamen (55); en el supuesto de

(53) Aunque el Código no lo diga, suele entenderse que es también condición precisa que el gravamen no conste en el Registro de la Propiedad, porque, de otro modo, el comprador pudo conocer perfectamente el estado del inmueble, y si sufre perjuicio debe imputárselo a sí mismo (José CASTÁN: «Derecho civil». Tomo II; pág. 193. 1941).

(54) A más de tratarse de un derecho sobre la cosa, no contra la persona del vendedor, es preciso para que el sancamiento se produzca, que el comprador no haya podido o debido conocerlo, pues, en otro caso, se presumirá que lo aceptó, y se tendrá por válido y eficaz el contrato con todas sus consecuencias (Q. MUCIUS SCAEVOLA: Código civil. Tomo XXIII; página 599. 1906).

(55) No determina el Código el criterio para fijar la indemnización; pero desde luego, entendemos que una de sus bases será el importe del menor precio que a la venta se deba atribuir en vista de la existencia del

rescisión la carga también quedará subsistente, toda vez que en este caso, en el fondo se repondrán las cosas al estado que tenían antes de celebrarse la compraventa. Pero es preciso tener en cuenta, que aunque hasta el momento de inscribir la compraventa hubiese continuado siendo titular registral la persona que constituyó la carga a que nos venimos refiriendo, es evidente que con la inscripción a favor del comprador aparecerá un nuevo titular registral, y que el artículo 17 entrará en juego en su función excluyente, cerrando el paso al Registro al título rezagado; por tanto, si el verdadero titular de aquel gravamen pretende inscribirlo en contra de la voluntad del comprador se verá en la precisión de acudir al procedimiento judicial correspondiente.

Como resulta que en caso de entrar en juego la fe pública la carga queda extinguida y beneficiado con el valor de su importe el vendedor, que lo recibe englobado en el precio, parece que lógicamente debería entenderse subrogado al verdadero titular de aquélla en el lugar del comprador, a los efectos de reclamar al vendedor la indemnización a que se refiere el artículo 1.483, ya que en este caso el tercero hipotecario recibe la finca libre de la carga y nada tiene que reclamar, siquiera se llegue a este resultado aplicando las reglas del enriquecimiento injusto.

3. La posición del posible titular verdadero.—En caso de existir un titular extrarregistral, éste podrá formular las reclamaciones que correspondan contra los titulares inscritos, a efectos del principio de legitimación, con arreglo a las normas del Derecho civil, y además, normalmente podrá disponer de su derecho con arreglo al condicionamiento legal.

1.º A) Sin embargo, sus posibilidades de reivindicar la finca o mantener la subsistencia del derecho real de que se trate, quedarán definitivamente extinguidas en caso de surgir un tercer adquirente protegido por la fe pública registral, cuya adquisición absorba el derecho del verdadero titular, el cual, en este caso dejará de ostentar tal cualidad incluso en el terreno extrarregistral. No obstante, aun en este caso podrá impugnar la transmisión a favor del tercero, si es que no se ha cumplido alguno de los requisitos exigidos por el artículo 34; pero si, positivamente, se han cumplido

gravamen. Respecto a los daños y perjuicios se habrá de estar a lo que dispone el artículo 1.107 (J. M. MANRESA: Obra y tomo citados; pág. 205).

todos esos requisitos y, negativamente, no concurre ninguno de los supuestos que implican excepción a la actuación de la fe pública, y los cuales son prefijados por la Legislación hipotecaria con enumeración taxativa (es de aplicación el párrafo segundo del artículo 38), ni causa de resolución, nulidad, etc., consignada expresamente en el Registro con anterioridad a la inscripción a favor del tercero hipotecario, la transmisión a favor de éste es definitiva e irrevocable.

B) En estos casos el perjudicado podrá exigir, por acción personal, de quien, no siendo el tercero protegido hipotecariamente, se haya beneficiado económicamente o sea culpable del perjuicio, la correspondiente indemnización (56). Así lo establece la Ley expresamente en el artículo 37, párrafo final, y si bien este precepto se refiere solamente a acciones rescisorias y resolutorias, las reglas generales de Derecho civil enseñan que debe aplicarse idéntica norma a cualquier otro supuesto de nulidad, falsedad, etc., de los títulos inscritos (57). Pero la insolvencia de la persona obligada al pago de la indemnización y de las demás personas responsables que pudiera haber en su caso, traerá como consecuencia la imposibilidad de hacer efectiva aquella indemnización (58).

a) Sin embargo, estimamos que no siempre debería recaer el perjuicio sobre el verdadero titular no inscrito, puesto que mientras exista una persona solvente que se haya enriquecido injustamente en todo o parte de la contraprestación recibida por la enajenación realizada del derecho que no le pertenecía, o le pertenecía con menor extensión de aquella con que dispuso (59), debe

(56) R. M. ROCA SASTRE: Obra y tomo citados; pág. 399.

(57) ANGEL SANZ: Obra y tomo citados; pág. 409.

(58) Puede ocurrir que no exista persona verdaderamente responsable del perjuicio, y en este caso se desarrolla plenamente el sistema de indemnización. En el primer caso (por no haber inscrito sus títulos), el perjuicio recae directamente sobre el verdadero titular, que pierde su derecho sin posible repetición contra nadie... el fundamento... lo puso de relieve la Exposición de Motivos de 1861 y es indiscutible: la incuria del propietario que no cuidó de salvaguardar debidamente sus derechos mediante la inscripción en el Registro. Todo propietario sabe, o debe saber, que no inscribiendo sus títulos puede verse privado de sus derechos; si aun así no inscribe, él sólo debe sufrir el perjuicio que se le ocasione por su negligencia. Sería absurdo hablar en este caso de responsabilidad del Estado (SANZ: Obra y tomo citados; págs. 409 y 410).

(59) El derecho positivo se ve forzado, con frecuencia, por razones de seguridad, de sistema y de lógica jurídica o por otras muchas consideraciones, a autorizar, como consecuencia de ciertos hechos o negocios jurídicos, el enriquecimiento para un sujeto a expensas de otro, que, a pe-

responder ante el verdadero titular extrarregistral cuyo derecho se extingue por el juego de la fe pública, hasta donde alcance el importe con que se enriqueció injustamente a expensas de este último, aunque hiciera la enajenación de buena fe (60), excepto naturalmente, si el derecho del titular extrarregistral ya se había extinguido, por ejemplo, por prescripción.

b) De otra parte, el titular del derecho extinguido por el juego de la fe pública, podrá exigir la responsabilidad que corresponda, en su caso, al Notario o al Registrador, pero sólo en el supuesto de haber irregularidades en la formalización de los títulos o en la registración de los mismos que, siendo imputables a tales funcionarios, hayan sido la causa que haya privado de su derecho al verdadero titular. Entendemos que, respecto a este particular, los artículos 301 y 302 de la Ley sientan una buena doctrina que, lógicamente, se podría *generalizar* a todos aquellos supuestos en que la actuación sin mala fe del Notario o Registrador, diese lugar, de un lado, al enriquecimiento injusto de otra persona, y de otro, a la responsabilidad de cualquiera de estos funcionarios; en tales casos, y sin perjuicio de que se establezca una responsabilidad solidaria, por parte del Notario o Registrador y la persona que resulte injustamente enriquecida, frente al perjudicado, o sea en la relación de los deudores solidarios con el acreedor común, ello no es obstáculo para que en la relación de los deudores entre sí, deba responder en primer término la persona que se enriqueció sin causa (hasta donde alcance el importe de tal enriquecimiento y concediendo al deudor que pague un derecho de repetición por tal importe contra el enriquecido), porque a las resultas de la responsabilidad

sar de ser, en principio, ajustado al ordenamiento jurídico, pueda aparecer injustificado o sin causa. Para remediar, en tales casos, esa lesión a la equidad, el Derecho otorga al perjudicado una pretensión contra el enriquecido para que entregue aquello en que injustamente se enriqueció, y que se viene fundando en la máxima tradicional de que *nadie debe enriquecerse injustamente en perjuicio de otro* (J. CASTÁN: «Derecho civil». Tomo II; págs. 461 y 462. 1941).

(60) El tercer adquirente de buena fe, gracias a estos procedimientos de legitimación, adquiere una situación jurídica incontrovertible, una consolidación definitiva de su titularidad, quedando al margen de los medios de impugnación de la titularidad del transferente. Cuando esto ocurre, ante la firmeza del resultado jurídico, si la equidad ha sido lesionada, y el equilibrio entre los patrimonios roto por una atribución sin causa, *no queda más remedio* que una pretensión de enriquecimiento para *corregir los efectos lesivos* de la adquisición sin causa (RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: «El enriquecimiento sin causa en el Derecho español»; págs. 64 y 65. 1934).

civil, cuando es preciso reparar el daño causado, las más elementales reglas de equidad exigen que se empiece por remediarlo, aplicando en primer término el importe percibido por aquel que solamente se *lucró* injustamente a las resultas del daño (para esto no hubo daño, sino beneficio), antes de hacerlo soportar a aquellos funcionarios que involuntariamente lo causaron, y a los que normalmente, sólo perjuicios puede reportar; a mayor abundamiento, téngase en cuenta que, independientemente de la responsabilidad civil, aquella actuación en sí misma, ya está sancionada con otras correcciones disciplinarias, e incluso, con otras más graves (61). No entramos en el examen del caso de malicia del Registrador a que explícitamente se refieren los artículos 300 y 301 de la Ley, porque estamos en la creencia de que, por más que ello implique una lógica previsión de la Ley, prácticamente no pasará de ser letra muerta, puesto que aparte de no conocer un solo caso en que tal previsión haya sido confirmada por los hechos, sólo hemos podido ver realizada la hipótesis contraria, ya que en todos y cada uno de aquellos funcionarios que hemos hallado en nuestro camino, sólo hemos podido percibir un claro ejemplo de la lealtad, de la solvencia moral y de la rectitud, características del Cuerpo a que pertenecen.

2.º El verdadero titular extrarregistral puede disponer de su derecho con arreglo a los principios del Derecho civil (62). Mas, para que sus actos dispositivos tengan acceso al Registro, será necesaria la previa rectificación del mismo, por los medios que procedan según el caso de que se trate; incluso puede ser suficiente la simple inscripción del título del titular extrarregistral, si es que ésta es la única inscripción que falta para cumplir el tracto sucesivo (se trataría de un simple retraso en la presentación del título a registración), pero en otro caso, sería necesario realizar todos los asientos omitidos hasta tanto que llegase a figurar como titular

(61) Véase El Reglamento: artículos 573, en sus números segundo y quinto; 569, causas tercera y cuarta; 566, causa primera; el 583 y 584.

(62) Mientras subsiste la situación de inexactitud, el dueño no inscrito no tiene limitación alguna en el disfrute de su derecho: incluso puede disponer válidamente y transmitir sus derechos, con la única limitación de que no puede hipotecar. Pero está amenazado con la pérdida del mismo por el acto dispositivo que el titular realice; en este aspecto puede afirmarse que su derecho está afecto a una suerte de condición resolutoria: la disposición por el verdadero titular (entendemos que con esta frase se alude al titular registral). Si éste transmite a un tercero, el derecho de aquél se resuelve plenamente (SANZ: Obra y tomo citados; pág. 407).

registral el propio titular que dispuso sin estar inscrito su derecho, salvo si fuese procedente aplicar los medios legales de reanudación del tracto sucesivo interrumpido (63); no obstante, si en el Registro apareciese algún asiento que impidiese realizar la inscripción del acto dispositivo del titular no inscrito o la previa inscripción a favor de éste, en general sería necesaria una resolución judicial que, declarando la inexactitud del Registro, ordenase la inscripción del acto dispositivo del titular no inscrito y demás inscripciones y cancelaciones que fuesen procedentes según los casos (64). Pero... y es un pero importantísimo, el Registro no se puede rectificar en perjuicio del tercer adquirente protegido por la fe pública registral, puesto que con la inscripción a su favor, el Registro hubo de devenir para él, exacto e íntegro, si es que efectivamente antes no lo era (65)..

En todo cuanto dejamos expuesto puede verse una proyección en el tiempo y un desarrollo específico, en un aspecto concreto, de aquellos clásicos principios que, en tiempos pretéritos, formuló Ulpiano: «... no dañar a nadie y dar a cada uno su derecho». De todo ello se deduce una consecuencia práctica indudable; las molestias y gastos que al titular le supone la inscripción, son siempre insignificantes, si se comparan con los quebrantos económicos que en definitiva puede sufrir el titular de un derecho registrable que, olvidando las ventajas que la protección del Registro le ofrece, las desdenna, porque si por imprevisión o desidia no presenta sus títulos a registración, deja en manos del acaso lo que el futuro, a su derecho, acaso le pueda deparar.

JUAN TRIAY SANCHO
Doctor en Derecho

(Continuará.)

(63) El titular de un derecho real impuesto sobre finca ajena no inscrita, pueden solicitar la inscripción de su derecho con arreglo a las normas del artículo 312 del Reglamento.

(64) Hemos hecho una alusión a esta hipótesis, al referirnos a la adquisición del tercer adquirente (en el apartado 2, número 3.º, con referencia al artículo 17 de la Ley). En este supuesto no habrá dificultad para que los Juzgados y Tribunales admitan los documentos no inscritos, por aplicación de los artículos 314 y 315 de la Ley.

(65) La resolución del dominio (del titular no inscrito), en su caso, se opera automáticamente en el momento mismo en que se practica la inscripción a favor de un tercero y tiene lugar retroactivamente, dejando sin efecto todos los actos dispositivos que, a su vez, haya realizado el titular no inscrito (ANGEL SANZ: Obra y tomo citados; pág. 407).

Algunas generalidades sobre la fianza en los contratos de Arrendamientos Urbanos

SUMARIO

- I. La fianza en metálico en la Ley de Arrendamientos Urbanos.—II. El contrato de fianza y la prórroga indefinida del arrendamiento.—III. El contrato de fianza y el pago de costas causadas en proceso resolutorio urbano.—IV. La responsabilidad del fiador con relación a las rentas debidas y no satisfechas por el inquilino o arrendatario.—V. La fianza y el pago de las rentas adeudadas por el arrendador durante el transcurso del plazo de desalojo o de sus prórrogas.—VI. Conclusiones.

I

La Ley de Arrendamientos Urbanos, con franco sentido innovador, preceptúa la fianza en metálico, garantía real de las obligaciones contraídas por el inquilino o arrendatario. Como es sabido, el artículo 135 disciplina la materia, extensiva a sus elementos personales y reales, constitución, efectos y extensión.

Antes de examinar aquellos extremos procede hacer un somero análisis de su naturaleza jurídica. ¿Es propiamente una fianza la fianza en metálico? LACASA («El arrendamiento urbano», II, 200) entiende, con razón, a nuestro juicio, que la llamada fianza en metálico no es propiamente una fianza, ya que no existe fiador, y estima que se trata de una forma de prenda, una prenda irregular si se quiere, pero no de una fianza propiamente dicha. DE BUEN («Derecho civil. Judicatura», I, 299) opina que la fianza en metálico no es fianza en sentido técnico. COLIN Y CAPITAN («Adiciones», V, 61,

62), luego de estudiar sus elementos hace observar su profunda semejanza con la prenda, aunque difiere de ella —dice— en que la persona a quien se entrega el dinero se convierte en propietario. DE BUEN entiende se trata de prenda constituida sobre un valor. REYES Y GALLARDO («Ante la novísima Ley de Arrendamientos Urbanos»), al comentar el precepto específico, dicen «de lo contrario estaríamos en el supuesto de una fianza respondiendo por los actos de quien la constituyó», y esto es precisamente lo que ocurre con la fianza en metálico del artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sobre todo si la constituye el propio inquilino o arrendatario.

Lo mismo sucede cuando el constituyente es un *tercero*, pues lo hace en nombre del arrendatario y en todo caso falta la nota inexcusable del cumplimiento por otro, o sea pagar o cumplir por el deudor, elemento típico del contrato de fianza, según es sabido.

Dada la brevedad de estas líneas colígese de lo expuesto, que la fianza en metálico, regulada en el citado artículo 135, es una institución especial asimilada a la prenda, o, si se quiere, una garantía pignoratícia sobre metálico, cuyo importe resulta unas veces invertido en el efecto especial timbrado, creado por la Ley, y otras, por extraña anomalía, es recibido por el subarrendador. La prenda en metálico, obligación «ex legis» del arrendatario o subarrendatario constituyente, obliga al arrendador a su devolución, una vez terminado el contrato, y saldadas las obligaciones contraídas por aquéllos.

El arrendador puede solicitar su adjudicación, si fuere procedente. ¿Cuál es la situación del arrendador o subarrendador respecto de la garantía pactada? La Ley de Arrendamientos Urbanos no se cuida de señalarla. A nuestro entender, durante la vigencia contractual o legal del arrendamiento, el arrendador o subarrendador tendrán, respectivamente, el carácter de depositario o de prestatario del efecto timbrado, o del metálico recibido, sometidos, por tanto, a las prescripciones del depósito necesario (art. 1.781) o del préstamo simple, que impone al subarrendador la obligación de devolver el numerario recibido en el tiempo y forma legalmente establecido, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1.768, en relación con los 1.724 y 1.770 del Código civil. De lo contrario, faltaría la necesaria garantía de devolución, en su día, al constituyente.

1) ELEMENTOS PERSONALES. La fianza en metálico se constituye

normalmente por el inquilino o arrendatario y por el subarrendatario. Del lado activo figuran el arrendador o subarrendador. GARCÍA ROYO («Tratado», II, págs. 499 y ss.) admite la posibilidad de que un tercero preste la garantía en sustitución del obligado principal. En realidad, al arrendador o subarrendador le es indifeente sea el titular arrendatario o un tercero quien haga entrega de la cantidad necesaria para constituirla. Sin embargo, si el constituyente es un tercero habrá de hacerlo a nombre del obligado, y una vez constituida no le afectarán los actos del arrendatario.

2) ELEMENTOS REALES. El elemento real de esta singular garantía pignoraticia es el metálico en que consiste, recibido por el arrendador o subarrendador. La fianza en metálico se *extiende* exclusivamente a los contratos comprendidos en esta Ley (art. 135). Por tanto, dice GARCÍA ROYO (ob. cit. 500), resultan excluidos de su ámbito de aplicación, los arrendamientos de temporada, de industria o negocio, espectáculos públicos, etc., etc. En estas excepciones rige el principio de autonomía contractual del artículo 1.255 del Código civil. ¿Qué ocurre en los supuestos de transmisión de la titularidad arrendaticia? ¿Será necesario constituir nueva fianza por el subrogatario o cesionario? Así lo estima el mismo comentarista, cuya autorizada opinión no compartimos.

En las cesiones válidas consentidas del artículo 37, en la subrogación inter-vivos de parientes del 34, y en los traspasos del 55, aunque desaparece la personalidad del cedente, se origina un fenómeno de subrogación o sucesión singular, a la que creemos aplicable el artículo 1.528 del Código civil, de suerte que con la titularidad arrendaticia transmitida por el cedente, se adquieren, además, salvo disposición en contrario, todos los derechos accesorios, como prenda, fianza, hipoteca o privilegio. Esto no excluye la estipulación de nueva fianza, o si la misma se constituyó por un tercero en nombre del arrendatario.

La *cuantía* de la fianza en metálico aparece fijada legalmente en atención al destino de la cosa arrendada, vivienda o local de negocio, consistente en el importe de una mensualidad de renta para los contratos de las primeras y dos en los segundos. En los subarrendos parciales sobre vivienda, la Ley de Arrendamientos Urbanos gradúa la cuantía de la fianza en atención a la renta devengada por el arrendamiento. Con este criterio ilógico es evidente que el subarrendatario de vivienda insignificante, de renta relativamente pe-

queña, puede venir obligado a prestar una garantía metálica desmesurada, que puede consistir en la mitad de la renta del arrendamiento, con lo que no se facilita el acceso a la vivienda, y se fomentan los manejos fraudulentos de los arrendadores.

Por el contrario, el importe de dos mensualidades de renta puede resultar ilusorio en los locales de negocio, necesitados de una mayor seguridad y garantía. En los subarriendos parciales de locales de negocio rige la norma ya expuesta para esta clase de arrendamientos.

3) CONSTITUCIÓN. La fianza se constituye por el arrendatario o subarrendatario, o por un tercero en su nombre. Su constitución, ¿es requisito previo o concurrente a la perfección o a la consumación del contrato? La cuestión puede ofrecer trascendencia práctica para el arrendador. El artículo 4.º del Decreto de 26 de octubre de 1939 preceptúa que «la adquisición del papel de fianzas deberá verificarse en el mismo día de la celebración del contrato». En este precepto, de indudable vigencia, se impone al arrendador la obligación de invertir el metálico en que la fianza consiste en el efecto timbrado especial, lo que supone que el arrendatario le ha entregado su importe. Parece natural entender celebración por perfección, expresión preferible dado el carácter consensual del arrendamiento.

La prestación de la fianza por el arrendatario ha de ser previa o coetánea a la perfección del contrato. Si así no fuera no resultaría obligado el arrendador aunque le hubiese suscrito. ¿Qué ocurre si el arrendatario entra en posesión de la cosa locada y luego demora la prestación de la fianza? Claro está que el arrendador podrá exigirla judicialmente con la indemnización de daños y perjuicios correspondientes, pero es indudable que en tal caso no podría ejercitar la facultad resolutoria implícita en las recíprocas del artículo 1.124, por la sencilla razón de que el contrato no se había perfeccionado, y habría de acudir al procedimiento expeditivo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

De aquí resulta la necesidad ineludible para el arrendador de exigir su importe en el momento mismo, por lo menos, de suscribir el contrato. ¿Puede el arrendador dispensar al arrendatario o subarrendatario de la obligación «ex legis» de constituir fianza en los términos del artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Urbanos? Obsérvese que la fianza es una obligación legal impuesta al inquilino o arrendatario, que se corresponde con el derecho a exigirla por parte del arrendador. ¿Es renunciable este derecho?

A nuestro modesto juicio, el propio artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos suministra base suficiente para estimar la renuncia, aunque pudieran objetarse los términos imperativos del artículo 135. Entendemos, no obstante, que el derecho del arrendador es perfectamente renunciable, debiendo hacerse constar así expresamente. Por el contrario, es indudable la prohibición implícitamente contenida en el texto legal de sustituir la fianza en metálico por la personal, sin perjuicio, claro está, de su posible coexistencia.

4) EFECTOS. El contenido jurídico de la fianza en metálico se define legalmente como obligación impuesta al arrendatario o subarrendatario, cuyo importe habrá de ser invertido, «cuando de arrendamientos se tratare», en el papel de fianza correspondiente, a tenor de lo dispuesto en el Decreto de 26 de octubre de 1939 y disposiciones posteriores complementarias.

LACASA (ob. cit. 200) entiende que con arreglo a lo prevenido en el apartado 4.º del artículo 18 de la Ley de 19 de abril de 1939, y Decreto de 26 de octubre del mismo año, la obligatoriedad de su inversión en el efecto timbrado especial, sólo es aplicable en las *poblaciones* de más de 25.000 habitantes, criterio al parecer robustecido en la Orden aclaratoria de 14 de marzo de 1940. En contra, hace observar GARCÍA ROYO los términos imperativos de la norma del artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, por tanto, la inversión aparece preceptiva en *todo caso*, cuando de arrendamientos se tratare, con lo que, inexplicablemente, resultan excluidos los subarriendos. El efecto fundamental de la fianza en metálico es quedar, en todo caso, en garantía del cumplimiento de las obligaciones propias del arrendatario o subarrendatario.

De aquí se deduce que la prenda en metálico responde de los daños y perjuicios causados en la cosa locada o sublocada, imputables al arrendatario o subarrendatario a título de culpa contractual del artículo 1.104 del Código civil, o por las personas por quienes se debe responder por «culpa aquiliana» del artículo 1.903. En ambos casos, el importe de la fianza responde de las consecuencias del ejercicio por el arrendador de la acción personal por daños y perjuicios del artículo 1.101 del Código civil.

Terminamos este apartado con una breve alusión a la EXTINCIÓN DE LA FIANZA: Tiene lugar mediante la devolución, en su caso, al arrendatario o subarrendatario, los cuales tienen derecho a exigirla a la terminación del contrato, siempre que hubiesen dado cumpli-

miento a sus obligaciones. GARCÍA ROYO caracteriza bien el deber de devolución y precisa sus términos concurrentes: terminación del contrato y carencia de responsabilidad en el arrendatario. La devolución de la fianza aparece regulada en los artículos 9 y 10 del Decreto de 26 de octubre de 1939.

Corresponde al propietario o a su apoderado gestionar su devolución en los términos expresados en el artículo 8.º del aludido Decreto. En el supuesto excepcional de *alteración* o mutación de renta contractual es posible la devolución parcial de la fianza antes de la terminación del contrato. Así ocurre en el caso de *renta legal*, declarada judicialmente en virtud del ejercicio por el inquilino o arrendatario de la acción novatoria del artículo 133, en cuya hipótesis se origina una *mutación o reducción* de la fianza y, por tanto, el arrendador habrá de devolver la diferencia de la ya constituida, reducida su cuantía, en armonía con la renta legal, judicialmente fijada al contrato.

Obsérvese, en consecuencia, la *posibilidad legal* de reducción de la fianza, con devolución parcial al arrendatario, antes de la terminación del contrato. Prácticamente, en la generalidad de las resoluciones definitivas, no suele hacerse pronunciamiento alguno sobre tan fundamental extremo. La devolución de la fianza al arrendatario por terminación del contrato, extingue las relaciones jurídicas creadas entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, y con ello las obligaciones contraídas por los locatarios. De donde se deduce la enorme *trascendencia* que la *devolución* representa para el *arrendador*, en cuanto puede significar extinción de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento.

II

El contrato de fianza del Código civil proyectado sobre el arrendamiento urbano (vivienda o local de negocio) suscita interesantes cuestiones doctrinales y prácticas en orden a la responsabilidad contraída por el fiador. Dadas nuestras limitadísimas posibilidades, sólo hemos de insinuar las más salientes.

Es evidente la *utilidad* que la garantía personal desempeña en los contratos de arrendamientos urbanos, mediante la constitución de un contrato de fianza del derecho común, por el que el fiador toma

sobre si la obligación de cumplir o pagar en el caso de no haberlo el deudor (arrendatario o subarrendatario).

El contrato de fianza y la obligación de cumplir por otro, en su caso, contraída por el fiador plantea en primer término el problema del ámbito temporal de la responsabilidad del fiador con el beneficio legal de la prórroga indefinida, establecida en favor del inquilino o arrendatario en el artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Excluido el supuesto de pacto expreso, reflejado en el contrato o en documento separado, en cuyo caso al mismo habría de estarse, es de tener presente, además, de un lado la intensidad del vínculo (solidaridad) y de otro su extensión (limitada o indefinida).

Es frecuente observar en los ejemplares impresos de contratos de arrendamientos urbanos (vivienda o local de negocio) la intervención de tercera persona, expresando hacerlo a título de fiador, *sin más*, fiador solidario, o mancomunada y solidariamente, según la usanza clásica, todo ello en términos difusos y nada técnicos, seguido del inevitable pliego de condiciones de numerosas cláusulas adicionales. De esta suerte, resulta planteado ante los Tribunales un problema del ámbito temporal de la responsabilidad del fiador en materia arrendaticia urbana.

Nada se suele indicar sobre la extensión y duración de la garantía. De aquí resulta que demandado el fiador para el pago de las rentas insatisfechas por el arrendatario y alegada por aquél la extinción de la fianza por terminación del plazo contractual, se pregunta: ¿LA PRÓRROGA FORZOSA del contrato de arrendamiento implica la DE LA FIANZA CONSTITUIDA sobre el mismo? ¿Obliga al fiador la prórroga indefinida, si nada figura estipulado en el contrato sobre este particular? La temporalidad es simplemente elemento constitutivo del arrendamiento. Si el contrato se constituyó por determinado plazo de duración, por ejemplo un año, éste será, salvo pacto en contrario, el de duración de la fianza. Hasta aquí no hay problemas. Pero, ¿qué sucederá si el fiador es solidario o se hubiese obligado solidariamente con el inquilino o arrendatario? En principio aparece claro que el plazo de duración de la responsabilidad del fiador no puede quedar subordinado al uso por el subarrendatario del derecho de prórroga indefinida del artículo 70.

La prórroga es beneficio legal concedido al arrendatario; de ejercicio potestativo, es ajeno a la voluntad del arrendador y del fiador y no se olvide que el contrato de fianza se perfecciona entre arrenda-

dor y fiador SIN LA INTERVENCIÓN LEGAL DEL ARRENDATARIO. Por tanto, aun tratándose de fianza solidaria o de fiador codeudor (párrafo 2.º, art. 1.822, Código civil), entendemos, modestamente, que su vigencia temporal no podrá rebasar del contrato de arrendamiento, salvo pacto en contrario, de forma expresa. Así, pues, nuestra premisa es: El uso de la prórroga por el arrendatario no influye en la obligación del fiador, salvo la concurrencia de una de estas tres circunstancias: a) El pacto expreso en contrario. b) La renovación, también expresa, de la garantía, una vez expirado el plazo contractual. c) Si el fiador se hubiere obligado condicionalmente con el arrendador para dicho evento (el uso de la prórroga). El silencio del fiador no implica consentimiento presunto. El DEBER LEGAL DE HABLAR incumbe al arrendador. Lo contrario supondría dar a la responsabilidad una interpretación extensiva en pugna con la naturaleza del instituto y el fiador vendría obligado A MÁS o en condiciones más onerosas que el deudor principal, en contradicción con el principio fundamental del párrafo primero, artículo 1.826 del Código civil.

Piénsese cuál sería la situación del fiador solidario o codeudor del párrafo segundo, artículo 1.822 del Código civil, en el supuesto de subrogación inter-vivos de parientes del artículo 34, en el que, como es sabido, la TITULARIDAD PASA, por subrogación, al pariente idóneo del arrendatario, y lo mismo el caso de fallecimiento del inquilino o arrendatario. En ambas hipótesis será de aplicación el artículo 1.487 del Código civil, a cuyo tenor la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones.

De consiguiente, la subrogación inter-vivos y la muerte del titular arrendaticio extinguen la responsabilidad del fiador. No se opone a ello el beneficio legal de continuación, la sucesión particular mortis causa de tipo forzoso de los artículos 71 y 72 SALVO PACTO EXPRESO EN CONTRARIO.

La tesis contraria representa, a nuestro modesto entender, la transformación de la fianza en vinculación obligatoria y el fiador vendría obligado a perpetuidad y, lo que es más grave, habría de responder por personas extrañas, respecto de las que no había tenido intención de obligarse. Obsérvese que en el Derecho vigente arrendaticio urbano los contratantes, salvo el plazo contractual, no pueden fijar prórrogas convencionales, ni renunciar anticipadamente

a la prórroga legal ; NO EXISTE TÁCITA RECONDUCCIÓN, salvo supuestos especialísimos (CERRILLO QUÍLEZ : «Cuestiones varias», páginas 124 y ss.).

La doctrina jurisprudencial anterior sobre prórroga de la fianza por prórroga del arrendamiento, pensamos modestamente no es aplicable en la actualidad. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1915 (inserta en todas las ediciones de MEDINA y MARAÑÓN), según la cual «pactado en un arrendamiento, que si antes de terminar el plazo establecido en el contrato, no expresa alguna de las partes su voluntad de darlo por terminado, se entendía prorrogado por otro igual, el fiador de dicho contrato QUE LO ERA EN TODA SU EXTENSIÓN, continuó siéndolo durante la prórroga. En el Derecho vigente, el arrendador no puede exigir la prórroga, aunque se hubiere pactado anticipadamente, y el fiador LO SEA EN TODA SU EXTENSIÓN. Con razón advierte LACASA (ob. cit., página 147) que al terminar el plazo fijado por la voluntad de las partes, el contrato de arrendamiento, en el orden de los principios, termina», y en aquel momento, agrega, por ministerio de la Ley se crea una situación forzosa de continuación del uso de la cosa arrendada, AUN CONTRA LA VOLUNTAD DEL ARRENDADOR. La prórroga convencional, en nuestro juicio, REPUGNA LA PRÓRROGA LEGAL, y puede significar renuncia parcial del beneficio, afectada por el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El mismo Código civil suministra un argumento analógico en favor de la tesis por nosotros propugnada, al decir en el artículo 1851 que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza», luego en los supuestos normales no hay razón poderosa para que subsista la del fiador, cuando la Ley, sustituyendo o eliminando, motivadamente, la voluntad del arrendador, concede al arrendatario el beneficio de la prórroga indefinida sin el consentimiento del fiador.

En conclusión, opinamos que la PRÓRROGA del ARRENDAMIENTO NO LLEVA CONSIGO LA DE LA FIANZA constituida sobre el mismo, salvo las excepciones apuntadas.

III

Otro aspecto interesante es el PAGO DE COSTAS impuestas al inquilino o arrendatario en proceso resolutorio (falta de pago o por

causa distinta). ¿Responderá de ellas el fiador? El párrafo 2.º del artículo 1.827 del Código civil preceptúa que si la fianza fuese simple o indefinida, comprenderá, no sólo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago, o sea que los gastos del juicio, como dice el Código, anteriores a la fecha del requerimiento, son de cuenta del acreedor.

El precepto, salta a la vista, aparece PENSADO para el caso de un CRÉDITO PECUNARIO, constituido en favor del acreedor, y en contra del deudor garantizado por un tercero, para cuya efectividad judicial se originan costas o gastos. En los demás supuestos, como, por ejemplo, si se ejercita la acción resolutoria del contrato contra el arrendatario, ¿es responsable el fiador de las costas causadas, supuesta la inobservancia del arrendatario, cuando la fianza se hubiese constituido en forma simple o indefinida? MANRESA («Comentarios», V. XII, págs. 243 y ss.), al comentar el aludido inciso dice: «la declaración con que termina el párrafo limitando los gastos judiciales de que deba responder el fiador es no sólo de buen sentido jurídico, sino también de una justicia indiscutible, pues *no siendo un deudor solidario*, en tanto que no se obligue en dicho concepto, no puede hacérsele responsable de los gastos que caprichosamente hubiere ocasionado el deudor», y agrega: «toda vez que esos gastos son originados por culpa del fiador que teniendo obligación de pagar en defecto del principal deudor, no lo realiza a pesar de CONSTARLE ya la falta de cumplimiento por parte de éste».

De aquí se deduce, en primer término, que el precepto es aplicable al fiador-solidario y al fiador-codudor del párrafo segundo del artículo 1.822 del Código civil. Estos vendrán irremisiblemente obligados a satisfacer las costas causadas en procedimiento de desalojo seguido contra el inquilino, o arrendatario y el arrendador, entendemos, modestísimamente, podrá exigir su importe en el juicio ordinario correspondiente.

Ahora bien; si el fiador no es solidario, ni se hubiese obligado solidariamente con el deudor (arrendatario), la cuestión varía. Si la fianza es *simple* o *indefinida*, es inexcusable, según hemos visto, el previo requerimiento de pago, aludido en el artículo 1.827 del Código civil, pero como éste no puede tener lugar en los autos,

dada la naturaleza del proceso resolutorio, es obvio que el fiador no podrá ser condenado a satisfacer aquellos gastos.

El fiador NO PUEDE SER DEMANDADO en procedimiento por falta de pago, no ya sólo por el carácter posesorio de la acción ejercitada, excluyente de legitimación pasiva en el fiador (art. 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil), sino además, porque en el juicio resolutorio NO SE MANDA PAGAR, SINO LANZAR, recuperar la posesión cedida al arrendatario, mediante la resolución del contrato. MANRESA (obra citada, pág. 244) dice «será preciso e indispensable el requerimiento de pago dentro de los autos y en la forma establecida en la Ley Procesal, según se declara en la Sentencia citada (alude a la de 29 de mayo de 1897). ¿Será aplicable el artículo 1.834 del Código civil, según el cual «el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal»? En nuestro modesto entender, el precepto es inoperante, pues ya hemos dicho que el fiador no puede ser parte en el juicio, ni ser citado, ni contra ambos es posible dictar sentencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1916, declaró que el fiador responde no sólo de la obligación principal, sino de sus consecuencias legales, una de ellas el abono de intereses por razón de mora. En el supuesto aludido, concurre el incumplimiento del deudor (arrendatario) y, no obstante, el fiador, obligado a tal fin, no responde de las costas causadas, consecuencia del incumplimiento, por la inconcusa razón de no ser posible llevar a cabo el requerimiento judicial exigido en el párrafo segundo del artículo 1.827 del Código civil.

La cuestión se agrava cuando se trata de proceso resolutorio por causa distinta de la falta de pago, como, por ejemplo, si se ejercita la acción negatoria de la prórroga por necesidad o la extintiva del contrato por fallecimiento del titular arrendatario. Obsérvese la absoluta inaplicación del artículo 1.827 del Código civil. En estos casos, el ARRENDADOR DEMANDANTE NO PRETENDE COBRAR NADA, sino simplemente resolver el contrato. No obstante, el fiador solidario y el fiador codeudor del párrafo 2.º del artículo 1.822 del Código civil, responderán de las costas causadas, a título de codeudores del arrendatario. La solución es extremadamente rigorista y desconectada con la equidad. Y dicho se está que tratándose de vivienda, como las costas se imponen siempre al vencido en procedimiento de cognición, e incluso al allanado (art. 60, Decreto 21 noviembre 1952), resulta evidente que, aun allanándose el arrendatario demandado, habrá de sopor-

tar las costas, y en su consecuencia el fiador solidario y el fiador codeudor.

Las consecuencias legales son inexorablemente paradójicas, en contacto con la norma del artículo 1.827 del Código civil, o sea que el arrendatario demandado y lo mismo el fiador solidario y el fiador codeudor, en las aludidas hipótesis, acción negatoria, extinción contractual, aun estando el primero al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, pueden ser condenados a pagar (el fiador, en el juicio correspondiente) unas costas que pueden ser cuantiosas, originadas en procedimiento totalmente extraño al cumplimiento de la obligación principal (pago de la renta), garantizada por el fiador, y lo que es más grave, el fiador obligado según los términos del párrafo 2.º del artículo 1.827 del Código civil, no responde, como debiera serlo, del pago de las costas causadas en el proceso resolutorio por falta de pago, pues no puede ser requerido, y a la inversa y por extraño sentido legal, el fiador ajeno a dicho precepto, por ser solidario o codeudor, vendrá obligado a satisfacerlas respecto de las causadas en proceso resolutorio por causa distinta de la falta de pago, en virtud de la SOLIDARIDAD DEL VÍNCULO.

IV

Con relación a las rentas vencidas y no satisfechas por el inquilino o arrendatario, es indudable el derecho del arrendador (acreedor) para reclamarlas conjuntamente del arrendatario y del fiador o de este último, sin previo requerimiento al primero. En todo caso, habrá de distinguirse entre RENTAS VENCIDAS con anterioridad a la interposición de la demanda y sobre las que la misma se sustenta o DURANTE EL PROCEDIMIENTO, y rentas devengadas durante el transcurso del plazo de desalojo, o de la prórroga en su caso. Las primeras (anteriores a la demanda o durante el procedimiento) son exigibles por el arrendador en el juicio ordinario correspondiente, demandando al efecto al arrendatario y al fiador conjuntamente y acreditando en su caso la inexistencia de bienes libres del arrendatario (exención) o indistintamente al arrendatario o al fiador solidario o codeudor, los cuales vendrán obligados a satisfacer íntegra la prestación en que consista la obligación (art. 1.137 y párr. 2.º del artículo 1.822 del Código civil)

En estos casos desaparece, como vemos, la nota de subsidiaridad justificativa del beneficio de excusión. Si el FIADOR aparece obligado MANCOMUNADAMENTE, sólo responderá de su parte. El fiador solidario y el fiador codeudor del arrendatario, tienen la facultad, en su caso, de repercutir sobre el deudor en los términos legales. La Sentencia de 29 de diciembre de 1898, cuya doctrina aparece reiterada en las de 10 de enero de 1903 y 21 de abril de 1931, entre otras, declara que «no obstante la obligación solidaria del fiador con el deudor principal, no pierde por ello el contrato de fianza su propia naturaleza», de indudable trascendencia en la solidaridad pasiva, pues el fiador solidario que ha cumplido por el deudor, ostenta contra los demás codeudores solidarios, no sólo el derecho estricto atribuido en el párrafo 2.º del artículo 1.145 del Código civil, sino el más amplio, nacido del pago o cumplimiento, o, como dice el Tribunal Supremo, «conserva todos los derechos y acciones derivados del contrato de fianza» (Sentencia de 21 de abril de 1931).

V

Problema distinto es el de las rentas devengadas en favor del arrendador una vez resuelto el contrato de arrendamiento (por falta de pago o por causa distinta), durante el transcurso del plazo legal de desalojo o de las prórrogas, en su caso. Obsérvese que resuelto el contrato de arrendamiento, por decisión judicial firme, normalmente se extingue la fianza, pues extinguida la principal, se extingue la obligación accesoria. El plazo de desalojo, reiteramos, es beneficio legal, derecho potestativo, análogo a la prórroga indefinida, atribuido por la Ley al inquilino o arrendatario, y del que puede o no hacer uso libremente.

Es indudable la obligación LEGAL del inquilino o arrendatario de satisfacer al arrendador la renta convenida durante el plazo de desalojo, o de la prórroga, en su caso. Mas de su pago no habrá de responder el fiador, el cual asegura o GARANTIZA OBLIGACIONES derivadas del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (vivienda o local de negocio) y la de pagar la renta durante dicho plazo, no es una OBLIGACIÓN NACIDA del CONTRATO, ya fenecido y resuelto, susceptible de rehabilitación en ciertas circunstancias, sino «ex leges» impuesta

por ministerio de la Ley, causa jurídica de la ocupación de la cosa locada por el arrendatario, vencido en proceso de desalojo.

Por otra parte, recuérdese que el contrato de fianza se perfecciona entre arrendador y fiador, aunque, como dice PUIG PEÑA, «su eficacia jurídica se proyecte sobre otras personas, singularmente sobre el deudor principal». Ni aun tratándose de fiador solidario o codeudor solidario del arrendatario, es posible afirmar su obligación de abonarlas por el deudor.

Nos fundamos, modestamente, para ello, en la propia naturaleza del plazo legal de desalojo, cuyo uso por el inquilino o arrendatario es totalmente ajeno a la obligación contraída por el fiador o codeudor solidarios, quienes, ciertamente, venían obligados durante la vida del contrato, o de sus prórrogas en ciertos supuestos, pero jamás una vez fenecido o resuelto. Adoptamos aquí posición idéntica a la mantenida en la prórroga indefinida, salvo pacto expreso en contrario. La misma solución habrá de prevalecer en los casos de prórroga del plazo mínimo legal o plazo judicial. Ya decía la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1900, que «el contrato de fianza ha de interpretarse, cuando se ofrezca duda sobre su extensión, por la menor transmisión de derechos, conforme a lo prevenido en el artículo 1.298 del Código civil, relacionado con el 441 del Código de Comercio», o lo que es igual, que el contrato de fianza es de interpretación estricta, pues si el que se obliga se obliga a lo menos posible, con mayor razón si la obligación la contrae un tercero por la deuda de otro.

VI

Terminamos estas pequeñas cuestiones, haciendo resaltar, una vez más, la dual garantía o afianzamiento de que son susceptibles los contratos de arrendamientos urbanos (vivienda o local de negocio) cuyas obligaciones a cargo del inquilino o arrendatario pueden ser *asumidas por un tercero*. Hemos visto que al lado de la fianza en metálico, garantía real, prenda sobre valor, afecta al cumplimiento de las obligaciones propias del arrendatario o subarrendatario (art. 135 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), puede establecerse o constituirse en el mismo contrato, o en documento separado, la garantía personal, definida o ilimitada, mancomunada o solidaria,

de un tercero ligado con el arrendador por un contrato de fianza del Derecho común.

La primera tiene carácter preceptivo, constituye obligación «ex leges», específicamente impuesta al inquilino o arrendatario, y es elemento previo o concurrente a la perfección del contrato. La segunda, fianza propiamente dicha, GARANTÍA PERSONAL, es simplemente potestativa y no afecta a la perfección del arrendamiento. La *extensión* de la responsabilidad, viene determinada por el carácter de la fianza, limitada o no, según los casos. Su INTENSIDAD, por la SOLIDARIDAD del vínculo, cuando el fiador es de esta naturaleza, o se hubiese obligado solidariamente con el arrendatario. El ámbito temporal de la garantía resulta influido por el pacto expreso o el carácter condicional de la obligación contraída por el fiador. En defecto de ESTIPULACIÓN EXPRESA, la responsabilidad del deudor en los arrendamientos urbanos DURARÁ TODO EL TIEMPO DEL CONTRATO, a menos que medie renovación expresa y salvo las excepciones apuntadas.

En la actualidad, el contrato de fianza aplicado a los arrendamientos urbanos no es muy frecuente. No obstante, aun vemos subsisten en ellos la garantía personal, aplicada a la relación arrendaticia urbana, singularmente en los contratos sobre viviendas con rentas elevadas y en los de locales de negocio de alguna importancia.

JUAN DE TORRES AGUILAR
Juez Municipal de Sevilla

NOTA BIBLIOGRAFICA

- CASTÁN: «Derecho civil español común y foral». Notarías. V. 2.^o
DE BUEN: «Derecho civil común». Judicatura. I. 297, nota.
COLIN Y CAPITAN: V. págs. 61 y 97. RUGGIERO: «Instituciones», páginas 606 y ss. MANRESA: «Comentarios al Código civil español». XII, páginas 243 y ss. F. PUIG PEÑA: «Tratado de Derecho civil español». IV, páginas 479 y ss. R. R.-A. GALLARDO: «Ante la novísima Ley de Arrendamientos Urbanos». B. I., 1947. GARCÍA ROYO: «Tratado de Arrendamientos Urbanos». II. 1.^a, 499 y ss. LACASA COARASA: «El arrendamiento urbano». 1.^o, 199-201. ARAGONESES-CERRILLO: «Cuestiones», páginas 124 y ss.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—SU NATURALEZA Y CARÁCTER.
IMPOSIBILIDAD DE EXTENDERLA SOBRE UNA FINCA COMPUESTA DE
VARIAS PARCELAS, DESCRITA EN EL MANDAMIENTO, CON INDICACIÓN
DE SUPERFICIE APROXIMADA ACTUAL, PERO SIN DETERMINAR CON
CLARIDAD LAS SEGREGACIONES QUE DE LA MISMA SE HABÍAN PRAC-
TICADO.

Resolución de 13 de junio de 1952.—(B. O. de 4 de septiembre.)

En juicio declarativo de mayor cuantía, seguido a instancia de don Joaquín del Soto Hidalgo Plaza contra «Nuevo Madrid, S. A.» sobre reclamación de cantidad, se decretó embargo de bienes de la entidad deudora, y se expidió por el Juez comarcal en funciones de Primera Instancia de Alcalá de Henares, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la misma ciudad para que practique la anotación preventiva correspondiente, y en el cual se relaciona, entre otras, la siguiente finca: «3.^a, el resto que queda después de varias segregaciones y expropiaciones, de una hacienda situada en los términos municipales de Alameda, Barajas de Madrid y Canillejas, denominada «La Concepción», destinada a olivar, labor de secano y huerta, y se añadió: «Resto de superficie aproximada de 188 hectáreas, 20 áreas, una centiárea y 40 decímetros cuadrados, de los cuales corresponden al término de la Alameda 84 hectáreas, 52 áreas, 54 centiáreas y 7 decímetros cuadrados, al término de Barajas de Madrid 102 hectáreas, 30 áreas, 55 centiáreas y 33 decímetros cuadrados, y al de Canillejas una hectárea, 36 áreas, 92 centiáreas»; se hizo constar también que la finca de la cual era resto la relacionada, figuraba inscrita en el Registro formada por distintos predios que se describían, según las inscripciones, con extensión y linderos; se consignaron asimismo los datos registrales de la finca y que de ella se habían segregado para formar fincas independientes por compra-venta y expropiación forzosa varias parcelas de determinada exten-

sión, y que, descontada esta superficie registral, el residuo concuerda con la extensión atribuída a la finca.

Presentado en el Registro el mandamiento, fué practicada la anotación en cuanto a las dos primeras fincas, y respecto de la tercera se calificó con la siguiente nota: «Suspendida la anotación respecto a la finca que se describe en tercer lugar, resto de la hacienda situada en los términos de Alameda, Barajas y Canillejas, denominada «La Concepción», por no describirse el resto de dicha finca como preceptúa la Ley Hipotecaria, pues si bien se dice que después de varias segregaciones y expropiaciones tiene una superficie aproximada de 188 hectáreas, 20 áreas, una centiárea y 40 decímetros cuadrados, no se determinan las alteraciones que en cuanto a los linderos y superficie han tenido forzosamente que experimentar al menos algunos de los predios que la forman, sino que se describen dichos predios del mismo modo que antes de las aludidas segregaciones y expropiaciones, debiéndose tener en cuenta además, que la indicada descripción del resto no puede hacerse por el demandante, sin que se preste audiencia sobre la misma a la entidad demandada, como titular de la finca, conforme lo exige el artículo 74 de la citada Ley. Se ha tomado en su lugar anotación de suspensión en los tomos...

Interpuesto recurso, la Dirección, previo informe del Juez de Primera Instancia, que se mostró conforme con la calificación registral, confirma ésta y el auto del Presidente de la Audiencia (que impuso las costas al recurrente), mediante la merítísima doctrina siguiente:

Que la finca constituye la entidad básica de sistemas inmobiliarios como el español y, si bien los datos físicos no se hallan amparados por la fe pública, ni aun en aquellos regímenes hipotecarios más perfectos, como el alemán, que se fundan sobre un Catastro bien organizado, nuestra Ley procura una perfecta identificación, que generalmente se obtiene en virtud de las manifestaciones de los otorgantes y del contenido del Registro, ya que se trata de un requisito esencial, así reconocido en varias Resoluciones.

Que, supuesta la mutabilidad de las circunstancias físicas, el legislador, para evitar que los datos descriptivos de los inmuebles quedaran «cristalizados», dispuso que cuando se practiquen nuevos asientos, se comparen los que figuren en los documentos con aquellos que resulten de los asientos, y así el artículo 51, regla cuarta, párrafo segundo y tercero del Reglamento Hipotecario, ordena que si los requisitos exigidos constan ya en las inscripciones o anotaciones ante-

riores, no se expresen si coinciden con los del título que provoca el nuevo asiento y, en caso de disconformidad, se indiquen las diferencias resultantes, con lo cual se pretende, merced a esta rectificación sucesiva, mantener la armonía entre los asientos del Registro y la realidad y se evita la repetición de anticuadas descripciones.

Que la finca compleja objeto del recurso, formada por numerosas parcelas descritas individualmente con su naturaleza, cabida y linderos, sitas en tres términos municipales, sufrió por compraventa y expropiación varias segregaciones, que necesariamente tuvieron que afectar a alguna de las suertes que la integran, aunque no se reflejara totalmente en el Registro la modificación de la finca matriz, por no ser suficiente para ello los artículos 59 y 60 del Reglamento Hipotecario anterior, ampliados en el artículo 47 del vigente, según el criterio afirmado en la Resolución de 20 de junio de 1945; por todo lo cual la descripción del inmueble en el documento presentado, conforme con los datos registrales a los que se añade la cabida aproximada actual, no determina suficientemente la identidad para llevar a efecto la anotación.

Que las anotaciones preventivas de embargo son configuradas en algunas legislaciones como hipotecas judiciales o forzosas, advierten a los futuros adquirentes de las resultas de un juicio, limitan el poder dispositivo del deudor al impedir que enajene como libres las fincas o derechos, y cuando aquéllas hubieren pasado a un tercero poseedor, son de aplicación los artículos 38 de la Ley y 143 del Reglamento Hipotecario, por lo que tiene especial importancia la perfecta identificación de la finca sobre la que debe recaer la anotación que ha de producir tales efectos.

Que el artículo 74 de la Ley Hipotecaria, prevé el supuesto de que en el documento que disponga la anotación preventiva no se consigne alguna de las circunstancias necesarias para su validez, entre las cuales, según el artículo 75 de la misma Ley, figuran las que den a conocer la finca y, por tanto, en el presente caso pudo observarse tal precepto que, con un sencillo procedimiento, hubiera permitido subsanar el defecto señalado.

Define Ramos Folqués el embargo «como un derecho de persecución de la cosa hasta distraer de ella el valor reclamado judicialmente» («El precedente real de las Anotaciones de Embargo». Revista de Derecho Privado. Septiembre 1952.)

Esta definición, la historiografía del embargo y filosofía que la

misma encierra dan, en el sentir de nuestro admirado compañero, a las hipotecas típicamente judiciales la naturaleza absoluta de derecho real.

Hasta la reforma hipotecaria de 23 de mayo de 1845 la diferencia esencial entre hipoteca convencional y judicial radicaba en la tradición de la cosa, de necesidad para las segundas, si bien en alguna Ley del Espéculo y Partidas ve Ramos —al no exigirse por diversas razones el *asentamiento*— el precedente de una tradición ficta embocada a los asientos registrales que se hizo esencial a tenor de los artículos 30 y 40 de aquella Ley.

Destaca nuestro autor no ya como curiosidad muy de tener en cuenta, sino acaso como expresión de *conciencia jurídica* en aquellos momentos que habiendo caído en sus manos un ejemplar del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil (4.^a edición, 1863, de Revista de Legislación y Jurisprudencia), encontró una nota que dice: «Hay otro contrato que participa de la *naturaleza de prenda e hipoteca*, que suele llamarse prenda pretoria, en virtud de la cual se entrega al acreedor una finca para garantía y cobro de la deuda».

En esa fecha —1863— ya se había publicado la Ley Hipotecaria y, sin embargo, cuanto dice la nota es posterior a lo expresado por la exposición de motivos de dicha Ley en que, según la Comisión, las hipotecas llamadas judiciales no eran más que las prohibiciones de enajenar creadas por la de Enjuiciamiento civil de 1855 y no los otros embargos regulados en la misma Ley, que de antiguo se llamaban propiamente hipotecas judiciales.

Y meditando sobre la teleología o razón íntima de unas y otras, deduce Ramos lo siguiente: «Si una cosa es el crédito y otra la garantía, ¿qué más da la nacida de una coacción extrajudicial que la nacida de una coacción en juicio?

«No es el crédito personal lo que ingresa en el Registro. Es la escritura o el mandamiento. Y esa escritura como ese mandamiento tanto ahora como antaño, era la consecuencia de un préstamo, y, por tanto, un derecho o acto absolutamente accesorio e independiente del préstamo, aunque adherido a él. Y tanto en los tiempos históricos del Derecho como en los actuales no era bastante para que la hipoteca judicial o la anotación de embargo produzcan efectos el que fueran meramente otorgados o expedidos, sino que necesitaban ir acompañados también de la tradición o de la inscripción. Préstamo

e hipoteca y préstamo y anotación de embargo son actos jurídicos independientes y con auténtica personalidad, de tal modo que aún fenecidos los préstamos subsiste la hipoteca o subsiste la anotación hasta la cancelación del asiento, salvo los casos de caducidad para las anotaciones.»

Ahora bien, ¿qué ha querido significar la Dirección en ese Considerando 4.º de los transcritos, cuando después de decir que las anotaciones de embargo son configuradas en algunas legislaciones como hipotecas judiciales, al pasar las fincas a un tercer poseedor son de aplicación los artículos 38 de la Ley y 143 del Reglamento?

Categorícamente expresa Roca que dichos preceptos dan trato de hipoteca a la anotación de embargo en punto tan importante como el que hayan pasado los bienes anotados a poder de un tercer poseedor (Derecho Hipotecario, T. III, pág. 472).

Y en el desenvolvimiento de los conceptos, aborda la espinosa cuestión de las enajenaciones anteriores a la anotación, que no se hubieran inscrito hasta después de efectuada esta.

Para Morell —Comentarios, T. III; pág. 92— si la anotación en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42 no da preferencia respecto a créditos anteriores a la misma, según la regla general sentada en el 1923, número 4.º del Código, tampoco puede merecer esa preferencia con relación a los derechos reales sobre los mismos inmuebles constituidos con anterioridad aunque no se hallen inscritos, ni por tanto con relación al dominio de esos mismos bienes.

Inscrito el título adquisitivo después de la anotación de embargo y presentado posteriormente para su inscripción la enajenación forzosa derivada del proceso de ejecución correspondiente al embargo anotado, se le plantea al Registrador, como dice Roca, un problema de prelación o preferencia que en realidad él no puede resolver, pues carece de competencia para ello. Y entendiendo que la posición obligada del Registrador es abstenerse de inscribir la escritura o adjudicación derivadas del proceso, debe esperar a que el Juez dé la ejecución, aplicando *analógicamente* lo dispuesto en el párrafo último del artículo 198 del Reglamento, decida la cuestión previa citación de aquel adquirente anterior (ver págs 485 y 486 y la 476 del citado tomo).

Hay quien encuentra vacilante esta solución. Pero si bien nos fijamos es la única aplicable y de perfecta adecuación al caso. Claro que no dejan de surgir problemas frente o en redor de ella. Es el pri-

mero *cuándo* y *cómo* surge ese tercer poseedor de que nos habla el párrafo final del artículo 38 de la Ley, que desenvuelve el 143 del Reglamento. Sin duda, para nosotros, su aparición conforme a los textos citados, *será después de anotado el embargo*. Pero *como* ya de por sí entraña un problema de interpretación, dados los términos en que está redactado el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto a los extremos cómo debe ordenar el Juez la expedición de Certificación y modo de cumplirla el Registrador, de que se ha ocupado recientemente en esta Revista el citado Ramos Folqués («El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio», noviembre, 1952), pues si dicho artículo indica que la Certificación se contraerá sólo a las «hipotecas, censos y demás gravámenes», no vemos *cómo* ha de surgir ese tercer poseedor (1). Y obsérvese que ese artículo de la Ley Rituaria se corresponde exactamente con el 353 del Reglamento Hipotecario. Por esto apunta Ramos, con fina habilidad e intuición, que la indudable pugna existente entre aquellos preceptos y la interpretación liberal que quisiera dársele al inciso final del 233 de la Ley y primero del 143 del Reglamento —en correspondencia con el último del 38 de aquélla— pudiera superarse añadiendo al artículo 143 —en su párrafo primero— lo siguiente: «en la que se consignará la última inscripción de dominio vigente con expresión de su titular o titulares y de los títulos de adquisición».

En esta situación —la de que en la Certificación no se haya hecho constar la última inscripción de dominio vigente— no creemos que, en congruencia y lógica, haya Juez que ordene cancelar todos los asientos posteriores a la toma de anotación. Y si lo hiciere por esa razón de congruencia y lógica y por las que diremos después, procedería denegar el mandamiento de cancelación.

Pero aun expedida la certificación con una interpretación liberal del artículo 143 del Reglamento, o sea consignando la última inscripción de dominio vigente, *si el título adquisitivo de fecha anterior* se presenta e inscribe *después de la expedición* de la Certificación, la solución será la misma: 1.º, porque ese tercer poseedor a que alude el artículo 38 en su párrafo final es el que *adquiere* con la

(1) Otra cosa es, a nuestro juicio, la aparición del *tercer poseedor* en caso de *limitación de intereses* conforme al art. 114 de la Ley, problema que trata Roca en el T. Iº de su citada obra, pág. 440, y del que un día habremos de ocuparnos.

publicidad de la anotación (*después de la anotación pasasen los bienes anotados*, dice el artículo 38), no el que inscribe a virtud de *adquisición anterior* a la misma; 2.º, porque ese es el sentido tradicional que inspiró nuestro sistema hipotecario, donde la entrada de un derecho real —la hipoteca, por ejemplo— pone en marcha automáticamente todos sus principios, mientras que el derecho personal protegido por la anotación queda supeditado a los términos del artículo 44 de la Ley, y 3.º, porque así se desprende de los mismos textos reglamentarios que, erróneamente y sin sentido, podrían conducirnos a otra solución, como las reglas 2.ª y 10.ª de los artículos 175 y 234, respectivamente, que se refieren a inscripciones y anotaciones de créditos *no preferentes*, para proceder a su cancelación.

Por todo esto estamos conformes con Roca cuando dice que el Registrador no puede inscribir la enajenación forzosa provocada por el procedimiento de ejecución objeto del embargo anotado, salvo que así lo ordene el Juez del procedimiento y *siempre, además, que dicho adquirente anterior haya sido debidamente citado*. Y en ausencia de texto legal esta cita y decisión de la cuestión debe supeditarse a la pauta del párrafo final del artículo 198 reglamentario.

Y sin desdeñar los argumentos en contrario que pudieran aducirse: el acatamiento a la Resolución judicial, la interpretación que pudiera dársele al artículo 1.520 de la Ley de enjuiciar y que hasta el momento de la subasta puede el adquirente anterior a la anotación entablar su tercería de dominio entendemos *se debelan antes los expuestos de más pura ortodoxia hipotecaria* (2).

¿Que esto es convertir a los Registradores en tutores de los interesados? Una vez más acaso. Como también que lo prudente y aconsejable es que los mismos interesados acudan al Juez invocando ese artículo 198 del Reglamento Hipotecario.

AUTHENTICA «SI QUA MULIER». — ¿PUEDE LA MUJER BARCELONESA, CON LICENCIA DE SU MARIDO, HIPOTECAR SUS BIENES PARAFERNALES EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES CONTRAIDAS EN DOS LETRAS

(2) Conocemos un trabajo en embrión sobre estos problemas y entocado después a las normas actualmente vigentes sobre prelación de créditos, de un distinguido compañero, Juan M.ª Mazuelos, de sumo valor y utilidad, que esperamos leer pronto en estas páginas. También el citado Ramos Folqués tiene otros estudios inéditos de esta figura del tercer poseedor, contemplada por nosotros desde el punto de vista doctrinal, en nuestra conferencia «El abandono en la Hipoteca».

· DE CAMBIO QUE, ACEPTADAS POR EL ESPOSO, SE LIBRARON A LA ORDEN DE AQUÉLLA, QUIEN TOMADORA DE LAS MISMAS LAS ENDOSÓ AL BANCO DE ESPAÑA?

Resolución de 20 de junio de 1952 (B. O. de 7 de septiembre).

Por escritura otorgada ante el Notario de Barcelona don Guillermo Alcover y Sureda el 26 de junio de 1950, doña María Rosa de Nadal y Muro, con licencia de su esposo don José Rafael Carreras y Balanzó, hipotecó, a favor del Banco de España, dos fincas de su propiedad, sitas en la barriada de San Martín de Provencals, de dicha ciudad, de la que marido y mujer eran vecinos. Según consta en la escritura, «el Banco de España es legítimo tenedor de dos letras de cambio, números 3.908 y 3.909, libradas por A. Debray, S. en C., Sucesores, aceptadas por don Rafael Carreras Balanzó, cedidas al propio Banco por doña María Rosa de Nadal Muro, de importe, respectivamente, 445.000 pesetas y 387.000 pesetas, vencidas en los respectivos días 30 de junio y 1 de agosto próximos venideros»; asimismo «habiendo ofrecido la compareciente, doña María Rosa de Nadal Muro al Banco de España, constituir el derecho real de hipoteca sobre la finca descrita en el apartado primero, para garantizar hasta donde alcance el valor de aquéllas, las obligaciones a su cargo, dimanantes de la reseñadas cambiales, como cedente de ellas a dicho Banco, tanto por lo que respecta al pago de sus respectivos capitales (que, en junto, suman ochocientas treinta y dos mil pesetas) como al de cinco anualidades de intereses a partir de los respectivos protestos, a razón del tipo a la sazón oficial, y al de las costas y gastos de los procedimientos que, tal vez se incoen, hasta un máximo de cincuenta mil pesetas, así como de las sucesivas renovaciones que de las descritas cambiales puedan hacerse, reemplazándolas en todo o en parte, siempre que en ellas aparezca la firma de la propia señora de Nadal, como libradora, aceptante, tomadora, endosante, cedente o avalista; otorgan la presente escritura de superposición de garantía hipotecaria»...

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, causó la siguiente nota: «No se admite la inscripción de la hipoteca formalizada en la anterior escritura, por el defecto de contener un afianzamiento de una esposa catalana a favor del marido, aceptante de las letras garantizadas con hipoteca, acto prohibido en Cataluña por la Authentica «Si qua mulier».

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del Auto del Presidente, confirma la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que las hipotecas pueden asegurar toda clase de obligaciones, aunque las particularidades del crédito garantizado repercutan sobre el derecho real, y den lugar a las diversas clases de hipotecas ordinarias, de seguridad, de máximo, de rentas o prestaciones periódicas, etc., que, no obstante sus modalidades especiales, tienen una común naturaleza jurídica regulada por el Código Civil y la Ley Hipotecaria.

Que, como es un requisito esencial de la constitución de hipotecas la libre disposición de los bienes, para resolver el problema debatido en este expediente —si la mujer casada barcelonesa, con licencia de su marido puede hipotecar sus bienes parafernales en garantía de obligaciones contraídas en dos letras de cambio que, aceptadas por el esposo, se libraron a la orden de la mujer, quien tomadora de ellas las endosó al Banco de España—, es necesario tener en cuenta las normas en vigor en Cataluña y el derecho local de Barcelona, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 12 del Código Civil, según el cual, en los territorios aforados, regirá íntegramente su especial legislación y, como derecho supletorio, el que lo sea en cada uno de aquéllos.

Que la nulidad de la obligación conjunto de marido y mujer se produce como consecuencia de la Authentica «Si qua mulier», capítulo VIII de la Novela 134 de Justiniano, que prohíbe a la mujer casada, por motivos familiares, interceder por su marido y obligar sus propios bienes, excepto cuando se pruebe manifiestamente que la deuda contraída redundó en utilidad de la misma mujer, prescripción irrenunciable por su carácter prohibitivo que, como posterior, deroga o modifica las Leyes II y XIII del título XIX, libro IV del Codex, según las cuales la prohibición del Senado Consulto Velayano no se aplica cuando la mujer sea deudora principal.

Que la capacidad en los contratos mercantiles se rige por el Código de Comercio, y en su defecto, por el Código Civil, derecho supletorio único y como ninguno de dichos Cuerpos legales prohíbe a la mujer casada prestar fianzas, obligar o hipotecar sus bienes parafernales con licencia marital, puede reconocerse la validez de las dos letras de cambio a que se refiere el recurso, si bien su carácter

formal y abstracto no permita determinar las características del negocio jurídico básico.

Que el Capítulo 11 del Privilegio Recognoverunt Proceres modera el rigor de la Authentica «Si qua mulier» y concede determinados beneficios a la mujer que se obliga junto con su marido en los contratos de mutuo o depósito, criterio que reitera el Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil de 11 de noviembre de 1930, el cual otorga un amplio poder dispositivo a la mujer casada sobre sus bienes parafernales, pero no consiente que pueda hipotecarlos para asegurar obligaciones ajenas y declara nulas las fianzas a favor de su marido, y este Proyecto, aun desprovisto de autoridad legal, constituye un antecedente doctrinal apreciable para la interpretación, según proclama la Sentencia de 6 de julio de 1940.

Que el examen de la capacidad de la mujer casada en el Derecho comparado revela una tendencia a suprimir o reducir las trabas y prohibiciones que sufre su poder dispositivo; que al estimar legislación aplicable al caso del recurso, la mercantil de una parte y la hipotecaria y civil de otra, se puede producir como consecuencia anómala la nulidad de un derecho real accesorio, de garantía, de una obligación mercantil válida, y es lo cierto que cualquiera que sea el valor que se atribuya en la doctrina y jurisprudencia patrias a las orientaciones encaminadas a lograr la unificación legislativa, en tanto no perjudiquen instituciones de indudable significación y arraigo en las regiones forales, para no extralimitar la finalidad y función que corresponde a la jurisprudencia de aplicar el derecho, es preciso, conforme al ordenamiento jurídico, apreciar según tales normas civiles la capacidad para constituir hipotecas.

o o o

Encontramos vacilante a nuestro ilustre Centro en la doctrina sobre la aplicación de la Authentica. En la presente Resolución, a más —y como ya otras veces hemos puesto de relieve— la exposición de unos razonamientos que parece van a conducirnos a determinada solución del problema planteado, se quiebra o flexiona, mejor —ver Considerando 5.º— para abocar a la contraria que habíamos pensado.

Ahora bien (y aparte de que, como señalara el recurrente, es de tener en cuenta que en materia mercantil rige en toda España el Código de Comercio y que el derecho supletorio del mismo, incluso

para las regiones forales, es el Código Civil que no contiene norma alguna que restrinja la capacidad de la mujer casada para afianzar a su marido), ahora bien, repetimos, ¿esa hipoteca que se configura en la escritura calificada puede ser coontemplada como una fianza real o hipoteca por deuda ajena?

Porque, como asimismo expuso el recurrente, la hipotecante se limitó a asegurar «obligaciones a su cargo», por lo que esa pretendida garantía a favor de su esposo se esfuma.

Sobre esto, no creemos que la mujer con la garantía hipotecaria que atorgó agrave el compromiso mercantil contraído anteriormente ni su responsabilidad patrimonial. Al contrario, pues el Banco respaldado por la hipoteca constituida a su favor estaría más propicio para la renovación de las letras y retrasar el procedimiento judicial en caso.

Pero la Dirección, sin duda como homenaje a cuanto de tradicional y vernáculo pervive en las regiones forales, frente a aquella afirmación de que «lo mismo en derecho común que en derecho foral, la mujer casada puede otorgar eficazmente los contratos cuya celebración no le haya sido expresamente prohibida, porque son de interpretación restrictiva los respectivos preceptos legales que limitan su poder dispositivo» (ver primer Considerando de la Resolución 7 de noviembre de 1944, y de ahí que encontremos vacilante su doctrina respecto a la aplicación de la Authentica, si bien ya indicáramos entonces «que todo es cuestión de hechos y por lo mismo sujeto a debate tan pronto se plantee otra nueva cuestión...», pág. 820 de esta Revista, año 1944), y *aun reconociendo la validez de la obligación mercantil...* se opone a la inscripción de la hipoteca de superposición de garantía «por poder producirse como consecuencia anómala la nulidad de un derecho real accesorio» (i) (ver Considerando 6.º).

* * *

Puede consultarse, a más, el documentado estudio de Ruiz Martínez, «La Authentica «Si qua mulier» en el número de esta Revista correspondiente a abril de 1948.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1952.—*Resolución de contrato arrendaticio urbano por obras.*

Si la configuración de una cosa es la disposición de cada una de sus partes componentes en relación con las demás, la configuración de una vivienda o local de negocio, está determinada por su distribución, y su cambio modifica la configuración de la vivienda o local de negocio en las que tales obras se llevan a cabo.

En consecuencia, don R. al variar la situación de un tabique de separación entre dos departamentos del piso arrendado como un codo, sin distinción de destino de cada una de sus partes, alterando las respectivas dimensiones de los departamentos separados, por dicho tabique, y al suprimir otro con la consiguiente desaparición de un pasillo, sin entregar ni poner a disposición del arrendador cantidad alguna, incurrió en la Causa 5.ª del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que, en tal caso da lugar a la Resolución del contrato de arrendamiento, cualquiera que fuese el importe de dichas obras.

Aparte de que la distribución de un local habitable puede ser beneficioso para un fin determinado y perjudicial para otro distinto, el precepto legal citado no distingue en su aplicación si al modificar la configuración se ha beneficiado o perjudicado el destino actual del local arrendado, por lo que, la Sentencia recurrida le ha interpretado erróneamente y por esa interpretación errónea no le ha aplicado al caso de autos, infracción que, alegada como causa del recurso (tercero del art. 173 de la misma Ley) obliga a dar lugar al mismo.

SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1952.—*Derecho de representación.*

En el campo de amplio horizonte jurídico, contemplado al través de muy autorizada doctrina científica y de alguna de las legislaciones extranjeras más modernas, se advierte una decidida tendencia expansiva del im-

propiamente llamado derecho de representación en particular, acogiendo con naturales y reducidas limitaciones su encaje en la sucesión testamentaria, y tanto por razón de la presunta voluntad del testador como por motivos de equidad y de sentido familiar, social y humanitario, de tan notoria relevancia, en el caso concreto de premoriencia del hijo instituido heredero que seguramente inspiraron las reglas clásicas «in locus partis sui» y «*tilii apellatione omnes liberos intelligimus*» que daban franca entrada a los nietos en la herencia del abuelo por presunto llamamiento, siquiera estas reglas hayan perdido su originaria pureza en el Derecho intermedio que las cercenó aplicándolas solamente al supuesto de que, en régimen de sustituciones, los hijos llamados a la herencia fueran designados genéricamente y no si el llamamiento se hizo en forma nominativa.

Esta tendencia doctrinal, legislativa e histórica de rango preponderante en vías de interpretación de normas legales dudosas, han de ceder ante preceptos que la contradigan en nuestro derecho positivo, al que se deben los Tribunales en actuación al margen de la función legislativa, por la que importa averiguar la *mens legis* del Código civil en punto a la admisión o repulsa del derecho de sustitución en la esfera de la parte libre de la herencia testamentaria.

En trance de decidir este problema se ha de estimar que, si bien la sistemática de un cuerpo legal no es decisiva en ponderada hermeneútica, y, no obstante, los términos excesivamente amplios en algunos de los aspectos del derecho de representación, tal como lo define el artículo 927 del Código civil, el pensamiento del legislador es claramente restrictivo en punto a la facultad de sustituir los nietos a su padre premuerto o instituido nominativamente en la porción libre de aquéllos, porque el hecho de haber sido regulado el derecho de representación en el capítulo que gobierna la sucesión intestada, pudiendo haberlo incluido en el grupo de disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él, revela el designio de que aquel derecho no tenga cabida en la porción libre de la herencia testada, sobre todo si se tiene en cuenta que el Código no ofrece base de argumentación convincente en contrario sentido por posible error de encuadramiento, motivado por defectuosa copia de otros Códigos latinos que el legislador español haya tenido a la vista.

Este designio del legislador lo confirma el artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, interpretado por la Dirección General de los Registros con fecha 28 de mayo y 27 de julio de 1943, pues si en atención a especiales circunstancias propias del derecho de emergencia originado por la guerra civil, se extendió el derecho de representación a los hijos y nietos de todo heredero testamentario premuerto, voluntario o legitimario, esta regla excepcional y transitoria afianza el criterio legislativo normal y excluyente de la sustitución en la parte libre de la herencia, ya que la regla excepcional no hubiera sido precisa si las disposiciones del Código civil concediesen a los descendientes del heredero voluntario premuerto el derecho de situarse en el puesto que a este correspondería si no hubiera fallecido antes que el testador.

SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1952.—*Notificación de incrementos en los arrendamientos urbanos.*

Que en el capítulo de la Ley de Arrendamientos Urbanos se regula la materia relativa a la renta y su revisión, estableciéndose por el artículo 129 de dicho texto legal que para que el arrendador tenga derecho al percibo de los incrementos y diferencias que dicho capítulo autoriza o a cualquier elevación de renta, será requisito previo la notificación por escrito al inquilino o arrendatario de la cantidad que a juicio de aquél debe pagar y la causa de ello, y como la carta de 20 de mayo de 1947 dirigida a la arrendataria por el administrador del arrendador, después de invocar la expresada Ley y de aludir al carácter de local de negocio que tiene el piso arrendado dice que le afecta el incremento del 40 por 100 sobre la renta de 800 pesetas, determina el momento desde el cual tal aumento comenzará a regir y señala el plazo de treinta días que la Ley concede al arrendatario para prestar su conformidad, resulta evidente que dicha carta revela el propósito del arrendador de elevar la renta en los términos a que cree estar autorizado por la Ley citada y practica la notificación del aumento al arrendatario en los términos prescritos en el citado artículo 129, sin que el párrafo final de dicha carta expresivo de la disposición en que el arrendador se encuentra para oír la opinión del arrendatario, revele otra cosa que su espíritu de transigencia pero no puede estimarse como causa bastante para hacer perder a dicho documento el carácter de notificación del aumento de renta que tiene, por resultar cumplidas en el mismo, los requisitos que la Ley exige para la eficacia de tal notificación.

Si bien es cierto, que conforme a los artículos 118, 119 y 120 de la Ley de Arrendamientos Urbanos el arrendador de un local de negocio está autorizado para elevar la renta vigente en la fecha que en dichos preceptos se determina en un 40 por 100, cualquiera que fuera la fecha de la celebración del contrato, debiendo de atenderse para fijar tal porcentaje a la última renta declarada a fines fiscales, antes del 18 de julio de 1936, cuando no hubiese prueba escrita del contrato o careciere de él el ocupante del local pudiendo ser aumentada la renta hasta la cantidad que resulta de aplicar el referido porcentaje cuando se hubiere hecho la elevación en cantidad menor de la que legalmente correspondiese, no es menos cierto que estos preceptos como todos los que se refieren al arrendamiento de locales de negocio —salvo el derecho de prórroga del contrato que no podrá ser renunciado por el arrendatario— no tienen el carácter de derecho necesario y la regulación de dicho contrato con la salvedad citada queda sometida a la voluntad de las partes, las cuales de conformidad con lo prevenido en el artículo 1.255 del Código civil, pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral y al orden público.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5
de junio de 1951.*

LA EXCLUSIÓN DE BIENES DEL CAUDAL HEREDITARIO, A TÍTULO DE PERTENECER A TERCERA PERSONA, REQUIERE, A TENOR DEL ARTÍCULO 31, APARTADO 16), QUE TAL PROPIEDAD SE ACREDITE CON DOCUMENTO FEHACIENTE ADECUADO A LA NATURALEZA DE LOS BIENES.

Antecedentes: El causante, fallecido el 22 de junio de 1948, instituyó heredera a una hermana suya, y fué liquidada la herencia primero provisionalmente y después definitivamente, previa instancia suscrita por la heredera en 3 de marzo de 1949, en la que declaraba que no existían más valores que los ya liquidados provisionalmente.

El liquidador pidió al Banco de Bilbao, en Málaga, en oficio recibido por éste el 29 de enero de 1949, certificación acreditativa de la cantidad que el causante tenía depositada durante el mes anterior a su fallecimiento, pero la contestación a este oficio no fué recibida, al parecer, y fué reiterada la petición en oficios de 16 de noviembre y 1.º de diciembre de dicho año. El Banco contestó en 7 de diciembre, diciendo que había contestado oportunamente y reiterando los datos de la contestación al primer requerimiento de enero, consistentes en que en la fecha del fallecimiento —22 junio 1948— el saldo de la cuenta del causante era de 653.450,71 pesetas, el cual había sido transferido tres días después de la defunción al Banco Central de Granada a favor de la hermana y heredera, cumpliendo orden del causante suscrita el día 21 de dicho mes de junio.

El 22 de noviembre de dicho año, y sin que conste que había recibido la contestación del Banco, el liquidador requirió a la heredera para la declaración del aludido depósito al efecto de la oportuna liquidación complementaria, estando acreditada la efectividad del requerimiento.

El señor P. O., marido de la heredera, y en su representación pidió que se declarase exento del impuesto el aludido depósito, concediéndole un plazo para probar sus alegaciones consistentes en los siguientes: 1), que ambos hermanos —causante y heredera— poseían en proindivisión la fortuna heredada de sus padres administrándola el causante, el cual cobraba todas las rentas, intereses e incluso las cancelaciones de créditos hipotecarios reservando su importe para determinados fines de acuerdo con su hermana, por lo cual los fondos de la cuenta de Málaga eran en realidad de ella, y que ordenó la transferencia el 21 de junio para que quedase constancia del ingreso, pues de haber obrado de mala fe hubiese suscrito en talón de cuenta corriente; 2), que puso particularmente en antecedentes al liquidador sobre las cuestiones de la herencia, estudiando el caso del crédito en cuestión, y después de algunas vacilaciones, aquél entendió, de acuerdo con el interesado, que no era liquidable, y por ello no se incluyó en el inventario o relación la cual se escribió en la máquina y por algún empleado de la misma Oficina liquidadora.

Esta no accedió a la concesión del plazo pedido ni a la aportación de pruebas, por estimarlas no comprendidas en el artículo 75 del Reglamento, y, previa aprobación del expediente por la Abogacía del Estado, una vez formado el de adición a la comprobación de valores, giró las liquidaciones correspondientes con multa del 50 por 100.

Interpuesta reclamación económica-administrativa el liquidador informa negando haber conocido particularmente de la transferencia; de la cual sólo tuvo, dice, noticias o rumores que trató de confirmar por medio del oficio al Banco, de enero de 1949, y en el escrito de alegaciones el recurrente alega la improcedencia de aplicar el artículo 75 del Reglamento, ya que éste exige que los bienes se hallen en poder de los herederos y la suma transferida no lo está en este caso porque como adquisición onerosa no definida de uno de los cónyuges se halla en poder de la sociedad conyugal de gananciales; y en cuanto a la multa tampoco lo estima procedente por haber sido conocida por

el liquidador al declarárselo particularmente el reclamante la existencia del crédito en cuestión, por todo lo cual no caben la investigación, el requerimiento ni la multa.

Como prueba, además de otros documentos, acompañó un certificado sobre la proindivisión entre los hermanos de los bienes heredados de sus padres.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación, fundado en que la inclusión en la herencia del metálico depositado en el Banco está bien hecha de acuerdo con el artículo 48 del Reglamento y en otro caso la adición al caudal sería procedente por lo dispuesto en el artículo 75 del mismo texto, tanto si se interpreta que los bienes están en poder del heredero como si lo están en poder de su cónyuge; y en cuanto a la multa, es la reglamentaria conforme al artículo 221, número 3.

El Tribunal central empieza por decir que el problema planteado no es propiamente de adición de bienes a una sucesión, sino de exclusión de ciertos bienes del caudal hereditario, en este caso el metálico depositado en el Banco a nombre del causante y transferido tres días después de su fallecimiento a favor de la heredera.

Eso supuesto, el Tribunal invoca los artículos 48, apartado 1), 31, apartado 16), y 102 del Reglamento, según los que forman parte del caudal hereditario todos los bienes inscritos en registros oficiales o depositados a nombre del causante en la fecha de su fallecimiento, debiendo comunicarse estos datos a los herederos para que aleguen y prueben lo que a su derecho convenga, sin que la declaración hecha por el testador o los herederos de que determinados bienes pertenecen a terceras personas surta efecto para excluirlas del caudal, «sino en cuanto se justifique con documento fehaciente y adecuado a la naturaleza de los bienes, anterior a la fecha de abrirse la sucesión» la propiedad que se declare o reconozca a favor de terceros; y aplicando tales preceptos está claro que el metálico depositado a nombre del causante en la fecha de su fallecimiento, forma parte del caudal relicto a efectos fiscales y debe ser incluido en la base liquidable, más el 2 por 100 de ajuar.

Esta presunción no está desvirtuada por los medios de prueba aportados, ya que ninguno de ellos es documento fehaciente adecuado a la naturaleza de los bienes y anterior a la fecha de abrirse la sucesión, para poder deducir que el metálico en cuestión era propiedad de la heredera y no del causante. Mas es, sigue diciendo la Resolu-

ción que extractamos, la documentación aportada no prueba nada en sí misma, puesto que del hecho de que el difunto administrase los bienes comunes de los dos hermanos y cobrase los créditos hipotecarios, no se deduce necesariamente y en sana crítica que el dinero de su cuenta corriente fuese propiedad de su hermana, por no existir entre el hecho y la consecuencia enlace lógico alguno.

El Tribunal, por fin, confirma también la liquidación de la multa del 50 por 100, en razón de que hubo el requerimiento previo de la Oficina liquidadora, y, por tanto, es de aplicación el número 3.º del artículo 221 del Reglamento.

Nos parece que la claridad del caso y de la doctrina sentada, excusa todo comentario o añadidura, y sólo se nos ocurre decir que, aún admitido el hecho de la aludida puesta en común de los bienes y de la administración de los mismos por el causante, lo más que se podría admitir sería el considerar que pertenecían a ambos condueños por mitad y no por entero a uno de ellos.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de junio de 1951.

LA NORMA DEL APARTADO 4) DEL ARTÍCULO 9.º DEL REGLAMENTO, RELATIVA A SOMETER A TRIBUTACIÓN UNA SOLA TRANSMISIÓN EN LOS REMATES A CALIDAD DE CEDER REQUIERE QUE LA SUBASTA SEA JUDICIAL, ADMINISTRATIVA O MATERIAL, Y NO ES APLICABLE A LA COMPRAVENTA ORDINARIA.

Antecedentes: En documento privado de fecha 1.º de junio de 1949 doña María del R. vende a don M. R., por precio de 600.000 pesetas, una finca rústica con parte del precio aplazado, que había de entregar el comprador al formalizarse la escritura pública que se habría de otorgar, bien a favor del mismo, bien a favor de la persona o personas que él designase. Se convino que el comprador entraría en posesión de la finca el día 29 de septiembre de dicho año.

La Oficina liquidadora practicó diligencias de investigación en relación con el expresado documento privado para su presentación a liquidación, girándose en definitiva, previo el oportuno expediente de comprobación, la liquidación correspondiente, que fué notificada el 6 de septiembre de 1950 y pagada al día siguiente.

Por indicación de la Abogacía del Estado al examinar el expediente de comprobación, fué requerido el interesado para que aportara datos sobre el otorgamiento de escritura pública en relación con la venta de la expresada finca, los que fueron facilitados, resultando de ellos la existencia de una escritura otorgada en Salamanca el 29 de septiembre de 1949, en la cual constaba que la misma señora doña M. del R. vendía la misma finca a persona distinta de la que en el documento privado de compraventa aparecía como compradora, por precio de 400.000 pesetas que la vendedora confiesa haber recibido y sin hacer mención alguna del mencionado documento privado.

La liquidación de este documento fué impugnada diciendo que las compraventas efectuadas en el documento privado y en la escritura pública —liquidada antes que aquél— constituyen un solo contrato puesto que en ambos documentos es una misma la persona del vendedor, idéntica la finca vendida e igual el precio; varía únicamente la persona del comprador, pero ello es debido a que la estipulación 2.ª del documento privado se establecía expresamente que se formalizaría la escritura pública a favor del comprador don M. R. o de la persona o personas que él designase, lo cual envuelve la existencia de un mandato oculto en el que se calla la persona del mandante; que el artículo 1.710 del Código civil clasifica el mandato en expreso y tácito; que si el reclamante hubiera comprado para sí y no por cuenta de tercera persona no podía la vendedora haber enajenado después la finca. Se invoca el apartado 3) del artículo 9.º del Reglamento, en cuanto que el reclamante consignó en forma suficiente que no actuaba como comprador en nombre propio, y el apartado 4) del mismo precepto sobre venta en subasta judicial a calidad de ceder, según el cual se paga el impuesto una sola vez al otorgarse directamente la escritura a favor del rematante y en definitiva se sostiene que la misma norma debe aplicarse a las ventas en documento público o privado, y que lo único que debe prevalecer es la imposición de la multa por no haber sido presentado en plazo el documento privado.

La reclamación fué desestimada en Primera Instancia en razón de que no se puede apreciar la existencia de un mandato tácito u oculto que no se ha justificado en el expediente, ni del documento privado se deduce quien sea el mandante; que es de aplicación al caso el artículo 1.717 del Código civil, sobre inoperancia jurídica

del mandato cuando el mandatario ha obrado en su propio nombre, en cuyo caso es el único obligado de modo directo con la persona con quien contrata.

Al impugnar en alzada tal decisión sostuvo el reclamante que del segundo párrafo del invocado artículo 1.717 del Código civil se deduce que el mandatario podrá exigir al vendedor que otorgue la escritura a la persona o personas designadas por aquél y como consecuencia la compraventa en definitiva resultará hecha entre el mandante y la persona que contrató por el mandatario, sin que pueda sostenerse en buenos términos de derecho que resulte celebrada entre el mandatario y la persona que con él contrató; y, por lo tanto, el obligado al pago del impuesto debe ser el mandante, como verdadero, real y único comprador.

El Tribunal central después de decir que el repetido documento privado contiene un contrato perfecto de compraventa y que es norma fundamental del impuesto que este se exige —artículo 48— cualquiera que sea la naturaleza del documento en que conste la transmisión y que habrá de satisfacerlo por regla general —artículo 59— el adquirente deduce que el comprador que figura en el documento privado, don M. R., está obligado al pago del impuesto y a la presentación del documento.

Afirma después que no es admisible que el referido documento no contenga más que un mero acto preparatorio de la compraventa realizada en la escritura pública aludida, porque del examen de ambos documentos se infiere que son contratos diferentes: 1.º, por serlo los que aparecen como compradores; 2.º, por el precio, que en el documento privado es de 600.000 pesetas con pago de 50.000 al contado y el resto aplazado, y en la escritura es de 400.000, que la vendedora confiesa recibidas, y 3.º, porque en la escritura no se hace alusión alguna al documento privado, lo cual no deja de ser anómalo dada su importancia y la circunstancia de quedar el mismo sin eficacia.

Y no obsta a lo expuesto la doble venta, cuyos efectos regula el artículo 1.473 del Código civil, ni impide la liquidación y exacción del impuesto, mientras no exista una declaración judicial que pueda afectar a la exacción.

El Tribunal rechaza después la existencia del mandato tácito porque este ha de derivarse de actos o hechos que necesariamente y por modo evidente impliquen la intención de obligarse y porque la forma legal de justificación del mandato que se dice concertado,

sería la de escritura pública, a tenor del artículo 1.280 del Código civil, cuyas dos circunstancias no concurren en caso actual.

Entra después el Tribunal a examinar el argumento invocado por el recurrente con apoyo en los apartados 3) y 4) del artículo 9.º del Reglamento y lo combate diciendo que del texto del primero se desprende la conclusión contraria a la pretendida porque dispone que la declaración o reconocimiento de propiedad a título de mandatario de la persona a cuyo favor se hacen, se considerará como verdadera transmisión si en el título o documento de la que se supone realizada por poder o encargo no consta en legal forma tal carácter y circunstancias, y esto es lo que ocurre en nuestro caso. Y en cuanto al otro apartado, porque se refiere a las enajenaciones en subasta judicial y también a las notariales y administrativas según la jurisprudencia del mismo Tribunal, y no a la compraventa ordinaria; esto aparte de que en el título primitivo ha de expresarse que la adquisición se realiza a calidad de ceder, y tal manifestación no se hizo en el documento privado en cuestión.

Comentarios: El caso está ampliamente reseñado y ampliamente razonado por la Resolución reseñada, por lo cual no son necesarios mayores esclarecimientos. Dados los elementos de hecho mencionados, no parece que haya posibilidad razonable jurídica de hablar del mandato tácito ni de deducir que, por aplicación del apartado 3) del artículo 9.º del Reglamento, la transmisión realizada fué una sola; máxime si repara en que las personas que aparecen comprando son distintas y en que en la escritura no se hace la menor alusión a lo estipulado en el documento privado, aun sin contar lo también destacado por el mismo Tribunal en cuanto a discordancia entre ambos documentos en lo relativo a la cuantía del precio y a la forma de su entrega. Fiscalmente, pues, con razonable apoyo jurídico, hay que inclinarse por la solución de que las apariencias encierran dos contratos de compraventa de la misma finca, que el mismo dueño vende a dos personas distintas, los cuales necesariamente producen las correspondientes liquidaciones, sin perjuicio de que en su día pueda entrar en juego el artículo 58 del Reglamento, si se acredita en la forma y términos en él previstos que uno de ellos ha quedado sin efecto.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ VILLAMIL
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

Decreto de 9 de octubre de 1952 (*B. O.* del 17), por el que se resuelve la cuestión de competencia surgida entre el Gobernador civil de Barcelona y el Juez de Primera Instancia número 10 de dicha capital, sobre ejecución hipotecaria contra un inmueble del Colegio Obrador de la Sagrada Familia.

Literalmente este Decreto dice así :

En el expediente y autos de la cuestión de competencia surgida entre el Gobernador civil de Barcelona y el Juez de Primera Instancia número tres de la capital de dicha provincia, con motivo del procedimiento judicial sumario instado por don José Arrufi y Arrufi contra don Antonio y don Pedro Llobet Torrens, para la ejecución de una hipoteca que afecta a un inmueble propiedad de la Fundación benéfico docente denominada «Colegio Obrador de la Sagrada Familia» de los cuales resulta :

Primero.—Que en diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, por escritura otorgada ante el Notario de Barcelona señor Arenas, la Superiora del Colegio Obrador de la Sagrada Familia, fundación de beneficencia particular docente, clasificada como tal por Real orden de veintidós de abril de mil novecientos veinticinco, vendió a don Pedro y don Antonio Llobet Torrens, sin que mediaran los requisitos de autorización del Protectorado y subasta pública notarial, exigidos en el Decreto de veintitrés de agosto de mil novecientos veintiocho, una finca situada en Barcelona con frente a las calles de Londres y Urgel, propiedad de dicha fundación, haciendo constar en la escritura que tenía ya recibido el precio de venta. Sin embargo de ello, en trece de enero de mil novecientos cincuenta, por una nueva escritura otorgada ante el Notario de Bar-

celona señor Porcioles, las mismas partes contratantes rectificaron la escritura anterior, en el sentido de que, contrariamente a lo que por error se consignó en ella, estaba pendiente todavía de pago el total precio de la venta, el cual se obligaban a satisfacer los compradores dentro del plazo de un año desde la fecha de la primera escritura, y si no lo pagaban en dicho plazo podía el Instituto vendedor dar por rescindido el contrato, continuando además mientras tanto en posesión de la finca; también estipulaban que quedaría resuelta la venta si los señores Llobet no hicieran efectivo el precio y el importe de dos hipotecas con que habían gravado la finca en el espacio de tiempo que transcurrió entre las dos escrituras, en el caso de que al llegar el vencimiento de dichas hipotecas no fueren éstas satisfechas por dichos señores. Como consecuencia de estas estipulaciones, y en virtud del acta de requerimiento autorizada por el Notario de Barcelona señor Porcioles en diez de octubre de mil novecientos cincuenta, la finca revirtió a la plena propiedad de la fundación benéfica, quedando rescindida la venta, según se hace constar en acta otorgada por la Superiora en diecisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta ante el Notario de Barcelona señor Dalmases, habiendo sido inscritas en el Registro de la Propiedad correspondiente estas vicisitudes con referencia a las dos partes en que los señores Llobet dividieron la referida finca, a cuya inscripción se refirieron tanto una escritura de agnición de buena fe otorgada por las autoridades de las Hijas de la Caridad de San Vicente Paúl, hábito gris, encargadas de la Fundación, en veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta, ante el Notario de Madrid señor Bérnago, como la ya mencionada acta otorgada por la Superiora del Establecimiento ante el Notario de Barcelona señor Balmases en diecisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta.

Segundo.—Que después de otorgada e inscrita en el Registro la primera escritura, y antes de que fuese rectificada por la de trece de enero de mil novecientos cincuenta, los señores Llobet dividieron la finca en dos partes e hipotecaron ambas: una de ellas a don José Arrufi y Arrufi, en treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en seguridad de un préstamo de ciento cincuenta mil pesetas, por el plazo de cuatro meses, al vencimiento del cual el acreedor instó, en diecinueve de mayo de mil novecientos cincuenta, un procedimiento de ejecución sumario para la efectividad de su crédito hipotecario, mediante la venta en subasta de la finca afectada

para hacer pago del mismo con su producto; el cual procedimiento estaba en tramitación en el Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Barcelona, donde antes de que se llegase a la adjudicación por subasta se recibió un requerimiento de inhibición formulado por el Gobernador civil de Barcelona, en veintiuno de diciembre de mil novecientos cincuenta, que dió lugar a una cuestión de competencia, que fué declarada mal formada por Decreto de veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, por no haber acompañado el Gobernador civil al requerimiento, original o en copia, el dictamen del Abogado del Estado.

Tercero.—Que repuestas las actuaciones al momento procesal en que habían quedado interrumpidas, y también antes de que se llegase a la adjudicación de la finca en subasta, el Gobernador civil de Barcelona, con fecha dieciocho de enero de mil novecientos cincuenta y dos, repitió su requerimiento de inhibición, acompañando esta vez copia del previo informe favorable del Abogado del Estado. Se fundaba el requerimiento en que la finca hipotecada pertenece a una Fundación benéfico-docente, y los bienes de las entidades de esta naturaleza están equiparados a los privativos del Estado y no pueden ser objeto de procedimiento de apremio, siendo la propia Administración Pública la que se reserva el derecho de hacer efectivos los créditos que los particulares tengan contra las entidades propietarias de esos bienes en la forma en que resulten defendidos no sólo los legítimos derechos de los acreedores, sino también los de las entidades benéficas, las que por su propia naturaleza realizan una función social y pública muy superior al interés del particular, por lo que se reserva el Patronato la facultad de ejecutar las resoluciones judiciales por las que se reconozca el derecho de un particular al cobro de una cantidad que haya de hacerse efectiva con bienes de la Beneficencia; y para requerir la inhibición al Juzgado invocaba el Gobernador el artículo 10 del Real decreto de catorce de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, el artículo sesenta y seis de la Instrucción de la misma fecha, el artículo dieciséis del Real decreto de veintisiete de septiembre de mil novecientos doce y el artículo cincuenta y tres de la Instrucción de veinticuatro de julio de mil novecientos trece.

Cuarto.—Que al recibir el requerimiento de inhibición, el Juez suspendió el procedimiento, y después de comunicar el asunto al Ministerio Fiscal (que se pronunció en favor de la competencia judicial) y al actor, y de unir sus respectivos escritos, dictó un auto, en

uno de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, en el que se declaró competente, fundándose en que se trata de un inmueble que ha causado asiento en el Registro de la Propiedad a nombre de persona conocida y determinada, y la manifestación de esta inscripción acusa como propietario no a un organismo benéfico, sino al deudor contra quien se dirige la acción judicial, debiendo ventilarse en el juicio declarativo que corresponda todas las reclamaciones a formular, tanto por el deudor como por terceros poseedores y demás interesados, incluso las que versaren sobre nulidad del título, conforme al artículo ciento treinta y dos de la Ley Hipotecaria, y en que no existe en este caso obligación dineraria impagada y cuyo pago recaiga sobre fundación de orden benéfico que fuera deudora por virtud de contrato o sentencia.

Quinto.—Que, comunicada esta resolución al requirente, ambas autoridades tuvieron por formulada la cuestión de competencia y remitieron sus respectivas actuaciones a la Presidencia del Gobierno para que fuese resuelta por los trámites correspondientes.

Sexto.—Que en la tramitación de la presente cuestión de competencia se han observado las prescripciones legales;

Visto el artículo diez del Real decreto de catorce de marzo de mil ochocientos noventa y nueve: «Los bienes y rentas de las Instituciones de Beneficencia no podrán ser objeto de procedimiento de apremio. El Protectorado resolverá la forma de hacer efectivas las obligaciones que contra ellas resulten.» El artículo sesenta y seis de la Instrucción de catorce de marzo de mil ochocientos noventa y nueve: «Siempre que una Institución de Beneficencia sea condenada al pago de alguna cantidad, el cumplimiento de la sentencia corresponderá al Ministro de la Gobernación, quien acordará la forma de verificar el pago, teniendo en cuenta el derecho de los acreedores y el interés de la Beneficencia.» El artículo dieciséis del Real decreto de veintisiete de septiembre de mil novecientos doce (párrafo segundo): «... sus bienes y rentas no pueden ser objeto de procedimiento de apremio, debiendo el Protectorado, con aprobación del Gobierno, resolver el modo de hacer efectivas las obligaciones que contra ellas resultaren.» El artículo cincuenta y tres de la Instrucción de veinticuatro de julio de mil novecientos trece: «Ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencias de embargo contra las rentas y bienes de las instituciones benéfico-docentes. Si por consecuencia de alguna sentencia o resolución firme de los

Tribunales hubiese de hacerse efectiva alguna cantidad, se estará a lo dispuesto en el artículo quince de la Ley de uno de julio de mil novecientos once.» El artículo quince de la Ley de uno de julio de mil novecientos once: «Ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencias de embargo contra las rentas y caudales del Tesoro. Los que fueren competentes para conocer sobre reclamación de créditos a cargo de la Hacienda Pública y en favor de particulares, dictarán sus fallos declaratorios del derecho de las partes y podrán mandar que se cumplan cuando hubiesen causado ejecutoria, pero este cumplimiento tocará exclusivamente a los Agentes de la Administración, quienes, autorizados por el Gobierno, acordarán y unificarán el pago en la forma y dentro de los límites establecidos en los presupuestos y con arreglo a las disposiciones legales...» El artículo único del Real decreto de seis de marzo de mil novecientos catorce: «Los beneficios que el artículo cincuenta y tres de la Instrucción vigente concede a las Fundaciones docentes no serán aplicables cuando se autorice por el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes la operación de préstamo, en cuyo caso quedarán sometidas en un todo a las reglas del procedimiento ejecutivo y de apremio.»

Considerando: Primero. Que la presente cuestión de competencia ha surgido entre el Gobierno civil de Barcelona y el Juez de Primera Instancia número tres de aquella ciudad al requerir el primero al segundo para que deje de conocer en la ejecución de un crédito hipotecario sobre una finca propiedad de una institución benéfico-docente.

Segundo. Que con toda claridad y precisión, tanto el artículo diez del Real decreto de catorce de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, para las instituciones de Beneficencia en general, como el artículo dieciséis del Real decreto de veintisiete de septiembre de mil novecientos doce, para las benéfico-docentes en particular, establecen el principio de que los bienes y rentas de tales instituciones no pueden ser objeto de procedimiento de apremio; precisando aún más el artículo cincuenta y tres de la Instrucción de veinticuatro de julio de mil novecientos trece que ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución contra esas rentas y bienes de las instituciones benéfico-docentes; con lo cual queda eliminada la posibilidad de actuación ejecutiva de los Tribunales sobre tales bienes. Y ello con independencia de que esa ejecución sea motivada por una obligación

dineraria aceptada por ellas o porque, por cualquier otra circunstancia, hayan venido a quedar tales bienes sujetos a una relación de garantía, pues lo que se defiende con estos preceptos no es la actuación de las instituciones benéficas al obligarse, sino las finalidades mismas de carácter benéfico que se sirven con esos bienes y que no pueden ser interrumpidas ni obstaculizadas por una ejecución judicial que, con independencia de la Administración, venga a sustraer tales bienes del cumplimiento del fin benéfico a que se encuentran afectos.

Tercero. Que en el presente caso, los bienes sobre que versa la ejecución judicial que se está tramitando, cualesquiera que hayan sido las vicisitudes que en su titularidad ha sufrido, y aunque en el momento de ser hipotecadas e incluso en aquel otro en que se instó por el acreedor hipotecario el procedimiento ejecutivo, figurasen en el Registro a nombre del deudor que los obligaba, es lo cierto que en el momento en que va a darse por el Juzgado efectividad material a la ejecución aparecen como propios e inscritos de la entidad benéfico-docente, por haberse rescindido la venta de que fueron objeto, sin que sea éste el momento de decidir acerca de la validez o invalidez de la misma; y que, por consiguiente, esa ejecución judicial no puede llevarse a término porque se oponen a ella las disposiciones legales antes citadas.

Cuarto. Que aunque la misma Fundación benéfico-docente hubiese sido la que constituyó la hipoteca, o aunque la hubiese luego aceptado de cualquiera manera, tampoco podría producirse la ejecución judicial intentada, porque para que quedase sometida a las reglas de procedimiento ejecutivo y de apremio hubiera sido necesario que el Ministerio de Educación Nacional hubiese autorizado la operación de préstamo, conforme a lo dispuesto en el Real decreto de seis de marzo de mil novecientos catorce.

Quinto. Que el hecho de que los bienes objeto de este procedimiento ejecutivo queden sustraídos al mismo por aparecer como pertenecientes a una institución benéfico-docente, no quiere decir que vayan a ser desconocidos los derechos legítimos que a los particulares pudieran corresponderles sobre ellos, pues el Protectorado habrá de tenerlos en cuenta conforme a los preceptos de la legislación de Beneficencia vigentes.

De conformidad con el dictamen emitido por el Consejo de Estado.

A efectos puramente doctrinales, el anterior Decreto plantea problemas de gran interés :

1.º Validez y efectos de una venta, inscrita, aunque verificada sin el cumplimiento de los requisitos y sin la autorización, exigidos por el Decreto de 23 de agosto de 1928.

2.º Efectos de la confesión o declaración en escritura pública inscrita de haberse percibido el precio de la venta y de la rectificación de este extremo por otra escritura, en la que se introduce una cláusula rescisoria y vuelve o se mantiene la posesión de la finca vendida en la Entidad vendedora; cuando en el intermedio entre las fechas de las escrituras se han inscrito unos créditos hipotecarios sin que en el momento de su inscripción apareciera en el Registro cláusula rescisoria de ninguna clase, que posteriormente se pactó.

3.º Alcance y efectos de las acciones *rescisorias*.

4.º Alcance y efectos de la *agnicion* de buena fe, según la escritura así denominada (*agnicion*, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es un sustantivo femenino poético : en el poema dramático, reconocimiento de una persona cuya calidad se ignoraba).

5.º Consecuencias de la acción hipotecaria ejercitada después de haberse inscrito la escritura de rectificación ya mencionada y antes de haberse inscrito la rescisión de la venta, acción que nace de una hipoteca inscrita con anterioridad al otorgamiento de la escritura rectificatoria.

6.º Efectos de la Sentencia de remate, en relación con el planteamiento de las cuestiones de competencia.

7.º Meditación acerca del principio jurídico de que la ley posterior deroga la anterior, puesto que la última disposición *vista* es el Real decreto de 6 de marzo de 1914 y es un hecho que existe una Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, y una nueva redacción oficial en la Ley de 8 de febrero de 1946. Hecho de que se omita o se ignore aquel hecho y el contenido del artículo 104 de dicha Ley, de abolengo tradicional en nuestro Derecho hipotecario.

8.º Retroacción de los efectos de la hipoteca al momento en que se constituyó ; posibilidad de burlar estos efectos mediante enajenaciones posteriores a instituciones de Beneficencia, y consecuencias, en el orden penal, del acto de disposición.

9.º Alcance y efectos de los artículos 34, 37 y 38 de la vigente Ley Hipotecaria ; protección registral de los créditos hipotecarios

inscritos, y eficacia de las acciones que nacen de los derechos reales llamados de realización de valor, en la fase de ejecución, en la que despliegan totalmente sus peculiares efectos.

10. Doctrina de los actos propios y si es aplicable al Estado, que ha creado y robustecido el Registro de la Propiedad en beneficio del tráfico jurídico y del crédito territorial, hasta dibujar con nitidez el extraño personaje denominado tercero hipotecario, que adquiere incluso de quien no es dueño real.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad

PEQUEÑA HISTORIA DE LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA por José María Castán Vázquez, Abogado Fiscal.—Instituto Editorial Reus. 1953.

1853-1953. Dos fechas. Y llenándolas, un nombre que a todo jurista español le es familiar y respetable: el de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Es fácil escribir esto, sobre todo, si contemplamos la espléndida realidad de nuestros días: ansias de renovación, vocaciones que pugnan por exteriorizar sus largas horas de meditación y estudio, fe en los destinos de una España renacida. Pero miremos atrás y observemos aquel otro cuadro, el de 1853, de una España en desmayo, con las cátedras desiertas, en donde toda la técnica legislativa se limitaba a recepción del *Code* de la nación vecina de espaldas a nuestra rica tradición jurídica.

Sólo la vocación, fe e idiosincrasia de dos hombres, don José Reus y don Ignacio Miguel (levantinos y, como tales, con idealismo y tesón) serían capaces en aquel ambiente de fundar una Revista, ésta, hoy señora: la de Legislación y Jurisprudencia. Podemos imaginarnos sus vicisitudes en los primeros tiempos. Pero superados, cuatro años después, se asocia a la Dirección de la Revista un nombre que para nosotros —Registradores— es casi místico: Don Pedro Gómez de la Serna.

¿Quién, trazado, impuesto ya el camino a seguir, podía dudar del éxito y larga vida de la Revista?

Así, los nombres preclaros, cimeros, se suceden al frente de la misma y en asidua colaboración a través de sus páginas.

Muerto don José Reus, único superviviente del triunvirato directivo y tras la relampagueante actuación de su hijo Emilio —hombre excepcionalísimo, «que a la edad en que la inmensa mayoría no ha concluido su formación profesional, publicó tratados, ganó elecciones, brilló en la Tribuna, jugó en la Bolsa y se asomó al teatro»— la dirección de la ya casi veterana Revista, fué asumida por otro jurista eminente: don José María Manresa y Navarro. Y tras éste fué el político y jurista: don Eduardo Dato quien la dirigió. Por el asesinato del inolvidable implantador del Derecho laboral en nuestro país, fué conferida la dirección a otro abogado y político, don Angel Ossorio y Gallardo, uno de los más destacados del Foro entonces.

Sobreviene la guerra y al alborear la paz en España, en ésta que pudiéramos llamar su segunda etapa, sale a la calle la Revista de Legislación y Jurisprudencia, dirigida por la máxima figura jurídica de nuestros días, el maestro de tantos maestros, don José Castán y Tobeñas.

Y así, bajo su sabia y experta dirección, cumple en éste los cien años de su existencia, con un prestigio inmarcesible, honesta y gallardamente conquistado en esa dura prueba de un siglo de pervivencia.

Por eso, nosotros, en nombre de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, saludamos y rendimos tributo de admiración a la Revista decana en su dichosa efemérides, y agradecemos —personalmente— al ilustre abogado Fiscal don José María Castán Vázquez, el envío y dedicatoria de esa admirable «Pequeña Historia de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de la que es autor y de la que estas líneas son apenas una breve recensión.

GINÉS CÁNOVAS.

Registrador de la Propiedad

JOSEF L. KUNZ, *The status of occupied Germany international Law: a legal dilemma* (en *The Western Political Quarterly*, vol. III, número 4, diciembre de 1950, ps. 538 a 565). (El status de la Alemania ocupada, según el Derecho Internacional: un dilema jurídico.)

Kuntz expone de nuevo las dificultades de concebir adecuadamente

la situación legal de Alemania. Por un lado, no existe anexión ; por el otro, no cabe hablar de ocupación bélica a los efectos de los Convenios de La Haya. Lo único que es seguro es que la base de los poderes de las potencias ocupantes consiste en la conquista, y que una conquista sin anexión constituye en la historia universal un caso único.

He aquí una de las características de los conceptos de Derecho Internacional Público : la de su unicidad , cada especie forma un género o la esencia sigue a la existencia. (V. nuestro artículo sobre «Normas individuales y normas generales» , en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, año IV, núm. 16, páginas 1187 a 1209). Por el otro lado, seguimos creyendo que la «debellatio» extingue la soberanía del país vencido y que el nuevo «status» del mismo se basa jurídicamente en una declaración unilateral del vencedor (llamada paz dictada) que puede crear nuevos sujetos de Derecho Internacional, a los que se aplicarán cautelosamente las reglas sobre la llamada sucesión de Estados. (V. mis artículos : «Construcción jurídica de la paz dictada», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, julio-agosto de 1945, t. X. páginas 40 a 55 ; y «Vigencia del Convenio de La Haya, de 17 de julio de 1905, sobre procedimiento civil en relación con Alemania», en *Revista de Derecho Procesal*, año VI, núm. 1, 1950, ps. 27 a 40).

RODOLFO DE NOVA, *La jurisprudence italienne en matière de conflits de lois, de 1935 a 1949* (tirada aparte de la *Revue Critique de Droit International Privé*, 1950, núms. 2/3, ps. 45).

El profesor de Pavía da una exposición erudita de la jurisprudencia italiana durante el período consignado en materia de conflicto de leyes privadas (excluyendo el Derecho Internacional Procesal). En la época mencionada intervino el legislador italiano en nuestra disciplina, tanto mediante las disposiciones del nuevo Código civil (actualmente 17 a 31), como por medio de las del Código de la Navegación (5 a 13), datando ambos cuerpos legales de 1942, si bien las normas indirectas del nuevo Código civil ya habían entrado en vigor el 1.º de julio de 1939. En materia de calificaciones los Tribunales siguen manteniendo la tesis de la «lex fori». En cuanto al reenvío existe en el nuevo Código civil una expresa prohibición.

Otras Sentencias se refieren al problema transitorio en el Derecho Internacional Procesal, resolviéndolo a favor de la irretroactividad de las nuevas normas indirectas. Con respecto al problema de la petrificación o alterabilidad del Derecho material aplicable, alguna Sentencia milita a favor de la última alternativa. El orden público ha sido eliminado por algunas Sentencias en los casos de divorcios vinculares de extranjeros ante Tribunales italianos. Otras Sentencias atañen a la cuestión de la prueba del Derecho extranjero. Nova analiza igualmente la jurisprudencia italiana en la Parte Especial.

W. G.

EL PRIMER CENTENARIO DE LA LIBRERÍA BASTINOS

Acaba de cumplirse el primer centenario de la fundación de la Librería Bastinos, que durante un siglo consecutivo viene funcionando en Barcelona, dedicada de una manera especial a los textos de enseñanza. Cien años de vida hablan bien claro del extraordinario prestigio de este Establecimiento que al correr del tiempo ha cumplido una importante misión en el campo de la cultura, puesto que de sus prensas surgieron, en el siglo pasado, la mayoría de los libros escolares que se han publicado en la Ciudad Condal, como asimismo una revista dedicada exclusivamente a los problemas de la enseñanza que tuvo larga y floreciente vida.

En pocos años la Librería Bastinos, fundada en los tormentosos días de medianos del siglo XIX, alcanzó una gran popularidad, ya que gran número de padres de familia han pasado sus umbrales para adquirir los libros de texto que precisaban sus hijos.

Para conmemorar tan señalada efemérides se ha publicado un interesante libro, titulado «Primer centenario de la Librería Bastinos, 1852-1952», escrito por el ilustre historiador doctor don Agustín Durán y Sampere, Director del Instituto Municipal de Historia de la Ciudad, el cual ha estudiado con auténtico cariño los anales de la prestigiosa Librería, enlazándolos con los de otros libreros barceloneses y agrupando alrededor del tema central personajes y cosas que permiten penetrar en lo más recóndito de la época, en la que don Juan Bastinos Coll fundara la Librería de su nombre, que al correr de los años debía ser una de las más representativas en el progreso editorial y librero de la gran urbe mediterránea.

R.