

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Diciembre 1949

Núm. 259

Objeto de los interdictos posesorios

SUMARIO

- I. El problema sobre la amplitud del objeto.
- II. Legislación histórica y Derecho comparado. A) Legislación histórica:
 - a) Derecho romano; b) Derecho germánico; c) Derecho canónico.—B) Legislación comparada: a) Textos legales: a') Francia; b') Italia; c') Alemania. b) Opiniones doctrinales: a') Francia; b') Italia; c') Alemania.—C) El problema en la legislación y doctrina españolas:
 - a) Textos legales; b) Opiniones doctrinales; c) Criterios judiciales:
 - a') Tribunal Supremo; b') Audiencias y Juzgados.
 - III Solución sustentada: a) Clasificación de los derechos: a') Clasificación por el fin; b') Clasificación en derechos absolutos y relativos; c') Sobre la naturaleza del poder jurídico. b) Determinación de los derechos susceptibles de protección posesoria.

I.—EL PROBLEMA SOBRE LA AMPLITUD DEL OBJETO.

La cuestión de la mayor o menor amplitud del objeto de los interdictos posesorios es un problema que en la práctica de los Tribunales se ve frecuentemente planteado y resuelto con criterios dispares.

El problema no es sólo de estos tiempos, sino que en general se puede afirmar que a través del examen del Derecho histórico y de las legislaciones extranjeras, puede observarse igualmente la falta de un criterio concreto y determinado que resuelva el trámite de aplicación de los interdictos posesorios. Unas veces se ve mantenido el criterio de una gran amplitud respecto del objeto de protección posesoria ampliándolo a la posesión de las cosas y de toda clase de derechos; otras veces, por el contrario, se trata de limitar la aplicación de los interdictos posesorios a los casos de posesión de cosas y derechos reales; y dentro de estos dos límites extremos de amplitud y restrictivo se encuñtran una serie de posiciones intermedias que extienden la aplicación de los interdictos

posesorios a una u otra clase de derechos, sin que, a nuestro juicio, se haya llegado hasta el momento actual a una solución definitiva.

Las razones de las dudas que sobre este punto existen son, a nuestro juicio, principalmente, las dos siguientes:

1.^a La imprecisión terminológica. Frecuentemente se habla de posesión de un derecho, de posesión de estado, cuando realmente no existen posesiones en sentido técnico, sino más bien estados posesorios y que por falta del empleo adecuado de otro término más preciso da lugar a las dudas respecto al alcance que debe darse a la palabra posesión en los casos indicados.

2.^a Otra razón, tanto en España como en el extranjero e igualmente en el Derecho histórico, que ha dado lugar a las exageraciones a nuestro juicio respecto de la aplicación de los interdictos posesorios, es el deseo de los litigantes y de sus defensores de evitar las atenciones y dispendios de los juicios ordinarios. Con esta finalidad, de seguir una línea más rápida para lograr el fin interesado, suele patrocinarse y defenderse la extensión de la protección posesoria a toda clase de derechos, y frecuentemente también por los Tribunales es aceptado dicho criterio. Sin embargo, creemos que la extensión a toda clase de derechos de la protección posesoria no es admisible, ya que hay que determinar qué clase de derechos son susceptibles de posesión.

II.—LEGISLACIÓN HISTÓRICA Y DERECHO COMPARADO.

Como decimos, el problema no es sólo de la vida judicial actual española, sino que en otros tiempos y lugares se ha planteado con la misma gravedad. Por esta razón estimamos conveniente el estudio comparativo, entendido éste, tanto en su aspecto histórico como en su aspecto territorial, por lo que vamos a hacer un breve resumen histórico y de alusiones a las legislaciones actuales de los países de mayor relieve jurídico.

A) LEGISLACIÓN HISTÓRICA.

a) DERECHO ROMANO.—El objeto de las acciones posesorias en el Derecho romano se limitaba, salvo algunas excepciones, a las cosas inmuebles. No obstante, y ya al parecer desde la época clásica, se admitía la posesión de derechos en algunos casos. La idea no les resultó, pues, completamente extraña a los juristas de aquella época, como se deduce del Edictum Claudio. La institución de la cuasi posesión fué

acogida de manera clarísima, según se desprende de un pasaje de Gayo, IV-39, en el que se considera el caso "cum de possessiones, vel quasi possessione contenditur", y de un fragmento de Jaboleno, donde se admite que el uso de un derecho debe equipararse a la "tradictio" como "quo tradictio", y finalmente de numerosos textos en los que se menciona la "quia possessio". Se trataba realmente de una institución relativamente nueva que no fué desenvuelta plenamente en la época clásica y que, por tanto, no logró alterar la verdadera estructura de la posesión romana, que es posesión de cosa. Esto explica que la tutela de la "quia possessio" no haya sido uniforme. Al usufructuario y al usuario se le concedieron "utiliter" los interdictos "uti possidetis" y "unde vi". Se acepta la "quia-possessio", con relación a las servidumbres (1).

A los titulares de servidumbres rústicas, de paso y de aguas se les concederán interdictos especiales, con alcance y requisitos propios. En cuanto a las servidumbres urbanas, no se deduce estuvieran defendidas por interdictos especiales, por lo cual la doctrina romana estuvo siempre muy dividida, admitiendo algunos para todas o, al menos, para ciertas categorías de estas servidumbres la "uti possidetis" y el "unde vi" y negando otros toda clase de tutela cuasi posesoria en estos casos (2).

En realidad, en Derecho romano, como hemos dicho, la única posesión reconocida y regulada fué la de cosas públicas; de la de derechos o cosas incorpórales se habla sólo por incidencia o, como decía el marqués de Olivart (3), sólo para significar el estado o la existencia actual del ejercicio del derecho o como sinónimo de uso o costumbre.

b) DERECHO GERMÁNICO.—En general, en Derecho germánico puede afirmarse que sólo se regula la posesión respecto de las cosas y de los derechos reales. Sin embargo, en una época más avanzada aparecen algunos casos de protección posesoria de derechos de carácter patrimonial. Así vemos reconocidos como derechos susceptibles de protección posesoria el derecho de caza en alguna legislación, el derecho de nicho, etc. Podemos afirmar también que no aparecen textos concretos que extiendan la protección posesoria en el Derecho germánico a toda clase de derechos. Se trata de una evolución probablemente derivada de el deseo de obtener la realización de un derecho por vía rápida, lo que da

(1) Ruffin: *Actio spolit*, pág. 189.

(2) Actione Pacchioni: *Derecho romano*. Traducción, Martín Martínez. Valladolid, 1942; págs. 352 y sigs.

(3) Ramón D'Almau-Olivart (Marqués de Olivart): *La posesión*. Barcelona, 1884; págs. 54 y sigs.

lugar a la evolución en el sentido indicado de ampliar la protección posesoria a derechos de carácter patrimonial.

c) En el Derecho canónico es donde, como ya vimos al principio del trabajo, existe una tendencia marcada a extender la protección posesoria a toda clase de derechos, como los honoríficos y los de familia. Se extiende así la posesión en este Derecho desde las cosas corporales a las incorpóreas. El uso de la designación *quasi-possessio* indicó primero una cierta duda de aquella extensión, después la asimilación se hizo clara. Los primeros "iura in possessione" fueron el uso y el usufructo, después las servidumbres y, por último, se aplicó la posesión a los "status personarum", y se habló de una posesión de la libertad, de la ciudadanía, etc., asimilación no puramente verbal, pues también con el ejercicio continuado de cierta facultad se presumía el título y se admitía la adquisición por prescripción (4).

Y aunque es lo cierto que no puede decirse categóricamente que exista una plena admisión de la posesión de derechos, sí puede asegurarse dicha tendencia (5).

Así vemos que se amplía a los oficios, dignidades eclesiásticas, diáconos y estado matrimonial (6).

B) LEGISLACIÓN COMPARADA.

Sentados estos principios, como resumen histórico, se plantea en el Derecho moderno el problema del objeto de la posesión, que no ha sido resuelto con criterio unánime ni por la doctrina ni por los Códigos de los distintos países. Solamente, y a efectos de orientación, vamos a examinar la solución dada por los textos legales más importantes (Francia, Italia y Alemania) y la opinión de sus intérpretes o tratadistas más destacados que se ocupan de la materia para concluir exponiendo la que creemos solución más acertada dentro de nuestro Derecho.

a) TEXTOS LEGALES.

a') *Francia*.—El Código francés habla de la tenencia o disfrute de cosa o derecho (art. 2.228). "La détention ou la jouissance

(4) Enrico Besta: *El diritti sulle cossa nella storia del Diritto italiano*. Padova, 1933.

(5) Melchiorre Roberti: *Svolgimento storico del Diritto privato in Italici*. Padova, 1935.

(6) J. Brisaud: *Manuel d'histoire de Droit privé*. París, 1935; pág. 252.

d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons para nous mêmes ou par autre qui la tient ou que l'exerce en notre nom". (La tenencia o disfrute de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos por nosotros mismos o por otro que la tiene o que lo ejerce en nuestro nombre.)

b') *Italia*.—En el Código italiano de 1865 se hablaba de la posesión de derechos en su artículo 685: "Il possesso a la detenziones di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per se stesso o per mezzo di un altro il quale detenga una cosa o deserciti el diritto in nome de lui." (La tenencia de una cosa o el goce de un derecho que uno tiene por sí mismo o por medio de otro que la tiene o lo ejercita en su nombre.) Por el contrario, en el Código de 1942 se dice en el artículo 1.140 lo siguiente: "Il possesso e il potere sulla cosa che si manifesta in un attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.—Si puo possidere direttamente o por mezzo de otra persona, che ha la detenzione della cosa." (La posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad de otro derecho real. Se puede poseer directamente o por medio de otra persona que tiene la tenencia de la cosa.) Como vemos, se habla sólo de la posesión de la cosa referida a la propiedad y derechos reales y se prescinde del concepto del disfrute del derecho.

c') *Alemania*.—En el Código civil alemán la protección posesoria se limita a las servidumbres prediales (parágrafo 1.029) Wird der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soveit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahre vor der Störung, sei es auchnur einmal, ausgeübt worden ist. (Si el poseedor de un fundo es perturbado en el ejercicio de una servidumbre (rústica o predial) inscrita en el Registro a nombre del propietario, tendrán aplicación las prescripciones para la protección de la posesión, siempre que dentro del año anterior a la perturbación haya sido ejercitada aunque sea sólo una vez.) En los territorios no regidos por el Código civil, es posible la posesión de derechos cuando se trata de aquellos derechos considerados como cosas inmuebles, como son los privilegios de farmacia, los derechos derivados de las concesiones fluviales (derechos de pesca, de barcas o balsas de travesía, de conducción de maderas o almadías) ; estos derechos pueden ser objeto de posesión que,

en defecto de normas de derecho territorial, se rigen por las prescripciones del Reich sobre la posesión de cosas. En otros derechos privados, por ejemplo, derechos de caza, regalías, derechos de asiento en la Iglesia, derechos de nicho o sepulcro, etc., es posible también una "iuris possessio" a tenor del derecho territorial; pero falta una regulación de tipo general, pues la mayor parte de las normas antiguas fueron abolidas. Existe alguna disposición aislada como, por ejemplo, el artículo 254 de la *Olge* ("Rechtsprechung der oberlandesgerichte", editada por Mugdan y Falkmann. Administración de Justicia del Tribunal Superior), según el cual no basta el contrato de arrendamiento de un coto de caza para que el arrendatario sea poseedor del derecho de caza, sino que para ello es necesario también el ejercicio de la caza. Es también interesante el artículo 16 de la Ley de Pesca Bávara, de 15 de agosto de 1908, el cual se inspira totalmente en el parágrafo 1.029 del Código civil. También existe una especie de posesión de derechos en virtud de ejercicio, durante diez años, en la Ley de Aguas Prusiana de 7 de abril de 1913 (7).

Como vemos, en alguno de los Códigos precitados se habla de posesión de derechos sin hacer distinción de ninguna clase; ahora bien, cuando se trata de determinar qué derechos pueden ser objeto de estas acciones posesorias, los autores se dividen, no existiendo conformidad.

b) INTERPRETACIONES DOCTRINALES.

a') Francia.—En Francia, Pothier extiende la "quasi-possessio" a toda clase de derechos incorporales, especialmente, por ejemplo, los derechos de diezmo, de feudo, servidumbre, jurisdicción, etc., por lo que la define diciendo que es "el goce que se tenga de cualquier derecho, es una quasi-posesión (8).

Laurent reconoce que la palabra quasi-possessio debe ser desterrada del Derecho francés, desde el momento que todo derecho puede ser poseído (9).

Colin y Capitant afirman que la posesión puede referirse a las cosas, derechos reales, derechos de crédito y derechos referentes al estado personal, y citan los artículos 195 a 197, referentes a la posesión de estado de cónyuge, y los artículo 320 y 321, referentes a la posesión

(7) Citados por Pérez y Alguer: *Anotaciones a Enneccerus, Kipp y Wolff*, tomo III. *Derecho de cosas*; Martín Wolff.

(8) Pothier: *Traité de la possessio*, tomo II, parágrafo 38.

(9) Laurent: *Droit civil*, tomo XXXII, parágrafo 262.

de estado de hijos. Sin embargo, esta posesión produce sólo efectos especiales y restringidos y refieren la teoría de la posesión a la de cosas y derechos reales (10).

b') *Italia*.—En Italia, Ruggiero, con referencia al Código de 1865, decía: "Si bien pueden ser objeto de la posesión tanto las cosas como los derechos, sin embargo, no todas las cosas corporales ni todos los derechos son susceptibles de posesión. Entre las cosas se excluyen las que están fuera de comercio, entre los segundos se excluyen los que no figuran en la categoría de los reales. Cuando en la posesión háblase de posesión de estado familiar, condición de herederos, se habla en un sentido muy diferente a la posesión técnica, a la que se confiere la tutela posesoria. La posesión verdadera y propia de un derecho de obligación implicaría, si se admitiese, que quien tiene el disfrute del mismo, exigiendo desde cierto tiempo las prestaciones periódicas del deudor, tuviera acción para ser mantenido en el goce del mismo y podría continuar exigiendo, cuando el deudor, apercibido de que no era deudor, suspendiese el pago. Sobre un caso muy interesante de posesión de créditos, cita Ruggiero (tomado de Gianturco: "Diritti Riali", pág. 99 y siguientes) en la antigua legislación napolitana un Decreto de 30 de enero de 1817 para asegurar a las instituciones benéficas el pago de sus créditos, no obstante la pérdida de los títulos relativos (11).

También Maroi cita casos importantes en los que se puede ofrecer la cuestión, como son los del suministrador de energía eléctrica, de agua potable, de gas, etc., que interrumpen el suministro; del que concede el derecho a excavar en el subsuelo, que impide la accesión al inmueble del concesionario y otros (12).

Chironi, para el que posesión es el ejercicio de un derecho independientemente de la existencia real de éste, sostiene que puesto que todos los derechos son susceptibles de ejercicio, todos lo son de posesión. Ahora bien, como la posesión parece referirse al ejercicio reiterado del derecho y de éste sólo son susceptibles algunos derechos, pueden ser objeto de aquélla algunos, no todos (13).

(10) Colin y Capitant: *Curso elemental de Derecho civil*. Trad. por la Redac. de la *Rev. Gen. de Legisl. y Jurisp.*, con notas sobre el Derecho civil español, por Demófilo de Buen; tomo II, vol. II, 1923; pág. 886.

(11) Ruggiero: *Derecho civil*. Trad. española de Serrano Súñer.

(12) Maroi: *Il contratto di concessione mineraria e la tutela possessoria*, citado por Ruggiero. *Riv. Sc. Comm.*, tomo X, 1920.

(13) Chironi: *Riv. Dir. civ.*, VIII, págs. 253 y sigs.

c') *Alemania*.—En Alemania, Windscheid, dice: "A la pregunta sobre en qué derechos a más de los reales puede ser reconocida la posesión, debe contestarse que la posesión no debe excluirse, en general, de ningún derecho que admita un ejercicio permanente." (14).

Hedemann niega la "quasi-possessio", cuya noción, dice, es completamente falsa, pues no goza de interdictos ni de usucapión (15).

De la misma opinión es Elvers, que llega a negar que la "quasi-possessio" romana fuese conocida de los jurisconsultos antiguos, y dice que fué Ulpiano quien la introdujo (16).

Bruns admite la posibilidad de la posesión acerca de los derechos personales, porque comprende la correspondiente posibilidad de su ejercicio, ya se refiera a otra persona, ya lleve el de ser igual o superior a la misma, por ejemplo, en las relaciones entre padre e hijo; soberano y súbdito (17).

C) EL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ESPAÑOLAS.

a) *Textos legales*.—Nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, en el artículo 1.651, se refiere al interdicto de retener o recobrar, cuando el que se halle en posesión o tenencia de una cosa haya sido perturbado, pero el Código civil, de fecha posterior a la Ley, dice en el artículo 430, que la posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona ; el 431, que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que la tiene y la disfruta. ; el artículo 432 habla de la posesión en los bienes y derechos, puede tenerse en uno de dos conceptos .

Como se ve, pues, parece en principio bien concreto el deseo del Código civil de extender la posesión a los derechos, por lo que la protección posesoria interdictal, en principio, ha de referirse también a los derechos.

b) Ahora bien, para determinar en España a qué clase de derechos debe referirse, se han expuesto por los tratadistas distintas opiniones.

(14) Windscheid: *Lehrbuch der Pandecten*, 5.^a ed., segunda tirada.

(15) Hedemann: *Ueber den Erwerb und Schutz der servituten mit besond. Verrücksicht d. q. «possessio» und «longa quasi-possessio» nach Röm. Rechte*. Berlin, 1864.

(16) Elvers: *Archiv für praktischen rechtswissenschaft*. En colaboración con Ihering, Weber y Hoffman. Leipzig.

(17) Bruns: *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und der Gegenwart*.

Podemos hacer tres grupos, en atención a los tres puntos de vista indicados al principio de este trabajo, según se siga un criterio de absoluta amplitud, criterio restrictivo o soluciones intermedias.

Dentro del primer grupo, de la mayor amplitud, podemos incluir la opinión de Caravantes, que ya con referencia a la Ley de Enjuiciamiento civil de 1885, decía que los interdictos se refieren no sólo a la posesión de cosas, sino a la quasi posesión de derechos o cosas incorporales, y, por lo tanto, proteger a poseedores de toda clase de derechos. Sin embargo, no aclara ni da el fundamento de su opinión.

Dentro del mismo criterio de amplitud puede exponerse la opinión de Manresa. Dice este autor que la ambigüedad de expresión del Código civil se presta a distintas interpretaciones sobre este punto, pero en definitiva opina que la posesión de derechos que no son reales producen, sin embargo, efectos y el poseedor debe ser mantenido en la misma mientras no se pruebe que aquellos derechos o aquel estado de posesión no corresponden al poseedor. Dice que no se puede, sin embargo, negar la superior importancia y los mayores efectos que producen la posesión de los derechos reales y sobre todo la del dominio y la de las cosas. El hecho de que muchos derechos que pueden ser objeto de posesión no pueden ser prescritos, no altera, en su opinión, la idea de que la posesión de los derechos es verdadera posesión y debe, por tanto, ser protegida por los medios legalmente establecidos (18).

Dentro de este grupo podemos incluir la opinión de Valverde, que sobre la base del artículo 437 del Código civil, que dice que pueden ser objeto de posesión todas las cosas que lo son de apropiación, deduce que todos los derechos reales o de obligación pueden ser poseídos (19).

Entre los modernos, Prieto Castro, aun considerando que cuando se trate de créditos únicamente el título material es lo que se posee, y por lo tanto, solamente los derechos reales sobre bienes inmuebles, como, por ejemplo, las servidumbres, son susceptibles de posesión, cree que es oportuno extender la protección interdictal al mayor número de situaciones jurídicas y de hecho (20).

Dentro del segundo grupo, o sea de aquellos que siguen un criterio más restrictivo, podemos citar la opinión de De Diego, que dice que la

(18) José María Manresa Navarro: *Comentarios al Código civil*, tomo IV, 5.^a edición, págs. 113 y sigs.

(19) Valverde: *Tratado de Derecho civil*, tomo III, parte especial, página 296.

(20) Prieto Castro: *Derecho procesal civil*, tomo II.

posesión en sentido generalísimo puede ser aplicable a todos los derechos, cualquiera que sea la índole de éstos, en cuanto que aquélla significa el ejercicio de un derecho. Sin embargo, de esta idea deben ser excluidos aquellos derechos cuyo ejercicio en modo alguno puede ser destacado de su verdadero titular: el derecho a la vida, en su acepción técnica y precisa, no es aplicable sino a los derechos patrimoniales y de estos, principalmente, a los reales de cierta estabilidad y permanencia, siendo, pues, incompatible con el ejercicio fugaz de la mayoría de los derechos de crédito; la posesión implica un cierto estado de hecho en que alguien ocupa el puesto del verdadero titular. Entre los derechos reales dice que hay algunos que no son susceptibles de posesión, como los de hipoteca, prenda y las servidumbres que no sean continuas y aparentes (21).

Igualmente Pérez y Alguer, después de examinar y analizar el precepto del Código civil referente a la posesión, opinan que no todos los derechos son susceptibles de posesión protegida. Resuelven esta cuestión sobre la base de los dos criterios siguientes: 1.º La consideración del concepto de la posesión. 2.º El criterio sistemático del Código civil sobre la misma.

Desde el primer punto de vista dicen que el concepto de posesión supone una relación de ejercicio estable y de hecho, según lo revelan los modos de adquisición de la posesión. Por ejemplo, no es posible la ocupación material del derecho poseído de que habla el artículo 438, sino en el sentido de que la ocupación material recaiga sobre la cosa objeto del derecho. De un crédito, en cambio, no puede decirse que esté sometido a la ocupación material, sino cuando se trata de un crédito incorporado a un documento, pero en este caso lo poseído es el documento, o sea una cosa corporal. Concluyen estos autores diciendo que lo más correcto y ajustado a la lógica del concepto de la posesión es entender que no es susceptible de la misma un derecho que no tenga por objeto una cosa material.

Desde el punto de vista del criterio sistemático del Código civil sobre la posesión, argumentan en el sentido de que sólo cabe la posesión sobre los bienes y derechos reales, por estar esta institución incubada en el Libro III del Código civil, que trata "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones". Dicen, acertadamente, que si bien el

(21) De Diego: *Curso de Derecho civil*, tomo III, tercera parte especial, páginas 398 y sigs

Código civil emplea la expresión de posesión en otros preceptos que ninguna relación guardan con la propiedad, como en el caso de posesión de estado (artículos 54, 116, 117 y 135) y de posesión de crédito (art. 1.164), estas situaciones no tienen en el orden positivo consecuencias comparables a las que engendra la posesión de los artículos 430 y siguientes, pues estas posesiones no pueden adquirirse por ocupación material, ni por representante legal o voluntario, ni pueden dar lugar a la prescripción adquisitiva (22).

Dentro del tercer grupo citado o de posiciones intermedias, podemos citar la opinión de Moner, según la cual, la cuasi posesión lo es de cosas incorporales y de derechos enajenables, pero no de derechos facultativos. La cuasi posesión estará dedicada al uso, a la habitación y a los derechos personales de toda clase no menos que a los que constituyen el dominio. Limita, pues, este autor la extensión de la cuasi posesión y, por lo tanto, la protección posesoria a los derechos enajenables (23).

Para Sánchez Román esta cuestión debe plantearse en el sentido de que si bien todo el que ostenta un derecho tiene posesión jurídica en el sentido más lato de la palabra, sin embargo no debe estimarse que toda clase de derechos pueden poseerse, en consideración precisamente a la excesiva latitud de la palabra posesión en este sentido. La cuestión, pues, debe concretarse a saber si todos los derechos tienen aptitud objetiva para el derecho posesorio, mediante una actualidad más o menos permanente de los mismos. La posesión en este sentido concreto estima este autor que es aplicable sólo a los derechos de trato sucesivo continuo (24).

Ocupa también una posición intermedia Scevola, quien después de exponer las dudas a que da lugar la redacción del Código civil, ya que por una parte el artículo 430 inclina a una interpretación expansiva; por otro lado el 431 parece imponer un criterio restrictivo, ya que la posibilidad de que la posesión se ejerza en las cosas y en los derechos por la misma persona que los tiene y disfruta o por otra en su nombre, implícitamente restringe la posesión de los derechos de la personalidad.

(22) Pérez y Alguer: *Anotaciones al tratado de Derecho civil de Ennecerus, Kipp y Wolff*, tomo III. *Derecho de cosas*, por Martín Wolff.

(23) Joaquín Manuel de Moner: *Cuasi posesión*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIX, págs. 367 y sigs.

(24) Sánchez Román: *Estudios de Derecho civil*, tomo III, 2.^a edición. Madrid, 1900; págs. 412 y sigs.

¿Es lícito—se pregunta—imaginar que un derecho político, por ejemplo, el de sufragio, o un derecho civil como la patria potestad o la autoridad marital puedan ser ejercidos por una persona distinta del elector, del padre o del marido? Enunciar la hipótesis es antijurídico; ratificárla con una afirmación rayaría en lo grotesco.

Más adelante añade este autor que el que posee una cosa corporal, cuando puede traducir su poder por actos reiterados, tiene verdadera posesión, pero por estos motivos los derechos de obligaciones que se extinguen en virtud de un solo acto, no son susceptibles de protección posesoria (25).

c) CRITERIOS JUDICIALES.

a') *Tribunal Supremo*.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo incidentalmente ha tenido ocasión de ocuparse de este problema. Dos sentencias tienen especial interés sobre el particular, si bien las dos son anteriores al Código civil y referentes al derecho real de servidumbre únicamente. "Bajo el nombre de posesión—dice la primera—se entiende comprendida la posesión a efectos del interdicto de recobrar en los cuales se resuelve una cuestión de orden público, que del propio modo se afecta privando a uno por mano propia de la cosa corporal que posee, como de un derecho de servidumbre que ejercita o quasi-posee." (Sobre posesión de una servidumbre de carro durante treinta y cinco años sin interrupción.) (26).

Dice la segunda: "Conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, fundada, entre otras Leyes, en la 1.^a, título XXX, Partida III, el interdicto de recobrar es procedente siempre que se prive a cualquiera de cosas muebles o raíces, o del ejercicio de un derecho, pues que resolviéndose en esta clase de juicios sumarísimos cuestiones de orden público, lo mismo se afectan privando a uno con violencia o clandestinamente de una cosa corporal que poseía como de un derecho que quasi-poseía." (Caso de servidumbre de aguas.) (27).

En cambio, no se ha establecido, que sepamos, doctrina sobre la procedencia del interdicto para reintegrarse en la posesión de derechos de naturaleza no real, pues en el único caso resuelto por el Tribunal Supremo, referido al derecho de ostentar la cualidad de socio, se decretó la nulidad de la Sentencia restitutoria, no porque se estimase vicioso el

(25) Mucius Scevola: *Comentarios al Código civil*, tomo «Posesión».

(26) Sentencia del Tribunal Supremo de 31-12-1879.

(27) Sentencia de 11-7-1881.

ejercicio de la acción interdictal en aquel supuesto, sino porque discutida en el juicio plenario la cuestión de la existencia de la Sociedad, se decretó su inexistencia y quedó con ello privado el acto del carácter que se le atribuía (28).

b') Audiencias y Juzgados.—Por el contrario, las Audiencias han dictado resoluciones que extienden el interdicto a derechos de naturaleza personal. Beceña citaba el caso del socio a quien se había privado del ejercicio de los derechos de tal y el del empresario contra la tiple que se negaba a cantar. También aparecen citadas con frecuencia dos Sentencias del Juzgado de Burgos de 9 de julio de 1942, estimando interdicto por despojo a una Compañía de viajeros, y de 9 de mayo de 1935, estimando interdicto de retener por perturbación en el ejercicio de la profesión de cirujano en un determinado sanatorio.

Pero de las Sentencias dictadas por los Juzgados, quizá la que más resonancia alcanzó es la dictada por el Juzgado de la Latina, de Madrid, con fecha 9-1-1932, por la que se daba lugar al interdicto de recobrar formulado por la Junta Directiva del "Touring Club Español". Es de notar que en el Suplico de la demanda se solicitaba "haber lugar al interdicto y ordenando se ponga en posesión del demandante y de los Señores . . . , como Presidente y Directivos, respectivamente, del "Touring Club Español" y en representación legal de éste, todos los muebles y efectos, enseres y documentos que se encuentren en el que sea domicilio social de la Asociación . . . , practicándose a dichos efectos todos los requerimientos necesarios para reponer en la posesión al demandante". Posteriormente, en el Acta del juicio, folio 5, se reclamó la reposición a la Directiva de la Asociación "Touring Club" en la posesión de sus cargos y de los muebles y enseres pertenecientes a la misma. La parte demandada se opuso a esta ampliación; no obstante, en la sentencia se declaró haber lugar al interdicto, y transcribimos a continuación los Considerandos fundamentales de aquélla: "Considerando—se dice—que si bien dentro del campo especulativo es interesante la discusión mantenida por aquellos tratadistas como Gianturco, Bianchi, Venzi, etc., que defienden la inaplicación de la acción de despojo a los derechos reales, tales opiniones podían mantenerse con referencia al Código civil italiano, pero ante "las claras y concisas definiciones de los artículos 430 al 432 del Código civil, que hace

(28) Sentencia del Tribunal Supremo de 3-1-1893.

posible la acción de reintegración a los bienes y derechos de aquella "clase" más tanto en los Códigos extranjeros como en el de España, la cuestión apasionada surge cuando se contempla el ejercicio de la tutela posesoria contra el despojo de otros derechos no reales, como los de crédito y de familia, ya que civilistas tan autorizados como Sánchez Román y Segís, defienden la negativa, llegándose a sostener por Dernburg que la protección posesoria sólo abarca, tratándose de la cuasi-posesión a la de los derechos representativos del disfrute de una porción de bienes garantizados a cada individuo, o sea un interés garantido, y Finzi, concluye que las palabras *disfrute de un derecho* "godimento de un diritto" incluidas en las definiciones de la posesión de los Códigos italiano y español, no puede significar sino el disfrute de una cosa corporal cuyo contenido corresponde a un derecho (Il possesso dei diritti, pág. 141 y siguientes); también el Código alemán y el suizo niegan conocimiento a la posesión de derechos en general y especialmente a los de crédito y familia". En el segundo Considerando dice: "Que llevada la tesis al campo de nuestro derecho positivo encontramos como primer jalón el artículo 430 del Código civil, que inspirado más en la doctrina canónica que en el romanismo, reconoce como susceptible de posesión el disfrute de derechos, sin distinción, siguiendo aquella doctrina de la ley 1.º, Título XXX de la Partida III, que comprendía en la cuasi-posesión no sólo los derechos reales de toda suerte, mas también los de crédito y personales "porque demanda un amo sus deudas", llegando los tratadistas más distinguidos, como Sánchez Román y Manuel de Moner, a sostener que la cuasi-posesión, comprenderá, no sólo el usufructo, el uso y la habitación, sino los derechos personales de toda clase no menos que a todos los que desmembran el dominio, y como el primero de aquéllos plantea en su obra fundamental el tema de si los derechos de todas clases son susceptibles de posesión jurídica, se resuelve francamente por la afirmativa, propugnando porque todo el que ostenta un derecho tiene una verdadera posesión jurídica en el sentido más lato de la palabra, en cuya posesión ha de ser mantenido por la ley, mientras que por medios también legales no sea eficazmente contradicho. Si de la interpretación magistral de la ley, pasamos a la más auténtica de la jurisprudencia, el fallo dictado por el Tribunal Supremo el 31-12-1879, aunque recaído con motivo del ejercicio en una servidumbre de la acción de reintegración, requerido especialmente nuestro Tribunal de Casación sobre aquella tesis, en el primero de los

motivos del recurso declaró aplicable aquella acción a la quasi-posesión de derechos; la sentencia de 11-7-81 corrobora la doctrina con más amplios horizontes, ya que declaró en su primer Considerando que, conforme a la jurisprudencia constante de este Tribunal Supremo, fundada entre otras leyes en la 1.^a, Título XXX, Partida III, el interdicto de recobrar es procedente siempre que se prive a cualquiera de cosas muebles o raíces o del ejercicio de un derecho". El fallo dice: "Haber lugar a la demanda formulada por Don ... debo mandar y mando que se reponga a éste y a Don ... en la posesión de los cargos de Presidente y Directivos del "Touring Club" y de los muebles, efectos y enseres, etc. (folio 139)." Sentencia que fué revocada en 26-10-32.

El criterio mantenido por esta sentencia nos parece exagerado. La opinión de Sánchez Román que se acepta en el sentido, es interpretada, sin embargo, en el sentido lato que Sánchez Román da a la palabra posesión. En nuestra opinión no puede admitirse este criterio expansivo y de amplitud a los interdictos posesorios. Más acertado nos parece el criterio mantenido en otra sentencia restringiendo el criterio indicado.

Se dice en esta sentencia que, considerando que la posesión o mera tenencia de la cosa o derecho por parte del demandante, exigida en los artículos 446 del Código civil y 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha de ser de un derecho real susceptible de apropiación personal, no de los de naturaleza distinta, puesto que si en nuestro ordenamiento jurídico se habla de posesión de estado civil de hijo natural de crédito (artículos 116, 135 y 1.164 del Código civil), se alude, según autorizadas opiniones modernas, a situaciones de hecho en el ejercicio de derechos llamados estados posesorios por extensión del lenguaje y en sentido analógico o figurado desprovistas de garantías de verdadera posesión relativas al dominio o demás derechos reales apropiables por su esencia (posesión técnica) en cuanto éstos son defendidos "ad interdicta", ya que para que la justicia no se haga por propia mano (que pudiera recordar la fase de la venganza privada), ya también para proteger al propietario que posee por medios sencillos sin constreñirle a la prueba de su título de tal propietario y ser, en definitiva, la posesión la exteriorización de la propiedad en la mayoría de los casos (29).

Criterio análogo se ha sostenido por la Audiencia de Madrid en sentencia de 14 de marzo de 1947, comentada por Prieto Castro (30).

(29) Sentencia del Juzgado núm. 13, de Madrid, de fecha 7-11-1941.

(30) *Revista de Derecho procesal*, año 1947, págs. 502 y sigs.

Se trataba de la construcción de una marquesina en un establecimiento de un lugar céntrico de Madrid, que, en opinión de los actores del interdicto, quitaba visualidad a los anuncios existentes en el piso superior. Este problema, planteado ya repetidas veces en otros casos, ha sido resuelto, a nuestro juicio, acertadamente, en la citada sentencia de la Audiencia. Se estima que el derecho a que sus anuncios fueran vistos con mayor amplitud, que se alegaba poseer en el momento de la construcción de la marquesina, no constituyan derechos susceptibles de protección posesoria, ya que, estando éstos abiertos sobre la vía pública, no podía aceptarse el criterio de que existiera un predio sirviente ni, por lo tanto, se hubiesen constituido ni adquirido servidumbres ni ningún otro derecho real o personal de carácter civil. Se decía que, habiéndose construido la marquesina referida en virtud de autorización del Ayuntamiento y no cabiendo contra la Administración y sus concesiones la vía interdictal, así como siendo ésta inadmisible contra el particular, que obra en el ejercicio de un derecho que le corresponde, procedía revocar la sentencia del inferior que dió lugar a la acción interdictal. Interesantísima también la sentencia de la Audiencia de Pamplona de 25 de enero de 1947, asimismo comentada por Prieto Castro en la *Revista de Derecho Procesal*: A continuación de la anterior se trataba de que Don E. P. era arrendatario de la plaza de toros de X, y al fallecer, la empresa propietaria, después de haber realizado actos de reconocimiento de la posesión de la misma a los herederos de aquél, con la alegación de que el contrato tenía carácter personalísimo, lo dió por terminado, concluyendo seguidamente otro con Don P. M., al cual se entrega ese lugar de espectáculos taurinos. Los herederos de Don E. P. interponen demanda de interdicto recuperatorio contra la empresa propietaria y Don P. M., que el Juzgado no admite; pero la Audiencia revoca esa resolución, mandando que sea instituída la posesión, absolviendo a Don P. M. (Remitimos al lector al interesantísimo comentario del Dr. Prieto Castro.)

En resumen, puede observarse de lo expuesto que tanto en la opinión de los tratadistas como en las resoluciones judiciales, dentro y fuera de España, se observa la preocupación de concretar la clase de derechos a que debe extenderse la protección posesoria, pues ni es admisible excluir toda clase de derechos, ni tampoco extenderlos a todos los derechos.

III.—SOLUCIÓN SUSTENTADA.

Para tratar de exponer el criterio que debe presidir respecto de la protección interdictal, tenemos que partir de la base de determinar qué derechos son susceptibles de posesión y, por lo tanto, de la consiguiente protección posesoria, y para ello conviene hacer un breve examen de la clase de derechos existentes y a cuáles debe atribuirse dicha protección posesoria. Vamos a exponer para ello, en resumen, las clasificaciones de derechos que en atención a diversos puntos de vista se exponen en el Tratado de Enneccerus.

a) CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS.

a') *Clasificación por el fin.*—La clasificación más importante de los derechos es en atención a su fin. En este sentido se distinguen los derechos de las personas, derechos de familia y derechos patrimoniales. Los derechos de las personas y derechos de familia son susceptibles de posesión en el sentido amplio de estados posesorios de esos mismos derechos, pero en modo alguno susceptibles de posesión en sentido técnico y de consiguiente protección interdictal.

Respecto a los derechos patrimoniales, que son aquéllos que deben servir a la satisfacción de las necesidades de la persona y no como los derechos de familia, simple medio para el cumplimiento de un deber ético hacia otra persona, hay que distinguir, a su vez, entre derechos reales, derechos inmateriales, derechos de crédito y derechos hereditarios. De esta clase de derechos patrimoniales habría que excluir no sólo los derechos de crédito, sino determinados derechos reales llamados derechos de adquisición, por lo que habría que hacer un estudio uno por uno de la clase de derechos patrimoniales y excluirlos o incluirlos sin un criterio determinador concreto.

b') *Derechos privados, absolutos y relativos.*—Ciertos se dirigen únicamente contra personas singularmente determinadas los obligados (derechos relativos), otros no se dirigen contra persona determinada, sino que dan un señorío absoluto que se dirige contra todos (derechos absolutos, derechos de exclusión). Podría en principio pensarse que sólo los derechos absolutos son susceptibles de posesión, ya que, desde luego, no pueden incluirse los derechos relativos, pero puede hacerse la objeción de que, como dice Enneccerus, esta distinción no es *omni comprensiva*. Los derechos de familia tienen un aspecto relativo,

por cuanto obligan a la persona determinada a una cierta conducta, por ejemplo, a la mujer a seguir al marido, pero además tiene un aspecto absoluto en cuanto está prohibido a todos el atacar el señorío jurídico familiar (31).

c') *Clasificación de los derechos por la naturaleza del poder jurídico.*—La diversa naturaleza del poder jurídico, o sea las facultades que se conceden en un derecho son diversas y dan lugar a una clasificación establecida por el citado Enneccerus, a nuestro juicio de gran importancia para el tema que nos ocupa. La clasificación o categoría de los derechos en atención a este criterio son: los derechos de dominación, las pretensiones y los derechos a la modificación jurídica.

Los derechos de dominación, o sea el poder jurídico, de influir o de excluir la influencia ajena sobre un objeto determinado (cosa, persona, producto de espíritu, derecho, patrimonio). Las pretensiones son los derechos a exigir de otro sujeto determinado una acción u omisión. Los derechos de modificación jurídica o derechos de formación consisten en el poder jurídico, en virtud del cual puede producirse por ellos o a nuestro favor, aun sin nuestra voluntad una modificación jurídica, o sea el nacimiento, la extensión o la modificación de derechos subjetivos.

b) DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN POSESORIA.

De la clasificación expuesta creemos que los llamados derechos de dominación son realmente aquellos derechos susceptibles de protección posesoria. En verdad que el Código civil, en el artículo 437, al decir "sólo pueden ser objeto de posesión las cosas o derechos que sean susceptibles de apropiación", a nuestro juicio mantiene el criterio que acabamos de exponer. Sólo aquellas cosas o derechos susceptibles de apropiación o de dominación son los que deben ser objeto de protección posesoria. Los derechos de señorío sobre la cosa o sobre los derechos son dos, como dice Enneccerus en otro lugar: la plenamente eficaz fuente de ellos, o sea la propiedad, y una relativamente más débil, la posesión. Todo aquello que no sea susceptible de apropiación o que esté fuera del comercio, como decía ya Ruyero, no debe ser susceptible de posesión.

En conclusión, creemos que los problemas siempre difíciles del

(31) Enneccerus: *Tratado de Derecho civil, parte general*, vol. I, página 320.

ámbito de aplicación de los interdictos giran siempre sobre tres puntos fundamentales:

1.º El del problema de legitimación activa y pasiva, o sea el de si está legitimado todo tenedor o está excluido el detentador, así como si puede ejercitárolo el cesionario, subarrendatario, etc., y contra qué personas puede dirigirse (32).

2.º El de la determinación de si concurren los requisitos de la posesión, o sea si ésta es posesión verdadera y no se trata de actos clandestinos o meramente tolerados que no afecten a la posesión, y, por último,

3.º El de si existe verdadero objeto susceptible de protección posesoria.

Creemos que, unas veces por excepción de amplitud en cuanto al criterio para la determinación de la legislación activa o pasiva o del objeto, se está desvirtuando en el momento actual en España (como ya advertimos ha ocurrido en otros momentos históricos en otros países) la aplicación de la protección posesoria. EN NUESTRA OPINIÓN SOLAMENTE SON OBJETO SUSCEPTIBLE DE PROTECCIÓN POSESORIA AQUELLOS DERECHOS QUE SON SUSCEPTIBLES DE DOMINACIÓN O APROPIACIÓN.

CARLOS VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER.

Secretario judicial. Profesor adjunto de Derecho Procesal de la U. C. Secretario general del Instituto Español de Derecho Procesal.

(32) Problemas éstos de los que nos ocupamos en trabajo publicado en la *Revista de Derecho privado*.

Elementos de hecho (boceto)

La literatura jurídica sobre temas hipotecarios se ha desarrollado extraordinariamente en los últimos años; síntoma claro del arraigo que va logrando la Institución registral y de la madurez científica de sus especialistas. Mucho se ha escrito, en efecto, y acertadamente por cierto, sobre el valor de la inscripción, pero observo que suele soslayarse el análisis, o se le dedican pocas líneas—con alguna honrosa excepción, aunque el mismo se haga sobre el pie forzado de opiniones de juristas alemanes, y con la estrechez de límites que impone un tratado—del problema referente a ese valor del asiento en relación con los llamados elementos de hecho que sirven de soporte a las situaciones jurídicas inmobiliarias. La mayoría, con el subterfugio de que “el Registro tiene por objeto los derechos y el Catastro todo lo que se refiere a los hechos”, eluden todo estudio dando por sentado el que el Registro nada afecta a éstos. Otros, al exponer la doctrina de la fe pública registral, se limitan a decir: “La inscripción no da fe de los elementos de hecho”; frase ésta que leemos repetida hasta el infinito en trabajos y en resoluciones judiciales; repetición que parece revelar existe una verdadera “comunis opinio”, siendo tal afirmación un axioma jurídico. Paréceme que tal axioma sólo tiene en algunos casos el valor de una frase hecha al olvidar determinadas facetas.

Ciertamente que ya don Jerónimo González estampó en sus principios las siguientes palabras: “La deficiencia de nuestras descripciones, la falta de Catastro y la petrificación de los datos, que pasan de una a otra inscripción cada vez más distanciados de la realidad, imponen inexcusablemente la citada opinión de los juristas alemanes, que niegan en su sistema la extensión del principio de publicidad a tales ex-

tremos (se refiere a las circunstancias relativas a medidas, situación, etc., de las fincas)" pero don Jerónimo hizo tal afirmación al estudiar la fides pública en sentido estricto y, además, agregó: "A veces resultará difícil decidir si para una litis determinada los datos son jurídicos o de mero hecho. La agregación de varios metros de una parcela, los límites de dos fincas, el ancho de una servidumbre, quedaba al amparo del principio de publicidad, en muchos casos como declaraciones trascendentales." Estas últimas palabras revelan una clara preocupación que se observa también en otros autores y que a mí me autorizan para intentar divagar sobre tal materia, con el fin de ver si existe posibilidad de alentar a los que tienen medios para ello a realizar una revisión de la doctrina vigente.

II

Nuestro Registro no es una "exposición" de relaciones contempladas filosóficamente en abstracto, sino un Organo de publicidad en base a títulos, del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles determinados; precisamente por eso es básico en nuestro Sistema el concepto de finca, aunque el Reglamento y la Ley, seguramente con acierto, no lo hayan definido. La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad, dice el artículo 7.º de la Ley, será de dominio. Cada finca, dice el artículo 8.º, tendrá desde que se inscriba...". La finca es preocupación constante de la Ley y del Reglamento, que prolijamente dispusieron cómo ha de describirse.

Si yo afirmase que la finca es la entidad hipotecaria con folio real abierto, diría una verdad, pero sin gran eficacia a los fines que persigo, pues si tal definición es admitida por muchos, lo es para abarcar supuestos no ordinarios en los que la Ley asimila a finca, por motivos diversos, entidades que no lo son "per se". Primariamente, la finca se presenta en vida jurídica como "parte de la superficie terrestre deslindada y por ello jurídicamente indubitable, que es objeto de una relación dominical"; concepto este comúnmente admitido y que lleva el marchamo oficial del propio Centro Directivo. Esos trozos de tierra, términos de una relación, al ser plasmado en el cuerpo tabular, infiltrándose en folio real, a través del título, constituyen la entidad dicha.

Ahora bien, si la finca es un trozo de superficie terrestre, ocupará un lugar de la misma, señalado más o menos concretamente, en forma

perfecta o imperfecta por líneas poligonales. Sin tales datos determinativos no podrá hablarse de finca; es decir, que los mismos serán esenciales. El artículo 9.º de la Ley y el 51 del Reglamento expresan como requisitos necesarios la naturaleza, situación y linderos, consignando otros con un valor meramente secundario.

Los expresados requisitos suelen exponerse bajo la rúbrica general de "elementos de hecho", pero tal vez debiera emplearse la denominación de "materiales u objetivos" para evitar toda confusión. Si observamos sus características, veremos que algunos de ellos se presentan como una verdadera exigencia de la Naturaleza y otros, aunque siempre con soporte real, son más bien producto de la voluntad humana al convertir un trozo de superficie terrestre en objeto de la relación dominical; no pudiendo, por tanto, afirmarse que todos ellos sean meros hechos que la mente deba limitar a acatar, sino que algunos son el resultado del querer humano. Fuera del orden jurídico existen superficies terrestres determinadas en la realidad, bien por linderos naturales o bien por la mano del hombre sobre el terreno, que vulgarmente constituyen una finca, pero que, sin embargo, jurídicamente puede estar formada por varias. La voluntad puede agrupar, dividir, segregar; es decir, como afirmábamos, que el negocio jurídico puede ser determinante en cuanto a los referidos elementos. De manera general se puede incluir entre los elementos de mero hecho a los legalmente secundarios y entre los que pudiéramos denominar de trascendencia jurídica a los esenciales. Y digo de manera general, porque algunos del primer grupo (la cabida, por ejemplo) pueden, por su propia naturaleza, tener verdadera relevancia en casos excepcionales; por otra parte, en cuanto a los antes calificados de esenciales, los linderos constituyen efectivamente el verdadero "substratum" descriptivo, pero no puede afirmarse lo mismo con respecto a la naturaleza de la finca, ya que —sin perjuicio de lo que diremos— hace más bien referencia a un concepto, y la misma situación, aunque su trascendencia hipotecaria es extraordinaria, en el aspecto que ahora examinamos es circunstancia complementaria de los linderos.

El Registro carecería de finalidad práctica si se limitase a reflejar solamente la "potestas" o "señorío", omitiendo su objeto; es decir, la finca, ya que equivaldría a publicar, por así decirlo, el alma prescindiendo del cuerpo, olvidando que forman una unidad inscindible: la relación inmobiliaria. El elemento finca configura externamente el

derecho en sí mismo, que da realidad material y viene a ser su sustancia objetiva. De ahí que el Registro no prescinda de la finca, sino que es el eje de todo el Sistema, y si esto es cierto, ¿puede asegurarse que las indicaciones que los asientos hagan en cuanto a la misma, tengan en todo caso el valor de una mera información sin garantía jurídica de su existencia y verdad? Para contestar a esta pregunta preciso es hacer un ligero examen de la dación de fe registral, relacionándola con lo ya expuesto.

Las necesidades sociales exigen la creación de organismos que den a conocer situaciones de derecho o hechos, y de ahí que los Ordenamientos hayan creado los Registros públicos, como medio de publicidad de aquellas o aquellos que sean verdaderamente importantes para el humano desenvolvimiento. Bien se comprende que la propia Naturaleza de las cosas exige que esa constancia no puede implicar meramente una simple fuente de conocimiento más, pues en tal supuesto su eficacia sería nula o casi nula, ya que ninguna garantía ofrecería; es preciso, pues, que tales Registros aseguren la certeza de sus afirmaciones, siendo sus asientos a la manera de declaraciones judiciales más o menos provisorias que basándose en pruebas calificadas con mayor o menor rigor establezcan la verdad. Los Derechos positivos suelen, en efecto, atribuir esa fuerza a los asientos registrales, bien con carácter semipleno o pleno, aunque en este segundo supuesto sólo excepcionalmente. Normalmente suele atribuirseles una fe relativa, constituyendo prueba sólo "prima facie", o sea que supone verdad en tanto que el órgano estatal competente no declare la inexactitud o error; es una verdadera presunción "juris tantum", con la natural eficacia procesal. En ocasiones la Ley eleva tal presunción a la categoría de *jure et de jure*, o sea que, aún en el supuesto de inexactitud, la Ley lo considera verdad, admitiendo como realidad lo que sólo es una ficción; tal acaece cuando los intereses en juego lo exigen y es preciso evitar un daño a quien sin culpa propia creyó en la exactitud del asiento. Este último supuesto no puede darse sino cuando la ficción sea posible, lo cual no tendrá lugar si lo acreditado por el Registro son simples hechos de carácter natural, ya que los mismos se imponen con fuerza avasalladora, pudiendo además ser conocidos por la simple observación.

Es principio cardinal de nuestro sistema hipotecario el de la publicidad, de la que el Registro de la Propiedad es órgano; publicidad no meramente externa, sino que ha de producir efectos análogos a los

que antes hacíamos referencia. Aparece consagrado el principio de la fe, principalmente en el artículo 1.º, en el 38 y en el 97 de la Ley en lo que a la fe semiplena se refiere, y en el 34 en cuanto a la de segundo grado, absoluta o simplemente fe registral en sentido estricto. Ambos son estadios del mismo efecto de la publicidad, aunque suele estudiarse bajo rúbricas distintas, pero, como reconoce un ilustre autor, la fe pública en sentido estricto no es más que la legitimación proyectada hacia terceros.

Indudablemente nuestro Registro tiene por básica finalidad el garantizar o asegurar los derechos reales sobre inmuebles. Esa seguridad, como decíamos, no existe si no se garantiza también la existencia de aquellos elementos que esencialmente le determinen. De donde deduzco que la fe registral ha de extenderse necesariamente a aquellos datos descriptivos que sean sustancia del propio derecho, aun cuando, en general, con carácter semipleno, ya que la fe de segundo grado sólo puede existir en los casos ya indicados.

La inmensa mayoría de los autores, por no decir la totalidad, rechazan lo antedicho, entendiendo, como al comienzo expusimos, que la fe registral sólo se refiere a la situación jurídica en sí misma.

No puede afirmarse que la Dirección General de los Registros haya elaborado una doctrina orgánica sobre la cuestión, aunque sí ha resuelto en sentido negativo en cuanto a algunos de los elementos de hecho.

El Tribunal Supremo parece inclinarse a la doctrina común, si bien los casos planteados de mero hecho han sido contemplados bajo el segundo estadio, o sea, de la fe plena, generalmente en relación con el principio de la buena fe, básico para la aplicación del artículo 34, siempre interpretado por el alto Tribunal con un criterio amplísimo.

Aun tratándose de la fe de primer grado, o mera presunción de exactitud suele la doctrina limitar la misma a la existencia o inexistencia del derecho, así como a su titularidad y extensión. Es probable que la interpretación de los indicados conceptos referidos sea exageradamente estrecha, pues parte de la idea fundamental de que la Ley, al referirse a los derechos inscritos, prescinde de su objeto, es decir, de que los tres elementos que constituyen la relación jurídica inmobiliaria sólo dos caen sobre la órbita registral, o sea la relación abstractamente considerada y su titular, con olvido notorio de que tales derechos son concretos, y por ello no puede prescindirse del elemento

material ni de los requisitos esenciales a este referente que, como dijimos, viene a constituir la propia sustancia del mismo y su exteriorización. Sin ánimo de incurrir en repeticiones innecesarias; si he de recordar que, de romper tal ligazón, quedará además sin base la fe en cuanto a la potestas en sí misma, y, por otra parte, no se podrán explicar determinadas normas legales o reglamentarias que no puede suponerse hayan sido dictadas por el legislador por mero capricho. Sólo, pues, debo añadir: *a)* Si la finca no existe, tampoco existirá el derecho. Sin duda por esa razón el artículo 79 de la Ley determina como causa de cancelación la extinción del inmueble. *b)* La extensión externa del señorío está determinada por el objeto. El artículo 80, también de la Ley, señala como causa de cancelación parcial la reducción del inmueble—desaparición por causa natural o jurídica de parte del mismo—. Las transformaciones que en virtud de negocio jurídico puede sufrir la finca y que determinan la extensión misma del derecho objetivamente están también claramente reguladas en el artículo 44 y siguientes del Reglamento. *c)* El ejercicio de las acciones reales en el procedimiento abreviado que el artículo 41 exige, claro es, la determinación de la cosa, la cual se verifica en base a los elementos que la inscripción expresa. Precisamente de acuerdo, sin duda, con tales datos y la realidad habrá de decidirse la oposición de la causa cuarta. *d)* No sólo la situación jurídica está directamente enlazada con los elementos esenciales de la finca, sino la misma situación de hecho; de la presunción establecida en el propio artículo 38 y la contradictria de la causa segunda del artículo 41. *e)* El artículo 30 de la Ley establece la nulidad de la inscripción “si se omite o expresa con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9.º”, y entre esas circunstancias están las que estudiamos. No he de fatigar la atención del lector buscando otros puntos de apoyo legales o reglamentarios para el criterio que sustento, pues con lo dicho considero corroborado lo expuesto, ya que los preceptos aludidos carecerían de finalidad en la hipótesis de que los elementos esenciales de hecho constatados por el Registro fuesen meramente enunciaciones sin valor alguno que pudiera servir de fundamento *prima facie* al titular registral. Ciento es que tal presunción en su último resultado es muy débil, pero ello no quiere decir que carezca de toda trascendencia y, por otra parte, tal debilidad puede transformarse en poderosa energía en determinadas circunstancias, lo cual no se explicaría de negar el principio.

Fe plena.—En cuanto a aquellos elementos que, según indicábamos, son impuestos por la propia Naturaleza, es evidente que no puede el Registro inexacto transformar en verdad la ficción, pues en tales casos, tienen entera aplicación los viejos aforismos: "El Parlamento inglés puede hacerlo todo menos de un hombre una mujer", bien aquel otro de mayor abolengo: "Res facti iuris civilis infirmari non potest." Mas cuando el elemento objetivo, aunque con soporte real, haya sido moldeado y sea un verdadero producto de la voluntad humana, en realidad resultado de un negocio jurídico, la ficción cabe, y en tal hipótesis no parece exista imposibilidad de admitir la fe plena, si bien dentro de los estrechos límites señalados en el artículo 34, que harán en muchos casos difícil su aplicación por la amplitud, como también dijimos, que el Alto Tribunal suele dar a la buena fe. En este último caso el elemento material puede calificarse de jurídicamente trascendente y no de mero hecho.

Es posible que lo expuesto sea un tanto vago. Procuraré aclararlo analizando los distintos supuestos, aunque sólo sea someramente.

III

EXISTENCIA DE LA FINCA.

Es frecuente oír estas o parecidas palabras: "El Registro no da ni puede dar fe de la existencia de la finca, puesto que éste llega al mismo a través de meras declaraciones de los interesados sin control oficial alguno, ya que en España no existe Catastro." Entiendo que esto es erróneo, pues aun prescindiendo de que los asientos registrales pueden dar fe con independencia de los títulos en qué se basan, lo es por aceptar la tesis de que el Catastro garantiza plenamente la finca y sus elementos de hecho, así como por ser también inexacto el que en todo caso ingrese sin control.

Si bien la existencia de un verdadero Catastro anula prácticamente las fincas fantasma, teóricamente cabe la posibilidad de que por error u otras causas el Catastro no sea exacto, bien porque no lo fuese originalmente o porque un fenómeno natural posterior haya modificado la propia superficie terrestre; por grande que sea nuestra imaginación jurídica no nos es posible creer que exista en realidad una fértil huerta,

por ejemplo, en donde sólo hay una gran laguna que cubra un profundo cráter volcánico.

Prescindiendo de casos especiales, en los que la finca es determinada por una directa actividad administrativa, que en realidad la crea—minas, por ejemplo—, nos encontramos con medio normal de inmatriculación, el expediente de dominio, en el que la constatación oficial de la finca existe, puesto que hay una actividad del órgano jurisdiccional dirigida a declarar la existencia del dominio sobre una finca, declaración que el Juez realiza en base a prueba suficiente y habida cuenta de diversas citaciones que revelan la preocupación del legislador por el inmueble mismo, tales como la de los colindantes. Ciertamente que el Juez no es un levantador de planos ni un evaluador de riquezas, pero sería grave temeridad el no admitir que el auto declarando la existencia de la relación—no hay poder sin objeto—no establece jurídicamente una verdad. Luego el asiento registral que le recoge, aun admitiendo a efectos polémicos que carece de otra fuerza, da fe *prima facie* de que la finca existe.

La doctrina que impugnamos tiene apariencia de verdad cuando la inmatriculación se verifica al amparo del artículo 205 de la Ley, y digo apariencia porque ya *a priori* se advierte que se funda en una verdadera petición de principio, pues viene, al contrario, a decirse que las declaraciones salememente hechas y en determinadas circunstancias no tienen valor probatorio alguno cuando ciertamente la Ley se lo concede por razones diversas, aun prescindiendo del Código penal. Recordemos que para inscribir al amparo del artículo 205 es preciso que el transferente justifique su previa adquisición; en base a la doble transmisión, a la publicidad *de facto*—los edictos—y *de jure*—el Registro—, aunque con el límite de dos años para su plenitud, nuestra Ley considera en principio probada la situación jurídica. De tener el legislador el criterio rigurosísimo que algunos expresan en cuanto a los elementos materiales, debiera el artículo 205 exigir una prueba irrefutable en cuanto al dominio en sí mismo y, sin embargo, le basta el concurso de las circunstancias expresadas, o sea que la Ley, más que una prueba plena, considera suficiente un juego de presunciones que en un orden normal exteriorizan razonablemente dicho señorío; y no veo la razón para desligar del mismo la finca a que se refiere. Es incluso más absurdo temer la creación artificial de una finca que la del poder en sí mismo, ya que el primer supuesto sólo cabe, por carecer de

finalidad, en el caso de evidente locura de los otorgantes con la complicidad del propio Notario que da fe de su capacidad. Quiero decir que en un orden lógico de posibilidades, que es el que la Vida y el Derecho contemplan, no es dable suponer, sino todo lo contrario, que se creen fincas fantasma.

Como resultado de este ligero examen—me parece innecesario el estudio de las certificaciones—resulta claramente que no existe inconveniente racional para admitir la posibilidad de que el Registro dé fe de primer grado en cuanto a la existencia de la finca. Teóricamente es imposible admitir que esa fe se extienda a crearla si no existe. Prácticamente tal hipótesis pertenece al reino de la fantasía, pues si bien en algún caso no se pudo “hallar” sobre la superficie una finca inscrita, se trató más bien de una falta de identificación originada por la propia incuria de los interesados que de verdadera inexistencia.

IV

LOS LINDEROS.

Constituyen, sin duda, el elemento descriptivo más esencial, puesto que ellos determinan precisamente la parte de superficie terrestre de que se trata.

Pueden estar expresados en doble forma: a) Imperfecta o de determinación relativa. b) Perfecta o de determinación absoluta.

A) En esta forma, como constan de ordinario por ser la exigida por el artículo 9.^o de la Ley y 51 del Reglamento, se realiza una determinación imperfecta por partirse de un polígono de cuatro lados cuando aun siendo regular puede tener más y, por otra parte, su perímetro puede adoptar una figura geométrica distinta. Es de determinación relativa porque, aun constituyendo la finca un cuadrilátero, los lados sólo se determinan *per relationem* con otros trozos de superficie; de modo que más bien el asiento proporciona datos para un deslinde propiamente dicho que fija documentalmente las líneas de demarcación sobre el terreno. El Registro dice, por ejemplo, que el prado que se inscribe linda con otro de X.; pero ¿hasta dónde llega ese prado de X.?

B) Perfecta o de determinación absoluta.. Puede ocurrir, y ocurre, que, además de tal imprecisa determinación de perímetro, se haga

señalando los puntos fijos o hitos en forma clara e indudable que reflejen evidentemente el contorno de la finca. Entiendo que esta manera perfecta de señalar el perímetro sólo tiene pleno valor jurídico cuando sea efecto de una operación de deslinde legalmente hecha, y no cuando los títulos lo expresen como simple complemento de mera información.

La expresión de los linderos en la forma expuesta en el apartado A), por su notoria imperfección, es de una eficacia muy limitada; y de ahí que también lo sea la fe aun relativa. En realidad el asiento se limita a expresar unos datos de colindancia, pero nada más. Esto, no obstante en cuanto a tales datos, entiendo que debe admitirse la fe de primer grado.

¿Cabe en este supuesto admitir la fe plena o simplemente la verdadera fe registral? Sería absurdo el pensar que el Registro elevase a la categoría de verdad inconcusa un error geográfico o de otro orden contra natura, pero el problema está en aquellas circunstancias de hecho en las que sea posible sostener la ficción por haber sido moldeadas, como ya dijimos, por la voluntad humana. Puede suceder que en lugar de expresar como colindante la viña de X., se señale la de Z., comprendiéndose así en la finca inscrita una faja de terreno que en la realidad no forma parte de ella, bien porque se haya segregado de ella normalmente o por prescripción, sin inscribir, o por la confusión que los diversos cultivos de la propia finca pueden ocasionar o simplemente por mala fe del propio inmatriculante. ¿Nos atreveríamos a sustentar que en este supuesto y otros análogos no entra en juego el artículo 34? ¿Si ese trozo en litigio estuviese inscrito separadamente no aplicaríamos con rigor el principio de la fe absoluta respecto a tercero? Yo creo firmemente que dicho precepto sería de taxativa aplicación, aunque ciertamente el Juez tendría que resolver sobre la buena fe del tercero, tanto por imperativo del propio artículo 34 como, en su caso, por lo dispuesto en el artículo 36, que da a la publicidad material de la posesión una energía que barrena la publicidad verdadera, o sea la registral; claro es que, por otra parte, pudieran incluso plantearse problemas de doble inmatriculación.

En el supuesto señalado en el apartado B), el Registró no sólo tiene un contenido descriptivo más preciso, sino que en la determinación de las líneas poligonales intervienen los propios posibles perjudicados, que son los colindantes, lo cual da al asiento una fuerza superior a la misma base real del Catastro. Su intervención tiene la enorme

trascendencia jurídica de que el tercero pueda basarse en ella sin que los referidos colindantes aleguen nada en adverso, pues ello equivaldría a ir contra los propios actos en los que el Registro se fundó y que salvaguarda.

Mutaciones de linderos.—En realidad este problema, según el artículo 171 del Reglamento Notarial y 51 del Hipotecario, tiene carácter general en cuanto a los elementos descriptivos, pero la mayor frecuencia con que el fenómeno se da con respecto a los linderos me autoriza para estudiarlo aquí.

Es muy posible de que los que hayan tenido la paciencia de leer este trabajo se sonrián al llegar a este punto pensando en que todos mis esfuerzos han resultado baldíos, pues dirán que en lo que a tales mutaciones se refiere no puede hablarse de control directo ni indirecto oficial, sin que por ello pueda darse al asiento otro valor que el de las meras declaraciones de los otorgantes. Dice, en efecto, el artículo 171 del Reglamento Notarial que en la descripción de los inmuebles los Notarios procurarán rectificar los datos que estuvieren equivocados o que hubieren sufrido variación en el transcurso del tiempo, aceptando las afirmaciones de los otorgantes o de los documentos facilitados por los mismos. Y como consecuencia de tal precepto, el artículo 51 del Reglamento, después de referirse a los elementos descriptivos, dice que, en caso de disconformidad, se expresarán las diferencias que resultaren entre el Registro y el título.

De aceptar sin más esas alteraciones descriptivas, y concretamente la expresión de alguno o algunos de los linderos, preciso sería reconocer que todo lo antedicho caería por su base, tanto por la posibilidad de existir linderos emanados de simples afirmaciones de los interesados como porque ello supondría precisamente que el legislador no atribuye efecto alguno de fe a los elementos ya constatados en asientos anteriores. Pero, como decía, ello es más aparente que real, pues, según aseguraron ya clásicos comentaristas cuya doctrina refrendó la Dirección General, tales preceptos no suponen que el Registrador haya de aceptar sin límite alguno los cambios o alteraciones, sino que dentro de las amplias facultades que como a verdadero Juez territorial le concede, debe aceptar solamente aquellas que a su juicio no alteren la identidad del inmueble, siendo racionales, es decir, que el Registrador, dentro de un orden normal de probabilidades calificará, bajo su responsabilidad, sobre la procedencia o improcedencia de admitir tales mutaciones. Exis-

te, pues, un control por parte del Registrador, quedando únicamente por determinar si la constatación en los libros de los tan repetidos cambios supone que el asiento dé fe en cuanto a ello.

¿En qué prueba se basa el asiento para que las declaraciones del mismo puedan dar fe? Los elementos básicos de hecho son los que constan en las inscripciones de inmatriculación; los cambios reflejados en las inscripciones posteriores no suponen más que la existencia de una ecuación de equivalencia admitida por el Registrador. El Registro debe dar fe *prima facie* de esa equivalencia, pero, en el caso de errónea apreciación por parte del Registrador que origina a su vez la inexactitud de aquélla, no puede concederse a la declaración registral fuerza agotadora plena, aun cuando las alteraciones no sean *contra natura*, y sin que por ello hayamos de rasgarnos las vestiduras, puesto que el adquirente tiene a su disposición el Registro y la realidad de hecho para determinar la certeza de esa que hemos llamado ecuación equivalente.

V

NATURALEZA.

Sin entrar a estudiar las diversas cuestiones que la expresión de este elemento implica, nos limitaremos a exponer que la indicación de ser rústica o urbana la finca, aun cuando tenga indudable trascendencia dada la manera de llevar el Registro, entendemos que carece de ella bajo el aspecto de la fe. Aunque en base a elementos de hecho se encasilla la finca en uno u otro términos de la clasificación, el asiento no declara otra cosa que el criterio de un funcionario, según ha puesto repetidamente de relieve el Tribunal Supremo de Justicia, lo cual equivale a decir que el asiento dará fe del juicio más o menos acertado del Registrador, pero nada más.

Según el Reglamento, esta circunstancia comprende además la indicación del nombre con que las de su clase sean conocidas en la localidad, es decir, no el propio de la finca, sino tierra, pumarada, viña, cuadra, casa-habitación, etc. Su importancia es indudable, aunque menor que los requisitos ya estudiados, por la gran variabilidad de los cultivos a los que hace referencia, que sin duda por las actuales circunstancias económicas cambian con frecuencia en estos últimos años; circunstancias que influyen también cuando se trata de cons-

trucciones, pues aunque éstas son de suyo más permanentes, su contingencia, por razón de destino o de estructura, se acusa también notoriamente en estos últimos tiempos. A tal variabilidad o contingencia se agrega el hecho de la frecuencia con que se falsean las declaraciones ante el temor de que se apliquen determinados medios fiscales comprobatorios. De ahí que, desde el punto de vista práctico, sea preciso mirar con gran recelo este elemento, debiendo concedérsele un valor muy débil, cada vez menor a medida que los asientos envejecen. Doctrinalmente, no obstante como consecuencia de la teoría que sustentamos, habrá que conceder al asiento, también en este supuesto, el valor de prueba de primer grado, aunque normalmente, repito, su eficacia será pragmáticamente escasa. Refuerza este criterio el examen de los artículos 208 de la Ley y 308 del Reglamento, que en otro supuesto carecerían de verdadera razón.

En ocasiones esos débiles efectos pueden ser de gran trascendencia, alcanzando el asiento extraordinaria energía. Tal ocurre cuando, en base a un negocio jurídico, la Ley atribuye a este elemento decisiva influencia en cuanto a consecuencias jurídicas determinadas por cierta relación. ¿Cómo no recordar lo dispuesto en los artículos referentes a la extensión de la hipoteca en cuya aplicación las declaraciones de la inscripción de la misma pueden ser determinantes para la decisión de una "litis" con un tercero que en ella se basa? Ciertamente que estos y parecidos casos son excepcionales, pero demuestran que la fe existe, y aunque se presente en general enfermiza, enclenque, puede en clima apropiado alcanzar sorprendente fuerza. Claro es que, en todo caso, esas declaraciones no tendrán valor contra natura, y, por otra parte, en la mayoría de los supuestos carecerá de él ante la propia observación del fundo que destrozará la buena fe de quien en el Registro intente basarse, pero ya más de una vez he indicado que esta es cuestión ajena, aunque íntimamente relacionada con ella, a la que nos ocupa.

VI

SITUACIÓN.

La finca ocupa un lugar en el espacio y aun cuando las líneas poligonales—línderos—son su más exacta expresión, debe indicarse el punto geográfico, en relación con las divisiones oficiales establecidas, en que

se halla. Su trascendencia es muy grande no sólo como requisitos complementarios de identificación, sino por razones de mecánica registral y de organización, ya que los Registros se establecen sobre circunscripciones territoriales.

En cuanto a la fe con respecto a este extremo, podemos dar por reproducido lo dicho en cuanto a la existencia de la finca, ya que no es este elemento en el que la voluntad humana pueda influir. Existirá una fe *prima facie*, pero en caso de inexactitud la realidad tiene necesariamente que triunfar.

VII

Los demás elementos no tienen el carácter de esenciales, teniendo por fin únicamente coadyuvar al mejor conocimiento de la finca. Su valor es, en general, meramente informativo.

No quiere esto decir que en todo caso queden reducidos a tan secundario papel, pues aun prescindiendo de su utilidad en el orden interno del Registro, en algunos supuestos puede alcanzar verdadera trascendencia jurídica.

Tal ocurre con la misma medida superficial o cabida, circunstancia en principio meramente informativa, ya que la misma está en realidad determinada por los propios linderos; es decir, que son éstos los que jurídicamente señalan el área y no ésta—operación de tipo matemático—la que concreta aquéllos. Si la cabida consta, ha de atribuirsele ciertos efectos, porque si bien no determina los linderos, como decíamos, en el caso de que hayan de realizarse operaciones de deslinde será un dato que el juzgador tendrá en cuenta, si bien no aisladamente, sino en relación con los demás títulos presentados. No olvidemos que el Tribunal Supremo ha puesto de relieve esta faceta en un célebre considerando, según el cual “que al que en estas operaciones de deslinde se le da en su labor o heredad toda la cabida que sus títulos indican no tiene derecho a pedir más, sin perjuicio del juicio declarativo”, de donde se deduce que puede producir ciertos efectos, aunque el titular no podrá basarse aisladamente en tal circunstancia registral, por su relación con otras, o lo que es igual, que la fe registral en estos supuestos es tan débil que prácticamente no existe. Sin embargo, la Ley, pensando en ellos, ha adoptado precauciones de todos conocidas en cuanto a la inscripción de excesos.

—Pero como ya don Jerónimo advertía, en ocasiones tiene trascendencia preponderante en aquellos casos—digo yo—en los que los términos normales se inviertan, al ser la superficie, en base a determinados negocios jurídicos, determinante de los mismos linderos. Piénsese en agregaciones, segregaciones, etc.

Otras consideraciones pudiera mos hacer con respecto a otros elementos secundarios, pero sería alargar exageradamente este párrafo, incurriendo en indebidas repeticiones.

VIII

Al llegar al final tengo la esperanza de llegar al fin propuesto, que no consiste en formular de manera acabada una teoría, sino simplemente en causar una inquietud espiritual que pueda motivar otros estudios más profundos y certeros.

Felizmente van pasando los tiempos en los que, sin verdadera razón, se intentaba socavar hasta las columnas más firmes de un Sistema que, como decía no hace aún muchos años el maestro don Jerónimo González, ha prestado incalculables servicios a nuestra Patria, quiéranlo o no los que creen que el Derecho Hipotecario debe ser una rama de las Ciencias físicomatemáticas.

LADISLAO GARCÍA ARANGO Y CANGAS,
Registrador de la Propiedad.

¿Inscripción declarativa o constitutiva?

No es necesario insistir sobre la importancia que el estudio de esta cuestión tiene, tanto en Derecho constituyente como en Derecho constituido. Dada la trascendencia social y jurídica de los derechos reales y la admisión universal del Registro de la Propiedad, es de sumo interés el estudio del papel que la inscripción desempeña en la vida de los derechos reales y la conveniencia de adoptar en las legislaciones en proyecto el sistema constitutivo o declarativo de la inscripción; así como también es de gran importancia el estudio de una legislación vigente para determinar el valor constitutivo o meramente declarativo que en ella se da a la inscripción en el Registro con relación al nacimiento de los derechos reales.

Percatada de la importancia de esta cuestión, la doctrina jurídica española se ha ocupado con amplitud de ella. Podemos afirmar que la totalidad de los autores de tratados de Derecho Hipotecario la han tenido presente, siendo también numerosísimos los artículos y monografías que directa o indirectamente la estudian.

Con relación al sistema hipotecario español resumimos la actitud de la doctrina, diciendo que la generalidad de los autores estiman que la inscripción es declarativa para todos los derechos reales, excepto para el de hipoteca, en cuyo caso es constitutiva. Sin embargo, difieren de esta opinión Sanz y Núñez Lagos, quienes no conceden carácter constitutivo a la inscripción ni aun tratándose de la hipoteca.

Modestamente pretendo afirmar que en nuestro sistema la inscripción es de índole constitutiva en todos los casos de derechos reales, a pesar de las declaraciones que en sentido contrario hace la exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944.

Mas, para la mejor fundaméntación de esta idea, es necesario fijar previamente los conceptos de inscripción constitutiva y de derecho real.

Inscripción constitutiva. — Un concepto de la inscripción constitutiva nos la da Sanz en sus "Instituciones de Derecho Hipotecario" al decir que "es aquella que, por sí misma o con otros elementos previos de carácter necesario, da vida al derecho real".

Si nos fijamos bien en esta definición apreciaremos que en ella se comprenden dos categorías distintas de inscripción constitutiva: la primera es aquella que da vida al derecho real "por sí misma", es decir, sin necesidad de otros elementos que colaboren con ella en el nacimiento del derecho real. Es esta la posición de la legislación australiana y de las históricas de Sajonia, Hamburgo, Lubeck y Mecklemburgo. Pero, con Hermida (en su trabajo "¿Es constitutiva la inscripción en el Derecho real de hipoteca?", REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, junio 1949), y en contra de la opinión de Núñez Lagos (que en su trabajo "Realidad y Registro" afirma que sólo a esta clase de inscripción puede llamársele constitutiva), hemos de decir que "en nuestra patria no se ha usado hasta ahora en ese sentido la expresión de inscripción constitutiva". "Tal vez fuera más acertado llamar a estas inscripciones desconectantes, absorbentes o de valor absoluto."

Cuando hablamos de inscripción constitutiva y afirmamos que en nuestro sistema la inscripción es constitutiva no nos referimos, pues, a esta manifestación de inscripción desconectante y absorbente. Nos referimos, por el contrario, a aquella otra categoría de inscripción constitutiva que comprende también la definición antes transcrita de Sanz, es decir, a aquella inscripción que "con otros elementos previos de carácter necesario da vida al derecho real" o, como dice Roca Sastre, son inscripciones constitutivas "las que, junto con el acto jurídico, provocan el nacimiento o la transmisión de un derecho real".

O sea que, según esta concepción, los derechos reales se constituyen no solamente mediante la inscripción, ni tan sólo mediante el acto jurídico, sino por la concurrencia de ambos requisitos, de índole constitutiva los dos.

Derecho real. — Como dice Castán, es una definición exacta y precisa la de Rodolfo Somh, para quien los derechos reales son "aquellos derechos privados que atribuyen un derecho de inmediata dominación sobre una cosa frente a cualquiera".

Ampliando este concepto, y de acuerdo esencialmente con la generalidad de la doctrina (citaremos a Castán, Clemente de Diego y

Barassi), dos son los elementos que caracterizan a los derechos reales: 1.º Un elemento interno, o contenido del derecho, que autoriza al titular a aprovechar para sí la totalidad o parte de las utilidades de la cosa, autónoma y directamente. 2.º Un elemento externo, una facultad o poder, acompañado de la correspondiente acción, de ejercitarse ese contenido frente a todos (*erga omnes*) cualquiera que sea la persona que se oponga y cualquiera que sea el dueño o poseedor de la cosa sobre la que el derecho recae.

Estos dos elementos son absolutamente necesarios e imprescindibles para que el derecho real exista. Un derecho subjetivo en que no concurran ambos, no puede ser calificado de derecho real.

Ahora bien, no puede darse el segundo elemento, el elemento externo, sin que exista el interno. Al fin y al cabo, aquél no es más que la protección de un contenido (elemento interno), y si no hay nada que proteger, no puede haber protección.

Por el contrario, puede existir un contenido, una facultad o suma de facultades sobre una cosa, sin estar acompañada de protección *erga omnes*, de acción real. Poniendo un ejemplo práctico (aun a riesgo de parecer aventurado), cabe que exista un derecho de disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia (contenido del usufructo, art. 467 del Código civil), aunque desprovisto, sin embargo, de acción real, de protección frente a todos. En tal caso, no cabe duda que el titular de este derecho pueda ejercitarse sus facultades sobre la cosa en tanto en cuanto ésta continúe de la propiedad del concedente. (O, dicho en otras palabras, puede ejercitarse sus facultades *inter partes*). Desde el momento en que la cosa quede sujeta al dominio de otra persona distinta de la concedente, el derecho del que podemos llamar (por llamarle algo) usufructuario personal se extingue, ya no puede ejercitarse sus derechos sobre la cosa, puesto que hemos partido de la base de que estas facultades carecen de protección *erga omnes*.

Esta configuración puede darse no sólo con el contenido del usufructo, que hemos puesto de ejemplo, sino con cualquier otro contenido susceptible de ejercitarse sobre una cosa. Pues bien, en estos casos de derechos en los cuales concurre el elemento interno (contenido) sin ser acompañado del elemento externo (protección *erga omnes* o acción real), no puede decirse que exista un derecho real. Para que el derecho real exista, repetimos, han de darse conjuntamente estos dos elementos, interno y externo; contenido y protección. Si existe solamente el

primero y no el segundo, el derecho real no existe, no ha nacido a la vida jurídica, estamos tan sólo ante un derecho ejercitable únicamente frente a una sola persona, el concedente del mismo.

Una vez delimitado el concepto de derecho real, veamos cuándo y por qué se constituye éste, en virtud de qué formalidades nace el derecho real y es reconocido como tal, con todos sus efectos.

De lo que hasta aquí se ha expuesto, se deduce que un derecho real existe cuando en un derecho subjetivo concurren los dos elementos, interno y externo, de que se ha hecho mérito.

¿Pero cuándo se manifiesta la existencia de ambos elementos y, particularmente, del segundo? En términos generales, para la existencia del elemento interno basta el acuerdo de voluntades, para la existencia del externo es necesario un posterior requisito de publicidad. Mas para contestar a esta pregunta con mayor precisión hemos de distinguir entre dos regímenes de propiedad: la inscrita y la no inscrita; pues es preciso admitir que como consecuencia de la vigencia de la Ley hipotecaria existen en nuestra patria dos órdenes distintos de regulación jurídica del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles.

Propiedad no inscrita.—Aquí no existe la inscripción, ni constitutiva ni declarativa, y, por consiguiente, es ocioso hablar de ella. Para la existencia del derecho real se requiere, por regla general, de acuerdo con el artículo 609 del Código civil, un contrato (que delimitará el contenido del derecho), seguido de la tradición (requisito publicitario que proporciona al derecho la adecuada protección *erga omnes*). La tradición normalmente revestirá la forma instrumental.

Propiedad inscrita.—Para que exista en ella el elemento externo, o sea, la protección frente a todos (sin cuya concurrencia un derecho subjetivo no puede ser calificado de real, sea cual fuere su contenido interno), no basta la existencia del contrato y la tradición, es necesaria además la inscripción en el Registro de la Propiedad. Así se desprende de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, que de consuno disponen que "los títulos del dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero".

A mi entender, y sin género de duda, al emplear estos artículos la frase "no perjudican a tercero", quieren decir que a los derechos no inscritos se les niega protección *erga omnes*, acción real, y por consi-

guiente, al faltar en dichos derechos tal protección, de acuerdo con el punto de vista que hasta aquí hemos sostenido, no será derechos reales. Serán unos derechos cuyo contenido solamente podrá ser ejercitado *inter partes*.

En consecuencia, se ve claro, a mi juicio, que tratándose de propiedad que ha tenido acceso al Registro la inscripción es constitutiva, pues ella es la que adorna el derecho subjetivo (en el cual antes de la misma sólo concurría el elemento interno) del elemento externo o de protección, sin cuya existencia no hay derecho real. El derecho real, que podemos decir que durante las formalidades anteriores (también constitutivas y necesarias) estaba en gestación, mediante la inscripción en el Registro, termina su desarrollo y nace a la vida jurídica.

Esto no quiere decir que la inscripción supla a la tradición, sino que la complementa en los casos en que sea necesaria. (Ya que hay derechos reales, como la hipoteca y el derecho real de opción, que por no implicar un señorío material sobre la cosa, no es necesaria ni posible para sus constitución la tradición o entrega, constituyéndose tan sólo por el título, seguido de la inscripción.) Tratándose, pues, de propiedad inscrita, en términos generales, es necesario para la existencia del derecho real, título, tradición e inscripción.

Esta doctrina es la que se desprendía del anterior régimen hipotecario, antes de que el artículo 389 de la anterior Ley Hipotecaria fuese modificado por la reforma de 1944-46. En la actualidad, por el artículo 313 de la vigente Ley Hipotecaria parece que se restringe aún más el nacimiento del derecho real, y a la inscripción, lejos de despojarla de su carácter constitutivo, se la concede todavía mayor valor y relevancia.

En aquel entonces, Castán, en una nota en el tema 37 de la edición de 1941 de su conocida obra de Derecho Civil, decía que este punto de vista es un error, que el artículo 606 del Código civil, al decir "no perjudican a tercero" no se refiere al tercero en general, sino al tercero hipotecario que tenga inscripción a su favor. Esto podía ser contradicho entonces alegando que si el derecho gozaba de protección frente a unos terceros y no frente a otros, no gozaba de verdadera protección *erga omnes*, sino sólo frente a algunos, no siendo, por tanto, un derecho real absoluto y cabal. Podía también traerse a colación el conocido aforismo "Ubi lex non distinguit, nec nos distingueremus".

Actualmente, dada la redacción del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, puede rebatirse lo dicho por Castán con otro argumento de mayor peso. Cuando dicho artículo ordena la inadmisión procesal en ciertos casos de documentos relativos a derechos reales, hay que suponer que lo hace por que en esos casos no se concede acción a dichos derechos, pues sería absurdo suponer que el legislador, concediendo acción a una persona para la protección de un derecho subjetivo, la privase de aportar los documentos en que la acción únicamente se basa y mediante los cuales únicamente se prueba la existencia del derecho. En consecuencia, hay que estimar equivocada la opinión de aquellos que sostienen que la acción existe, pero que no puede aportarse para la justificación del derecho dichos documentos. Pero aparte el razonamiento que se acaba de exponer, y hablando sólo desde un punto de vista práctico, ¿puede imaginarse el ejercicio de una acción real sobre bienes inmuebles sin prueba documental? Raro sería el caso; en definitiva, puede afirmarse que suprimiendo la admisión del documento, se mata la acción.

Pues bien, tratándose de propiedad inscrita (y según la interpretación comúnmente dada al art. 313), si el derecho real no lo está, la inadmisión del documento no inscrito procederá cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerlo valer. O sea, que en el actual régimen legal, un derecho no inscrito (tratándose de propiedad intangible) carece de acción no sólo frente al tercero hipotecario, sino también frente al tercero en general, frente al tercero civil que no tiene inscripción a su favor. Se acentúa más la necesidad de la inscripción para que el derecho real, con absoluta protección *erga omnes*, quede constituido. En este punto, el artículo 313 es digno de elogio.

Por lo demás, merece crítica desfavorable el artículo 313 (aparte de por su falta de claridad y precisión técnica) por dos motivos: 1.º Porque parece desprenderse de él, tratándose de propiedad no inscrita, que un derecho de perfecto contenido real no será ejercitable frente a tercero (civiles, que son los únicos que aquí caben), no obstante haber concurrido en su formación los requisitos marcados en el Código civil (título y tradición), y al privarle de protección *erga omnes* (elemento externo que ha de concurrir necesariamente en todo derecho real), viene a consagrarse dicho artículo que sobre la propiedad extraregistral no caben derechos reales. 2.º Porque tratándose de propiedad inmatriculada, no cabe el ejercicio de un derecho no inscrito ni

aun siquiera entre partes. Aquí debía haberse limitado la ley a precisar que un derecho no inscrito no sólo carece de protección frente al tercero hipotecario, sino incluso frente al mero tercero civil.

El sistema antes casi nítido de nuestra legislación se ve ahora enturbiado por el artículo 313 de la Ley Hipotecaria con un rigor innecesario y contraproducente.

Y este punto de vista afirmando el carácter constitutivo de la inscripción, incluso lo reconoce la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 (contradicidiendo sus repetidas afirmaciones en pro de la índole declarativa de la inscripción) cuando dice que "la inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, será, en cambio, premisa ineludible, con las limitaciones que se establecen, para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles". Quiere decirse con esto que, antes de la inscripción, los derechos sobre inmuebles no pueden ejercitarse, o lo que es lo mismo, son derechos no provistos de protección *erga omnes*, que no merecen, por consiguiente, el calificativo de reales, según he pretendido demostrar a lo largo de estas cuartillas, si bien no puedo decir que lo haya conseguido.

MANUEL GÓMEZ GÓMEZ,
Del Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

CUESTION DE COMPETENCIA

- ¿EL ESPECIAL PROCEDIMIENTO INSTAURADO EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA PUEDE CONSTITUIR UN "JUICIO COMPETENTE DE PROPIEDAD" O ES MERAMENTE UN PROCEDIMIENTO DE RECLAMAR LA POSESIÓN?
- LA PRESUNCIÓN DEL CATÁLOGO DE MONTES, QUE PREVALECE AL ENFRENTARSE CON UN HECHO POSESORIO, NO PUEDE HACERSE PREVALEZCER TAMBIÉN SOBRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, PUES NO SE TRATA DE UN CONFLICTO ENTRE UN CATÁLOGO OFICIAL Y UN SIMPLE HECHO, SINO ENTRE DOS REGISTROS OFICIALES, UNO DE LOS CUALES, EL DE LA PROPIEDAD, APARECE TAN REFORZADO EN LOS ARTÍCULOS 1.º Y 38 DE LA VIGENTE LEY HIPOTECARIA.

Decreto de 3 de noviembre de 1949, "B. O." de 19 de igual mes.

En 19 de febrero de 1946 don M. M. A. entabló ante el Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Narcea (Oviedo) demanda de ejecución de asiento registral, fundada en el artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria, contra el Estado, el Ayuntamiento de dicha villa y don M. A. G., afirmando haber sido perturbado por ellos en el dominio y posesión de la finca "Términos bravos", del pueblo de Sevil, inscrita en el Registro de la Propiedad como perteneciente al demandante.

Hallándose en tramitación el procedimiento, el Gobernador civil de la provincia de Oviedo, después de haber oído al Abogado del Estado, se dirigió al Juez de Cangas de Narcea, por escrito de 4 de octubre de 1946, requiriéndole de inhibición en el dicho proceso y alegando para ello que la finca a que se refiere se encuentra enclavada en un monte incluido en el Catálogo de los de utilidad pública y que corresponde a la Administración mantener en su posesión al Ayuntamiento demandado, que aparece en el Catálogo como propietario del mismo, mientras no recaiga sentencia en el juicio que puedan promover los particulares acerca de la propiedad del monte.

Al recibir el escrito, el Juez suspendió el procedimiento, comunicó el asunto al Ministerio Fiscal y a las partes y, previo dictamen de aquél y la celebración de la vista correspondiente, dictó un auto, en 11 de febrero de 1947, por el que declaró ser competente y no haber lugar a acceder al requerimiento de inhibición, fundándose en que la inclusión de un monte en el Catálogo sólo sirve para proteger a la Administración contra una posesión *de facto* y evitar el interdicto y la posesión adquisitiva, que no pueden darse en los montes catalogados; en que los asientos del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare debidamente su inexactitud; en que la fuerza que el Registro ha adquirido con la promulgación de la vigente Ley Hipotecaria no podía menos de suponer un proceso como el de su artículo 41, tendente a dar efectividad a las acciones reales procedentes de los derechos inmobiliarios inscritos, en el que no consta ninguna excepción a la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria y en el que se da una acción real reivindicatoria; sin exceptuar de ellas a los bienes que pudieran pertener al Estado, Provincia o Municipio, o tener carácter especial; en que se presume exacto el Registro en cuanto al dominio y al título registral, estando amparados sus asientos contra todo poseedor que no figure en el Registro, y que con ello no vienen a quedar indefendidos los posibles derechos de la Administración, que tiene dentro del precepto del dicho artículo 41 medios suficientes para oponerse a la demanda.

Notificado dicho auto al Abogado del Estado mediante exhorto librado al Juez de Oviedo, y expedido oficio por el Juez de Cangas de Narcea al Gobernador civil, el cual, informado nuevamente por el Abogado del Estado, insistió en su requerimiento de inhibición, por

lo que ambos contendientes tuvieron por formada la cuestión de competencia y remitieron sus actuaciones a la Presidencia del Gobierno; ésta, de conformidad al dictamen emitido por el Consejo de Estado y de acuerdo con el Consejo de Ministros, la ha resuelto en favor del Juez de Primera Instancia de Cangas de Narcea, fundada en las brillantes consideraciones siguientes:

Que la cuestión de competencia ha quedado fundamentalmente planteada a base de los artículos 1.º y 10 del Real Decreto de 1 de febrero de 1901 sobre montes de utilidad pública, por exigencia de los cuales el Gobernador civil ha de mantener en la posesión de los montes al Estado, los pueblos y las corporaciones administrativas a quienes aparecen consignados en el Catálogo de los exceptuados de la desamortización, pues la inclusión en dicho Catálogo acredita la posesión a favor de la entidad a quien el Catálogo asigna su pertenencia, si bien no prejuzga ninguna cuestión de propiedad, por lo que esa acción de la Administración en favor de las dichas entidades sólo tiene lugar mientras éstas no sean vencidas en el "juicio competente de propiedad";

Que, por consiguiente, los mencionados preceptos del Real Decreto de 1 de febrero de 1901 impiden cualquier reclamación sobre la posesión de un monte catalogado, pero no el "juicio competente de propiedad" sobre el mismo; con lo que el problema que aquí se ha planteado viene a concretarse en la necesidad de resolver si el especial procedimiento instaurado en el nuevo artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que es el entablado por el demandante, puede constituir un "juicio competente de propiedad" o es meramente un procedimiento de reclamar la posesión, pues en el primer caso podría seguir adelante ante el Juez, y en el segundo, se vería interrumpido por las exigencias de dicho Real Decreto de 1901 y la acción de la Administración;

Que el concepto de "juicio competente de propiedad" no significa otra cosa sino un proceso en el que pueda discutirse la propiedad ante un órgano jurisdiccional competente y por un procedimiento adecuado, y que todas estas circunstancias pueden darse en el juicio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que caben todas las "acciones reales procedentes de los derechos inscritos", lo cual da un contenido amplio y vario a ese procedimiento, dentro del que se comprenden finalidades no meramente posesorias, como una acción reivindicatoria, una acción confesoria, una acción negatoria e incluso alguna acción de

resolución de un contrato, y que, por consiguiente, si bien no puede intentarse por él una simple reclamación posesoria sobre terrenos de un monte catalogado, que chocaría con el privilegio del Catálogo de Montes, no hay inconveniente legal alguno para que en tal procedimiento se discutan esas cuestiones de propiedad que quedan fuera de la presunción del Catálogo;

Que puede, pues, el Juez conocer de los procedimientos entablados al amparo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria con el fundamento de un título inscrito, que se refieran a montes catalogados, cuando en ellos se discutan problemas de propiedad;

Y que ello no cambia la esencia del régimen de competencias que ha venido manteniéndose en estas materias, pues la constante prohibición de interdictos sobre los montes catalogados lo que suponía era el predominio de lo reflejado en el Catálogo contra el mero estado de hecho que es base del interdicto; pero ahora el conflicto aparece no entre un Catálogo oficial y un simple hechó, sino entre dos Registros oficiales, y la presunción del Catálogo de Montes, que prevalece al enfrentarse con un hecho posesorio, no puede hacerse prevalecer también sobre el Registro de la Propiedad, tan reforzado, además, en los artículos 1.^º y 38 de la vigente Ley Hipotecaria, interrumpiendo un procedimiento normal de actuación de pretensiones fundadas en un derecho registral. Hubiera sido necesaria una excepción expresa del legislador para extender hasta tal extremo el privilegio que en materia de montes goza la Administración, que hasta ahora sólo se refiere a la simple posesión, pero no a la efectividad de los derechos inscritos. Tampoco queda desamparada la Administración en el procedimiento del artículo 41, en el que dispone de medios suficientes para defender su posesión.

La trascendencia del Decreto presidencial que dejamos extractado justifica que, aunque extraño a esta sección, dado su contenido, le hagamos resaltar en ella.

Como dijera uno de los más inteligentes y perspicaces colaboradores de esta Revista—José Azpiazu—“hoy por hoy, el artículo 41 es la Ley Hipotecaria. Esta no podría tener eficacia si sus defensas, entre las cuales tengo por la más importante la contenida en esta disposición, no actúan”.

La lectura del tercero de los Resultados copiados (que damos por reproducidos aquí) pone de relevancia cómo va siendo interpretado

ese fundamental artículo 41 por nuestra docta magistratura. Como expresa en el auto que dictará el cultísimo Juez de Primera Instancia de Cangas de Narcea "la fuerza que el Registro ha adquirido con la promulgación de la vigente Ley Hipotecaria no podía menos de suponer un proceso como el de su artículo 41, tendente a dar efectividad a las acciones reales procedentes de los derechos inmobiliarios inscritos, en el que no consta ninguna excepción a la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria y en el que se da una acción real reivindicatoria, sin exceptuar de ella a los bienes que pudieran pertenecer al Estado, Provincia o Municipio, o tener carácter especial".

Nada más contundente y exacto que lo transscrito, sólo comparable con los brillantes Considerandos del Decreto que comentamos que, ante todo, viene a resolver, a nuestro juicio, una de las más discutidas cuestiones que la redacción del repetido artículo 41 provocara: la de la naturaleza del nuevo proceso creado por el mismo.

Literalmente expresa el tercero de los Considerandos copiados "que el concepto "juicio competente de propiedad" no significa otra cosa sino un proceso en el que pueda discutirse la propiedad ante un órgano jurisdiccional competente y por un procedimiento adecuado", lo que explica por qué se anticipara el primero de nuestros hipotecaristas actuales—hemos nombrado a don Ramón María Roca Sastre— a calificar de acción reivindicatoria *simplificada* la que en dicho proceso se ejercite.

De cuanto se ha escrito sobre la naturaleza de este proceso—"Montado a dos vertientes", en frase gráfica y feliz del insigne don Manuel de la Plaza, de "provocación, híbrido o intermedio entre el de ejecución puro y el de cognición", en palabras expresivas del culto Juez y Notario Del Valle Fuentes—, recordamos singularmente por su orientación parecida a la nuestra, aunque marchando por derroteros distintos, lo expuesto en un documentado estudio (*Revista de Derecho Privado*, núm. 381, diciembre, 1948) por don Miguel Moreno Mocholí, para el cual "frente al juicio ejecutivo de nuestra Ley de Enjuiciamiento, protector de los derechos de crédito cuando éstos aparecen reflejados en ciertos instrumentos de prueba, nos encontramos hoy, en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con otro proceso, de ejecución también, que tiene por fin la protección de los derechos reales inscritos. En aquél vemos un cauce procesal encaminado no a la declaración, sino a la manifestación de la voluntad del Juez, por el

que discurre una acción personal que, en cuanto a su matiz procesal, recibe el nombre del proceso para la que existe, o sea el de acción ejecutiva; en el nuevo que analizamos podemos contemplar otra acción, ejecutiva también, pero que tiene por objeto la efectividad posesoria de los derechos reales sobre bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad".

Para nosotros—y he aquí la doble orientación y el contrario derrotero—, según ya hicimos constar en esta Revista (pág. 279, 1948), “al igual que la Ley concedió a la *hipoteca inscrita* (así, *sin derecho*, como desligada de toda relación) esa *acción real* contra los bienes —artículo 104— independientemente de la *ejecutiva del título* que le dió ser, ha concedido a todo *derecho real inscrito* esa otra especialísima—artículo 41—, contra los que, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. No son, pues, *derechos* —llámense de hipoteca o de superficie o de usufructo, etc.—los que nacen de la inscripción, sino *acciones*, acciones reales dotadas de una energía directa y especial para cada derecho al que acompañan o del que derivan y que acaso no se hayan desenvuelto como debieran en ese artículo 41, en el que alientan potencializadas paraemerger cuando algún supuesto de la vida real lo precise”.

* * *

De cuanto se ha expuesto se deduce que no son posesorias las acciones que en el proceso del artículo 41 se entablan, lo que, como se dice en el Decreto, da un contenido vario y amplio al mismo, al comprenderse en él otras finalidades no meramente posesorias, como una acción reivindicatoria, una acción confesoria, una acción negatoria e incluso alguna acción de resolución de un contrato.

Por ello, así como la inclusión en el Catálogo de Montes acredite la posesión, pero deja intacta la cuestión de propiedad, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria presume la posesión y además presume la exactitud del Registro en cuanto al asiento correspondiente, que si es de dominio, acredita el del titular registral.

La fuerza expansiva de la Administración, la absorción que todo derecho del Estado venía desplegado frente al de los particulares, sobre todo cuando de éstos asuntos de Montes se trataba, queda frenada, reducida como otra propiedad normal, sin reconocimiento de privile-

gio alguno. Y ello merced a la nueva redacción de ese artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en consonancia con los 38 y 1.º de la misma, como de consuno reconocen el Auto del Juzgado y el Decreto de la Presidencia del Gobierno.

* * *

Finalmente, al encontrarnos frente a una interpretación oficial del artículo 41, parece deducirse que esa energía potencial a que nosotros hicimos referencia, encerrada en éste, debe expansionarse en toda su plenitud.

Seamos prudentes, sin embargo, con un procedimiento de ejecución, "drástico y duro (son palabras del admirado Ramón de la Rica en *Revista de Derecho Privado*, pág. 104, 1949), que la propia Ley, con ejemplar cautela, ha limitado correctamente".

Con esto no se quiera ver una inclinación decisiva por parte nuestra en la doctísima y fértil polémica habida entre los dos ya citados Azpiazu y La Rica sobre si la Anotación de demanda implica o no contradicción y quién, si el Registrador o el Juez, ha de apreciar la vigencia del asiento (1).

Poderosas razones aducen uno y otro contendiente (ver La Rica, número citado *Revista Derecho Privado*, y Azpiazu, números 246 y 253 de la CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO) en pro de sus respectivos puntos de vista, que—en frase del propio La Rica—“como tantos otros jurídicos queda entregado a las disputas de los hombres”.

Pero de todo ello, no obstante, enhiesto como bandera en la batalla

(1). Por cierto que, de pasada, y sin que ello signifique la menor idea de polémica, que desde este momento queda, por nuestra parte, zanjada, hemos de confesar que no acabamos de percibir esa confusión de los efectos de la anotación de demanda respecto de la acción pauliana, con su finalidad esencial, que nos atribuye nuestro distinguido compañero señor Reza (esta REVISTA, pág. 659, 1949).

Si los fines concretos de toda anotación de demanda son *asegurar la ejecución del fallo* y avisar a los terceros de que es posible la nulidad, resolución o resolución del acto inscrito, ¿es que tales fines, el primero en particular, no se han de dar cuando se anota la demanda de ejercicio de acción pauliana?

Lo que todo letrado experto, en sentir del señor Reza, aconseje posteriormente de anotada aquélla reafirmará sus efectos, pero no quiere decir que sin tales posteriores actuaciones pierda la misma su virtualidad y, si se quiere, finalidad. (Véase nuestro comentario a la Resolución de 27 de diciembre de 1945, pág. 263, núm. 215, año 1946, y cómo allí hicimos referencia a la forma impecable en que desenvuelve los efectos de la acción pauliana el Centro Directivo, con lo que, en fin de cuentas, venimos a coincidir con nuestro distinguido compañero señor Reza.)

lla doctrinal, ha quedado lo escrito por el ágil ingenio de Pedro Cabello de la Sota (pág. 246, abril 1948 de esta REVISTA) ... "cree La Rica que la anotación de demanda, en ciertos casos, pone en entredicho la vigencia de la inscripción. Hay que aclarar que sólo respecto al anotante, porque esta anotación creo que no contradice el derecho ni la vigencia del asiento respecto a cualquier otro perturbador y que contra este perturbador, persona distinta del anotante, puede iniciarse el procedimiento".

Y a guisa de ejemplo añade, después de transcribir lo copiado, en la página 713, 1948, de esta misma REVISTA:

"La situación es la siguiente: G es titular registral; P tiene anotada una demanda contra G, en que ejercita la acción reivindicatoria, pero F se entretiene en perturbar a G. Yo no veo la razón jurídica que impida que G incole procedimiento contra F, ni siquiera en el caso que haya discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, porque gane G o P, lo cierto es que F es un perturbador a quien no se deben guardar consideraciones, y en el caso peor, P, ganancioso, vería su finca libre de perturbadores."

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1949.—Fe pública notarial.

Las manifestaciones de las partes que se hacen en las escrituras públicas pueden ser desvirtuadas por otras pruebas, ya que el Notario da fe de que ante él se hicieron, pero no de que sean o no ajustadas a la verdad.

SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1949.—Ejecución de sentencias: recursos.

La prescripción del artículo 944 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en su párrafo segundo, establece que contra los autos que las Audiencias dicten en apelación de los incidentes suscitados sobre la liquidación de cantidades que deben ser fijadas en ejecución de sentencia, no se dará recurso alguno, y este precepto, al ser interpretado por reiterada jurisprudencia, se ha considerado como una excepción de los dos supuestos que comprende el artículo 1.695 de dicha Ley, y por ello inadecuado para sustentar el recurso de casación por infracción de ley al amparo de este último.

SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1949.—*Obligaciones solidarias.*

Es principio legalmente preceptivo, contenido en el artículo 1.137 del Código civil y reiterado con insistencia por la doctrina jurisprudencial, que impide que sean tenidas como obligaciones solidarias las que expresamente no se hayan así constituido; de lo que es consecuencia que ésta solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones de origen contractual requiere la justificación del pacto que a ella dé lugar de manera inequívoca, y sin el que las mismas no nacen con los efectos propios de las de su clase, a menos de estarles impuestos por un precepto legal, también expresamente.

SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1949.—A) *Incongruencia*; B) *Renuncia de derechos*.

A) El principio *jura novit curia* autoriza al órgano jurisdiccional para actuar libremente en la esfera del Derecho, pero a condición de que se respeten o acaten los hechos y las pretensiones procesales de las partes, ya

que lo contrario significaría una infracción del principio de congruencia.

B) No afecta al interés u orden público la opción por una norma de Derecho privado que perjudica, abandonando la que favorece, cuando no resulta desvirtuada la finalidad de la ley ni infringido ningún precepto prohibitivo.

SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1949.—*Calificación de los contratos.*

Es notorio que los contratos son lo que son, pese al nombre que los asignen las partes, y es a los Tribunales a quienes incumbe calificarlos y determinar su naturaleza, conforme a la realidad de los hechos, los términos de lo estipulado y las pruebas practicadas.

SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1949.—*Prueba de los perjuicios.*

El incumplimiento de una obligación no implica ni supone la existencia de los perjuicios a efectos de relevar de la prueba de su existencia, que incumbe a quien los reclama, de conformidad con el artículo 1.101 del Código civil, que exige para que la indemnización proceda que los perjuicios se hayan efectivamente causado, porque, de no interpretarse así dicho precepto, perdería la indemnización su carácter natural para adquirir el de una sanción penal.

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1949.—*Aplicación subsidiaria del Derecho común.*

Es principio de general asentimiento en el orden jurídico, acorde con el espíritu que informa el artículo 16 del Código civil, que cuando no exista concretamente determinada norma especial aplicable a los respectivos casos han de serlo las de carácter general que constituyan el ordenamiento común.

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1949.—*Legitimación en juicio de desahucio.*

La parte actora esgrime en el ejercicio de su derecho un título de dominio sobre las fincas objeto de este pleito, fundado en sucesión testamentaria indiscutida y garantizado con la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, que confiere a aquélla, por presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria vigente, la posesión real de los aludidos inmuebles, y, dadas estas circunstancias, no cabe duda de que ha de ser estimada parte legítima para promover el juicio de desahucio, por cumplirse de modo preciso los requisitos que el artículo 1.564 de la Ley Procesal civil exige para el ejercicio de tal acción recuperatoria de la posesión, precepto que ha sido, por tanto, debidamente aplicado; y frente a esta posición definida del demandante, el demandado, que hoy ocupa los tales bienes, no puede tener otro carácter que el de precarista, conforme al concepto expuesto reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala, porque los derechos que alega para oponerse a la demanda, ni son concretos, ni

definidos, ni actuales, sino qué habrían de deducirse del resultado favorable de las acciones que como heredero de la viuda del causante pretende ejercitár, y en tales condiciones es evidente que las alegaciones expuestas carecen de virtualidad en el litigio presente, porque, dado el carácter sumario del juicio de desahucio, que no tiene otra finalidad que recuperar la posesión de hecho, las cuestiones que en él han de ser debatidas sólo habrán de referirse al título invocado por el actor para obtener la tutela jurídica recuperatoria pretendida y las que atañen al demandado, como incursio en la causa de lanzamiento alegada, quedando excluidas de la esfera de acción de este juicio aquellas relaciones jurídicas que por su complejidad o por su inactualidad no permitan discernir claramente la influencia de su estimación en el juicio de desahucio formulado, las cuales podrán ser planteadas en el correspondiente juicio declarativo.

Aun siendo cierta la alegación del recurrente de que la presunción de posesión real que establece el artículo 38 de la vigente Ley Hipotecaria, concorde con el 41 de la anterior, es sólo, según indica la jurisprudencia, una presunción *juris tantum*, que puede destruirse por prueba en contrario, es indiscutible que en el presente litigio no se ha presentado prueba capaz de enervar aquella presunción, porque la posesión de hecho que el demandado aduce no se halla respaldada por título alguno dominical ni contractual que, por lo menos aparentemente, le autorice para ocupar y disfrutar las consabidas fincas, y tampoco se está, según quiere el recurrente, en el caso de la doble posesión a que alude el artículo 445 del Código civil, porque la posesión de los dichos inmuebles fué ostentada por la viuda de don S. I. hasta su muerte, en virtud de su título hereditario, y al fallecer dicha señora pasó en el acto al Asilo de Ancianos Desamparados de ..., en virtud de su condición de heredero de residuo del referido don S., por lo que en ningún momento pudo, con eficacia jurídica, atribuísela el demandado, aun siendo heredero de su tía, puesto que las repetidas fincas salieron de su patrimonio, a su muerte, en virtud de la disposición testamentaria, en ningún momento controvertida, de su difunto esposo, y de todo lo que queda expuesto claramente se deduce que no se han cometido por el Tribunal *a quo* las infracciones que el recurrente acusa en los dos motivos de su recurso, y que procede desestimarlos.

SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1949.—Objeto del juicio de desahucio.

La sentencia recurrida se funda exclusivamente, para denegar el desahucio pedido en este pleito, en que la partición testamentaria por la que se adjudicó la finca de autos a quien después se la vendió por escritura pública la actora carece de todo requisito de forma y contenido para que pueda constituir título adquisitivo de dominio, por no haber previa constancia de testamento o declaración de herederos, y esto trasciende a la escritura pública de transmisión a la desahuciante, por lo que no puede a ésta reputarse poseedora real de la finca; pero al hacer esta afirmación la Sala sentenciadora olvida que el objeto único del juicio de desahucio

es poner fin con el desalojo de una finca a la relación entre el propietario de ella y el que la ocupa con título o sin él, y para esto puede discutirse en esta clase de juicios dicha situación jurídica y, como base de ella, los efectos jurídicos de esos títulos, tal y como aparecen traídos a los autos, pero no su subsistencia o nulidad, pues hay que atenerse al estado de derecho que está creado por esos títulos u otros actos cuya validez o realidad no puede ser controvertida en estos procedimientos especiales, según sentencias de este Tribunal, entre otras, las de 4 de marzo y 24 de mayo de 1941, 19 de junio y 22 de diciembre de 1945 y 2 de octubre de 1946, como viene a reconocer el segundo considerando de la sentencia recurrida, y por lo mismo ésta incurre en las infracciones alegadas en los motivos primero y segundo de este recurso.

SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1949.—*Interpretación de las normas.*

En materia de interpretación de normas es doctrina jurisprudencial, consagrada por reiteradas resoluciones—sentencia de 23 de junio de 1940—, que los Tribunales, al aplicar las leyes, deben atender a la regla hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que traten de la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo Cuerpo legal que haya de aplicarse, porque es el modo adecuado de que el juzgador pueda disponer, para completar y aquilatar la interpretación de cada norma, por el significado total del ordenamiento jurídico.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1.º de febrero de 1949.

CUANDO, DISUELTA LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES, EL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE RENUNCIA A SUS EFECTOS EN TIEMPO HÁBIL, SE PRESUME QUE AQUÉLLA NO HA EXISTIDO, Y LOS BIENES QUE HASTA EL MOMENTO DE LA RENUNCIA PUDIERAN PRESUMIRSE GANANCIALES, PASAN DE DERECHO AL PATRIMONIO DEL CAUSANTE.

Antecedentes.—Fallecida la causante en estado de casada y con hijos en febrero de 1934, legó a su esposo el remanente del tercio libre, sin perjuicio de la cuota vidual, e instituyó herederos a aquéllos.

En 1935 se solicitó la liquidación provisional, girándose liquidaciones por los conceptos de gananciales, cuota vidual, legado, etc., siendo oportunamente ingresadas tales liquidaciones.

En diciembre de 1940 el viudo y los hijos realizaron notarialmente las operaciones de partición y en la escritura correspondiente renunció el viudo, total y absolutamente, en favor de sus hijos a todo cuanto le correspondía por derecho propio o por ministerio de la Ley, aceptando tan sólo el legado referido.

Al ser presentada a liquidación esa escritura, el Liquidador estimó que la renuncia de gananciales envolvía dos actos, uno de adquisición de esa mitad de gananciales renunciada, y otro de donación de los mismos a los favorecidos con la renuncia, y giró las liquidaciones correspondientes, las cuales fueron recurridas con apoyo en que la renuncia no es más que el desapoderamiento o abandono de un derecho por su titular sin transmisión a otro, de manera que por ministerio

de la Ley va a concretarse en quien ella determina, viniendo así a constituirse la renuncia abdicativa, a diferencia de la traslativa que implica una enajenación, puesto que en ella el beneficio se recibe directamente del renunciante; cosa distinta de la donación por su naturaleza jurídica, por sus caracteres y por sus efectos.

Además, mientras no se liquide la sociedad conyugal no puede hablarse de gananciales, porque siendo esa sociedad de carácter especialísimo, hasta que el matrimonio se disuelve y se hace la liquidación el cónyuge sobreviviente ni adquiere ni puede disponer de los bienes presuntos gananciales, de manera que cuando se renuncia a ellos, la realidad es que se renuncia a la sociedad misma y tal renuncia puede hacerse antes del matrimonio o una vez disuelto, con los mismos efectos, de tal manera que los bienes lucrados constante el matrimonio recaen, merced a la renuncia, en el otro cónyuge o en sus herederos, como lo reconoce el artículo 1.418 del Código civil al decir que disuelta la sociedad de gananciales no es necesario el inventario cuando haya renunciado a sus efectos y consecuencias uno de los cónyuges o sus causahabientes en tiempo hábil.

El Tribunal Provincial estimó que tenga o no dicha renuncia la cualidad de abdicativa o traslativa, implica un desapoderamiento de bienes, o sea un acto mediante el cual éstos ingresan en el patrimonio de persona distinta a la que le corresponden según la Ley, adquisición a título lucrativo y con todos los caracteres de verdadera donación. Consecuentemente confirmó las liquidaciones.

Planteada la cuestión ante el Tribunal Central, empieza por sentar que el viudo renunciante hizo uso del derecho que le atribuye el citado artículo 1.418, si bien hay que dilucidar si lo ejercitó en tiempo hábil. Y como ese tiempo no lo determinan ni el Código civil ni la jurisprudencia, hay que acudir, por analogía, a los artículos relativos a la aceptación y repudiación de herencia y concluir, conforme a ellos, que el viudo está en plazo para renunciar mientras no realice actos jurídicos que expresa o tácitamente supongan necesariamente la aceptación, siendo ésta—sigue diciendo el Tribunal—“la opinión de los comentaristas, alguno de los cuales admite como realizada en plazo la renuncia, incluso cuando se efectúa después de la formación del inventario”, de donde deduce que en el caso de autos habrá que admitir la renuncia como realizada en plazo, pues no constan actos voluntarios de aceptación anteriores a ella.

—Contra esto—añade el Tribunal—no es obstáculo la petición de liquidación provisional del Impuesto en la misma sucesión y el pago del mismo; primeramente, porque no consta que aquélla la pretendiese el renunciante, y después, porque, aunque así fuese, tales petición y pago no pueden interpretarse como actos voluntarios de aceptación, puesto que estando el cónyuge viudo fiscalmente obligado a declarar los bienes relictos para el pago del Impuesto dentro de los plazo reglamentarios sopena de multa, es claro que los actos de cumplir esas obligaciones fiscales no son, por sí solos, verdaderos actos de aceptación libre y espontáneamente manifestada, cosa esencial para que se dé el acto jurídico; y, en conclusión, en este caso no pueden producir otros efectos que los de orden final.

Por lo tanto, la renuncia en cuestión es del grupo de las abdicativas o extintivas y encierra una verdadera repudiación de gananciales que implica que el cónyuge renunciante nada adquiere ni transmite por lo tanto.

Hecha esa deducción categórica, añade el Tribunal que “aunque pudiera sostenerse que el derecho a los gananciales existe “in potentia” en el patrimonio de los cónyuges” desde el momento del matrimonio, bien por el pacto expreso de las capitulaciones matrimoniales, bien por el tácito que el Código presume en defecto de aquél, y, por consiguiente, que el cónyuge que renuncia se desprende de un derecho preexistente en su patrimonio, es lo cierto que el texto terminante del Código al decir “cuando disuelta la sociedad legal haya renunciado a sus efectos y consecuencias”, demuestra claramente que si la renuncia se opera en tiempo hábil, se produce la ficción jurídica de que la sociedad de gananciales no ha existido nunca ni ha producido efectos, hasta el punto de que, según la Ley, no se procede a la formación de inventario, por innecesario, pasando los presuntos bienes gananciales a pertenecer de derecho al patrimonio del causante y sucediéndole en ellos sus herederos por el sólo hecho de serlo y adquiriéndolos, por tanto, directamente del cónyuge premuerto.

Reforzando tal punto de vista, añade que si no se admite tal derecho de acrecer y no se acumula esa mitad de bienes a la otra mitad no renunciada, pasarían a ser bienes vacantes y como tales pertenecerían al Estado, lo que pugna con la práctica constante, que sólo llama al Estado a suceder en ellos cuando le corresponden ab intestato como heredero legal del cónyuge difunto, y pugna también con el pá-

rrafo 2.º del artículo 1.418, según el cual en caso de renuncia quedará siempre a salvo el derecho concedido a los acreedores por el artículo 1.001, esto es, el aceptar la herencia en nombre del repudiante en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos, sin que en ningún caso el exceso, si lo hubiera, pertenezca al renunciante, sino a las personas que corresponda conforme a las reglas del Código civil. Y como esta norma es aplicable tanto a los casos de renuncia de herencia como a la de gananciales, forzoso es concluir que, supuesta la renuncia en cuestión, el renunciante nada adquiere ni nada transmite y que los bienes renunciados abdicativamente habrán de adjudicarse, siguiendo las reglas del Código, según los casos, a los herederos testamentarios o ab intestato del causante.

Apurando la argumentación añade el Tribunal que tampoco cabe aplicar por analogía el apartado 18 del artículo 19 del Reglamento, según el que, si al disolverse una sociedad se traspasa a uno o varios socios el activo social, no sólo se liquidará lo que corresponda por el concepto de disolución, sino también por la adjudicación en pago o para pago si hubiese pasivo, según los casos, por el exceso resultante sobre la cantidad a que como socio tuviese derecho; y en definitiva anula las liquidaciones impugnadas y manda practicar otra por el concepto de herencia de la madre a los hijos como único acto liquidable.

Comentarios.—El caso que nos ocupa sugiere, antes que todo otro comentario, la consideración de que fué producido con anterioridad a la vigencia de la actual legislación sobre Derechos reales, de noviembre de 1947, pues, como hemos dicho al comienzo de los antecedentes, la sucesión se causó en el año 1934, la liquidación provisional se giró en 1935 y la definitiva en 1942, previa la formalización de las operaciones particionales en escritura pública otorgada en 1940, la cual fué presentada en la correspondiente Oficina liquidadora el 4 de noviembre de 1942 y liquidada seguidamente.

Esto quiere decir que las liquidaciones definitivas fueron giradas teniendo en cuenta, al menos en cuanto a la renuncia de los efectos de la sociedad de gananciales, la Ley y Reglamento de 1941, la cual, como es sabido, enfocaba el problema de manera muy distinta a como lo realiza la legislación de 1947, hoy vigente.

Aquella dedicaba al caso el apartado 7) del artículo 22 del Reglamento, y en él, después de decir que las adjudicaciones en pago del haber ganancial tributarían el 0,60, añadía: "Se entenderá realizada

la adjudicación, aunque no se haga expresamente, por el sólo hecho de la disolución de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges", y en cambio, el actual Reglamento, en el apartado 8) del mismo artículo 22, completa el mismo párrafo añadiendo: "Salvo el caso de que el sobreviviente haya renunciado simple y gratuitamente, en tiempo hábil y por escritura pública, a los efectos y consecuencias de dicha sociedad de gananciales."

El problema, pues, tiene en principio dos soluciones muy distintas con arreglo a una y otra legislación, si bien en este caso que nos ocupa el Tribunal, aun aplicando la anterior legislación, lo haya solucionado de acuerdo con la vigente.

Con tal criterio ha venido el Tribunal a terciar en la vieja discusión planteada alrededor de los efectos fiscales de la renuncia por el cónyuge sobreviviente a los "efectos y consecuencias" de la sociedad de gananciales, inclinándose por la solución de los que propugnaban, no ya la posibilidad legal de llevarla a cabo, cosa no discutida, sino que decían que esa renuncia simple y gratuita llevaba consigo, fiscalmente, dos cosas: que el cónyuge renunciante nada adquiría y nada debía tributar por gananciales, y que, por lo mismo, tampoco había transmisión del cónyuge a los favorecidos con la renuncia ni acto liquidable en tal concepto, acreciendo lo renunciado al caudal del cónyuge premuerto y a sus herederos.

La teoría contraria, compartida por nosotros con firmeza, desde el punto de vista fiscal tenía muy sólida base en el propio texto reglamentario, al decir éste—apartado 7), artículo 22, Reglamento 41)—que la adjudicación al cónyuge sobreviviente se entiende hecha "por el sólo hecho de la disolución de la sociedad", y la tenía también en el argumento de que el derecho a hacerse dueño de la mitad de los gananciales está plenamente en el patrimonio del renunciante desde antes de llegar el momento de ocurrir la defunción del otro cónyuge, por lo cual es evidente que no es entonces cuando la adquiere y que lo que hace es concretarlo sobre determinados bienes y en determinada cuantía. Por consiguiente, si la adjudicación la determina "el hecho de la disolución de la sociedad conyugal", esa adjudicación es independiente de la voluntad del adjudicatario, y por el mero hecho de existir, fiscalmente hablando, necesariamente ha de dar lugar al acto liquidable correspondiente; y lo renunciable, por ende, será, a efectos

fiscales, no el derecho en sí, sino únicamente la facultad de que dicha concreción tenga lugar, lo cual es intrascendente para el impuesto.

Dentro del vigente Reglamento la solución y el problema cambian radicalmente de signo, o, por mejor decir, el problema no existe, dados los términos categóricos del actual apartado 8) del artículo 22 de ese texto legal. Admite la renuncia sin causar acto liquidable, con tal de que en ella se den los tres requisitos de ser simple y gratuitamente, en tiempo hábil y por escritura pública.

Ante eso acabaron las controversias en cuanto a las de orden jurídico fiscal, pero, ello no obstante, el caso que nos ocupa puede plantear y plantea de hecho una cuestión secundaria, pero importante, que nace del cumplimiento del segundo requisito, referente, como va dicho, a que la renuncia se haga en tiempo hábil.

El propio Tribunal la plantea y la resuelve, y es ésta: ¿el cónyuge sobreviviente que ha pedido o consentido la liquidación provisional de la herencia del marido, estará en tiempo hábil para renunciar posteriormente? La Resolución comentada se decide por la afirmativa, incluso en el caso de que hubiese firmado la solicitud de liquidación provisional, y lo razona diciendo que "tales presentación y pago no pueden interpretarse como actos voluntarios de aceptación, porque obligado el cónyuge viudo por la legislación fiscal a declarar los bienes relictos para pagar el impuesto dentro de plazos fatales, incurriendo en multa si no lo hace, es evidente que las declaraciones tendentes a cumplir dicho deber fiscal, por sí solas no son verdaderos actos de aceptación, por carecer del requisito de la libre y espontánea manifestación de voluntad esencial para la existencia de actos jurídicos".

Sobre este interesante extremo de hecho, se ocurre pensar que no deja de ser extraño y opuesto al desenvolvimiento natural y corriente de las cosas, que el padre renunciante dejase transcurrir un lapso de tiempo tan largo como es el que media desde el fallecimiento de la causante — febrero de 1934 — hasta siete años después — diciembre de 1940 — para decidirse a no aceptar el tercio libre legado ni la porción que como cuota vidual le pertenecía. Y si a esto se añade que medió una liquidación provisional, al parecer solicitada por él y que con la renuncia o repudiación tuvo expedito el camino para llevar a cabo de hecho una transmisión de bienes a los hijos orillando el pago del impuesto, la extrañeza llega al máximo.

Con tales antecedentes no se podrá llegar a ver en todo ello, sin otros elementos de juicio, la aceptación tácita a que se refiere el artículo 999 del Código, pero sí se llega a la conclusión de que esas renuncias tardías y tan meditadas y por añadidura propensas a enmascarar verdaderas donaciones con detrimento del impuesto, deben ser miradas con prevención, sobre todo cuando, como ocurre en el caso presente, el repudiante y los favorecidos con la renuncia están ligados por los lazos apretados del parentesco paterno-filial.

Como quiera que ello sea, está fuera de duda que la innovación del actual Reglamento sobre la posibilidad de la renuncia a los "efectos y consecuencias" de la sociedad conyugal sin trascendencia tributaria para los interesados, se ajusta estrictamente a los cánones del Código civil, pero no es menos indudable que en el terreno de las realidades puede dar lugar a que tales renuncias envuelvan verdaderas donaciones.

Aquí, y una vez visto el asunto desde el punto de vista tributario, cabría hablar de lo que esa figura es dentro de nuestro Derecho civil y de los problemas que alrededor del artículo 4.18 del Código civil se plantea en relación con los de los números 1.315, 1.364 y 1.394 y con la verdadera configuración jurídica de la sociedad de gananciales, sea comunidad romana o de tipo germánico, o patrimonio de destino, pero el comentarista se abstiene de hacerlo, entre otras razones, porque considera que no es tarea fácil decir nada nuevo donde tantos y tan reputados civilistas han opinado y contendido, y sobre todo porque no es esa su misión dentro de la sección que en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO cultiva.

En definitiva, cualquiera que sea la solución civil del problema, tendría el mismo enfoque que hoy tiene para la legislación fiscal.

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

V A R I A

Las "reservas" en el Derecho español y en el comparado (su naturaleza, efectos y problemas relacionados con ellas), por el Dr. Luis Gómez Morán, Notario, Oviedo, 1949. Instituto Editorial Reus.

Este inquieto y dinámico escritor, preocupado siempre por todo lo que sea sentido práctico en el ejercicio de la profesión, con su nerviosa pluma ha pergeñado un trabajo de 116 páginas para ofrecer una solución a los problemas, que diariamente se presentan al jurista, relacionados con la institución de las "reservas".

En la Introducción señala sus propósitos, y hace referencia a los trabajos que desde 1897 versan especialmente sobre estas materias. Su estudio abarca la reserva vidual (art. 968), la reserva troncal (artículo 811) y la reserva lineal (art. 812 del Código civil español), y el repaso del Indice de materias asombra y asusta. Para quien el escribir un artículo equivale a estar horas y horas mordisqueando el palillero o chupando el capuchón de la estilográfica, coger y dejar libros, compulsar opiniones y tomar notas, para aventurar tímidamente alguna idea genial, que luego resulta que no es original, que no es acertada o que no reúne las circunstancias requeridas para esta idea, no deja de ser penoso observar la facilidad y la cultura que representa en el autor el trazar, en horas perdidas para su trabajo profesional, esquemas que arrancan de las acepciones de la palabra "reserva", reflejan sintéticamente las teorías de escritores patrios y extranjeros, indican las opiniones de los Padres de la Iglesia, citan preceptos de nuestros Códigos medioeves y de los Códigos extraños, fijan la naturaleza, caracteres, fines y problemas de la institución objeto de estudio, recogen la doctrina de la jurisprudencia y concluyen con un resumen y con la exposición de las consecuencias obtenidas.

Por demasiado ambicioso, el trabajo tal vez sea excesivamente lacónico, y su lectura sugiere ideas o caminos de mayor amplitud, que

el lector lamenta no hayan sido recorridos por el autor. Ello no le quita el mérito de compendiar y reunir en pocas páginas los varios e intrincados problemas que presentan estas figuras jurídicas tan entresadas y complicadas en una labor de conjunto muy útil para que los estudiosos tiren de los hilos sueltos y agoten el estudio tan sólo iniciado. Así, por ejemplo, en la página 61 hay una mera referencia al artículo 265 del Reglamento Hipotecario, cuya doctrina tiene tan importante repercusión en el principio de la buena fe del adquirente, aunque en las páginas 60 y 81 exponga la doctrina clara y terminante de la Sentencia de 20 de diciembre de 1904 y de la Resolución de 29 de diciembre de 1931. También se observa la omisión de un estudio detenido de la posibilidad de enajenación o renuncia por los reservatarios de su derecho expectante, cuestión muy práctica y que al autor ha debido de presentarse en repetidas ocasiones, pues considero insuficientes las referencias en las páginas 53, 57, 72 y 80 a las Sentencias de 4 de enero de 1911, 21 de marzo de 1912, 1 de abril de 1914, 6 de julio de 1916, 6 de enero de 1919 y 6 de julio de 1919 y Resolución de 30 de marzo de 1925, cuando ha sido objeto de debate doctrinal y de soluciones este extremo de tanta trascendencia en el tráfico jurídico.

No me atrevo a elogiar el folleto por si acaso se abre paso la impetuosa corriente de que a los escritores hay que exigirles que produzcan obras perfectas, sin omisiones ni máculas, y que si no, deben dejar de escribir. Claro que podría objetarse que también a los críticos hay que aplicar igual norma, con lo cual el resultado sería muy cómodo: abstención absoluta de todo trabajo. Y como yo he de comprenderme necesariamente entre los escritores más imperfectos o entre los críticos más criticables, y además considero que es muy fácil criticar y muy difícil crear, prudentemente termino con un afectuoso saludo, producto de elemental cortesía, para quien ha proporcionado materiales para esta nota bibliográfica.

El Fuero de Coria. estudio histórico-jurídico, por José Maldonado y Fernández del Torco; transcripción y fijación del texto por Emilio Sáez. Instituto de Estudios de Administración Local, 1949.

Permitaseme una felicitación anticipada al director del Instituto de Estudios de Administración Local, al docto catedrático de Historia

del Derecho D. José Maldonado y al transcriptor del texto D. Emilio Sáez, de la Escuela de Estudios Medioevales. La presentación de la obra y el cuidado con que ha sido editada predisponen el ánimo al elogio; pero después de hojearla, esta predisposición se convierte en un hecho consumado y probado, y el libro viene a continuar la tradición patria de exhumar textos cuyos originales yacen olvidados o poco atendidos en empolvados archivos.

Nuestros Fueros Municipales, de tan extraordinaria floración en los siglos X a XIII, dignos de minuciosos estudios porque sus reglas encierran nada menos que nuestras costumbres de aquella época, espontáneas muchas y asimiladas otras de preceptos rudos y rudimentarios, nacidos también de costumbres propias de los pueblos invasores y extrañas para nosotros, pueden agruparse en *familias de fueros* con estrecho parentesco. A una de estas familias pertenecen los confirmados o concedidos por Alfonso IX de León, especialmente en la región sur de los territorios de su reino, hoy portugueses en su mayoría. Las costumbres é Foros de Alfaiates, de Castel-Rodrigo y Castello-Melhor, de Castello-Bom, el Fuero de Coria, el de Cáceres y el de Usagre son objeto de un estudio comparado a doble, triple o cuádruple columna para que a primera vista se encuentren las analogías y las diferencias de lenguaje, de estilo y de preceptos.

Como demostración señalaremos que el precepto, Ley o párrafo 81 del Fuero de Coria, que reza "Qui comprar herencia", se encuentra con el número 71 de las Costumes é Foros de Alfaiates con las palabras "Totus homo comparauerit herencia"; con el número 162 de las de Castello-Melhor, diciendo "Qui comprare herencia"; con el número 80 de las de Castello-Bom bajo el epígrafe "Qui comparare herentia"; con el número 89 del Fuero de Usage "Qui comprar herencia o moble con su mulier, y con el número 88 del Fuero de Cáceres "De comprar herencia".

Este curioso precepto dice así: "Todo ome que comprar herencia o ovejas o qual cosa quier con su muger de su aver, entre la muger en la mitad despues que fueren velādos. E si la muger comprar alguna cosa, ansi lo fagan de su aver, aya el marido la meatad. E si alguna cosa (camiaren), asi sea." Adquisiciones por mitad durante el matrimonio y diferenciación de los bienes propios de cada cónyuge, que se reconocen indirectamente.

Completa el precepto el número 80 "Muger que tomar heredad

demandela", que dispone "Mugier que derronpier heredade de marido, o el marido la heredade de la mugier, entre en el cuarto. E si hizier molino, o acenna, o casa, o vinna, o huerta, alli tome el quarto de la heredade o la meatad del lavor; e qual se quiser escoger, atal tome."

En el derecho de sucesiones, número 74, "De las mandas", se ordena "Manda que mandar el marido a la mugier, o la mugier al marido, fasta la meatad de su aver lo pueda mandar. E si mas le mandar, nol preste".

Asimismo el derecho troncal de tanteo y retracto se reglamenta minuciosamente en el párrafo 77 "De los que han de vender heredad". La facultad de vender el acreedor, en el número 371 "Qui pennos agenos towier", referida tanto a la hipoteca como a la prenda, ya que sabemos el significado de la palabra *peño*.

Lo dicho es suficiente para comprender el valor e interés del libro, tanto en el estudio histórico-jurídico como en el filológico. Los índices de materias y alfabético facilitan la busca. El texto completo, revisado escrupulosamente, con abundantes notas y referencias. En una palabra, el volumen es de los libros que uno quiere tener.

PEDRO CABELLO.

Registrador de la Propiedad.

O B R A N U E V A

LEGISLACION DEL IMPUESTO DE DERECHOS
REALES Y SOBRE TRANSMISION DE BIENES

COMENTADA Y CONCORDADA (2.ª edición)

POR

JOSE MARIA RODRIGUEZ VILLAMIL

Se ha puesto a la venta la segunda edición, y comprende en un tomo de 720 páginas la nueva Ley y el nuevo Reglamento, con los correspondientes comentarios y la jurisprudencia al día.

Precio en rústica, 120 pesetas, en pasta española, 150, y en la corriente, 135.

Pedidos al autor, Alcalá, 157.—Madrid.