

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Dedicada, en general, al estudio del ordenamiento jurídico
y especialmente al régimen hipotecario

Año XXV

Septiembre 1949

Núm. 256

MEDITACIONES HIPOTECARIAS

La buena fe y la publicidad del Registro

SUMARIO

- I. Una interrogación con perspectivas.
- II. La buena fe en los sistemas de Registro.
- III. La buena fe en la vigente legislación hipotecaria.
- IV. Los efectos de la inscripción y la buena fe.
- V.—Sublimación, frente a la usucapción, de la buena fe del titular inscrito.
- VI. Buena fe «contra tabulas».
- VII. Conclusiones.

I.—UNA INTERROGACIÓN CON PERSPECTIVAS.

Aunque los temarios de oposiciones deben revestir un carácter eminentemente práctico, pues su finalidad es la selección de profesionales que van a aplicar el Derecho positivo, y no a legislar ni a crear escuelas doctrinales, ni aun siquiera a cultivar la nomotesia, es plausible que contengan, en discreta medida, preguntas y cuestiones teóricas que sirvan para acreditar conocimientos más elevados que los simples textos legales y, sobre todo, para que el opositor ejercite el personal discurso por cauces y caminos poco trillados.

En el último programa para las oposiciones a Registros, y en su parte relativa a Legislación hipotecaria—que los redactores procuraron ajustar ceñidamente a la Ley y al Reglamento vigentes—, surgen de vez en cuando algunos temas o preguntas sueltas que formulan problemas sin solución legal concreta, en los cuales, por consiguiente, todas las opiniones son admisibles, aun las más originales, a condición de que se apoyen en fundamentos racionales y no se olviden de la Lógica jurídica.

Es una de estas cuestiones (1) la referente a la "posibilidad de buena fe en el usucapiente ordinario frente a la publicidad del Registro". La materia es, no ya atractiva, sino sugestiva. El interrogante que a los opositores se formula abarca un horizonte cuajado de perspectivas, y creo que merece algunas reflexiones, sin ánimo ni pretensión de agotar el tema, ni siquiera de apuntar una solución indefectible de esas —*rara avis*— que son unánimemente admitidas.

Mas, para mejor enfoque del problema y encuadrarlo adecuadamente en el conjunto de las instituciones inmobiliarias, conviene exponer sumariamente algunas indicaciones sobre el influjo de la buena fe y de su reverso o contrafigura, la mala fe, en el ámbito inmuniante del Registro de la Propiedad.

II.—LA BUENA FE EN LOS SISTEMAS DE REGISTRO.

Innegable es, según afirmó el llorado Notario madrileño Manuel González (2), que la "buena fe" es un elemento jurídico primario que se intuye más que se define y que pertenece a esos principios vitales que están en perenne irradiación jurídica, aun al margen de los Códigos.

Cualquiera que sea el concepto que se tenga del Derecho y aun de la Moral, y aun que se niegue la existencia de patrones universales y permanentes, sin límites de espacio ni de tiempo, a los que deban ajustarse las normas éticas y los preceptos jurídicos, resulta inconcebible un Derecho sin raigambre moral o una Moral que no pretenda infiltrarse en el campo jurídico. Siempre los legisladores aspiraron a encarnar en sus mandatos positivos un ideal ético, de justicia superior; y los moralistas soñaron con ver convertidas sus doctrinas de reforma social en normas obligatorias. Los grandes legisladores que la Historia enumera, desde Licurgo a Napoleón, sin olvidar a nuestro Alfonso X, y los grandes reformadores sociales, desde Platón a Tomás Moro, pasando por Savonarola, confirman este aserto.

No es extraño, siendo así, que la buena fe, como reflejo induda-

(1) La pregunta concreta es la siguiente: «¿Es posible la existencia de la buena fe contra los pronunciamientos del Registro?». (Tema 17 de «Principios generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria española», del Programa de 6 de marzo de 1948.)

(2) Manuel González Rodríguez: «Bocetos jurídicos: La buena fe y la seguridad jurídica», en el tomo III de los «Anales de la Academia Matritense del Notariado», pág. 327.

ble de las normas éticas—pues no es, en síntesis, sino un modo de obrar atemperado a esas normas—haya irradiado siempre su luz en las diversas exteriorizaciones positivas del Derecho, singularmente en las influidas por la legislación canónica. Al orientarse el Derecho privado hacia un norte moral, las leyes han protegido múltiples relaciones jurídicas, basadas en la honradez, en la lealtad, en la conducta prudente; en una palabra, en la “buena fe”, o sea en una causa procedente del campo de la Ética.

En el Derecho civil, trasunto jurídico de la total actividad humana, las normas éticas se advierten constantemente a través de lo que se denominan buenas costumbres, buena fe, conducta de buen *pater familias*, etc. Ya la regla moral deja de ser un principio normativo, o una regla hermenéutica o una orientación judicial, y la buena fe se presenta como precepto de Derecho escrito. Si para proteger situaciones de buena fe suele establecerse un precepto derogatorio de una norma general, también para sancionar la mala fe se excluye a ésta de la aplicación de una regla genérica.

Pero en el Derecho inmobiliario registral, por naturaleza formalista, la buena fe tiene que tropezar con mayores obstáculos en su triunfal camino. A la finalidad de la seguridad del tráfico, de la certeza del dominio y de la difusión del crédito territorial es necesario sacrificar bastantes cosas.

El juego casi siempre automático de los efectos de la inscripción, sabiamente articulados para que el Registro publique, legitime y asegure *erga omnes* los derechos inmobiliarios, podría facilitar combinaciones y ardidés inmorales urdidos por la mala fe. Para evitarlo, dulcificando la rigurosidad del principio de fe pública, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de las lamentaciones de los hipotecaristas a ultranza, impuso sin vacilación el requisito de la buena fe para conceder al titular inscrito en toda su amplitud las inmunidades y beneficios que la inscripción proporciona (3).

(3) Es sobradamente conocida esta persistente doctrina del Tribunal Supremo. Ya en su sentencia de 9 de julio de 1900 declaraba que «las causas de nulidad y resolución del derecho del otorgante han de ser desconocidas por el adquirente en el acto de contratar, puesto que estando cerciorado de ellas no tiene el carácter de tercero y falta la base de la ficción legal en que descansa la garantía del Registro». Y en la de 13 de mayo de 1903 negaba buena fe, y, por tanto, la cualidad de tercero y la invulnerabilidad registral al que contrata una hipoteca con quien sabe que ya no es dueño de la finca por haberla vendido. Y en el mismo sentido se producen las

Cierto es que en un sistema de Registro de absoluta sustantividad—que acaso nunca haya tenido plena encarnación legislativa—las circunstancias éticas habrían de quedar extramuros del Registro, y la buena o mala fe de los titulares resultaría indiferente para la efectividad del sistema.

Si a la inscripción se le atribuye en todo caso efectos de cosa juzgada, basados en inatacables presunciones *juris et de jure*; si se admite la abstracción absoluta de los negocios jurídicos reales con independencia completa de sus presupuestos causales; si el mecanismo de la fe pública registral actúa con sólo el mando o palanca del asiento, entonces, ciertamente, la buena fe carece de sentido en el ámbito del Registro y la Moral mendicará en vano ante la cerrada puerta de éste.

Pero también entonces habríamos deshumanizado el Derecho inmobiliario, habríamos hecho de él un perfecto teorema matemático, una implacable logística, un acabado juego de abstracciones y formalidades, algo arquitectónico, puro, frío, pero inservible para las relaciones jurídicas humanas. Equivaldría a lo que en otro lugar (4) me atreví a calificar de “cubismo hipotecario”, recordando la “deshumanización” de las Bellas Artes, en la postguerra anterior, que produjo el ultraísmo literario, el cubismo pictórico y las puras formas geométricas en la escultura, sin vida ni expresión humanas.

El legislador no podía llegar a tanto, y no llegó. Las teorías ultrarradicales de la ciencia inmobiliaria de antaño fueron sustituidas, según afirmó Jerónimo González (5), por el sistema legislativo de protección jurídica al comercio y trato de buena fe, que preside también las demás ramas del Derecho.

Ya la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria refleja, con la reiteración de un “ritornello”, la preocupación ética de sus preclaros redactores a través de locuciones y conceptos inequívocos, aunque luego, en el texto del articulado, no empleen nunca la expresión concreta de “buena fe” (6). Que tampoco figura como epí-

sentencias de 23 de marzo de 1906 y otras muchas, entre las más recientes, las de 12 de enero de 1943, 30 de diciembre de 1944, 6 de julio de 1945, 11 de febrero de 1946, 6 de abril de 1946 y 8 de mayo de 1947.

(4) En la «Introducción» a mis «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria»; pág. 14.

(5) Jerónimo González: «Principios hipotecarios», pág. 194.

(6) Sin embargo, conforme afirmó Gómez de la Serna y ratificaron Galindo y Escosura, «no hay un solo artículo en la Ley Hipotecaria que favorezca al adquirente de mala fe». Por el contrario, según J. González,

grafe alfabético en los índices de las obras doctrinales y hermenéuticas y centones jurisprudenciales del siglo pasado y primeros lustros del presente.

Mas era evidente que el sistema de Registro moderno no podía ser, para el fraude, un "burladero", según la vieja frase de Hernández Ariza, puesta de nuevo en circulación por el ágil ingenio de González Palomino (7). La inscripción se concibió y se concibe, con más exacto simil, como una "trinchera" desde la que, con buena fe, se defienden eficazmente legítimos derechos. En esta idea abunda, sin duda, el insigne Núñez Lagos, cuando al negar a la inscripción el carácter de "cuna" de los derechos reales, la equipara a un "castillo" que les hace respetar (8). En el castillo—agrega este autor—no se nace; se defiende.

El titular registral no necesita ser un espíritu seráfico; pero ello no quiere decir que deba concederse la protección del sistema a pícaros y truhanes cuando intenten trucos de prestidigitación documental para beneficiarse, como honestos diablos, de la fe del Registro. Aunque la buena fe no constituya un principio hipotecario, que en verdad no lo es, sino un presupuesto de toda protección legal, y aunque no sea un requisito que necesite acreditarse para llegar al Registro, pues a todo el que llega se le presume en principio, nadie niega que las inmunidades y beneficios de la institución no pueden alcanzar ni dispensarse a la mala fe conocida o demostrada. Fraudes, estafas, dolos y cualesquiera maquinaciones insidiosas no deben hallar derecho de asilo en los libros y folios registrales.

La dificultad estriba en determinar cuándo y de qué modo puede verse, al trasluz de una buena fe presumida, la realidad de una mala fe acreditada. Porque el requisito de la buena fe, en los sistemas de inscripción, es patentemente un arma de doble filo, que ha de manejarse con exquisito tacto. Un paso de más reduce el valor de los asientos a una simple formalidad que no vale la pena, y un paso de menos puede convertir al Registro en el auténtico burladero que celestinee al fraude.

La buena fe, estado normal psíquico, se presume; su reverso, la

la buena fe es indispensable para que el titular inscrito logre la protección debida.

(7) José González Palomino: «La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», pág. 27.

(8) Rafael Núñez Lagos: «El Registro de la Propiedad español», página 55.

mala fe, estado patológico del espíritu, hay que probarla. Probada, el Registro deviene inoperante para el titular que adolece de esa tara moral. Esa y no otra es la simple fórmula, que procura hermanar la rigidez automática de los efectos de la inscripción, a veces drásticos, con el imperio insoslayable de los postulados éticos. Con ella, la institución del Registro nada pierde; por el contrario, gana en prestigio, en autoridad y en estimación pública, pues se sabe que no va a proteger engaños y tropelías, como sucedía en el antiguo sistema de publicidad por la apariencia posesoria, en que los estelionatos, los alzamientos, las ocultaciones fraudulentas, etc., estaban a la orden del día, hasta el punto de hacer inexcusable el cambio radical de sistema (9).

Lo que hay que demostrar, por tanto, no es la buena fe, sino su falta, o sea la mala fe, ya que en el mismo punto donde aquélla termina empieza ésta. Por regla general, la jurisprudencia, única fuente de normas sobre la materia antes de la nueva legislación hipotecaria, hacía coincidir la mala fe del titular inscrito con el conocimiento por parte de éste de la inexactitud del Registro, discrepante con la verdad jurídica real. Al conocer tal inexactitud el titular no podía alegar que había contratado fundado en la expresión del Registro, pues sobre la apariencia formal prevalece la realidad efectiva y conocida. La tutela de la apariencia o protección registral, según Jerónimo González, "carece de base cuando el que la alega conocía la inexactitud o deficiencia del Registro, y lejos de haber sido inducido a error por sus declaraciones, trata de conquistar la ventajosa posición del titular inscrito" (10). En la misma posición se colocan López Palop y Campuzano, argumentando del siguiente modo: "El fundamento de la protección que a sus titulares concede el Registro se halla en la publicidad; la protección obedece.

(9) No será ocioso repetir aquí una vez más los archisabidos párrafos del Real decreto de 8 de agosto de 1855: «Nuestras leyes hipotecarias (las anteriores a 1861) están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales». En tal situación, rigurosamente exacta, la reforma era urgente e inaplazable; y la reforma se hizo con la organización del Registro de la Propiedad, y como presupuesto necesario para el funcionamiento de éste, con la ley del Notariado. Tanto los Registradores como los actuales Notarios son hijos legítimos de la misma fecunda matriz: la legislación inmobiliaria de 1861.

(10) J. González: «Principios hipotecarios: El principio de buena fe», página 188.

pues, a la publicidad no al Registro, que es sólo un órgano de la misma; luego cuando la publicidad actúe, aunque no sea a través del Registro, deberá existir idéntica protección" (11). Posición ratificada por la sentencia de 23 de marzo de 1906, al declarar que el conocimiento de la inexactitud registral, base de la mala fe, puede derivar no sólo del texto de los libros hipotecarios (publicidad *registral*), sino también de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos, como las servidumbres aparentes, o de actos que haya realizado el mismo supuesto tercero (publicidad *física*). Doctrina reiterada por otras muchas resoluciones del Tribunal Supremo.

Claro es que esta doctrina del "conocimiento" de la inexactitud registral ha de ser aplicada con cautela y parsimonia, pues como acertadamente sostiene González Palomino, nunca debe perjudicar el conocimiento del Derecho, y la intención de prevalerse de una ventaja legal (por ejemplo, la derivada de la prioridad registral) no es en sí misma ilícita. La buena fe que al titular inscrito debe exigirse es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento (12).

En suma: para gozar de la protección de un sistema como el nuestro, tan influenciado por el factor ético de la buena fe, el titular inscrito no necesita ser ni un *homo ignorans* ni un *homo sapiens*: le basta ser un ciudadano corriente que haya creído honradamente al negociar sobre inmuebles y derechos reales que el Registro expresaba la verdad. Nada más, y nada menos, que eso.

III —LA BUENA FE EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.

Si en la legislación anterior no existía precepto que de modo expreso exigiese la concurrencia de buena fe para obtener la protección registral, el preámbulo de la Ley de Reforma de 1944 ya anunció paladinamente que la nueva legislación iba a recoger la orientación ética de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. "La presunción legitimadora—dice—sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrover-

(11) E. López Palop y F. Campuzano: «Apéndice a los Temas de Legislación Hipotecaria». Madrid, 1920, pág. 111.

(12) J. González Palomino: «La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», pág. 27.

tibles." Y, casi a continuación, añade: "La inscripción solamente protege con carácter *juris et de jure* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe."

Y, en efecto, el artículo 34, que nos da la fotografía del tercero normal, *perfecto* pudiera decirse, exige la buena fe para mantenerle en su adquisición onerosa e inscrita (*inmunidad absoluta*); y aunque no define el concepto de buena fe—pues como noción o cuestión de hecho debe quedar en cada caso concreto a la apreciación de los Tribunales—, señala una pauta segura para éstos al agregar que la buena fe del tercero se presume siempre "mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro". O sea que ese conocimiento destruye la presunción y priva al adquirente de la cualidad específica de tercero registral al negarle la base ética de la buena fe.

El artículo 36 perfila el concepto de una buena fe más exigente que da por resultado la figura de un tercero anormal, *pluscuamperfecto*, que para no ser vencido por la usucapión no sólo debe haber ignorado la inexactitud del Registro (por no haber conocido una posesión ajena a título de dueño y por el tiempo legal sobre la finca adquirida), sino que además se le exige que no haya tenido medios racionales y motivos suficientes para adquirir ese conocimiento. Si tales "medios racionales" o "motivos suficientes" han existido (que siempre existirán), la presunción de buena fe desaparece para dar paso a la presunción de conocimiento (culpa lata) y el titular registral queda a la intemperie del Código civil sin abrigo alguno hipotecario. Con razón afirma Núñez Lagos que el citado artículo 36 agrava mucho la posición del tercero. ¡Como que quien, por inverosímil evento, alcance la palma de esa buena fe "*pluscuamperfecta*", más que para este mundo terrenal ha de estar para el cielo y los altares!

También el artículo 37, al regular la acción pauliana en contacto con el Registro, alude a la buena fe en su reverso más extremado: obra de mala fe quien es cómplice en el fraude, y su adquisición queda impropetada respecto a las acciones rescisorias de los acreedores defraudados. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará por sí solo complicidad en el fraude.

Ha romado, pues, carta de naturaleza en la vigente legislación hipotecaria la buena fe, no como un principio especial que la informe, sino como un concepto ético que, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo, así en su manifestación positiva como en exterioriza-

ción negativa, orienta y gobierna todo el ordenamiento jurídico privado.

El texto vigente, a excepción del artículo 36, que, como luego se verá, ha aumentado quizá el confucionismo de la anterior legislación, aplica correctamente el postulado de la buena fe al hacerla consistir en el desconocimiento de la inexactitud del Registro, o sea de que existe desacuerdo, en orden a los derechos inscribibles, entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral. Quien sabe en el momento de adquirir que realidad y Registro discrepan, no obra de buena fe. Claro es, como dice Núñez Lagos, que en el sistema español, en el que existen derechos reales válidos fuera del Registro, la inexactitud de éste ofrece gran amplitud al concepto de buena fe y, por tanto, el conocimiento por los terceros de esa realidad extrarregistral es de grandes posibilidades (13). De grandes posibilidades, por supuesto, para hacer perder al tercero su cualidad y privarle de su protección especial. El pasar de la esfera de la experiencia—conocimiento efectivo—a la de la conducta normativa—conocimiento presunto—es tan grave que la Ley sólo ha dado ese paso al enfrentar la usucapión consumada con el tercero, pero no en las relaciones de éste con las demás situaciones jurídicas (nulidad o resolución del derecho del transferente, colisión de derechos, etc.) para las que se conforma, como causa obstativa de la buena fe, con el conocimiento efectivo y demostrado.

Y menos mal también que el ámbito de aplicación de la buena fe en el recinto registral es bastante reducido, según a continuación vamos a ver.

IV.—LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN Y LA BUENA FE.

Porque, en efecto, los muy variados efectos que en mayor o menor grado produce la inscripción en nuestro sistema legal (*constitutivos, presuntivos, inmunizantes o defensivos y activos*) no quedan subordinados en todo caso, ni mucho menos, a la buena fe del titular inscrito, beneficiario de aquéllos.

Es opinión unánime de la doctrina (J. González, Núñez Lagos, Angel Sanz, Roca Sastre) que el ámbito de aplicación del requisito de buena fe coincide con el de aplicación de la *fidēs pública*. Es decir,

(13) Rafael Núñez Lagos: «El Registro de la Propiedad español», página 71.

que sólo para tan drástico efecto de la inscripción, que a tenor del artículo 34 de la Ley inmuniza en absoluto al titular frente a posibles acciones del dueño real o extrarregistral, es necesario que el titular inscrito haya obrado de buena fe.

Más conviene analizar, separadamente, los distintos grupos de efectividades en su contacto con la buena fe para llegar a conclusiones más concretas.

Los efectos constitutivos, tan escasos en nuestra legislación, pueden también paralizarse por la falta de buena fe del titular. Centrados sobre la inscripción, que imprime carácter de derecho real al que antes no lo tenía, hay que atender al momento de aquélla y no debe ser protegido el que pide se extienda a su favor un asiento de eficacia constitutiva cuando antes de ese momento conozca la inexactitud del Registro, aunque la desconociera en el momento del acto o contrato. Jerónimo González, defensor de esta opinión, ponía dos ejemplos (14). Uno, el de quien acepta un crédito hipotecario, después de inscrito a su nombre, pero con pleno conocimiento de que el dueño efectivo no es el hipotecante que ha otorgado la escritura unilateralmente. Y otro, el de quien inscribe una hipoteca después de saber que no era dueño el hipotecante, o el del cesionario de un crédito extinguido que conoce la escritura de cancelación momentos antes de presentar su propio título en el Registro. En todos estos supuestos es más que dudoso que los efectos constitutivos se produzcan y que la hipoteca haya quedado eficazmente constituida *erga omnes*.

Los efectos presuntivos, más amplios, subsisten en tanto no se acredite la mala fe del titular, precisamente por ser la buena fe una de las más importantes presunciones que confiere el sistema. Por ser las presunciones *juris tantum* pueden ser destruidas por prueba en contrario, y si se destruye la presunción de buena fe pueden quedar como consecuencia aniquiladas las restantes. En este sentido, tanto la presunción genérica del artículo 38 de la Ley como la extintiva del artículo 97, pueden resultar afectadas por la buena fe del titular.

En cuanto a los efectos defensivos o inmunizantes, tan numerosos y proteicos, apenas son influidos por la conducta de buena o mala fe del titular. Excepto, como es natural, la inmunidad absoluta regulada en el artículo 34 y la casi ilusoria frente a la usucapción que concede el artículo 36, las demás inmunidades, relativas, atenuadas, quedan fuera

(14) J. González: «Principios hipotecarios», pág. 204.

del área del requisito de la buena fe. Tal ocurre con la inmunidad puramente registral del artículo 17, con la del artículo 20 frente a actos y contratos no consentidos por el titular inscrito, con la del párrafo segundo del artículo 38, típicamente procesal, con la del párrafo tercero del mismo artículo frente a procedimientos ejecutivos y de apremio.

Finalmente, los efectos activos o de actuación jurídica tampoco son afectados por la presencia o carencia de buena fe del titular. Las facultades dispositivas registrales a que se refiere el párrafo primero del artículo 20 corresponden a todo titular, cualquiera que sea su posición ética. Es más: la mala fe no es un elemento transmisible que pase de uno a otro titular, como el tiempo de la posesión a efectos de la prescripción, y por ello un titular de mala fe puede inmunizar a un adquirente que sea de buena fe. Tampoco el artículo 313 cae dentro del campo de la buena fe, y en todo caso los documentos inscritos serán admitidos por Juzgados, Tribunales y Oficinas con independencia del fondo ético del titular que los presente. Ni el artículo 41, con su especial proceso de ejercicio de acciones reales dimanantes de derechos inscritos, puesto que para su incoación no se requiere la cualidad de tercero, sino solamente la de titular vigente según el Registro.

Esto nos lleva a la conclusión de que la nueva legislación ha centrado lo mejor posible el difícil problema de compatibilizar el elemento moral con los necesarios resortes del sistema, y reduce la exigencia de la buena fe—salvo en el artículo 36—a los límites estrictos en que tal exigencia se ha entendido ineludible para evitar fraudes montados sobre el valor de la inscripción, pero cuidando de no rebasar tales límites a fin de no privar al Registro de su eficacia protectora y ofensiva.

V.—SUBLIMACIÓN, FRENTE A LA USUCAPIÓN. DE LA BUENA FE DEL TITULAR INSCRITO.

El citado artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria resuelve o intenta resolver los difíciles problemas que plantea el contacto de la usucapión, como modo civil de adquirir derechos, con la institución del Registro. Una disyuntiva se ofrecía al legislador: o conceder la primacía y la inscripción y declarar imprescriptibles los derechos debidamente inscritos, o conceder preferencia a la posesión efectiva y de-

clarar que ésta, complementada con los requisitos, de tiempo y, en su caso, de título y buena fe, vence siempre al asiento, cualquiera que sea su titular. La legislación no se ha atrevido a seguir ninguna de estas direcciones radicales, y aunque ha querido seguir una tercera posición de relativo eclecticismo, lo cierto es que ha debilitado la invulnerabilidad del tercero y, por tanto, ha dado marcha atrás en el desenvolvimiento progresivo de nuestro sistema.

El nuevo artículo 36 de la Ley pretendió corregir errores de la legislación anterior—imputables, más que a su contexto, a sus diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales—, pero el resultado es que ha aumentado las diferencias interpretativas, que ahora son más profundas, ha creado la confusión y ha aminorado la eficacia de la inscripción y, con ella, la seguridad del tráfico, aunque acaso se propuso lo contrario.

Angel Sanz, con su indiscutible autoridad en este punto, reconoció que las normas del artículo 36 “no estaban exentas de complicación a pesar de haberle prestado atención preferente la Comisión redactora” (15); y yo, en otro lugar, expuse mi opinión de que tales normas “eran complicadas con exceso”. Los antiguos logogrifos provocados otrora por el concepto del tercero van a desplazarse ahora hacia la inteligencia y alcance del artículo 36.

En la lucha entre Registro y usucapión, el titular inscrito lleva la peor parte. Al usucapiente ordinario o extraordinario—personificado en un personaje con categoría de mito, el “tío Celedonio”—, se le ha mimado y protegido; en cambio, al titular registral se le ha tratado con un rigor que no dudo en calificar de excesivo, puesto que se aplica a quien se ha sometido sumisamente a todas las normas legales y fiscales de un Estado civilizado, y de incomprensible, puesto que se le posterga a quien actúa fuera de ese orden estatal anárquicamente, como si aun en pleno siglo XX se viviese en sociedades de terrenos *nullius* y de cultura incipiente.

Rehuyo la tentación, peligrosa de suyo, de parafrasear la retorcida sintaxis y aun el léxico jurídico (*usucapión total*, *usucapión comenzada*, etc.) de dicho artículo 36. Mas no puedo soslayar unas consideraciones sintéticas, indispensables para situar el problema que motiva este trabajo.

15) Angel Sanz Fernández: «La reforma de la Ley Hipotecaria», en «Revista de Derecho Privado», enero 1945, págs. 21 y sigs.

En las instituciones inmobiliarias hay que diferenciar netamente, tratándose de nuestro Derecho positivo, dos categorías o especies de propiedad inmueble: la inscrita en el Registro y la no inscrita. No es la que antecede una opinión personal, que carecería de valor. La sostuvo, con su autoridad magistral, JERÓNIMO GONZÁLEZ (16), y hoy nos la ratifica expresamente el notable preámbulo o exposición de motivos de la Ley de 1944 (17): y lo corrobora el ministro de Justicia, Sr. Aunós, en su discurso, presentando el proyecto de la Ley a las Cortes (18).

Hay que partir de esa diferenciación, y de que la inscripción, como determinados sacramentos, "imprime carácter" a la propiedad—es decir, determina de modo indeleble las normas jurídicas a que queda sometida—, para no extraviarse en la hermenéutica de la especial legislación del Registro, que no siempre admite una simple versión civilista. Es una distinción capital, que el Código civil reconoce, puesto que a cada momento deja a salvo, en numerosas instituciones, los preceptos especiales de la legislación hipotecaria (véanse los arts. 462, 608, 647, 975, 1.537, 1.549, 1.880, etc.).

La principal consecuencia que se deduce de tal diferenciación es ésta: La propiedad inmueble no inscrita vive regulada exclusivamente por el Código civil, a extramuros de la legislación especial del Registro, y en cambio la propiedad inscrita y los derechos reales que la afectan son regulados preferentemente por la legislación especial, y en todo lo que ésta no determina, por las normas ordinarias del Código. Así, por ejemplo, el derecho real de hipoteca no puede establecerse con eficacia sobre la primera clase de propiedad (la no inscrita), y tratándose de la segunda (la inscrita), cualquier derecho real, incluso el dominio, no alcanza su estado definitivo de madurez, su trascendente eficacia *erga omnes*, incluidos los titulares inscritos, sino cuando se inscribe a su vez en el Registro, cualquiera que sea el grado de consumación ob-

(16) J. González: «Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, Sistemas y Fuentes)». Madrid, 1924, pág. 37.

(17) Afirma dicho preámbulo que «cierto es que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos».

(18) Ratificó el Sr. Aunós que «no cabe duda de que nuestro sistema permite la coexistencia de dos formas de propiedad: la inscrita y la no inscrita», y llegó a sostener, nada menos, que esto es un trasunto, a lo largo de los siglos, de la distinción romana entre el dominio quirritario y el bonitario.

tenida por el título y la tradición: es decir, por las normas civiles aplicables.

Pues bien; apliquemos ahora esa distinción a la usucapión.

La de fincas no inscritas en el Registro se regula exclusivamente por el Código civil, y no interesa al objeto de este estudio. La de la propiedad inscrita se rige preferentemente por las disposiciones de la Ley Hipotecaria, y defectivamente, por las del Código.

¿Qué normas especiales contiene la vigente legislación hipotecaria sobre la usucapión? Toda su doctrina se contiene en los artículos 35 y 36.

Según éstos, la prescripción puede actuar en favor del titular inscrito o en contra del mismo. En el primer caso se produce la prescripción *secundum tabulas* (que no debe confundirse con la prescripción *tabular*, de la que en nuestra legislación sólo hay un ejemplo: la conversión de las inscripciones posesorias en inscripciones de dominio por el simple transcurso de diez años), y en el segundo caso, la prescripción *contra tabulas*.

A) *Usucapión a favor del titular*.—Este, que además de la inscripción tiene la posesión efectiva del inmueble, gana su dominio por prescripción ordinaria contra el dueño real con sólo diez años ininterrumpidos de tal posesión entre presentes, y veinte años, entre ausentes. La buena fe se le presume por una doble causa: como poseedor, a tenor del artículo 434 del Código civil, y como titular inscrito, conforme al artículo 35 de la Ley Hipotecaria, y si tiene la cualidad de tercero, además por el artículo 34 de la misma (19). Claro es que esta presunción de buena fe podrá ser destruída por prueba en contrario.

En cambio—y aquí la norma especial hipotecaria se aparta de la general civil—, el justo título que para la usucapión ordinaria exige el Código, en la prescripción *secundum tabulas*, lo suple el Registro: la inscripción equivale o es por sí misma justo título (20).

(19) El usucapiente «*secundum tabulas*» puede tener la posición de tercero, si adquirió a título oneroso de un titular inscrito anterior e inscribió a su vez su título adquisitivo. Pero no necesita, para mantener su adquisición, robustecida por la posesión material, llegar a la usucapión ordinaria, pues su derecho resultará automáticamente confirmado e inmunizado por la propia fuerza del artículo 34, sin necesidad de completar los años requeridos para usucapir, siempre que haya obrado de buena fe, es decir, ignorando que el transferente no era el dueño real.

.. (20) "Algunos juristas (Sanz, Bérnago) no lo entienden así y sostienen que el artículo 35 sólo establece una presunción, y aun una presunción «*juris tantum*». Se fundan principalmente en que a tenor del Código civil el justo

Verdaderamente, en la usucapión *secundum tabulas* el titular registral usucapiente derrota a un fantasma a un propietario civil, sin posesión y sin inscripción. Si ese propietario no llegó a tener nunca la posesión, puede afirmarse que por falta de tradición no había adquirido el dominio ni aun civilmente; y si se tratase de una finca inscrita, tampoco lo habría adquirido, por falta de inscripción, respecto a los terceros que inscribiesen su derecho sobre la misma finca.

Son realmente rarísimos los supuestos de esta usucapión a favor del titular inscrito. Y no menos rara será la usucapión extraordinaria *secundum tabulas*, que únicamente podrá producirse en caso de haberse contradicho con éxito la buena fe del titular inscrito y llevar éste treinta años ininterrumpidos de posesión (21). Claro es que en tal hipótesis de nada le servirá al titular la inscripción en el Registro, pues queda colocado en el mismo plano que el usucapiente civil.

B) *Usucapión contra el titular inscrito*.—Aquí la Ley Hipotecaria introduce una distinción capital: si el titular no tiene la cualidad de tercero, según es definida por el artículo 34, la usucapión contra él, ya sea ordinaria, ya sea extraordinaria, se rige íntegramente por el Código civil: mas si el titular goza de la protegida posición de tercero, la usucapión contra él, tanto la de una como la de otra clase, se regula preferentemente por las disposiciones del artículo 36 de la Ley Hipotecaria (22).

título no puede presumirse. Pero olvidan que la prescripción «*secundum tabulas*» la regula la Ley Hipotecaria, y que ésta es posterior al Código, y que lo determinante y claro del precepto del artículo 35 no admite interpretaciones. Es inexplicable que tan ilustres autores se obstinen en colocar al titular registral en peor posición que al llamado «tío Celedonio». A éste le basta un documento cualquiera, incluso un papel privado y la posesión de buena fe durante el tiempo legal para adquirir en usucapión ordinaria. En cambio, al infeliz titular inscrito, con esa misma posesión de buena fe durante igual tiempo, se le discute que la inscripción (fundada siempre en un documento público y legal) pueda servirle de título y se pretende hacer ver en ella una simple presunción. Núñez Lagos, con mejor criterio, ve en el precepto del artículo 35 lo que en realidad es: un mandato terminante de que la inscripción, por sí sola, equivale al justo título necesario para esa clase de usucapión.

(21) El tiempo de posesión de un titular se transmite al titular que de él traiga causa gratuita u onerosa, conforme al número 1.º del artículo 1.690 del Código civil, que autoriza la suma del tiempo de cada poseedor para los efectos de la prescripción. Lo que es intransmisible y no puede acumularse es la buena o mala fe, que es un elemento subjetivo y personalísimo.

(22) Con relación a la usucapión nunca puede ser tercero el titular inscrito al tiempo de comenzar la posesión «ad usucapionem». Sólo sus sucesores onerosos que reúnan los requisitos del artículo 34 e inscriban su derecho durante el curso de esa posesión o después de consumada la usucapión, gozan de esa calidad y pueden defenderse por las normas del artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Así se desprende de su párrafo tercero.

Examinemos rápidamente ambos supuestos de prescripción.

a) *Extraordinaria* (23).—Para ésta basta el tiempo, unido a la posesión; no se exige por el Código ni buena fe ni justo título, aunque sí la posesión en concepto de dueño, e ininterrumpida durante treinta o más años.

Contra ella, el tercero registral puede reaccionar: si sólo está iniciada, es decir, si se enfrenta con una simple *posesión ad usucapionem*, interrumpiéndola natural o civilmente, conforme a los preceptos del Código, y si está consumada, es decir, si el usucapiente ha ganado civilmente el dominio, y si el titular inscrito es un tercero "pluscuamperfecto", dejándola sin efecto, o sea impugnándola precisamente durante el primer año, contado desde la adquisición del titular.

Es ésta una consecuencia natural de la eficacia drástica del artículo 34. No hay motivo alguno para escandalizarse por ello, puesto que si cabe la adquisición "a non domino" (digámoslo así) contra un dueño real, que puede tener título y modo, en virtud de la invulnerabilidad del tercero corriente, que debe ser mantenido en su adquisición, ¿por qué en virtud de ese mismo efecto de la inscripción, exigido por la protección del tráfico, no va a poder derrotarse a otro dueño civil, el usucapiente, que carece de título? El tercero pluscuamperfecto del artículo 36 queda también inmunizado (si ejercita sus acciones en el primer año de su adquisición) contra la falta de derecho de su transferente, perdido no por acciones de nulidad o resolución, sino por consecuencia de una usucapción extraordinaria.

b) *Ordinaria*.—Para ésta exige el Código al usucapiente, además de posesión ininterrumpida en concepto de dueño durante diez o veinte años, según los casos, justo título y buena fe.

(23) No todos los autores están de acuerdo en que los preceptos de la Ley Hipotecaria sean aplicables a la prescripción extraordinaria «contra tabulas». Los argumentos que Angel Sanz y Alejandro Bérnago exponen para defender tal tesis son, como dice Roca Sastre, poco convincentes. Más extensamente he tratado de esta cuestión en mi conferencia sobre el «Valor efectivo de la inscripción en la nueva Legislación Hipotecaria». A no ser porque el apartado tercero del artículo 36 contiene una alusión al título, diríase que dicho artículo 36 está pensado y redactado exclusivamente para la usucapción extraordinaria, y no también para la ordinaria. Si sólo se refiriese a ésta, el legislador no habría hecho realmente nada, y además lo habría dicho expresamente. El que una ley posterior no pueda modificar algún precepto del Código civil, sólo puede sostenerse por un exceso de amor al monumento jurídico de Alonso Martínez, olvidando que su gran obra legislativa se nos va muriendo un poco cada día por toda la legislación posterior que expresa o tácitamente la deroga o modifica en muchas de sus instituciones.

El justo título, para la usucapición *contra tabulas* de fincas inscritas, no necesita hallarse inscrito en el Registro, pues aunque el artículo 1.949 del Código dispone que contra títulos inscritos no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales "en perjuicio de tercero" sino en virtud de otro título igualmente inscrito, lo cierto es que este precepto se interpreta en el sentido de que el tercero a que alude es el titular de un derecho real, impuesto sobre la finca usucapida, y no el titular de la propiedad, ya que éste y el usucapiente no son terceros entre sí. Esta interpretación se confirma por la Ley Hipotecaria, al declarar en el artículo 36 que en cuanto al que prescribe, y al dueño del inmueble que se esté prescribiendo, y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

La buena fe que el Código exige al usucapiente ordinario nos sitúa de lleno en el problema principal que motiva este trabajo ¿Puede reunir este ineludible requisito de la buena fe el usucapiente contra el Registro? ¿Es posible atribuir esa apetecible calidad ética a quien puede y debe saber que hay un dueño inscrito diferente a la persona que figuró como transferente en el justo título del poseedor?

VI.—BUENA FE "CONTRA TABULAS".

El problema ha suscitado opiniones divergentes

José María Porcioles niega la buena fe a quien prescribe contra un dominio inscrito, porque instaurado el Registro de la Propiedad, quien quiera adquirir con un mínimo de diligencia no puede eximirse de acudir a los asientos registrales. No cabe buena fe si los libros del Registro proclaman quién es el titular, a no ser que por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que ha habido otras transmisiones no inscritas o de que se haya operado una usucapación anterior (24).

Muchos años antes, Gayoso Arias, con sus originales intuiciones, había dicho que uno de los efectos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 era "destruir la buena fe del poseedor material; porque sabe o puede saber finalmente por el Registro que otro y no él es el que de momento al menos tiene derecho al ejercicio de los derechos del dueño, y no podrá aprovecharle decir que no lo consultó, porque la buena fe

(24) José M. Porcioles: «Usucapación y Registro de la Propiedad», conferencia desarrollada el 5 de mayo de 1944 en el Colegio Notarial de Barcelona

supone una ignorancia inculpable, pues la que no lo es obliga a indemnizar sus consecuencias. No se sigue de aquí que el poseedor material lo sea de mala fe, sino que no le aprovechan las ventajas de la buena fe, nada más" (25).

También el ponderado Manresa, hace mucho tiempo, había sostenido que "la buena fe que concurra en el poseedor debe ser fundada, no bastando para ello una creencia cualquiera destituida de fundamento, pues, como ya decía la legislación de Partidas, tiene que apoyarse en una "razón derecha", o sea en una causa bastante a producir la transmisión del dominio. Así se explica que el poseedor que adquirió la cosa poseída de quien sabía que no era dueño de ella o que carecía de la aptitud o de las facultades necesarias para transmitirla no puede llegar a prescribir dicha cosa por el término ordinario, porque para la Ley es y será siempre un poseedor de mala fe cualquiera que sea el título con que posea" (26).

Azpiazu Ruiz, coincidiendo con el criterio de Porcioles, formula esta interrogación: "¿Cómo puede presumir de diligente el poseedor extrahipotecario que no se ha enterado que hay inscrito un título contradictorio de su situación posesoria?" (27).

Veamos ahora las opiniones opuestas

Angel Sanz rebate el punto de vista de Porcioles, que, a su juicio, es difícil de admitir por oponerse a las bases de nuestro sistema inmobiliario. "Basta recordar—añade—: 1.º Es incompatible con el concepto de la buena fe (arts. 433 y 1.950 del Código civil). 2.º Es asimismo incompatible con el carácter puramente declarativo de la inscripción en nuestro Derecho. 3.º Olvida que para adquirir el dominio basta el contrato y la tradición (art. 609 del Código). 4.º Se desentiende del supuesto de inexactitud registral. 5.º Parte de una base falsa como es la de que el poseedor no deriva su causa directa o indirectamente de algún titular registral, sea el actual u otro anterior, siendo así que la experiencia demuestra que lo que ocurre es normalmente y casi, me atrevo a decir, que siempre lo contrario" (28).

Roca Sastre, coincidiendo en esta ocasión con Sanz, también re-

(25) Ramón Gayoso Arias: «Nociones de Legislación Hipotecaria», tomo II, pág. 143.

(26) José M.^a Manresa: «Comentarios al Código civil», tomo XII, pág. 804.

(27) José Azpiazu Ruiz: «Apostillas a unos comentarios: la prescripción y el Registro», en esta Revista, año 1945, pág. 318.

(28) Angel Sanz Fernández: «Instituciones de Derecho Hipotecario», tomo I, pág. 548, nota 55.

bate la opinión de Porcioles. "Dejando aparte—dice—la posibilidad de que el usucapiente, o quien de éste traiga causa, crea lealmente que el Registro está equivocado o es inexacto, siempre resultará que, conforme establece categóricamente el artículo 36 de la Ley, en su párrafo tercero, la usucapición *contra tabulas* se producirá conforme *exclusivamente* a las reglas del Derecho civil, sin intromisión de las normas hipotecarias, para conseguir el resultado adquisitivo correspondiente y sin distinguir entre usucapición ordinaria y extraordinaria. La influencia del Registro respecto de la usucapición que se opera contra él es en principio nula, ya que, conforme al expresado precepto, en la usucapición contra el Registro se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil; además hay que tener presente que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*" (29).

A mi juicio, ni en el Código civil ni en la legislación hipotecaria se contienen normas específicas que permitan resolver de modo apodíctico el problema, ni siquiera deducir argumentos que impidan una u otra solución. No hay que extrañarse de ello, pues la apreciación de la buena fe, su calificación, supone siempre una cuestión "de hecho", sometida, como tal, al prudente criterio de los Tribunales, que la apreciarán o no en cada caso contemplado discrecionalmente, según los resultados de la prueba y en función de los dictados de la sana crítica. Las leyes se limitan a dictar una regla en extremo general que sirve de pauta al juzgador para calificar los hechos en que una de las partes litigantes pretenda fundamentar la mala fe o la falta de buena fe de la contraparte.

Así, en cuanto a la buena fe del titular registral, la Ley Hipotecaria establece la regla general de que queda destruida cuando el titular conozca al tiempo de adquirir la inexactitud del Registro. Y en cuanto a la buena fe del usucapiente, el Código civil sienta el principio fundamental de que no cabe apreciarla cuando el poseedor no crea que su transmitente era dueño de la cosa y podía transmitir su dominio.

Y sobre estas reglas generales el juzgador ha de construir los desenvolvimientos particulares, aplicables a cada caso concreto, para obtener la convicción de que es un hecho real, bien que el titular cono-

(29) Ramón M.^a Roca Sastre: «Instituciones de Derecho Hipotecario», segunda edición, tomo I, pág. 384. Véase también, en igual sentido, en «Apéndice de adaptación al Derecho Hipotecario».

cia, en efecto, la inexactitud del Registro, bien que el usucapiente no tenía la creencia exigida por el artículo 1.950 del Código.

Lo que resulta indudable es que debe existir cierto paralelismo entre las realidades objetivas que sirven para excluir al titular registral del ámbito protector de la buena fe, y aquellas otras que permiten negar buena fe al poseedor. Ambos, titular y usucapiente, se hallan a estos efectos en un plano similar: si el titular sabe que el Registro es inexacto, sabe, por consecuencia, que su transmitente no era dueño efectivo, pese a su inscripción; y si el usucapiente sabe que su transferente (en el justo título que legitime la usucapción ordinaria) no era dueño o no podía transmitir el dominio, sabe, por tanto, que su titulación es inexacta.

Dada esta simetría, el juzgador, al apreciar los hechos, debe dar un tratamiento equitativo a los problemas de apreciación de la buena fe en un caso y en el otro. Lo que no podrá hacer—pues realmente implicaría una subversión del buen orden jurídico—es dar trato más favorable al adquirente sin título inscrito que al adquirente que inscribe su derecho sobre la base de una inscripción anterior.

Sobre este pie de justa igualdad veamos cómo se argumenta para negar la buena fe al titular registral. “Para que exista mala fe en el titular registral es suficiente el conocimiento por éste del hecho posesorio. Es punto menos que imposible suponer que alguien se atreva a concertar la adquisición de una finca sin examinar previamente, con más o menos superficialidad, su estado físico (situación, linderos, productividad), su situación fiscal (administración, cargas, tributos) y su estado jurídico (titulación, Registro, derechos reales, etc.) Por tanto, el adquirente habrá tenido “medios racionales” y “motivos suficientes” para conocer el hecho posesorio extratabular” (30). Y con este “conocimiento presunto”, que lejos de liberar de la carga de la prueba al titular inscrito, le obliga a probar que no existió en la realidad tal conocimiento (lo que resulta prácticamente imposible), se priva al tercero del artículo 34, no ya de la presunción normal de buena fe, sino de la buena fe pluscuamperfecta necesaria para luchar con éxito

(30) Alejandro Bérnago Llabrés: «La usucapción y el Registro de la Propiedad». Tomo III de los «Anales de la Academia Matritense del Notariado», pág. 304. En esta brillantísima conferencia, tan deliciosa en la forma como discutible en el fondo, su ilustre autor muestra una incomprensible tendencia a resolver, según sus palabras, todas las escaramuzas jurídicas, con la desventaja del adquirente, según el Registro.

contra la usucapión "contra tabulas". Sobre el mismo supuesto otro autor opina que "normalmente el adquirente, según Registro, procederá de mala fe, pues es difícil que poniendo en sus asuntos, no ya una exagerada diligencia, sino la normal de un buen padre de familia, no se entere de que la finca está poseída por otro" (31).

Pues bien: apliquemos estos mismos principios al adquirente que no inscribe porque no quiere o porque no puede su título adquisitivo y que va a ganar el dominio por usucapión ordinaria por no pertenecer realmente la finca adquirida a su transferente. (Si el dominio pertenece efectivamente a su transmitente, no necesitará ganarlo por usucapión, sino que lo habrá ganado por el negocio transmisivo y la tradición: se estaría en un supuesto de inexactitud registral y serían aplicables los abundantes medios de rectificación del Registro que la legislación vigente concede.) También debe estar obligado a conocer la situación jurídica de la finca que va a adquirir, y existiendo una oficina pública como el Registro de la Propiedad, ese futuro usucapiente pudo y debió consultar el Registro antes de realizar su adquisición, que luego quiere consolidar por la posesión y el tiempo. El Registro le habría advertido que existía un dueño inscrito distinto a su transferente, y que, tratándose de una finca registrada, éste carecía de la facultad dispositiva registral y que su título no inscrito no podría perjudicar al inscrito. Cuantos argumentos se esgrimen en pro de la culpa lata del titular registral, que adquiere fincas poseídas por tercera persona, son exactamente aplicables al mero titular civil que adquiere fincas inscritas en el Registro a nombre de tercero.

Y donde la razón es idéntica, idéntica también debe ser la norma jurídica. El que adquiere, sabiendo o pudiendo saber, que la finca adquirida está inscrita en el Registro a nombre de persona distinta a su transmitente no puede ser reputado, por regla general (y salvo excepciones que admitimos), de buena fe, y sin este requisito no podrá adquirir por usucapión ordinaria.

Sería inconcebible hacer de peor condición al titular inscrito que a un usucapiente civil cuyo título suele ser un documento privado. Si al primero, para considerarle de buena fe y ser mantenido en su adquisición, se le exige una buena fe pluscuamperfecta, esto es, que ignore el hecho posesorio ajeno y que no haya habido motivos suficientes o causas racionales para poder conocerlo, al segundo también debe exi-

(31) Angel Sanz Fernández: «Instituciones», pág. 538, tomo I.

gírsele, por lo menos, la diligencia de un buen padre de familia, o sea conocer el estado registral de la finca adquirida, y, si lo ignora voluntariamente o si lo conoce y el Registro le advierte el dominio inscrito ajeno, tampoco deberá ser reputado poseedor de buena fe.

Si la posesión exterioriza—y no siempre—un derecho ajeno (32), los asientos del Registro exteriorizan y publican el dominio de un titular. Si quien inscribe en el Registro, para vencer al usucapiente, ha de ignorar la posesión a título de dueño por parte de éste y ha de demostrar que no ha podido conocerla, por la misma razón el usucapiente ordinario, para vencer al titular inscrito, debe ignorar y debe no haber podido conocer que el Registro legitimaba el dominio a favor de una persona distinta a aquella de quien trae causa. Y siendo el Registro una oficina pública, abierta para todos, obvio es que ese usucapiente debió consultar su contenido.

No es cuanto antecede una simple opinión teórica, engendrada por el legítimo afán de robustecer la institución registral. Ha tenido en alguna ocasión confirmación jurisprudencial. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1910 declaró, respecto de la usucapición ordinaria, que la buena fe debe persistir durante el período total de la posesión y falta por completo desde que el poseedor sabe que la finca poseída está inscrita en el Registro a nombre de otra persona.

Resolvió esta sentencia el siguiente caso. Inscrita una finca a favor de A., fué vendida judicialmente, para pago de cierto crédito anotado, en favor de B., que se posesionó de ella, pero no inscribió su título. Posteriormente A. adjudicó la finca a C. en pago de un crédito hipotecario anterior a la anotación, y C. inscribió su título de adjudicación. Quiso después B. inscribir el suyo, y en el Registro le fué denegada la inscripción, ya que la finca estaba inscrita a favor de C. A. los veinticinco años de posesión ininterrumpida y en concepto de dueño y con justo título por parte de B., reclamó contra el C pidiendo el dominio de la finca. El Tribunal Supremo, con evidente justificación, declaró que "si bien C. no puede ampararse en el artículo 1.949 del Código

(32) La simple posesión es inoperante a los efectos de inducir por ella el dominio; para que su conocimiento anule la buena fe del adquirente inscrito hace falta además, como afirma Núñez Lagos, que ese conocimiento abarque: 1.º Que el poseedor de hecho es persona distinta del transferente. 2.º Que el poseedor posee a título de dueño, y 3.º Que ha poseído durante los plazos que la ley señale a la prescripción adquisitiva totalmente o faltando menos de un año para completarlos. («Realidad y Registro», pág. 14.)

civil por no ser tercero a los efectos de la inscripción, según reiterada jurisprudencia y con arreglo al artículo 35 de la Ley Hipotecaria, B. no había prescrito o ganado el dominio por usucapación ordinaria por faltarle la buena fe desde que conoció el derecho de C., fundado en una hipoteca anterior al embargo" (33).

Vemos, pues, que el usucapiente pierde el requisito de la buena fe desde que por el Registro conoce la inscripción de un derecho superior al suyo. Y ahora, aplicándole la misma doctrina de la *culpa lata* que la nueva Ley Hipotecaria aplica al titular registral, dicho requisito le faltará desde que tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer aquella inscripción.

No se piense, sin embargo, que esta doctrina es absoluta. Al fin y al cabo la apreciación de la buena o mala fe siempre ha de ser una pura cuestión de hecho influida por ciertas presuposiciones legales y la realidad puede ofrecer casos en los que no sería justo privar al usucapiente de la buena fe aunque conozca la existencia en el Registro de un dominio inscrito a favor de tercera persona con la que no haya contratado la adquisición.

A estos supuestos se refería Porcioles al aludir a que, por la fecha de la última inscripción, se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas; y Ángel Sanz, en su argumento cuarto y quinto (34) al referirse a las hipótesis de in-

(33) Esta sentencia se publicó en la «Gaceta de Madrid» de 28 de julio de 1911. En su penúltimo Considerando se dice que «si bien concurren en el demandado los requisitos del justo título y de la posesión continuada, no cabe estimar el de la buena fe, porque este requisito debe persistir durante el período total de la posesión, con arreglo al artículo 435 del Código civil, y el demandado hubo de perderla desde que supo por el Registro que el dominio de la finca resultaba inscrito a nombre del actor, al cual le había sido adjudicada por virtud de una hipoteca de fecha anterior a la anotación preventiva del embargo».

(34) Los tres primeros argumentos de Ángel Sanz, así como algunos de los aducidos por Roca Sastre, no me parecen muy convincentes. En efecto, no se ve incompatibilidad entre el concepto de la buena fe del poseedor usucapiente consignado en el Código civil y el que se le niegue esa calidad cuando conoce que hay un titular de dominio inscrito diferente a su transmitente, según reconoció la sentencia de 1910, pues en este supuesto cae por su base la creencia de que su transmitente era dueño y podía disponer, a menos de que exista algún nexo entre ese transmitente y el titular inscrito. Tampoco existe la incompatibilidad con el carácter declarativo de la inscripción en nuestro sistema, porque, dejando aparte el que respecto a tercero la inscripción produce siempre un efecto general constitutivo, la buena fe es un elemento psíquico, anímico más que jurídico, y es comprensible que pueda perderse al conocer que el Registro publica una titularidad dominical ajena al transferente, aunque no siempre la inscripción proclame

exactitud registral y a la probabilidad, que la experiencia enseña como normal, de que el título del poseedor enlace directa o indirectamente con el titular registral. En todos estos casos la buena fe del poseedor no se menoscaba por su conocimiento de lo que el Registro proclama, pues se funda en la creencia racional de que éste es inexacto o incompleto a condición, naturalmente, de que pueda demostrar el nexo entre su título adquisitivo y el titular registral al tiempo de comenzar la posesión. Y es que en tales eventos el poseedor es verdadero dueño por traer causa del legítimo *dominus* inscrito y en realidad resulta innecesaria la usucapción para atribuirle un derecho que ya tiene. Únicamente para inmunizarse, en su caso, contra un posible tercero registral.

Mas si el titular inscrito no ha transmitido su derecho y, por tanto, no puede enlazarse con él el título adquisitivo del poseedor, éste no procede de buena fe en cuanto conoció o pudo conocer la expresión del Registro y no puede ganar el dominio por usucapción ordinaria, sin perjuicio, claro es, de que pueda hacerlo mediante la extraordinaria.

En definitiva, las soluciones al problema planteado habrán de buscarse por el juzgador en consideración a las particularidades de cada caso contemplado: si bien, como regla general, cabrá negar al usucapiente con título no inscrito la buena fe si conoció o pudo conocer la titularidad ajena inscrita; por la misma razón que al titular inscrito se le niega la buena fe y se le priva de la protección registral en cuanto conoció o pudo conocer la posesión ajena. Y, ocioso es repetirlo, admitiendo a esta regla general las excepciones apuntadas por Porcioles y por Angel Sanz.

No llegar a esta solución moderada implicaría inexplicable e irrefutablemente la existencia y subsistencia de los derechos reales. Y en cuanto a que el dominio se adquiere según el Código mediante el contrato y la tradición, no hay que olvidar que tratándose de propiedad inscrita los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero, y, por tanto, el título del poseedor no podría lesionar el derecho del titular inscrito por sí solo, y siendo conocida la inscripción por el poseedor, su buena fe se tambalea y se desploma. El artículo 609 no empece a la aplicación del 1.473, ni a los efectos de la «fides pública» del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que serían imposibles muchas veces si sólo se aplicase aquel precepto del Código.

En cuanto a la opinión de Roca Sastre en su «Apéndice de adaptación al Programa de Derecho Hipotecario para Registros» de que se estará al Código civil para las relaciones—en cuanto a título y cómputo del tiempo—entre el que prescribe y el dueño del inmueble que se prescribe, hay que tener en cuenta que tal norma no reza con el titular que tenga la cualidad de tercero, como claramente se deduce del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que, por cierto, sería un artículo completamente inútil, si así no fuese.

precio por una de nuestras instituciones jurídicas de que más podemos envanecernos, máxime hoy en que ha sido propuesta como patrón para los países hispanoamericanos (35): la del Registro de la Propiedad español. Hoy no vivimos en los tiempos patriarcales, ni siquiera en los de tierras "nullius": todo trozo de superficie territorial se halla sujeto a la contribución y puede tener dueño conocido en un Registro oficial y público: la usucapición, como instituto adquisitivo, tiene que perder la mayor parte de su importancia si nos atenemos al clásico *distingue tempora concordabit jura*. Hoy el Registro es una necesidad jurídica de primer orden para regularizar y asegurar los derechos sobre inmuebles y, en definitiva, para la paz social y la evitación de litigios, y resulta doloroso que se repristinen las discusiones en torno a su función, no con un propósito afirmativo de fortalecerle y difundirle, sino con la intención negativa de socavar sus cimientos y reducirle a la nada. Se olvidan quienes así proceden que si el Registro no existiese tendríamos que volver a inventarlo.

VII.—CONCLUSIONES.

Como síntesis de todo cuanto antecede, y no sin reconocer que se trata de una materia entregada al juicio de los hombres y, por ende, susceptible de contrapuestas opiniones, creo lícito sostener las siguientes afirmaciones, cuyo fundamento dialéctico ha quedado expuesto:

a) La apreciación de si ha obrado o no con buena fe el usucapiente cuando ese requisito sea necesario (usucapición ordinaria) es una cuestión de hecho que a los Tribunales corresponde apreciar según las circunstancias propias de cada caso contemplado.

b) No obstante, las leyes facilitan al juzgador determinadas pautas para encauzar su criterio. Según el Código civil, la buena fe del poseedor se funda en que éste crea que su transmitente era dueño y podía transmitir el dominio o, como reverso, en que ignore que en su título adquisitivo exista vicio que lo invalide. Según la Ley Hipotecaria hay dos pautas para calificar de buena fe al titular inscrito: para atribuirle la calidad de tercero basta que no conozca la inexactitud del Registro: para inmunizarle contra toda usucapición "contra tabulas" es

(35) En el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948) el señor Núñez Lagos, presidente de la Delegación española, logró que el Notariado latino, apartándose de la tradición francesa, aprobara por unanimidad en la Comisión y por aclamación en el Pleno su adhesión al sistema de Registro español.

necesario que no conozca ni haya tenido medios racionales y motivos suficientes para conocer la posesión efectiva de la finca y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

c) Tomando como base estas pautas (y tratándose de bienes inscritos), si para atribuir buena fe al titular inscrito debe desconocer la realidad posesoria (publicidad material), para hacer la misma atribución al titular civil deberá éste ignorar la realidad dominical (publicidad formal). Si ha conocido los pronunciamientos del Registro no se le puede atribuir buena fe, según en algún caso ha declarado el Tribunal Supremo, y salvo los casos de excepción de que conozca también fundadamente la inexactitud del Registro.

d) Si es casi siempre posible conocer la exteriorización posesoria, en todo caso es posible conocer la exteriorización dominical que el Registro publica. Y, si al adquirir la finca el titular registral debe examinar la situación posesoria, aunque a veces sea irrelevante, también el titular civil, futuro usucapiente, debe consultar la Oficina del Estado que hace públicos y legitima el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles. Si incurre en culpa lata el primero por la omisión de aquella diligencia, en la misma culpa incurrirá el segundo si omite la referida consulta, y si al primero se le excluye del ámbito protector de la buena fe, igual consecuencia deberá tener para el segundo.

e) Resulta imposible, en un Estado jurídicamente organizado, hacer de peor condición al titular inscrito que al no inscrito, pues ello equivale a ir contra el orden jurídico y a atacar las propias instituciones oficiales del Estado.

f) La Ley no puede entrar en pormenores sobre la dosificación de la buena fe ni sobre todas y cada una de las circunstancias *de facto* que la permitan intuir, pues ello es función típicamente judicial. Pero del silencio de la Ley no es lícito deducir que deba siempre reputarse de buena fe al usucapiente "contra tabulas", sino más bien deberá negársele en principio esa cualidad, sobre todo si ha conocido realmente el contenido del Registro, en cuyo caso no tendrá posibilidad de usucapir por usucapción ordinaria, sin perjuicio de que pueda llegar a adquirir el dominio, aun sin buena fe, mediante la extraordinaria.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad.

Otra vez el concepto de tercero

SUMARIO.—El concepto de tercero, según Villares Pico.—Su estudio en relación con los artículos 32 y 207 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código civil.—Teoría del título y el modo; artículo 33 de la Ley Hipotecaria.—Diferencia de la inmatriculación y de la primera inscripción.—Cuadro de terceros hipotecarios, según Villares Pico.—Su estudio en reacción con los medios de inmatriculación.

En el número de mayo del corriente año de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO aparece un artículo, que por su extraordinaria trascendencia queremos hacer resaltar.

Lleva por título "La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros". Y su importancia estriba en que considera como tercero no solamente al del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino a otros muchos más, y en especial a los titulares de inscripciones primeras, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 207. A estas inscripciones, mal llamadas de inmatriculación, nos vamos a referir nosotros especialmente.

En resumidas cuentas: que para Villares Pico es tercero hipotecario sencillamente el tercero civil que haya inscrito su derecho. Por el sólo hecho de la inscripción, cumplidos los requisitos de la Ley Hipotecaria, el tercero civil toma la categoría de tercero hipotecario.

La importancia de esta teoría es de una trascendencia extraordinaria. Los efectos enérgicos de la fe pública registral sólo se admitían hasta ahora a través de un concepto de tercero extraordinariamente restringido: pero con esta nueva inyección ampliatoria, la inscripción se sustantiviza totalmente y alcanza de una vez el rango preferido que siempre hemos deseado todos.

Desde 1881 la Ley Hipotecaria tomaba el nombre de Ley de Terceros, y pregonando a los cuatro vientos este concepto, la doctrina trabajó incansablemente para descifrar con precisión su verdadero contenido y alcance. Pocas teorías jurídicas han conseguido como ésta tantas

montañas de literatura: enumerarlas sería solamente inducir a la confusión en estas breves páginas. Después de muchas vicisitudes y de innumerables controversias, parecía ser que ya habían formado cuerpo los cuatro requisitos que se enumeran en el actual artículo 34 de la Ley. Para ser tercero se requería haber adquirido su derecho de la persona que en el Registro aparecía como titular del mismo: adquirirlo de buena fe, a título oneroso, e inscribirlo seguidamente.

Solamente al adquirente adornado con estas cualidades protegía la Ley Hipotecaria. Quedaban fuera, por tanto, un sinnúmero de adquisiciones, y en especial todas las que originaban inscripción primera.

Pues bien; Villares Pico viene a dar al traste con este concepto restringido, y amplía la doctrina proteccionista de la inscripción a las que ahora llamamos de inmatriculación, una vez que hayan cumplido, cuando se exija, el requisito de los dos años de vigencia.

Creemos interpretar perfectamente su sentido si repetimos que tercero hipotecario no es ni más ni menos que el mismo tercero civil que ha inscrito su derecho. El artículo 34 de nuestra Ley regula una simple manifestación del tercero: el adquirente a título oneroso del titular registral. Pero tan sustantivo como este artículo es el 207, que regula los efectos de las inscripciones de inmatriculación.

Expongamos sucintamente esta teoría.

Por el mero hecho de ingresar un título en el Registro debe tener, indudablemente, la protección de la Ley Hipotecaria. Un sistema registral que a la primera inscripción no le concede efectos ningunos no tiene consistencia jurídica. Nótese que las adquisiciones de la propiedad inmueble rara vez se compran para vender otra vez; precisamente esta propiedad quizás sea la más permanente y estable. Pues bien; el adquirente de una finca que no esté inscrita en el Registro no tendrá tampoco mucho empeño en inscribirla si esa inscripción no le reporta otras ventajas que la de poderla hipotecar algún día o enajenarla con seguridad inatacable: extremos ambos que ninguno de los dos piensa realizar. Es muy difícil predicar a este adquirente las ventajas de la inscripción.

Lo lógico sería pensar que por el mero hecho de la inscripción, aunque sea primera, ha de tener todo el amparo de la Ley Hipotecaria, después de cumplidos los requisitos que sean exigidos para su firmeza definitiva.

El Registro de la Propiedad es el que nos da base para pensar de esta manera. Cuando se adquiere del titular inscrito, al inscribirse nuevamen-

te se desarrollan automáticamente los dos principios fundamentales de la inscripción: legitimación y fe pública registral. Y esto en virtud de la idea de que el adquirente obtiene a su favor una protección inatacable por la presunción *juris et de jure* de que ha adquirido del verdadero titular del derecho, por patentizarlo así el Registro de la Propiedad, y siempre que su adquisición sea a título oneroso y haya concurrido el requisito de la buena fe e inscrito seguidamente

Pues bien; cuando, por el contrario, se adquiera de un titular civil con título bastante para disponer, y el Registro de la Propiedad no señale ninguno, la inscripción que se produzca, primera en este caso (mal llamada de inmatriculación), también debe producir los mismos efectos registrales de fe pública una vez que haya transcurrido el plazo de los dos años cuando se exija. Porque hemos de pensar lógicamente que cuando el Registro admite en su seno el derecho de un titular civil por no existir ninguno registral, es porque lo considera suficientemente probado para concederle la garantía hipotecaria.

Los principios de publicidad, positiva y negativa, del Registro juegan en estos casos.

En el primero hay una presunción *juris et de jure* de que el titular registral que transmite está plenamente facultado para ello. En el segundo, por el contrario, el Registro es una página en blanco, y no señala ninguno, pero admite como bueno al titular civil, cualquiera que sea siempre que justifique debidamente su derecho. Realizada la adquisición en estas condiciones, el Registro abre sus puertas e inscribe la inscripción primera. Pero he aquí que cuando todo el mundo debía de pensar que esta inscripción se practicaba a los efectos de obtener la protección hipotecaria, resulta que el titular queda abandonado a las regulaciones del Derecho civil, según la teoría hasta ahora sustentada. ¿No sería más lógico sostener que esta inscripción se practica a los efectos de elevar a la categoría de tercero hipotecario a quien sin la inscripción no pasaría de ser un tercero puramente civil? ¿A qué viene si no todo eso de la fehaciencia con un año de antigüedad, suspensión de otros dos más, actas de notoriedad y expediente de dominio, con más requisitos todavía que en un juicio declarativo?

* * *

Nuestra Ley Hipotecaria no da ningún concepto de tercero. Es más: sus redactores parece ser que quisieron eliminar hasta la misma palabra por la gran confusión que había originado el artículo 27 de la Ley de-

rogada. Pero lo cierto es que la palabra tercero ha sido esparcida a través de la nueva Ley con verdadera profusión y significados a veces totalmente distintos, pues unas veces se refiere al tercero civil, y otras, al tercero hipotecario.

El artículo fundamental para las inscripciones, que regula los efectos de las de inmatriculación, es el 207, que dice textualmente: "Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no producirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha."

Este artículo es totalmente claro, y los efectos contra tercero que quiere producir son, sin ningún género de duda, los efectos hipotecarios. Pero ¿a qué tercero se refiere? Entendemos que al tercero civil, y por consiguiente quiere decir que las inscripciones de inmatriculación, transcurridos dos años, producen plenos efectos de fe pública contra el tercero civil. De donde se deduce que al pasar los dos años el titular de la inscripción de inmatriculación toma la categoría de tercero hipotecario protegido. Esto para las inscripciones practicadas al amparo de los artículos 205 y 206, porque el expediente de dominio queda exento de esta suspensión.

A nuestro entender, este artículo no es más que una consecuencia lógica de la norma absoluta sentada por el artículo 32: "Los títulos de 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." Este artículo está copiado del párrafo primero del artículo 23 de la Ley de 1869, del cual decía el ministro de Gracia y Justicia, al presentar la Ley Hipotecaria, que si se analizaba bien, en él se condensaba la Ley. Este artículo era la Ley. Los comentaristas de aquella época tuvieron la misma idea, y hasta llegaron a decir que en ese artículo se sustituía la teoría tradicional del título y el modo con la inscripción en el Registro.

Y así debieron entenderlo los redactores del Código civil, pues después del artículo 608, en el que se remitieron a la Ley Hipotecaria para todo lo referente a su competencia, resolvieron en el 1.473 el problema de la doble venta de bienes inmuebles con un criterio puro a favor del que primero inscribiese en el Registro.

Es cierto que han aparecido muchas opiniones, que sostienen que esta inscripción no puede ser nunca de inmatriculación, y que la doctri-

na seguida en este párrafo es la misma del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Mi modesta opinión es contraria en este caso. En primer lugar, porque el artículo citado no habla para nada de adquirir el inmueble de un titular inscrito, ni creemos que dé base ninguna para pensar de esa manera—requisito necesario en el supuesto del artículo 34—, sino simplemente de la inscripción del comprador. Y *ubi lex non distinguit nos non distinguere debemus*, principio jurídico admitido por la jurisprudencia, y que no necesita comentario.

Y en segundo término, porque examinados los tres apartados en conjunto, parece ser que está regulando tres casos de doble venta de un vendedor con título civil de su derecho.

Dice el artículo 1.473: "Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

"Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

"Cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe."

En el primer párrafo no cabe la menor duda de que se refiera a un titular civil, pues inclusive se refiere a bienes muebles, que no tienen acceso al Registro. Parece absurdo que en el segundo se le haya ido al legislador el santo al cielo, y se ponga a resolver un problema de Derecho hipotecario que ya estaba resuelto en la Ley Hipotecaria, para volver otra vez en el párrafo tercero a hablarnos de un titular puramente civil.

Lo lógico es pensar que nuestro Código civil resuelve tres problemas de Derecho civil, dejando a la Ley Hipotecaria que resuelva el suyo al amparo del artículo 608, que se remite a la Ley Hipotecaria.

Y ahora viene la consecuencia. Si el titular que transmite lo hace con título puramente civil, la inscripción que en el Registro se practique a favor del comprador, forzosamente ha de ser primera. Y he aquí cómo el Código civil consagra nuestro criterio.

El artículo 1.473 no está inspirado, como vulgarmente se cree, en el concepto del tercero hipotecario, comprendido actualmente en nuestro artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino en el párrafo primero del artículo 23 de la Ley de 1869, que dice: "Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro no podrán perju-

dicar a tercero." He aquí la razón del artículo 1.473. Esta doctrina es la misma de nuestro actual artículo 32, modificado por el 207, que es precisamente en el que apoyamos nuestra teoría. ¿Por qué entonces el Código civil no habla de la posibilidad de la suspensión de la inscripción? Porque entonces no se conocían las inscripciones con efectos suspensivos durante dos años (me refiero en cuanto a las primeras). Esta novedad fué introducida por la Ley de 1909, que se conservó a través del artículo 20 hasta la publicación de la nueva Ley, que ha condensado los efectos de las inscripciones de inmatriculación en el artículo 207. Esta es la razón de la afirmación tan absoluta del Código civil, que no admite distingos ni sutilezas.

De todo esto se deduce que el legislador del Código civil sigue nuestro criterio de una manera contundente, y que la inscripción a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.473 es una inscripción primera, de las que ahora se llaman de inmatriculación.

Se puede seguir sosteniendo que, en el caso de doble venta, la inscripción en el Registro, en todos los casos, resuelve el problema en favor del inscribiente, apoyándose en la teoría de que es una norma excepcional de puro Derecho civil, regulada en el Código civil: pero mi criterio es que a partir de la Ley de 1909 no se puede sostener en términos absolutos esa doctrina, porque, como ya he dicho, el artículo 1.473 se inspiró en el párrafo primero del artículo 23 de la Ley de 1869, que es precisamente nuestro artículo 32, y este precepto ha de interpretarse en relación con el artículo 207. Resumiendo, que en el caso de doble venta de bienes inmuebles, y en el de todas las inscripciones primeras de inmatriculación en el Registro de la Propiedad, una vez que sean firmes son inatacables por los terceros civiles por haber adquirido el inscribiente la categoría de tercero hipotecario.

* * *

No quisiera tocar, ni siquiera de pasada, la vieja teoría del título y el modo, que tantos partidarios parece tener en nuestro Derecho, basándose siempre en el artículo 609 del Código civil. Pero si frente a la teoría de la inscripción constitutiva se esgrimiese de nuevo esta cuestión (llamémosla sustantiva), quedará resuelto el problema con un juego simple de palabras. El derecho real seguirá teniendo vida a través de la teoría del título y modo; pero en nuestro Derecho hipotecario la inscripción es sustantiva, que quiere decir que tiene virtud bastante para

hacer inatacable el derecho inscrito por los simples terceros civiles. Esto no repugna en nada a la concepción orgánica de nuestras leyes, que tantas prescripciones admiten; algunas de ellas instantáneas, al amparo de la seguridad del derecho, como es la misma del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Adquisición originaria y ex novo cuando el titular registral que transmite no sea el verdadero propietario del derecho.

La mayor objeción que podría oponerse quizás sea el artículo 33: "La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes."

Este ridículo precepto, que, como muy bien sostienen la mayoría de los autores, debió haber salido de la Ley Hipotecaria, entiendo que tampoco es ningún obstáculo insuperable. Porque, como en otro lugar ya hemos dicho, no estamos elaborando ninguna teoría nueva, sino simplemente ampliar el concepto de tercero a las inscripciones primeras de inmatriculación y otras. En su consecuencia, todas las dificultades que se quieran oponer al amparo del artículo 33 carecen de valor, pues lo que sostenemos es sencillamente que este artículo deberá ser aplicado a las inscripciones primeras, con las mismas limitadas facultades que se hacen a las segundas del artículo 34. Por consiguiente, toda la controversia ha sido ya superada por los tratadistas del tercero hipotecario. Aplíquese esta doctrina a las inscripciones primeras de inmatriculación, y quedará resuelto el problema.

* * *

Considerando todo lo anteriormente expuesto se llega a la conclusión inmediata de que ha sido una equivocación de los redactores el haber introducido el concepto de inmatriculación. Estas inscripciones deben llamarse primeras, y la palabra inmatriculación, importada del Derecho germánico, debe salir inmediatamente de nuestro sistema hipotecario. Porque el concepto de la inmatriculación es simplemente una apertura de folio, y no implica inscripción de derecho real alguno que se trate de proteger. Generalmente se hace de oficio, en correspondencia exacta con los datos catastrales, y no produce efecto ninguno. Por el contrario, nuestras inscripciones primeras amparan siempre la existencia de un derecho real perfectamente constituido, y nunca pueden practicarse de oficio.

Si se compara el contenido, totalmente vacío de efectos jurídicos, de la inmatriculación y los enérgicos que propugnamos que deben tener

nuestras inscripciones primeras, se comprenderá fácilmente el trastorno y la confusión tan enorme que esta palabra ha venido a introducir en nuestro sistema.

* * *

A continuación transcribimos el cuadro íntegro de terceros hipotecarios que establece el Sr. Villares Pico en su artículo, publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

"En el concepto amplio de tercero hipotecario que hemos expuesto están comprendidos: 1.º El que adquiere a título oneroso, según previene el artículo 34. 2.º Otros titulares, que si no caben en el supuesto del artículo 34, están comprendidos en el artículo 32, o también, por efectos constitutivos de la inscripción, pueden estarlo en el artículo 1.473 del Código civil: a) El que adquirió, sin ser por herencia, no de quien tiene inscrito el derecho en el Registro en el momento de la perfección de la adquisición, sino de un causahabiente que no tiene inscrito su título, pero que se lo presenta al adquirente al otorgar el contrato para que éste pueda seguir el tracto sucesivo y acogerse al principio de prioridad. b) Cuando el adquirente de buena fe inscribe su adquisición habiendo seguido expediente de dominio o mediante acta de notoriedad para el tracto sucesivo. c) En los casos de inmatriculación mediante escrituras públicas anteriores a 1909. d) Los titulares que inmatriculen fincas mediante escrituras públicas u otros documentos inmatriculadores después de transcurridos los dos años de limitación, a que se refiere el artículo 207 de la Ley; porque si durante los dos años de limitación era preferido el titular de un mejor derecho no inscrito, y que la Ley le da preferencia en esos dos años para que pida la nulidad de la inscripción de inmatriculación, pasados los dos años el tercero preferido será el titular de la inscripción inmatriculadora, o sucesores, toda vez que entonces ya la inscripción de inmatriculación no tiene aquella limitación de efectos, y su titular está asegurado mediante el artículo 32, según opina con acierto también Morell. e) El que adquiere a título oneroso de persona que se le cree dueña por la titulación que presenta, a sabiendas de que en el Registro no hay obstáculo que impida inscribir o inmatricular su derecho, especialmente en los casos de doble venta, al amparo del artículo 1.473 del Código civil, ya que en tal caso la inscripción determina la preferencia en la adquisición de la propiedad, sin que para este efecto esté limitada la inscripción de inmatriculación por el citado artículo 207, toda vez que, como afirma Gayoso Arias, la inscripción, en el su-

puesto de doble venta, produce sus efectos constitutivos instantáneamente por el principio de prioridad y como sucedánea de la tradición, sin necesidad de que entre en juego el principio de fe pública registral, como afirman algunos, sino los de prioridad y legitimación, que no están afectos a la limitación del artículo 207 en este caso, en que la inscripción suple y supera la publicidad de la tradición, y por esto no deja a salvo el derecho del otro comprador durante los dos años porque éste no lo tiene mejor, toda vez que, como dice Morell, la inscripción aquí produce el efecto de notificación de la venta y a la vez de la tradición."

* * *

Y vamos a ver ahora cuáles son las formalidades exigidas para las primeras inscripciones para poder apreciar mejor si son dignas de concedérseles la garantía que propugnamos de tercero hipotecario.

El primero y más importante de todos ellos es el expediente de dominio, y con sólo leer el artículo 201 de la Ley Hipotecaria se dará una perfecta cuenta de las garantías que este expediente reúne, que casi nos atrevemos a decir son superiores a las de un juicio declarativo.

No vamos ahora a empeñarnos en la vieja cuestión de si es un expediente de jurisdicción voluntaria o jurisdicción contenciosa. Únicamente diremos que el expediente de dominio no es un acto de jurisdicción contenciosa cuando nadie de los citados se persona en el Juzgado formalizando oposición, pues cuando esto ocurre deriva forzosamente en contencioso. De donde se deduce que cuando el expediente de dominio no tiene contradicción no es por no admitirla en sí mismo, sino porque nadie se ha opuesto; y un recto sentido del derecho nos enseña en estos casos que "subi imputet" las consecuencias de ello.

Examinado el expediente de dominio en los requisitos que exige se parece a la tramitación de un juicio en el que el demandado fuese la sociedad en pleno. El escrito que propone el recurrente se ha de dar traslado, en primer término, a aquellos de quien procedan los bienes o a sus causahabientes si fuese conocido, al que tenga catastrada o amillarada la finca a su favor, a quien de la certificación del Registro se desprendiere que tuviere algún derecho real sobre la misma y al Ministerio fiscal. Todo esto ya es de por sí una firme garantía. Pero hay mucho más todavía, porque, por lo menos, han de ser citados los colindantes, el poseedor de hecho, el portero si fuese urbana

o uno de sus inquilinos. ¿Se quiere mayor garantía? Pues no se conforma con esto el artículo 201. Aún hay más; por edictos se convocará a las personas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada. Es decir, a todo el mundo para que nadie pueda alegar ignorancia; éstos se fijarán en los tableros de anuncios del Ayuntamiento y del Juzgado municipal a que pertenezca la finca, cuando sea de cuantía superior a 25.000 pesetas, en el *Boletín Oficial*, y si excediese de las 50.000, en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia. Ni esto último ni el traslado al Ministerio público lo requieren los procesos en rebeldía.

Con todo este aparato procesal podríamos afirmar, si se nos permite la frase, que hay motivos bastantes para poder pronunciar sentencia, en vez de auto, contra toda la sociedad, a quien se la seguirá juicio en rebeldía si no compareciese.

Y todo esto para nada; para seguir siendo todavía tercero civil después de la inscripción. ¿No esto un contrasentido? En toda la Ley de Enjuiciamiento no existe un solo procedimiento que lleve más formalidades ni que reúna más garantías. Y, sin embargo, interpretando el resultado del expediente de dominio como se ha venido haciendo hasta ahora es tan pobre que no vale la pena de tenerse en cuenta ni de promoverlo. Casi todos los que se hacen son con vistas a la hipoteca o exigidos por el comprador. Es decir, para hacer surgir a un tercero hipotecario, que no sabemos por qué se le niega el titular del expediente.

Resumiendo: Que por sus requisitos, sus garantías, su costo económico, en un palabra, por todo, el expediente de dominio sólo tiene explicación interpretando la doctrina del tercero hipotecario al amparo de los artículos 32 y 207 de la Ley como lo ha hecho Villares Pico en el artículo citado.

Otro caso de primera inscripción que produce plenos efectos desde su fecha es el originado por medio de los títulos públicos anteriores a 1909; creo que tampoco necesita comentarios; esos documentos tienen encima la prescripción inmemorial.

El título de inmatriculación más endeble es el originado en la transmisión con título civil con fecha fehaciente de más de un año o corroborado por el acta de notoriedad del Reglamento notarial. Pero entiendo que ya de por sí es una garantía y no pequeña la fehaciencia de más de un año o la simple acta de notoriedad; y si añadi-

mos a esto la suspensión de dos años a que quedan sujetos estas inscripciones, pregunto: ¿No es bastante para conceder a la inscripción la garantía mínima de tercero hipotecario? Porque entendámonos bien: No propugnamos con esto ningún despojo de la propiedad. El que se crea con derecho a los bienes podrá reclamarlos antes de los dos años al mismo titular inscrito, pero pasado ese plazo, sólo podrá dirigirse contra el vendedor mediante la acción de daños y perjuicios.

Los títulos fehacientes de más de un año, las actas de notoriedad del Reglamento notarial, la publicidad adjetiva del Registro "lux pública", que dice Villares, es una garantía más que suficiente para conceder al inscribente la cualidad de tercero.

También nos parece lógico el artículo 206. Pues el Estado, la Provincia, el Municipio, las corporaciones de derechos públicos y la Iglesia católica han de merecer todo crédito y suponer que sus certificaciones responden a la realidad. Por otra parte, téngase en cuenta que la fe pública es un atributo del Estado, y todas estas instituciones citadas son el mismo Estado, con fuerza, por tanto, suficiente para certificar, equiparándose al mismo a la Iglesia católica. Además, los efectos de estas inscripciones quedan también suspendidos por el plazo de dos años.

Creo, pues, sinceramente que no hay motivos ni fundamento ninguno para negar la cualidad de tercero hipotecario a los titulares de inscripciones primeras, conforme a todo lo expuesto y desarrollado en estas páginas. No hay ningún precepto que se oponga a ello en la Ley Hipotecaria. Es más, los artículos 32 y 207 de la misma Ley parece que lo están pidiendo a gritos.

Tengamos en cuenta que la petición que hacemos y teoría que sustentamos no es ninguna cosa como para escandalizarse, pues no hay otra diferencia que la de señalar como tercero al titular de la inscripción primera en vez de al próximo adquirente. Efectivamente, si cumplido el requisito de los dos años el titular vende, el nuevo adquirente es ya tercero hipotecario. Los titulares de inscripciones por expediente de dominio no necesitan esperar dos años. En la primera enajenación hacen surgir al tercero. Como se puede claramente apreciar, de la teoría tradicional a la sentada por el Sr. Villares Pico no hay más que una diferencia: la supresión de esa transmisión. Y una razón de lógica nos enseña que esta teoría debe ser admitida en todos sus plenos efectos. A saber: porque si no, tiene muy poca razón de

ser la inscripción en el Registro de la Propiedad. Piénsese, como antes hemos dicho, que esta propiedad inmueble es de por sí la más estable, el titular del dominio es muy fácil que no piense transferirlo, y si él no puede ser tercero hipotecario, ¿para qué inscribir su derecho?

Y no tratamos de hacer una impugnación con argumentos paupérrimos, como el de la necesidad de impedir estafas y otras ridiculeces por el estilo, porque, como un poco más arriba decimos, lo que separa una y otra teoría no es más que la transmisión: pues bien, cuando un titular inscrito con inscripción primera y que haya cumplido los dos años si fuese necesario se viese perseguido por un titular civil con derecho preferente no necesitaría más que transferir su derecho y haría surgir vigoroso el tercero hipotecario del artículo 34. Y nótese que no es necesario recurrir a la simulación para verificar esta transmisión; no tiene el titular inscrito más que anunciar a ochenta lo que vale ciento y le sobrarán compradores.

Y yo me pregunto: ¿Por qué la Ley Hipotecaria no protege al primer titular? ¿Por qué necesita recurrir a la transmisión para que surja el tercero? Creemos que, en honor de la moralidad y de la Ley misma, hay que conceder la categoría de tercero hipotecario al titular de la inscripción primera, conforme a sus artículos 32 y 207 corroborados por el 1.473 del Código civil.

Nuestras leyes son claras; el artículo 34 es una manifestación del tercero, no agota todo un contenido. Ha sido una equivocación de los comentaristas la doctrina hasta ahora seguida que urge modificar, como queda demostrado en estas páginas y, sobre todo, en el brillante artículo de Villares Pico publicado en el mes de mayo de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, al que nos remitimos.

FRANCISCO DEL HOYO.

Notario

Naturaleza del procedimiento registral

SUMARIO

- 1 *Planteamiento del problema*: 1. El procedimiento. 2. El procedimiento registral. 3. Su naturaleza. 4. Importancia del problema.—II. *El procedimiento registral y la función jurisdiccional*: 1. Los defensores de la naturaleza jurisdiccional del procedimiento registral. 2. Crítica.—III. *El procedimiento registral y la jurisdicción voluntaria*: 1. Doctrina que considera el procedimiento registral procedimiento de jurisdicción voluntaria. 2. Crítica.—IV. *El procedimiento registral y la función administrativa*: 1. Naturaleza administrativa del procedimiento registral. 2. Posición sistemática dentro de los procedimientos administrativos.—V. *El acto decisivo del procedimiento y su impugnación*: 1. Especialidades. 2. Los efectos de Derecho privado del acto administrativo registral. 3. Impugnación administrativa y judicial.

I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. El procedimiento es una serie o sucesión de actos a través de los cuales realiza su actividad un órgano público. Es una consecuencia de la sumisión del Estado al Derecho. El obrar del Estado se encuentra normado, ha de realizarse a través de los moldes previamente marcados por la norma, sea cualquiera la función que realiza. Salvo el núcleo específico de los actos de gobierno, que la doctrina viene considerando por encima de todo ligamen normativo, y cuyo ámbito variará según la concepción política reinante, todos los demás actos de un órgano público han de realizarse a través de un camino previamente trazado, a través de un procedimiento, del que se ha pretendido hacer recientemente una teoría general susceptible de aplicación al estudiar en concreto los procedimientos de cada una de las distintas funciones (1).

2. Esto supuesto, es indudable que al realizarse por el Estado la función registral existirá un camino legal, que es lo que se ha llamado procedimiento registral, y siendo varios los tipos de Registro organizados por el Estado, en cada uno el procedimiento tendrá una forma de tramitación especial, sin que esto quiera decir nada en contra de la naturaleza común de todos ellos. Pero nosotros, en estas líneas, vamos a limitar nuestro examen al pro-

(1) Se ha tratado también de considerar no exclusiva de la función jurisdiccional la institución «proceso» frente a la *communis opinio* de los

cedimiento en una especie determinada de Registro, en el Registro de la Propiedad, que se ha llamado también «procedimiento hipotecario» (2). Desde que se solicita la inscripción por la persona legitimada para ello (art. 6.º L. H.), hasta que el Registrador dicta el acto decisivo suspendiendo, denegando o inscribiendo, no cabe duda de que se da un auténtico procedimiento, en cuanto existe una serie o sucesión de actos regulados por el Derecho, a través de los cuales el Registrador—funcionario público—realiza la función correspondiente (3).

3. Determinar, por tanto, la naturaleza jurídica de este procedimiento equivaldrá a examinar la naturaleza de la función que el Registrador realiza a través del mismo, lo que se traducirá en un análisis sobre la naturaleza de la función calificadora (4). La claridad con que se nos muestra la imposibilidad de atribuir a tal función el carácter de legislativa, dispensa de todo esfuerzo dia-

procesalistas. Los que primeramente trataron de hacer la equiparación entre el «procedimiento jurisdiccional» y el «procedimiento administrativo» y el «procedimiento legislativo», como manifestaciones especiales de una misma figura jurídica (Spiegel, Merkl, Sanduli y, entre nosotros, Villar y Romero), olvidaron la distinción entre «proceso» y «procedimiento» que hace la doctrina procesal, siendo Ballbe quien primero ha abordado el problema de un modo serio, partiendo de un conocimiento profundo de las realidades procesales, en *La esencia del proceso*, 1947. Sobre las grandes analogías y problemas comunes que plantean el proceso y el procedimiento administrativo, hay que destacar la interesante conferencia de Royo Villanova (S.), *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, pronunciada en la Academia de Jurisprudencia el 30 de mayo de 1949. No es éste el momento de examinar el problema. Baste señalar que consideramos—en otro momento fundaremos debidamente nuestra opinión—la institución proceso como típicamente jurisdiccional, si bien admitimos el procedimiento en las otras funciones públicas. Otra cosa es afirmar que el procedimiento administrativo puede ser objeto de estudio, no sólo desde el punto de vista de la mera tramitación, sino desde un punto de vista más amplio. En este sentido estamos plenamente de acuerdo—con algunas reservas en orden terminológico—con las afirmaciones que hace Ballbe en *Cuestiones de técnica procesal administrativa*, en *Rev. General de Leg. y Jur.*, 1942 (julio), página 89.

(2) Así por Cossío, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, pág. 44, y por Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, 1948, t. I, pág. 703.

(3) No ha de entenderse esta afirmación en el sentido de que creamos que el procedimiento de inscripción sea el único procedimiento que se da ante el Registrador de la Propiedad, sino, por el contrario, se dan otros tipos de procedimiento registral—verbigracia, el procedimiento para expedir una certificación—; lo que sí afirmamos es que el procedimiento de inscripción es el típico procedimiento registral.

(4) Guasp, en la recensión a la obra de Ballbe *La esencia del proceso*, critica el punto de arranque metodológico a base de la estructura y no de la función del instituto. En *Rev. Der. Procesal*, t. III, núm. 3.

léctico por diferenciarla y explica que la discusión doctrinal en torno al problema se limite a encajar dicha función en el grupo de las jurisdiccionales o en el grupo de las administrativas, mereciendo destacarse el hecho de que así como al hablar de la función notarial los autores, en ocasiones, se han separado de esta dualidad de posiciones para encuadrarla en un grupo específico de funciones—autorizante instrumental, reguladora o legitimadora (5)—, al ocuparse los autores de la función registral se mueven únicamente entre los dos polos de la función jurisdiccional y la función administrativa, así como la intermedia, discutida y desdibujada figura de la jurisdicción voluntaria.

4. Los problemas conceptuales y dogmáticos tienen siempre una gran trascendencia. Definir la naturaleza jurídica de una institución equivale a resolver el problema de su régimen jurídico. Según se opte por la naturaleza jurisdiccional o administrativa de la función calificadora, así habrá que examinar los problemas del régimen jurídico del procedimiento registral; si se opta por la primera, estaremos ante un auténtico proceso; si se opta por la segunda, ante un procedimiento administrativo, lo que se traducirá en un trato diverso de cada uno de los puntos concretos a examinar, tanto los referentes a los presupuestos como a la mera tramitación o a los efectos. Estos últimos son los que ofrecen más interés, al mostrar notas específicas que hacen difícil encajarles puramente en uno de los dos términos de la discusión; notas específicas que se dan tanto en la eficacia jurídicoprocesal—carácter de la impugnación del acto resolutorio del procedimiento—como en la eficacia jurídicomaterial—naturaleza de los derechos subjetivos materiales que emanan del mismo—, por lo que nos referiremos especialmente a ellos al final de estas líneas.

(5) Aparte de los manuales de Derecho Notarial, que suelen tratar del problema, merece destacarse el documentado libro de Castán, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, 1946, en que se encuentra una exposición muy completa de las diversas doctrinas en torno a la naturaleza de la función notarial. Es de observar el interés que ha despertado este problema y el calor con que se han defendido las distintas posiciones. Entre los distintos artículos publicados en los Anales de la Academia Matritense del Notariado, que de una manera directa o indirecta han tratado el problema, merecen destacarse los de Núñez Lagos, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, 1943, págs. 446 y sigs., sobre todo, y, García Oviedo, *La función notarial en la vida administrativa*, 1948, págs. 344 y siguientes, principalmente.

II

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Los autores que atribuyen a la función calificadora y, consiguientemente, al procedimiento registral carácter jurisdiccional no son muchos, destacando Romaní Calderón, que defendió tal carácter desde esta misma REVISTA en un artículo dedicado al problema (6).

Parte de la distinción entre función jurisdiccional y administrativa, teniendo en cuenta un criterio básico y otras notas diferenciales secundarias. El criterio básico está en considerar que el objeto de la función jurisdiccional es resolver con fuerza de verdad legal, definiéndola en concreto, una cuestión de Derecho, mientras que el de la función administrativa es la realización de la actividad del Estado conforme a las normas legislativas en vigor, para la cual el Derecho es medio y no fin, a diferencia de aquélla, en que el Derecho es precisamente el fin de la misma. Las notas diferenciales secundarias están en que mientras el acto jurisdiccional es una operación de inteligencia, el acto administrativo es operación de voluntad, y que así como aquél no significa en el ordenamiento jurídico un elemento nuevo—las sentencias no crean derechos, se limitan a constatarlos—, sí lo significa el acto administrativo.

En base a estas ideas y distinguiendo el órgano de la función, afirma que si bien el Registrador es un funcionario administrativo, la función que realiza es jurisdiccional, porque en ella el Derecho es fin y no medio, en cuanto que determina si con arreglo al Derecho objetivo ha podido originarse o no el acto real que la inscripción debe reflejar y en su caso la autoriza, dando fuerza legal a su determinación, que por ello produce todos los efectos que, según la legislación hipotecaria, se derivan de la inscripción; «no altera su naturaleza jurídica—dice—el hecho de la ausencia de contradictor, ya que esto sólo significa que no se ventilan intereses contrapuestos; pero siempre se establecerá una presunción de legitimidad, de que el acto que produce la inscripción está

(6) *Carácter de la función calificadora. ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?*, 1927, págs. 81 y sigs.

ajustado a Derecho, determinando la situación legal de propietario inscrito.

2. No puede admitirse esta tesis, porque parte de un equivocado criterio diferencial entre las funciones jurisdiccional y administrativa.

La doctrina procesal rechaza hoy unánimemente el criterio propugnado por Scialoja (7) de que mientras en el acto administrativo existe predominio del elemento de voluntad, en el jurisdiccional existe predominio del elemento lógico, en cuanto que en la sentencia se encuentran ambos elementos, juicio lógico y declaración de voluntad, y de ellos no es el menos importante la declaración de voluntad (8), así como también rechaza la afirmación de que las sentencias se limitan a declarar derechos, reconociéndolas a veces la función de crear o extinguir relaciones jurídicas. Pero el propio Romaní reconocía que estas notas diferenciales no se podían aceptar sin reservas. La línea divisoria entre ambas funciones la establecía considerando que el Derecho es medio en la Administración y fin en la Jurisdicción. Indudablemente, el fin de la Jurisdicción es mantener una paz «justa» y cierta en la comunidad, lo que trata de lograr mediante el examen y actuación de pretensiones, y el fin de la Administración es satisfacer los intereses colectivos, para lo cual—por el principio de legalidad de la Administración—las entidades administrativas habrán de utilizar los medios que la norma pone a su disposición. Ahora bien; esto no impide que entre los intereses colectivos a realizar por la Administración haya un grupo específico de ellos—como se reconoce por la generalidad de la doctrina administrativa—que sean relativos al Derecho, como el asegurar el tráfico jurídico, dando certeza a las relaciones precisamente con objeto de evitar los casos excepcionales—patológicos se han llamado (9)—, en que entra en juego la función jurisdiccional. Existiendo, por tanto, un grupo de funciones administrativas, que tienen como fin cooperar a la realización del Derecho, lo decisivo será ver cómo realizan este fin, que es el Derecho, ambas funciones. Romaní señala a la función jurisdiccional la finalidad de resolver con fuerza legal, definién-

(7) *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, en *Giustizia amministrativa*, 1901, IV, págs. 61 y sigs.

(8) Guasp: *Comentarios a la L. E. C.*, I, págs. 268 y sigs.

(9) Spiegel: *Derecho administrativo* (trad. de J. Conde), pág. 90.

dolo en concreto, una cuestión de Derecho; es decir, considera como criterio básico el que exista o no una cuestión de Derecho, entendiendo esto en un sentido extraordinariamente amplio. Es necesario precisar el concepto de función jurisdiccional con objeto de ver cómo la función calificadora no encaja en los elementos conceptuales de aquélla. La función jurisdiccional se realiza a través de una institución típica, que es el proceso. La función registral, a través de un mero procedimiento, cuya naturaleza jurídica queremos perfilar. Nada fácil es fijar el concepto de función jurisdiccional, no estando dentro del restringido ámbito de este trabajo hacer un examen de las distintas posiciones; hemos de partir de los resultados a que ha llegado la doctrina procesal. Pues bien; aceptamos a este respecto la posición de Guasp (10), que encuentra la diferencia entre Jurisdicción y Administración en que existe en la primera y no en la segunda una pretensión, cuyo examen y actuación es precisamente su objeto (11). La función jurisdiccional y el proceso—conceptos correlativos (12)—tienen como fin asegurar una paz justa y cierta mediante el examen de las pretensiones que ante los órganos instituidos para ello se entablan; de aquí que esté basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden; es concepto fundamental, por tanto, para distinguir una y otra función el de pretensión, al que se ha dado un matiz puramente procesal, desligándole por completo del Derecho material, habiéndose definido como una declaración de voluntad, en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración (13). Esto supuesto, vemos que no es posible atribuir a la función calificadora carácter jurisdiccional, en cuanto que no tiene por objeto el examen de pretensiones, ya que no puede considerarse como tal la solicitud de inscripción. Indudablemente, el Registrador examina aquí si existe o no concordancia con el Dere-

(10) A igual conclusión llegaríamos si partiéramos de cualquiera de las concepciones procesales actualmente dominantes.

(11) *Comentarios*, cit., I, págs. 269 y sigs.

(12) Partiendo de un concepto de jurisdicción acorde con su etimología, Carnelutti considera que el término función jurisdiccional es más restringido que el de función procesal, en *Sistema de Derecho procesal civil* (traducción de Alcalá-Zamora y Castillo y Sentís Melendo), t. I, Buenos Aires, 1944, págs. 155 y sigs.

(13) Guasp: *Comentarios*, cit., I, pág. 339.

cho objetivo antes de inscribir (14), pero no se dan en ella los elementos conceptuales de la pretensión, en cuanto que no se pide nada frente a nadie—se solicita únicamente la extensión de un asiento determinado—, ni se pide de un órgano jurisdiccional—el Registrador es un auténtico funcionario administrativo—; el examen sobre la adecuación entre la solicitud y el Derecho positivo es común a todas las funciones administrativas en que existe un procedimiento a instancia del particular, en las que el funcionario administrativo examina de oficio si la solicitud está de acuerdo con lo dispuesto en la norma. No existe, por tanto, un auténtico proceso dentro de la función registral, en que falta la dualidad de partes y un órgano estatal supraordenado. mientras que, por el contrario, existe el particular solicitante y el órgano estatal en relación típica de procedimiento administrativo.

III

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. Viendo la doctrina que la función calificadora no encajaba dentro de los caracteres típicos de la función jurisdiccional, la consideraron como actividad típica de jurisdicción voluntaria; en consecuencia, el procedimiento registral era un auténtico procedimiento de jurisdicción voluntaria. El argumento fundamental de los partidarios de esta tendencia—que ha llegado a ser actualmente la dominante, y acogida por la Dirección General en sus Resoluciones—es el de que en el «procedimiento hipotecario» no existe controversia entre partes, sino una mera petición, sobre la que recaía el juicio del Registrador en cuanto a su legalidad. Desde el punto de vista de la técnica procesal, la terminología no podía ser en ocasiones más defectuosa, no ya sólo entre los primeros autores que apuntan esta dirección, sino incluso en la moderna doctri-

(14) «Calificar—decía Gómez de la Serna—significa aquí examinar, inspeccionar si el documento que se les presenta reúne las circunstancias externas que las leyes exigen en los de su clase y si los otorgantes tienen la capacidad necesaria para ello», en *La L. H. comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862, pág. 531. En análogo sentido Morell y Terry, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1917, t. II, pág. 230, y la generalidad de la doctrina actual.

na hipotecaria (15), encontrándose frecuentemente la afirmación de que el Registrador es un auténtico Juez, conservador de la propiedad inmobiliaria (16).

2. Para ver hasta qué punto es admisible esta posición es necesario que nos enfrentemos con el concepto y naturaleza de la jurisdicción voluntaria. Aunque existe diversidad de opiniones, la tendencia dominante actual es considerar que no se trata de una auténtica actividad procesal; esto es, jurisdiccional, sino de una auténtica actividad administrativa (17), siendo la nota específica que diferencia esta actividad de las restantes administrativas el referirse al Derecho privado; de aquí que se haya criticado la denominación en su primer término, así como también en el segundo, en cuanto que no siempre es voluntaria. Pero no todos siguen este criterio amplio de considerar jurisdicción voluntaria toda administración de Derecho privado (18), sino que se ha restringido el concepto, no ya en función de un grupo específico de actos, sino en función del órgano que realiza tal actividad, considerando jurisdicción voluntaria la actividad administrativa que se confía a órganos jurisdiccionales (19). Esto supuesto, es indudable que en su primera acepción no habría inconveniente en considerar a la función calificadora como típica de la llamada jurisdicción voluntaria, en cuanto que—como veremos a continuación—se trata de actividad administrativa que se refiere al Derecho privado. Pero si consideramos jurisdicción voluntaria únicamente a la actividad ad-

(15) Así, en la obra de Beraud y Lezón—que indudablemente pueden incluirse en este grupo—se encuentra la afirmación de que estamos ante un *proceso verbal en modo alguno contradictorio*, en *Tratado de Derecho Inmobiliario*, 1927, t. II, págs. 24 y 29, sobre todo.

(16) Como muestra de la talla de los autores que mantienen esta postura, baste citar los nombres de Jerónimo González, en *Principios hipotecarios*, pág. 275, y *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. I, 1948, pág. 434; Cosío. *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, págs. 44 y sigs., y Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, 1948, t. II, págs. 11 y sigs.

(17) No obstante, ha mantenido recientemente la naturaleza jurisdiccional Alvarez Castellanos, en 1945, en la revista de *Der. proc.*, núm. 3.

(18) En este sentido, Kisch—opinión que recoge Castán en ob. cit.—, que considera como objeto de jurisdicción voluntaria «proteger y asegurar los derechos de los particulares, vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma o intervenir en la creación y en el ejercicio o liquidación de derechos y relaciones jurídicas», en *Elementos de Derecho procesal civil* (trad. de Prieto Castro), 1932, págs. 34 y sigs.

(19) Guasp: *Comentarios*, cit., I, pág. 278.

ministrativa realizada por órganos jurisdiccionales, es improcedente atribuir tal carácter a la función calificadora, en cuanto que se realiza por órganos administrativos (20).

IV

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1. La función registral es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública. Esta finalidad pública, que nos diferencia a la función registral de las restantes funciones administrativas, es la publicidad. Y dentro de las funciones registrales, la publicidad inmobiliaria será el objeto que nos diferencia el Registro de la Propiedad (arts. 1.º y 2.º de la L. H.). Ahora bien: no siempre ha sido la publicidad uno de los fines que el Estado había de realizar, sino que fué asumida por el Estado ante la convicción de que era una exigencia comunitaria asegurar el tráfico jurídico de la propiedad inmobiliaria, organizando los medios más idóneos para su realización. Se consideró que la seguridad de tal tráfico jurídico era un fin de interés general, que debía realizarse a través de la correspondiente función administrativa. Es cierto que la función registral exige una petición por parte del particular, no pudiendo realizarse de oficio por el Registrador (principio de rogación); pero esto no permite en modo alguno asimilar tal función a las jurisdiccionales, pues que, como vimos, el concepto de pretensión y el de petición de inscripción son distintos (21). Tal principio de rogación viene impuesto por la consideración de que la protección que el Registro confiere debe dispensarse a aquella persona a quien convenga la misma, si bien el Derecho va haciendo por diversos medios que el particular tenga que acudir al Registro casi siempre que se dé uno de los actos previstos por el Ordenamiento hi-

(20) Sobre la razón de que tal grupo de actividad se atribuyese en un principio a órganos jurisdiccionales, véase González Palomino, *Instituciones de Derecho Notarial*, t. I, 1948, págs. 76 y sigs.

(21) «La calificación en su fondo no representa más que la resolución del Estado contra un particular que pretende, mediante la inscripción, adquirir unos derechos que el Estado le garantiza.» Aragonés y Carsi, en *Compendio de legislación hipotecaria*, 1909, pág. 28, que defiende el carácter administrativo de la función calificadora. También le defendió en las distintas ediciones de sus *Comentarios*, Campuzano: *Elementos de Derecho Hipotecario* (Notarias), 1931, pág. 35; *Nociones de legislación hipotecaria*

potecario, ante los efectos que para él supone el no inscribir, por la extensión que va teniendo la inscripción constitutiva.

2. Los procedimientos administrativos han sido objeto de muchos criterios de clasificación. Uno de los más extendidos es el que lo hace en razón a la finalidad (22); con arreglo a este criterio, el procedimiento registral es un procedimiento administrativo ordinario o de gestión—no de reclamación, sancionador o ejecutivo—, ya que está encaminado a la realización de los actos administrativos, en que encarna la normal actividad de la Administración (23). Y dentro de estos procedimientos, estará dentro del grupo correspondiente según el criterio adoptado en la clasificación de la parte especial relativa a la materia administrativa, dominando la dirección, que le incluye dentro de aquellos procedimientos, a través de los cuales se realiza la función administrativa que tiende a asegurar el orden jurídico, garantizando los derechos privados del ciudadano (24).

V

EL ACTO DECISIVO DEL PROCEDIMIENTO Y SU IMPUGNACIÓN

1. Afirmada la naturaleza administrativa del procedimiento registral, la consecuencia primera es que el régimen jurídico del mismo participará de tal carácter. El acto jurídico en que termina será, por consiguiente, un acto administrativo, con sus efectos típicos. Ahora bien; existen notas especiales en esta eficacia que dan al acto administrativo registral un matiz, diferenciado no sólo en lo referente a los derechos emanados de la inscripción, sino también en cuanto al régimen de impugnación.

2. El acto administrativo registral pertenece a aquel grupo re-
(abogados del Estado), 1934, pág. 197; *Principios generales de Derecho Inmobiliario y legislación hipotecaria* (Registros), 1941, pág. 244.

(22) Una clasificación de los procedimientos administrativos, puede verse en Royo Villanova (A. y S.), *Elementos de Derecho administrativo*, 21.ª edición, t. II, págs. 858 y sigs.

(23) Ballbe resalta, a los efectos de enfocar acertadamente la naturaleza de la función registral, los actos administrativos de admisión, en *Sistemática del Derecho administrativo*, Barcelona, 1947, pág. 10.

(24) Puede verse Presutti, *Principii fondamentali di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1903, págs. 286 y sigs.; Royo Villanova (A. y S.), *Elementos*, cit., t. I, págs. 352 y sigs., y Ballbe, *Sistemática*, cit., que considera la función registral dentro del grupo que llama funciones legitimadoras junto de la función autenticadora—dentro de la cual está la función notarial—, en págs. 72 y sigs.

ducido de los actos administrativos que producen sus efectos dentro del Derecho privado. La generalidad de los actos administrativos producen sus efectos dentro de las relaciones jurídicoadministrativas—crean, modifican o extinguen derechos administrativos—. No obstante, la doctrina ha ido destacando actos administrativos que precisamente vienen a influir en los derechos privados del administrado. Tales actos han sido objeto de estudio por la doctrina extranjera en varios supuestos concretos (25), habiéndose intentado en la doctrina española una exposición de las principales modalidades por Fernández de Velasco (26), que considera cuatro grupos de actos administrativos: los que crean derechos privados; los que modifican derechos privados; los que condicionan su ejercicio, y los que los extinguen, incluyendo la inscripción en el Registro en el tercer grupo, en cuanto que garantiza los derechos privados mediante la estabilidad que resulte para ellos (27).

3. También existen especialidades en cuanto a su impugnación. Distinguiremos en este examen los dos tipos de impugnación de que puede ser objeto todo acto administrativo:

a) *Impugnación ante un órgano administrativo.*—Todo acto administrativo que no emane del órgano que ocupa el punto más alto en la jerarquía administrativa (y que, por tanto, no cause estado) es susceptible de recurso ante el superior jerárquico, no pudiendo acudir a la vía jurisdiccional en tanto no se agote aquélla. Ahora bien: la posición del Registrador no es la común de otro cualquier funcionario administrativo, sometido a la rigidez de la jerarquía administrativa, pues goza de gran autonomía en su función calificadora; sin embargo, existe cierta dependencia entre el Registrador y el Presidente de la Audiencia territorial respectiva, aparte de la que existe respecto de la Dirección General de los Regis-

(25) Uno de los supuestos que más ha preocupado a la doctrina italiana ha sido el de la legitimación, del que se han ocupado Barone y Romanelli en sendos artículos publicados en la *Rivista di Diritto pubblico*, en 1916 y 1934. También se han ocupado de este grupo de actos administrativos Cantucci, Zanobini y otros, mereciendo destacarse, entre la bibliografía reciente, la interesante monografía de Landi, *Concessioni di terre incolte ai contadini*, Milano, 1947, que también se configura como acto administrativo con efectos de Derecho privado.

(26) *El acto administrativo*, 1929, págs. 301 y sigs.

(27) Página 309. También considera dentro de este grupo de funciones administrativas, relativas al Derecho privado, al Registro de la Propiedad, Bielsa en *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, 1929, tomo III, pág. 128.

tros (28); de aquí que el recurso administrativo contra la calificación del Registrador se entable ante el Presidente de la Audiencia territorial (art. 113, R. H.), existiendo una segunda instancia ante la Dirección General de los Registros (art. 121, R. H.).

b) *Impugnación ante un órgano jurisdiccional.*—Si estuviésemos ante un supuesto normal de acto administrativo, el acto de la Dirección General, resolviendo la segunda instancia del recurso interpuesto contra la calificación, sería susceptible de recurso contencioso administrativo, en cuanto que se darían las circunstancias exigidas por la Ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa. Existe, en efecto, un acto administrativo que causa estado (art. 1.º, núm. 1.º), ya que no es susceptible de recurso en vía gubernativa (art. 2.º, I); emana del ejercicio de facultades regladas (art. 1.º, núm. 2.º), ya que ha de acomodar sus actos a las disposiciones legales (art. 2.º, II), pues el Registrador ha de inscribir, denegar o suspender según la dependencia que exista con el Derecho objetivo, lo que ocurre en todos los actos administrativos de admisión (29), y, por último, vulnera un derecho administrativo establecido a favor del particular (art. 1.º, núm. 3.º), pues como administrativo ha de considerarse el derecho del particular a inscribirse, siempre que se den las circunstancias exigidas por la Ley. Sin embargo, se ha negado la posibilidad del recurso contencioso administrativo (30). Esta excepción a la regla general es lógica, ya que si el fundamento de la jurisdicción contencioso administrativa está en razones de especialidad técnica por parte del órgano jurisdiccional, mal podría entablarse ante ella un recurso, en que los problemas a discutir serían, por lo general, de Derecho privado, ya que el ver si se dan o no las circunstancias necesarias para que el particular tenga derecho a inscribir pertenece al Derecho privado; de aquí que no quepa al particular otra vía que la contienda con la otra parte del título ante la jurisdicción ordinaria con objeto de ver si es posible la inscripción.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Prof. Ayudante de la Universidad de Madrid

(28) Son manifestaciones concretas de esta dependencia las disposiciones de los arts. 267 y 269, L. H., y arts. 469 y sigs., 478 y 575, R. H.

(29) Como acto de admisión considera al acto registral Ballbe, según vimos. Sobre los actos administrativos de admisión y su naturaleza reglada, puede verse Royo Villanova, *Elementos*, cit., pág. 101.

(30) R. O: 20 de mayo de 1878.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5 de octubre de 1948.

NOMBRADOS HEREDEROS DE LA MADRE EN EL TESTAMENTO DE ÉSTA DOS HIJOS Y OCURRIDO EL FALLECIMIENTO DE UNO DE ÉSTOS AÑOS DESPUÉS QUE LA MADRE, NO LE ES LÍCITO AL SOBREVIVIENTE, A PRETEXTO DE QUE EL HERMANO FALLECIDO SE HABÍA ABSTENIDO DE ACEPTAR LA HERENCIA MATERNA, REPUDIAR LA DEL HERMANO Y ADJUDICARSE ÍNTEGRAMENTE LA HERENCIA MATERNA COMO ÚNICO HEREDERO DE SU MADRE COMO SI DE UNA SOLA TRANSMISIÓN SE TRATARA. LOS ACTOS SUCESORIOS SON DOS Y DOS LAS HERENCIAS EN CUANTO A LA MITAD DE LA HERENCIA, UNO DE LA MADRE AL HIJO FALLECIDO Y OTRO DE ÉSTE AL SOBREVIVIENTE.

Antecedentes.—El caso es repetición, con analogía casi perfecta, al que dió lugar a la Resolución de 9 de diciembre de 1941, y vamos a sintetizarlo con brevedad.

La madre muere en 1918, nombrando herederos a dos hijos. Uno de ellos muere en 1941, y entonces se presenta en la Oficina liquidadora una escritura de partición en la que el hermano superviviente dice que su otro hermano ni aceptó ni administró la porción hereditaria materna, y que él, como continuador de su personalidad, repudia esa herencia y acepta la herencia materna que le corresponde por entero como único heredero de su madre.

La Oficina liquidadora giró, en cuanto a la mitad dicha, una liquidación por la herencia de la madre al hijo y otra por la de éste a su hermano. Ambas fueron objeto de recurso alegando que 'cómo conse-

cuencia de la repudiación no existía jurídicamente más que una sola transmisión, que era la de la madre al hijo supérstite.

Tanto el Tribunal Provincial como el Central rechazaron el recurso con fundamento en que estaba manifiesta la aceptación tácita, porque es completamente inverosímil que desde 1918, en que falleció la madre, hasta 1941 estuviesen abandonados los bienes, consistentes en fincas rústicas y urbanas de bastante cuantía; cuya anomalía resalta más, al observar que los bienes estuvieron proindiviso entre ambos hermanos y que, por consiguiente, una parte indivisa tenía que estar abandonada y otra no. Además—añaden dichas dos Resoluciones—es antijurídico dar efectos a una repudiación que manifiestamente tiene por fin eludir el pago del impuesto y de la que no puede decirse que sea verdaderamente extintiva, sino más bien traslativa, como encaminada a favorecer al mismo renunciante.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 9 de noviembre de 1948.

EN EL HEREDAMIENTO DE CONFIANZA DE LA LEGISLACIÓN CATALANA EL DERECHO SE PERFECCIONA AL REVELARSE LA CONFIANZA Y SER INDIVIDUALIZADO EL HEREDERO, Y ESE MOMENTO ES EL QUE HA DE SERVIR PARA VALORAR LOS BIENES Y APLICAR LOS TIPOS DE LIQUIDACIÓN, SIN QUE HAYA POSIBILIDAD DE TENER EN CUENTA LA FECHA DE LA MUERTE DEL CAUSANTE A LOS EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—En 1924 fallece el causante, que era catalán, con testamento en el que nombra albaceas y herederos de confianza a tres señores, facultándoles para dar a sus bienes la aplicación que confidencialmente les tiene encomendada, sin fianza ni caución y con la más absoluta libertad de disposición, y también para que cada uno de ellos nombre quien le sustituya en vida o muerte, pudiendo el sustituto subrogar a su vez sus facultades. Para el caso de que surgieran obstáculos a la institución por cualquier persona o autoridad instituye a dichos señores herederos absolutos por partes iguales, sustituyéndolos recíprocamente.

En julio de 1943 uno de los albaceas otorga escritura haciendo constar lo que antecede y añadiendo que, fallecidos los otros dos albaceas sin haber nombrado sustitutos y al no poder el compareciente

ultimar la testamentaria, hace uso de las facultades que tiene y nombra a las tres personas que cita como sustitutos para que, juntos o separadamente, usen de los derechos que el testador concedió a sus herederos de confianza, incluso el de nombrar a su vez nuevos sustitutos. Finalmente dice el otorgante que considera llegado el momento de revelar la confianza y hace constar que dichos tres sustitutos son los beneficiarios del patrimonio hereditario.

En otra escritura de 5 de octubre del mismo año 43, uno de los tres sustitutos formaliza el inventario de los bienes, y presentadas ambas seguidamente a liquidación, la primera fué declarada exenta y la segunda liquidada por el concepto de donación entre extraños a favor de los tres sustitutos, tomando como fecha del acto la de 5 de octubre de 1943.

La liquidación fué recurrida diciendo que no existía tal donación, que el albacea no transmitió bienes, sino que se limitó a usar del derecho como heredero de confianza revelando ésta y designando los verdaderos herederos, e invocando el artículo 33 del Reglamento en el sentido de que el heredamiento de confianza se liquida como el fideicomiso y en éste el parentesco se gradúa entre el causante y el fideicomiso, el cual recibe los bienes del causante y no del fideicomiso.

Dijo, por fin, que la herencia del causante pudo ser objeto de liquidación a cargo de los herederos de confianza como extraños, y como no se practicó estaba prescrita.

La reclamación es desestimada en primera y segunda instancia, si bien admitiendo que el acto no es de donación entre fiduciario y fideicomisario, sino de transmisión hereditaria entre éste y el causante, siendo intrascendente la distinción en este caso para el impuesto, porque el número de la tarifa que hay que aplicar es el de extraños.

Respecto al fondo está claro que son de aplicar las normas de liquidación de los fideicomisos—apartados 6) y 7) del artículo 33—y que hay que tener en cuenta lo que el artículo 57 previene en su último párrafo: el derecho se perfecciona a los efectos del impuesto, no al morir el testador, sino al ser revelada la confianza, desapareciendo entonces la limitación existente, por lo cual a esa fecha hay que atenerse, tanto para determinar el valor de los bienes como para determinar los tipos de liquidación; y por la misma razón, desde ella ha de arrancar el plazo de prescripción de la acción para exigir el impuesto, y no desde el fallecimiento del causante.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de noviembre de 1948.

EL DEPÓSITO DE VALORES HECHO POR UNA CAJA DE AHORROS PROVINCIAL A FIN DE GARANTIZAR A FAVOR DEL ESTADO LA GESTIÓN RECAUDATORIA DE CONTRIBUCIONES POR LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL, CONSTITUYE, A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO, UNA FIANZA PIGNORATICA Y COMO TAL DEBE LIQUIDARSE.

La liquidación fué girada a la Diputación por el concepto dicho y fué recurrida alegando que lo liquidado fué el depósito y no existía acto jurídico liquidable, porque la constitución de fianza exige escritura pública y mientras no se otorgue no existe acto liquidable.

Esos dos originales puntos de vista fueron desechados por el Tribunal Central. El primero porque no es admisible la calificación, ni jurídica ni fiscal, de depósito para el acto a que el expediente se refiere, ya que no se trata de entrega de cosa ajena con obligación de guardarla y restituirla, que es lo que califica el contrato de esa clase según los artículos 1.758 y siguientes del Código civil, sino que el depósito de los valores se realizó en garantía del cumplimiento de obligaciones contraídas, y por lo mismo se dan completas las características de la fianza pignoratia; y en cuanto a lo segundo, porque la liquidación del concepto fianza no exige que el acto se haga constar en documento público, según expresamente prevé el artículo 48 del Reglamento en su párrafo segundo.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de noviembre de 1948.

EL HECHO DE QUE UNA ENTIDAD DESTINE A LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS PROTEGIDAS UN SOLAR Y AL EFECTO LO INSCRIBA EN EL REGISTRO PREVIAMENTE EXPIDIENDO LA OPÓRTUNA CERTIFICACIÓN, NO EXIME DE LIQUIDAR POR EL CONCEPTO INFORMACIONES.

Antecedentes.—La R. E. N. F. E. expidió una certificación de posesión de un terreno a los efectos del artículo 347 de la Ley Hipotecaria, adquirido según la Ley de Ordenación ferroviaria de 24 de enero de 1941, que fué presentada en la Oficina liquidadora en unión de otra librada por el Instituto Nacional de la Vivienda, acreditativa de

que la parcela dicha se hallaba afecta al proyecto de construcción de un grupo de viviendas protegidas que planeaba la entidad propietaria.

El documento se liquidó por el concepto informaciones, y la liquidación fué recurrida pretendiendo que era aplicable la bonificación del 90 por 100 correspondiente a los actos y contratos referentes a viviendas protegidas, ya que lo mismo afecta a las ya construídas que a los terrenos que se destinan a la construcción, de tal manera que la no aplicación al caso de la bonificación pretendida conduciría al absurdo de bonificar la transmisión del terreno a otra persona con el destino indicado y negarla al acto jurídico que la R. E. N. F. E. realiza con idéntico fin al expedir la mencionada certificación.

El Tribunal Provincial no admitió tal pretensión por la razón fundamental de que la bonificación, según la Ley de 13 de abril de 1942, no comprende las adquisiciones de terrenos, anteriores al acuerdo de construcción de tales viviendas, y aquí la adquisición arrancaba de 1941 y el acuerdo databa de 1946.

En segunda instancia se alegó además la exención a favor de la reclamante por los actos de rescate de líneas férreas conforme a dicha Ley de 24 de enero de 1941.

Tampoco el Tribunal Central estimó el recurso fundándose en que la bonificación invocada afecta, según las Leyes de 19 de abril de 1939 y 13 de abril de 1942, a la edificación de esas viviendas, a la primera cesión o venta de las mismas, a los contratos para su construcción, primeras transmisiones hereditarias, etc., ninguno de cuyos actos tiene analogía con las informaciones del dominio, las cuales buscan únicamente los efectos registrales, y en cuanto a la exención alegada tampoco la consideró aplicable porque la exención que pueda ser aplicable al título de adquisición, es intrascendente en cuanto a la liquidación por el concepto "informaciones".

Comentarios.—El argumento no deja de tener aparente fuerza dialéctica: si está bonificada la transmisión del terreno cuando lo destina a construir en él el adquirente una vivienda protegida, ¿por qué no ha de estarlo la información de dominio que el dueño hace para inscribirla en el Registro y sobre ella edificar esa clase de vivienda?

El argumento podría ser válido en el derecho constituyente, pero no lo es, sin duda alguna, con arreglo al Reglamento y a la legislación de Viviendas Protegidas, como acertadamente sostiene la Resolución que nos ocupa, porque el acto de que se trata es completamente dis-

tinto de todos los que se comprenden por esa legislación entre los bonificables.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de noviembre de 1948.

LAS COOPERATIVAS DE TODAS CLASES, LEGALMENTE CONTITUÍDAS GOZAN DE LAS EXENCIONES FISCALES CONCEDIDAS A LOS SINDICATOS AGRÍCOLAS SIEMPRE QUE CUMPLAN LOS REQUISITOS QUE SU LEGISLACIÓN ESPECIAL LES IMPONE.

Antecedentes.—Una Cooperativa del Campo adquirió por escritura pública un canal de conducción de agua para el riego de los terrenos de sus socios, destinados a la producción agrícola, y la Abogacía del Estado giró liquidación por el concepto de compraventa.

Contra la liquidación se entabló recurso diciendo que la Cooperativa en cuestión estaba constituida y aprobada con todos los requisitos legales con arreglo a la Ley de 2 de enero de 1942 y el Reglamento de 11 de noviembre de 1943, cuyos textos conceden a las Cooperativas las mismas exenciones que a los Sindicatos Agrícolas concedía la Ley de 28 de enero de 1906, siempre que el acto de que se trate tenga objeto directo cumplir, según los Estatutos, fines sociales de los enumerados por la ley, las cuales exenciones, añade el recurso, están confirmadas en el número 9.º del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto, y reafirmadas, en cuanto a las Cooperativas del Campo, por la O. de 27 de enero de 1948.

El Tribunal provincial consideró que el contrato discutido no estaba comprendido entre los fines específicos de los Sindicatos y Cooperativas y desestimó el recurso, y el Tribunal Central, en cambio, lo acoge con fundamento en que la exención está reconocida en el artículo 31 de la Ley de Cooperación de 2 de enero de 1942 y reflejado en el número 9.º del artículo 3.º de la del Impuesto y del artículo 6.º de su Reglamento, y también en el 51 cuando reconoce la exención de actos y contratos que tengan reconocida en ley especial, exención que además está particularmente reafirmada en la O. de 27 de enero de 1948 dictada para aclarar las dudas surgidas en la materia.

Comentarios.—El fondo del problema que en este caso se ventilaba, no los necesita. Sólo suele ofrecer duda o ser motivo de duda en

estas exenciones la determinación de si el acto de que se trata es de los atribuidos como específicos a las Entidades de este género por sus estatutos y por su propia naturaleza; y aquí la duda la tuvieron aplicando un criterio restrictivo, la Oficina liquidadora y el Tribunal provincial, cuyo criterio no es compartido acertadamente por el Central, dada la índole y la finalidad de la adquisición realizada por la Cooperativa recurrente.

Dicho esto no queremos dejar en el tintero algo que se refiere a la aludida Orden de 27 de enero de 1948.

Esta Orden, en el preámbulo, después de referirse a la Ley de Cooperación de 2 de enero de 1942, que en su artículo 36 clasifica a esas Entidades, y de mencionar el Reglamento de fecha 12 de noviembre de 1943, en cuyas disposiciones se ratifican las exenciones fiscales que a la sazón gozaban, dice que han surgido discrepancias entre las Cooperativas y la administración al determinar cuáles de ellas gozan de dichas exenciones, y dispone:

1.º Las exenciones establecidas a favor de los Sindicatos Agrícolas, de los Pósitos y de las demás instituciones de carácter Cooperativo antes aludidas, se consideran aplicables:

- a) A las Cooperativas del Campo y sus Cajas Rurales;
- b) A las Cooperativas del Mar y sus Cajas de Crédito;
- c) A las Cooperativas de cualquier otra clase, formadas exclusivamente por obreros, empleados, artesanos o funcionarios públicos, siempre que se cumplan, en cuanto sean aplicables, los requisitos expresados en el número 4.º de la disposición tercera de la Tarifa tercera de la Ley de Utilidades; y
- d) A las Uniones Nacionales y territoriales de Cooperativas exentas.

2.º No gozarán de exención los actos y contratos en que las Cooperativas hayan intervenido como mediadores en el proceso económico, esto es, adquiriendo de personas no socios, productos o mercancías para venderlos a quienes tampoco lo sean, sin perjuicio de las demás determinaciones que se adopten por las jurisdicciones competentes si se estimare que hubo infracción.

3.º Será de la exclusiva competencia del Ministerio de Hacienda la decisión en la vía administrativa sobre las exenciones fiscales otorgadas a las Sociedades Cooperativas y la resolución de las cuestiones e incidentes que se planteen en dicha materia.

Los demás apartados se refieren a la constitución y atribuciones de una Junta Consultiva en el Ministerio de Hacienda con la misión de informar en la materia sobre exenciones, interpretación, etc., y a las relaciones fiscales de las Cooperativas con la Administración, en materia tributaria.

Por nuestra parte solamente nos interesa destacar la especial competencia que al Ministerio atribuye el apartado tercero para resolver los recursos e incidentes, privando de ella, por consiguiente, a los Tribunales económico-administrativos y en contra de lo que el artículo 207 del Reglamento del impuesto de Derechos reales determina en general sobre recursos contra los actos administrativos de las Oficinas liquidadoras.

La competencia dicha parece efectivamente muy desorbitada y así parece estimarse por los mismos Organos de la Administración en la realidad, como lo demuestra la misma Resolución que acabamos de comentar al atribuirse el Tribunal central una competencia que no es la que dicha Orden determina.

Es de tener en cuenta al efecto que la liquidación combatida fué girada el 10 de febrero de 1948, notificada el 19 y recurrida el 3 de marzo siguiente, fechas todas posteriores a la de vigencia de la mencionada Orden, puesto que su publicación se efectuó en el *Boletín Oficial del Estado* del 5 de ese mismo mes de febrero.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de noviembre de 1948.

Reitera la doctrina de que el contrato por el que un Centro oficial, por medio de carta, hace un pedido a un fabricante de papel de róllos de cinta para teletipo con características especiales no es acto exento como comprendido en el número 8.º del artículo 6.º del Reglamento, porque ni es un mero pedido de géneros ni se trata de mercaderías propiamente dichas, ya que éstas son las que ordinariamente se venden en el mercado, cosa que en el supuesto estudiado no ocurre, puesto que se trataba de cosas no corrientes que había que fabricar.

JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1948.—*Pago.*

Esencialmente se funda el fallo recurrido en que la cuenta corriente bancaria supone mero depósito del numcrario del cuentacorrentista, sin que la falta de autorización expresa de éste, puedan los terceros utilizar la cuenta para hacer ingresos en ella; y comoquiera que en el caso de autos no existió autorización expresa, ni el silencio de la demandante ante el anuncio que la demandada le hizo del ingreso que iba a realizar en su cuenta bancaria tiene la significación jurídica de tácita aquiescencia, infiere la Salá sentenciadora que tal ingreso no surte los efectos legales de pago.

Aun cuando el pago, encaminado a extinguir un prestación de dar, revisa los caracteres del negocio bilateral, yerra la Sala de instancia al estimar que el silencio del *accipiens*, que nada dijo ante el anuncio del ingreso ni después de efectuado, no supone una tácita conformidad, pues esta tesis pugna a primera vista con la doctrina legal proclamada en las sentencias de 27 de abril de 1945 y de 18 de junio último, por la que se declaró que en principio el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1.172 del Código civil, como pago hecho a quien está autorizado para recibirlo, y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones, salvo que el acreedor rehuse justificadamente el ingreso por no ser ajustado a las normas que en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación regulan el pago, según los artículos 1.166, 1.169, 1.170 y 1.171 del referido texto legal, debiendo entenderse que el silencio del acreedor, tal como se precisan sus efectos en el sentencia de 24 de noviembre de 1943, puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago.

SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1948.—*Artículo 176 de la ley de Arrendamientos urbanos.*

En cuanto al primer motivo del recurso, basado en la causa tercera del artículo 169 de la ley de Arrendamientos urbanos, y en que se alega la infracción del artículo 76 de dicha ley, que faculta al arrendador para negar la prórroga del contrato por necesitar para sí la vivienda o local de negocio, al entender el Tribunal de instancia que para que aquél pueda invocarla

la del fragmento noveno, título V, libro 34 del *Digesto*; pero el Derecho romano, aplicando los principios inoperantes en materia de prueba, tenía establecido que quien fundaba un derecho en la prioridad de la muerte de una entre dos personas debía probarla, de cuya norma surgía la consecuencia de que en la duda no debía considerarse a ninguna de ellas superviviente de la otra, sino que se estimaba que las dos habían perecido en el mismo instante, como se decide en el fragmento 18, título V, libro 34 del *Digesto*, según cuyo texto «in quibus casibus si periter desserint nu apparcat quis ante spiritum emisit, non videtur alter altera supervixissi»; y si bien como excepción a este principio general regían algunas presunciones de promorientia, estas presunciones estaban limitadas a las hipótesis de que se tratase de padre o madre e hijo, en cuyos casos se presumían premuertos el padre o la madre si el hijo era púber, y premuerto el hijo si era impúber; pero fuera de estas excepciones regía la regla general antes expuesta, de la cual no puede estimarse como una derogación el texto que el recurrente reputa infringido, el cual se limita a declarar que «si el marido y la mujer muriesen juntamente, tendrá lugar la estipulación de dote por el capítulo si la mujer muriese en el matrimonio, si no se probase que sobrevivió al marido»; es decir, que para los efectos dotales, a que dicho texto se refiere, considera muerta dentro del matrimonio a la mujer que muere al mismo tiempo que el marido; pero de aquí no cabe deducir, como el recurrente pretende, que cuando se trata de fijar, para establecer una relación sucesoria entre dos cónyuges, cuál de ellos ha muerto primero haya que declarar la prioridad de la muerte de la mujer, pues esto no lo reconocía el Derecho romano de una manera expresa como lo hubiera reconocido de haber querido establecer tal presunción, que constituiría una excepción a la norma general de aquel Derecho, que ha quedado expuesta.

SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1948.—*Donación.*

Son declaraciones de la sentencia recurrida, entre otras, las siguientes.

a) Las entregas de dinero hechas por el demandado a la actora no constituyeron actos de liberalidad, sino la ejecución de un acuerdo, encubierto bajo el aspecto de donación. Considerando undécimo de la sentencia del Juzgado, aceptado sustancialmente en la de segunda instancia.

b) Dichas entregas obedecieron en parte a motivo remuneratorio de los servicios prestados por el difunto marido de la actora; pero su causa principal fué la compensación de las facilidades dadas por la misma para la resolución de las liquidaciones entre ambos litigantes y de las demás cuestiones relacionadas con la testamentaria.

Con arreglo a los artículos 618 y 1.274 del Código civil, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato, y si la gratuidad aparece como el aspecto subjetivo, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el *animus* de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial, pues-

to que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato, siendo de recordar a estos efectos la doctrina establecida en la antigua sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1896, la cual declara que cuando el acto no es gratuito en beneficio del donatario, y lo determina el interés de ambas partes y no la liberalidad de una de ellas, carece de los requisitos indispensables para ser calificado de donación.

Si bien—en contra de la afirmación sentada por el Juzgado de primera instancia—son compatibles los términos obligación y donación, pues ésta puede revestir formas diversas, y entre ellas, la creación de un crédito a favor del donatario, y si, con arreglo a los artículos 648 y 652 del Código civil, tampoco es admisible la tesis de dicho juzgador, en cuanto sostiene que el donante pudo suspender por su propia autoridad las entregas de las cantidades que se había obligado a satisfacer, preciso se hace tener en cuenta para apreciar la eficacia del primer motivo del recurso que éste no impugna en debida forma las antes mencionadas aserciones del fallo, relativas a la causa principal de las entregas de cantidades hechas por el recurrente a la recurrida; y si, según aquellas aserciones, las repetidas entregas constituyen una compensación de las facilidades dadas por la segunda al primero para la resolución de las liquidaciones que pendían entre ambos y de las cuestiones relacionadas con la testamentaria, es obvio que en el caso contravertido no concurren ni el carácter de gratuidad de las pretensiones ni la intención en los contratantes de otorgar y recibir, respectivamente, una atribución patrimonial a título de liberalidad.

No constituye obstáculo a esta tesis la declaración contenida en la sentencia de instancia, consignando que el pago de la pensión de mil pesetas mensuales a la recurrida obedeció en parte a motivo remuneratorio de los servicios prestados por su difunto cónyuge: porque aun de las independientemente de las antes citadas afirmaciones de la misma sentencia, debe tenerse en cuenta que ésta se abstiene de expresar si constituyen o no deudas exigibles los servicios a que alude; pero como dichos servicios, según se reconoce en el escrito de contestación a la demanda, fueron los inherentes a la gestión y dirección de un negocio de venta de géneros de comercio propiedad del recurrente, quien al efecto había conferido al cónyuge de la recurrida el oportuno poder, resulta indudable que al ser de naturaleza mercantil la gestión desempeñada no cabe admitir la presunción de gratuidad de la misma; conclusión que bajo otro aspecto viene a corroborar el texto del párrafo segundo del artículo 1.611 del Código civil, en cuanto establece que si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presupone la obligación de retribuirle; y admitido que el cónyuge de la recurrida tenía derecho a percibir la retribución correspondiente a aquellas actividades comerciales, falta en el presente caso el supuesto a que se refiere el artículo 19 del citado cuerpo legal: prestación de servicios que no constituyan deudas exigibles, y en consecuencia, no se dan términos hábiles para apreciar la existencia de una donación remuneratoria.

SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1948.—*Entrega de posesión mediata.*

Los dos primeros motivos del recurso, basados, como todos ellos, en el número 1.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, se fundan en la infracción de los artículos 445, 1.461 y 1.462 del Código civil, al entender la Sala que, mediante el otorgamiento de la escritura pública, el vendedor puso al comprador en posesión de la cosa vendida, siendo así que existía en dicha escritura una cláusula, por virtud de la cual aquél se obligaba a iniciar la construcción de un edificio, destinado a fábrica, en el terreno vendido en el plazo de dos años siguientes al otorgamiento de la escritura, bajo pena de resolución de la venta, con abono de indemnización, cuando el terreno en cuestión estaba arrendado, lo que impedía al comprador el cumplimiento de esta obligación; pero de esta circunstancia no puede deducirse que el vendedor no cumpliera su obligación de entregar la cosa vendida, que le impone el artículo 1.461, pues ésta tuvo lugar a tenor del párrafo segundo del artículo 1.462, al otorgarse dicha escritura, a partir de cuyo momento pudo dicho comprador ejercitar todos sus derechos dominicales, ya que la tradición jurídica de la cosa representada por la escritura es perfectamente compatible con la existencia de un contrato de arrendamiento, que por otra parte no es fácil fuera desconocida por el comprador, máxime cuando aparece en autos que fué presentado dicho contrato por el demandante y el recurrente, a quien fué devuelto para pago de derechos reales, sin que lo presentara ulteriormente

LA REDACCIÓN.

OBRA NUEVA

**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.