

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Mayo 1949

Núm. 252

La inscripción en nuestro sistema
hipotecario es constitutiva a efectos
de tercero

Se dice que la inscripción en nuestro régimen inmobiliario tiene solamente valor declarativo, y que sólo lo tiene constitutivo respecto de la hipoteca.

Seguimos entendiendo y exponiendo algo embarullada nuestra técnica registral, y la confusión trasciende a la realidad al interpretar los efectos concretos de la inscripción.

Se dice que es *declarativa* la inscripción en aquellos casos o sistemas en que el derecho real inmobiliario nace, se transmite, modifica o extingue fuera del Registro, sin que la inscripción tenga otro papel que el de publicar las vicisitudes de tal derecho, siquiera resulte este derecho inscrito algo reforzado (como diría el Tribunal Supremo) en virtud de la publicidad que proporciona la inscripción.

Y que es *constitutiva* la inscripción cuando, mediante ella y por su propia eficacia, se reconoce la existencia del derecho real, su transmisión, modificación o extinción, lo mismo entre las partes contratantes que en cuanto a terceros.

En nuestro régimen inmobiliario la inscripción tiene, desde luego, valor constitutivo o necesario respetto del derecho de hipoteca, ya que sin la inscripción el derecho de hipoteca, pactado en la escritura, es personal, según claramente establecen el Código civil y la Ley Hipotecaria, y no sucede lo mismo con otros derechos reales, como el dominio, el censo, el usufructo, etc., que pueden ser y son, sin la inscripción,

derechos reales relativos, en el régimen civil, y su titular puede oponerlos como derechos reales frente a otros titulares que no tengan protección hipotecaria, cosa que no puede hacer el titular de una hipoteca no inscrita, aunque esté configurada en el título, porque no es más que titular de un crédito personal, que no afecta hasta que se efectúe la inscripción concretamente a ninguna finca del deudor. Esto puede verse claro cuando haya que aplicar el artículo 1.923 del Código civil, si se presenta el titular de un censo sin inscribir y el titular de una hipoteca que no haya ingresado en el Registro.

Parecido sucede con los derechos de arrendamiento y de opción, que son derechos generalmente considerados como personales, pero que, por excepción, la Ley, al reunir determinados requisitos o cuando las partes en el título los configuran viables para ingresar en el Registro, la inscripción hace que devengen reales. Al fin y al cabo los derechos son reales, más que por su naturaleza (¿cuál es?), porque la Ley les concede tal carácter, confiriendo a sus titulares una acción *erga omnes*. Lo hemos visto en el Derecho de retracto convencional, respecto del cual, antes del Código civil, era muy discutida la naturaleza de su acción, que generalmente se consideraba personal, fundándose en la Ley 42, tít. 5.^o de la Partida V, hasta que el artículo 1.510 del Código civil estableció la acción real, y ahora nadie discute su carácter de real.

El derecho de arrendamiento de fincas es conceptuado por casi todos como derecho personal, y se fundan principalmente en que, según ellos, el arrendatario no tiene acción real propia y que, por ello, tiene que acudir al arrendador para reivindicar su derecho; pero, esto no es exacto, tratándose de un arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad, ya que su titular (aparte de la acción que le puedan conferir las nuevas leyes de arrendamientos) tendrá la acción real que establece el artículo 41 de la Ley Hipotecaria; y en este caso podemos decir también que la inscripción produce a favor del arrendatario acción *erga omnes*.

Nosotros afirmamos que la inscripción en nuestro régimen hipotecario no sólo tiene valor constitutivo en los derechos de hipoteca, arrendamiento y de opción, sino que lo tiene siempre en cuanto a tercero en la adquisición del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Esto de considerar la inscripción con valor constitutivo a favor de tercero o protegido por la Ley Hipotecaria tiene importancia para que

no haya lugar a las sutilezas con que se interpretan los artículos 32 de la Ley (antes el 23) y el artículo 1.473 del Código civil. Si hay inscripción del derecho, su constitución, su transmisión, su modificación y su extinción, deben ser reguladas por los preceptos de la Ley Hipotecaria, prescindiendo de las disposiciones del Código civil, que regulan los derechos relativos, y que tengan realidad los artículos 585 y siguientes del Reglamento hipotecario en relación con el artículo 313 de la Ley.

Para explicar esta afirmación debemos exponer el sentido de tercero hipotecario, qué principios concurren en la adquisición protegida y cómo actúan éstos, y así ver la función del Registro o de la inscripción en la adquisición.

CONCEPTO DEL TERCERO HIPOTECARIO.—El concepto de tercero hipotecario es más amplio que el tercero que resulta del artículo 34 de la Ley. éste es sólo una modalidad del tercero protegido por la Ley, como consecuencia de la inmunidad que produce el principio de fe pública registral contra la acción de nulidad emanada de causas que no constan en el Registro. El artículo 32 (antes el 23) de la Ley tiene un contenido más genérico para determinar el tercero en su concepto más amplio, y así, como muy bien afirmaba Gayoso Arias, según el artículo 23, estando inscrito un título, aunque no sea a tenor del artículo 34 perjudica al tercero civil que en él no intervino. Queremos decir que en la expresión genérica del artículo 32 cabe todo tercero amparado por el principio de prioridad, que llamaremos también principio de "luz pública registral", hermanado con el de oponibilidad (el título inscrito se opone al no inscrito); o sea, que la adquisición registrada se notifica a todos por medio de la inscripción, y la adquisición no registrada resulta ignorada para los terceros, induciendo tal falta de inscripción a que éstos crean que el transmisor es dueño y así la adquisición no inscrita resulta ineficaz frente a la adquisición hecha por otro que inscribe y tiene interés en hacer valer la falta de inscripción.

Aunque la nueva Ley Hipotecaria suprimió la definición de tercero que figuraba en el artículo 27, por considerarla un estorbo para la interpretación de los preceptos principales de la Ley, no por esto hemos de creer que no es interesante conocer el verdadero significado que el legislador da en la Ley a la palabra tercero. No siempre se emplea en ella esta palabra con el mismo sentido.

Para los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 el concepto de ter-

cero (aunque no hayan acertado a definirlo) es el fundamento de nuestro sistema, y, por tanto, para conocer bien el sentido y la amplitud del tercero, es conveniente conocer qué sistema hipotecario ha influido más en ellos para la determinación del tercero a que se hace referencia en los artículos 23 y 34 de la Ley, y así conocer el alcance de los efectos de la inscripción. Don' Pedro Gómez de la Serna nos dice expresamente al comentar el artículo 23 (hoy 32) lo siguiente: "En algunos Estados, como Bélgica, Bolivia, Estados Romanos, Francia, Friburgo, Soleure y Vaud, está declarado que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero de buena fe.. En todas estas legislaciones, dice, se ve dominante el principio de lá nuestra, que es el adoptado por todas ellas, de las cuales algunas, más que en el fondo, se diferencian en la manera de redactar la misma idea. esta es, qué el derecho real sobre los bienes inmuebles que no está inscrito no perjudica a tercero."

"Más adelante—dice—van otros Estados que niegan absolutamente toda fuerza legal al título que no está inscrito pára el efecto de producir derechos reales." Se refería a los Estados que seguían el sistema germánico. Se ve, pues, que los autores de dicha Ley, como lo era don Pedro Gómez de la Serna, creían comprendido nuestro sistema más dentro del sistema francés que en el germánico, aunque perfeccionado el nuestro o superado, por la influencia germánica, como el llevar el registro por fincas y, como consecuencia, los principios de legalidad y trato sucesivo e inmunizar al tercero que adquirió al amparo de la fe pública registral de las acciones de nulidad y resolutorias. Así el léxico empleado por los autores de nuestra Ley es muy parecido al empleado por los comentaristas del sistema francés, principalmente por los autores italianos y belgas.

Se desprenden, pues, del espíritu de nuestra Ley, a juzgar por sus principales artículos, por la exposición de motivos, por su discusión en las Cortes y por los comentarios de la Ley que hace uno de sus principales autores, don Pedro Gómez de la Serna, las directrices siguientes: A) Que la inscripción es voluntaria, pero en forma indirecta, se sanciona a los que no inscriben sus títulos registrables, dejándoles ineficaces frente a tercero, y se premia directamente a todo titular inscrito que no haya intervenido en el título que dejó de inscribirse (o sea, heredero del que intervino) A este respecto, se dice en la exposición de motivos: "Los efectos de la falta de inscripción, ¿deberán limitarse a los terceros interesados o comprender también en su rigor a

los mismos contrayéntes?" "No contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes." Sobre esto, dice Gómez de la Serna que "la falta de inscripción en nada cambia los derechos y obligaciones de los contrayentes, sino que sus efectos (los de la falta de inscripción) se limitan a evitar perjuicios a aquellos que no hayan sido parte en el contrato o acto que dejó de inscribirse".

Decía el ilustre diputado señor Permanyer en la sesión del Congreso de 8 de enero de 1861: "Toda la sanción del proyecto (por la falta de inscripción) queda, pues, reducida, como lo debía quedar, a la ineeficacia de los títulos registrables y que no se hayan registrado, siempre que se trate de hacerlos valer en perjuicio de tercera persona." Y comentaba a este respecto Gómez de la Serna: "Mas si la Ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado. Entre estos medios indirectos puede considerarse como el primero la ineeficacia de los títulos no registrados en perjuicio de tercero de que acabamos de hablar, porque no es de presumir que haya muchos tan descuidados o tan mal avenidos con sus intereses que omitan la inscripción", "En vista de estas disposiciones, no podrá menos de convenirse en que, si bien no es directa la obligación de inscribir, al menos el legislador ha buscado medios más eficaces tal vez que los directos para llegar al resultado apetecido."

Por esto mismo se decía en la exposición de motivos: "En el sistema de la Comisión no cabe fijar un término dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente." El no inscribir pudo dar ocasión, pudo inducir a otro con buena fe a contratar acerca de la misma finca, lo cual no se hubiera hecho si no se silenciara otra adquisición anterior.

B) Que el legislador quiso proteger a los terceros contra los peligros de las enajenaciones clandestinas, y por esto vino a establecer que toda adquisición o vicisitud de la propiedad inmueble que se inscriba queda, por medio de la inscripción, notificada a todos (publici-

dad positiva). La inscripción publica la adquisición del titular y publica también que el transferente dejó de ser dueño para serlo el adquirente y futuro transferente; y si falta la inscripción se entiende la adquisición o vicisitud como ignorada para el tercero, deduciendo que el transferente, bien por la inscripción a su nombre o bien por la titulación que presenta, sigue siendo dueño de lo que transmite (publicidad negativa), y, por tanto, cuando media inscripción no pueden adquirir los terceros derechos que perjudiquen al adquirente que inscribió. Todo esto está comprendido en el artículo 23 (hoy 32).

C) Además de todo esto el legislador quiso que el Registro refleje la historia completa y continua del movimiento de la propiedad inmueble (art. 20) y dar a quien consulta el Registro la seguridad sobre la pertenencia de la propiedad de cada finca.

D) Que el legislador quiso premiar al tercero que inscriba con una eficacia inmediata de la inscripción, no sólo de la inscripción a favor del tercero que adquiere conforme al artículo 34, sino a favor del tercero en general que inscribe un título legal, acogiéndose a la disposición genérica del artículo 32, excepto cuando el inscribente es heredero de aquel que transmitió en las enajenaciones clandestinas porque entonces no es tercero, toda vez que ostenta la personalidad de aquél. Si el legislador quisiese estimular, antes y ahora, sólo con la eficacia de la inscripción a favor del tercero según el artículo 34, quedarían más de la mitad de los titulares sin estímulo, ya que la eficacia de su inscripción sería sólo para los futuros adquirentes, porque, de momento, la inscripción de todos estos titulares que no encajen en el artículo 34 no tendrían más ventajas que las derivadas del principio de la legitimación relativa.

Entendemos, pues, por tercero hipotecario el adquirente mediante título oneroso inscrito, sin la limitación de los artículos 28 y 207 de la Ley, adquiriendo de buena fe el derecho de quien le tenía inscrito, y en general todo titular de un acto o contrato legal inscrito, sin dicha limitación, siempre que no haya tenido antes de la adquisición conocimiento de cualquiera situación jurídica de la cual proceda la acción o derecho cuya ineffectividad asegura por virtud de la inscripción a su nombre.

Este concepto amplio del tercero hipotecario también lo recogía Gayoso Arias al decir: " . del artículo 23 parece deducirse que, estando inscrito un título, bien en favor de tercero, bien no, porque su

locución es genérica, perjudica a tercero, y no sólo al tercero hipotecario, sino con más motivo al tercero civil que en él no intervino, y que el alcance amplísimo de la letra del artículo 1.473 del Código es difícil de eludir .”

En el concepto amplio de tercero hipotecario que hemos expuesto están comprendidos: 1º El que adquiere a título oneroso según previene el artículo 34. 2º 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: 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 trácto 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 trácto sucesivo. c) En los casos de inmatriculación mediante escrituras públicas anteriores a 1909. d) Los titulares que inmatrulan fincas mediante escrituras públicas u otros documentos inmatriculadores después de transcurrir 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, 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 supuesto 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.

PRINCIPIOS HIPOTECARIOS QUE SON ESPECIALMENTE BÁSICOS PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO—Son los principios de fe pública registral y de prioridad, reforzados con el principio de legitimación, consecuencia del principio de legalidad.

Principio de fe pública registral—Es de esencial exigencia de un buen sistema hipotecario el dar publicidad de toda situación jurídica de un inmueble en el Registro del mismo, y la Ley, para la seguridad del tráfico jurídico de la propiedad, establece la presunción de que es verídico lo que el Registro publica, y por tanto el futuro adquirente tiene fe en la publicidad del Registro, con su índice positivo o negativo del derecho que se pretende adquirir, de manera que el adquirente tenga la seguridad y creencia de que el transferente es dueño, con la esperanza de que, inscribiendo su título, será mantenido en su adquisición.

Existe publicidad en el Registro con índice positivo cuando el adquirente o interesado ve (o se presume que ve) que el derecho que proyecta adquirir figura inscrito a nombre del transferente, y que, por tanto, éste tiene facultad dispositiva registral en el momento del otorgamiento de la adquisición (sentencias de 9 de julio de 1909 y 13 de mayo de 1903): y existe publicidad con índice negativo en el sentido de que en el Registro no consta inscrito título alguno incompatible con el que va a otorgarse, induciendo este silencio al adquirente a creer que el transferente es dueño por la titulación que exhibe y se supone también que no ha enajenado a otro, por cuanto éste no lo hizo constar en el Registro, y si hubo negligencia, ésta induce, como dice la exposición de motivos, a contraer por otro tercero sobre la misma cosa, dando a éste ocasión a poder inscribir a su favor y poder oponer su título inscrito a cualquier otro titular del mismo derecho.

Principio de prioridad.—Es aquel principio jurídico en virtud del cual la Ley concede preferencia en la adquisición al titular que primero inscribe su título. El que primero se acoge a las prescripciones de la

Ley Hipotecaria será preferido en las ventajas de la misma ("qui prius est tempore, potior est jure"). El titular, al inscribir anuncia a todos, por medio de la inscripción, que ha podido coronar antes que nadie la adquisición de un derecho real sobre una finca determinada (notificación a la sociedad) y que se le tenga por tanto como tal titular (legitimación) con exclusión de cualquier otro, aunque éste tenga título de fecha anterior (oponibilidad) y que al dejar de inscribirlo la Ley le sanciona con la pérdida de su derecho, en concurrencia con un tercero que se atuvió a los preceptos de la Ley.

Este principio de prioridad también podemos llamarle de "luz pública registral", ya que la Ley protege al inscribente que primero trae a la luz pública un acto o contrato sobre la propiedad inmueble, sacándole de la gestación clandestina.

Se cree que este principio sólo tiene importancia y razón de ser en los regímenes basados en el sistema francés, en que la inscripción tiene sólo efectos de oponibilidad o eficacia en sentido negativo; pero esto no es exacto, ya que tal principio de prioridad existe, con más o menos intensidad, en todo sistema hipotecario, siquiera sea más necesario y destacado en los sistemas de inscripción voluntaria, donde se admiten modos de adquirir relativos y absolutos, resultando este principio más perfecto y justo en los sistemas que llevan el Registro por fincas, puesto que así está reforzado con los principios de publicidad y especialidad y con los de legalidad, trámite sucesivo y legitimación.

Por de pronto diremos que este principio de prioridad en nuestra Ley Hipotecaria, como consecuencia de su sincretismo del sistema francés (con la voluntariedad de la inscripción y el mimetismo contenido en el artículo 33) y del sistema germánico (con sus principios de publicidad y especialidad, trámite sucesivo, legalidad), está implícito en los artículos 17, 20, 24, 25, 31, 32, 34, 37 y 115 y el último párrafo del 40, en los que se sobreentiende la regla general de que el que inscribe un derecho se antepone al que dejó oportunamente de inscribir el que había adquirido sobre la misma finca.

Según el artículo 17, por la inscripción de un título hay que rechazar la de otro de igual o anterior fecha incompatible con el título inscrito. Se cierra el Registro al que venga con otro título incompatible. Según el artículo 20, cuando el mismo derecho aparece inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen que se pretende inscribir, tenemos los Registradores que denegar o

suspender. Por eso se dice que el contenido del artículo 17 está implícito en el 20. En los artículos 24 y 25 se pautaliza que el asiento de presentación es el que precisa la prioridad. En los artículos 31 y 40 el principio de prioridad, precedido del de fe pública registral, impide que, a favor de tercero, produzca efecto la declaración de nulidad de forma o de fondo de la inscripción anterior. En el artículo 32 está comprendido el principio de prioridad en toda su extensión: los titulares no inscritos no perjudican a tercero que de buena fe adquiera y que logró inscribir su adquisición; y lo mismo se dice en cuanto a la regla general establecida en el artículo 37. También en el artículo 34 está implícito el principio de prioridad, como veremos luego al exponer cómo actúan los principios hipotecarios, porque en este caso la fe pública registral sirve de base o antecedente a la perfección del negocio jurídico, pero la adquisición se hace absoluta respecto del que inscribe primero.

CÓMO ACTÚAN LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS EN EL TRÁFICO SOBRE BIENES INMUEBLES.—En nuestra Ley Hipotecaria se organiza un sistema de publicidad para dar a conocer el estado jurídico de los bienes inmuebles, con formalidades precisas para que los interesados se sometan a sus prescripciones y beneficiarse con las ventajas que nacen de su observancia; y así, la Ley del 61 modificó profundamente la legislación civil en el modo de adquirir los bienes inmuebles, y a este respecto se dice en la exposición de motivos: "Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que *para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos o traspasados en cuanto consta la inscripción en el Registro*, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción; subsistente el derecho antiguo." Se ve bien claro que se estableció valor constitutivo para la inscripción en cuanto a tercero. "Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no se traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe ya se lo traspasa respecto a todos (haya o no precedido la tradición); si no se inscribe, aunque obtenga la posesión (aunque haya habido tradición), será dueño con relación al veñedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción" (aunque respecto de éstos no haya precedido la tradición).

Y así proclama don Pedro Gómez de la Serna: "La base capital de las leyes: sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado; lo

inscrito no se invalida por lo que no está inscrito. No habrá, pues, necesidad de buscarse la entrega o la posesión para calificar quién es aquél que, por falta de dominio, que creyó adquirir y no adquirió a causa de no tenerlo el enajenante, debe ser preferido, o, lo que es lo mismo, quién tiene derecho a prescribir y, por lo tanto, en su caso, de entablar la acción, que para arreglárnoslas al uso común, especialmente de los escritores, llamaremos publiciana, cuando se presentan dos o más a quienes se ha enajenado la misma cosa por el que no era dueño, sino que sólo *habrá que estarse al Registro y la inscripción será la que decida.*"

Este mismo autor, al comentar el caso de la doble venta dice que que no es preciso que haya una segunda enajenación después de la doble venta para que haya tercero protegido por la Ley, y que debe ser considerado como tal el comprador que en la doble venta haya inscrito su título. Y para premiar la diligencia del adquirente de buena fe dice este comentarista que la Ley estableció una regla general: "El que inscribe un derecho se antepone al que dejó oportunamente de inscribir el que había adquirido en la misma cosa." Pero, como se dice en la exposición, la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no hayan sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.

La pragmática de Don Carlos y Doña Juana decía que "no registrándose los contratos a que se refiere dentro de los seis días después que fueron hechos" *no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligación a cosa alguna ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor.* Y aquí tenemos el antecedente más antiguo de Derecho inmobiliario donde se habla del tercero, al que la Ley del 61 tomó como principal objetivo y su razón de ser, dando a la inscripción valor constitutivo para protegerle en el tráfico jurídico de los inmuebles. Y este valor constitutivo de la inscripción establecido en la Ley del 61, que resulta evidente en la exposición de motivos y en los comentarios de Gómez de la Serna, lo podemos apreciar también en los antecedentes nacionales que influyeron directamente en los autores de dicha Ley, pues, además de lo que apuntaba la Pragmática, según hemos referido, el proyecto de la Ley de Bases para formar el Código civil que redactó la Comisión de 1843 decía en su base 52: "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma.

de razón en el Registro público." Esta base, como se observa, daba a la inscripción valor constitutivo respecto a todos, considerándola como único modo de adquirir el dominio y demás derechos reales; pero la Comisión del año 46, al estudiar dicha base 52 dejó el valor constitutivo de la inscripción sólo en cuanto a tercero, y la redactaron como sigue: "Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público." Esta base pasó al proyecto del Código civil en 1851, recogiendo en su artículo 1.858 lo que luego estableció el artículo 23 de la Ley Hipotecaria del 61, y decía aquel artículo: "Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surtirá efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público." Sobre este artículo decía García Goyena: "Puede decirse que todo el espíritu de la Ley presente está contenido en el artículo 1.858." Este proyecto establece, pues, el principio de prioridad en dicho artículo y en los dos siguientes, cuyo contenido pasó a la Ley del 61, con un sentido claro de que la inscripción es modo de adquirir absoluto del dominio y demás derechos reales respecto de tercero. Al discutirse el proyecto de la Ley del 61 el Ministro de Gracia y Justicia entonces, Fernández Negrete, decía: "*Los títulos no inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero.* ¡Qué de cuestiones se resuelven en este sólo artículo (en el 23)! Luego hay necesidad de la inscripción para perjudicar a tercero, origen de la inscripción. ¿Y qué significa aquí la inscripción? Porque las leyes se copian unas a otras; porque las ideas se encadenan unas a otras. Ese artículo es la consecuencia de la tradición latina, de la tradición romana y de la inscripción germánica.

La tradición en Roma: la inscripción en Alemania. *Los títulos inscritos surtirán sus efectos aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común. Los títulos inscritos no surtirán sus efectos, en cuanto a tercero, sino desde la fecha de su inscripción.* Estos dos artículos, que son una consecuencia del artículo 23, principio generador de esta Ley, son, sin embargo, importantísimos. El artículo 25 dice que el derecho nace desde la inscripción, y es la diferencia que hay entre la legislación germánica y la legislación latina. La cuestión, pues, de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho, está decidida completamente por los artículos 23, 24 y 25. Es una base esencialísima de la Ley." El Ministro, aunque

no se expresaba, con la precisión debida, sabía muy bien lo que quería decir: *que el derecho real sobre inmuebles nace en cuanto a tercero con la inscripción, y no con la tradición; nace para perjudicar al tercero que no inscribió y favorecer al titular que inscribió.*

Este sentido de la Ley Hipotecaria del 61 y de sus antecedentes, dando valor constitutivo a la inscripción respecto de tercero, se reconoció en el vigente Código civil, principalmente en los artículos 462, 606, el 608 y el 1.473, que no están en contradicción con el 609 del mismo Código que, al establecer el modo de adquirir mediante la tradición, se refiere sólo al modo de adquirir derechos reales relativos sobre bienes inmuebles, regidos por el Código civil, en tanto en cuanto no actúe la inscripción, pues bien claramente se deduce (y parece como si no lo conocieran algunos) del artículo 1.537 del Código dándole el legislador tal importancia, que nada menos formó con este artículo un capítulo y una disposición general, haciéndolo de esta manera destacada para que se tuviera presente que *todo lo dispuesto en el título IV del libro 4.^o, destinado a la compraventa, se entiende con sujeción a lo que respecta de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria.*

Esto es preciso que lo tengan en cuenta los "tradicionalistas", que se desgañitan a decir que en caso de venta si no hay tradición no hay transmisión, y que, en caso de doble venta, si el transferente había entregado la finca al primer comprador, al otorgar la segunda que ya no era dueño y que, por lo mismo, aunque la segunda se inscriba el segundo comprador no adquiere, etc., etc. Muchas, sutilezas para defender la tradición que, al fin y al cabo no es más que un modo de adquirir arcaico, y nadie puede negar que dicho artículo 1.537 dice categóricamente que todo lo establecido en el artículo 1.462 y en los demás artículos del Código referentes a la compraventa de bienes inmuebles, se entiende con sujeción a lo preceptuado en la Ley Hipotecaria. Los autores de ésta nos han dicho paladinamente que si una venta no se inscribe ni se consuma por la tradición, no traspasa el dominio al comprador: que si se inscribe se traspasa respecto a todos, y si un comprador no inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con respecto al vendedor, pero no en cuanto a otro que haya inscrito su título oneroso: y así se dijo en el artículo 38 de la Ley del 61, en relación con el artículo 23, que en caso de doble venta no se resolverá en perjuicio del comprador que haya inscrito la suya.

una de las dos, sin necesidad de que en este caso haya una segunda enajenación posterior a la doble venta para que haya tercero protegido por la Ley Hipotecaria, según nos dice con acierto don Pedro Gómez de la Serna al comentar dicho artículo 38.

Nuestros civilistas más destacados así entienden que dicho sentido de la Ley Hipotecaria fué recogido por el Código civil en cuanto a los efectos de la inscripción en el modo de adquirir los bienes inmuebles; y así decía De Buen: "En materia de inmuebles, la doctrina de la tradición está influída por la del Registro de la Propiedad, y especialmente por la del valor de la inscripción. Este influjo está expresado en la conocida exposición de motivos de la Ley Hipotecaria con estas palabras: "Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho civil. Así una venta que no se inscriba, etc .." Y dice el mismo De Buen: "No siendo la inscripción obligatoria, un acto no inscrito es plenamente válido; pero lo es en cuanto con él no resulta un perjuicio para el que obró amparado por la Ley Hipotecaria y utilizó sus garantías. Es decir, que inscrito un derecho, no sólo produce efecto entre las partes (que quedan ligadas independientemente de la inscripción), sino también para los que no deben considerarse como partes o interesados en el acto jurídico; con ello el derecho adquiere el carácter de *real*, pues se da ya, respecto de una cosa, contra todos." El establecimiento del Registro viene a alterar la lógica indiscutible del sistema civil. Organizada tal institución, ya no se reputa decisiva la entrega de la cosa para la creación del derecho real. Sólo basta dentro del sistema español en que la inscripción es voluntaria, cuando no hay inscripción. Si la hay, no adquiere ya el que primero obtiene la posesión, sino el que primero inscribe, como ya lo reconoce nuestro Código en su artículo 1.473."

El comentarista del Código civil señor Oyuelos dice: "El artículo 1.537 del Código no tiene más fin que consignar la declaración solemne del acatamiento y respeto a dicha Ley Hipotecaria en orden a la venta de bienes inmuebles. Como ley especialísima, sus preceptos siempre prevalecerían sobre los del Código, de carácter general, aun

ante el silencio de éste; pero el legislador ha preferido hablar para cerrar el paso a toda suspicacia jurídica."

Como se ve claramente, el tercero hipotecario, en su amplio sentido según hemos expuesto, adquiere de modo absoluto, con acción *erga omnes*, por efecto de la inscripción, y por tanto ésta deviene constitutiva de su derecho por la eficiencia de la publicidad del Registro y del principio de prioridad en el ciclo de la adquisición.

FASES EN LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES SOBRE BIENES INMUEBLES

En el ciclo de la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles existen dos fases: una, que precede a la perfección del negocio jurídico, y otra posterior. En la primera se exige la buena fe en el adquirente, creyendo, a juzgar por la publicidad positiva y negativa del Registro y de conformidad con la titulación que se le exhibe, que el transferente es dueño del derecho que proyecta enajenar. El Registro le da medios al futuro adquirente para suponer que el enajenante es dueño, y ello le impulsa a decidirse a otorgar la adquisición, porque, además de poderle conceptualizar al transferente como dueño, ve por el Registro y por la titulación que presenta el enajenante la posibilidad de coronar la adquisición con la inscripción a nombre del adquirente y abriga la esperanza de que será absoluta la adquisición. En esta primera fase, el Registro es fuente de certidumbre, de posibilidad jurídica, de justificación, de presunción, para prevalecerse del amparo que resulta de la inscripción del que transmite el derecho o de su titulación, en relación con la posibilidad de poderse inscribir su adquisición. A esta primera fase podemos llamarla, en léxico escolástico, causa remota de la adquisición, que toma vínculo en el título.

La segunda fase es el resto del ciclo de la adquisición, partiendo de la perfección del negocio jurídico. En esta segunda fase ya no se exige buena fe, ya que, una vez perfeccionado el acto o contrato, corre de su cuenta la diligencia precisa para conseguir la inscripción a su favor y acogerse a su eficacia, mediante el principio de prioridad o de luz pública registral, y así el adquirente, y máxime después de cumplir su prestación onerosa, está autorizado por la Ley a toda diligencia y a toda lícita astucia para asegurar su derecho y poder anteponer su título inscrito o cualquier otro que no lo esté referente al mismo inmueble.

ble, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 207, durante dos años.

Estos principios de fe pública registral y de prioridad están reforzados y afianzados con el principio de la legitimación, pues por una parte, ahora y antes de la nueva Ley, aunque no estaba establecido expresamente este principio para el futuro adquirente, el dominio u otro derecho real cualquiera, inscrito a nombre del transferente, se *presume* "juris et de jure" que existe y le pertenece a éste, de tal manera, que la fe en lo que el Registro publica, se traduce en tener por cierto y exacto lo que del mismo resulta, que equivale a deducir, a todos los efectos legales, del estado del Registro, la certeza de que el derecho existe o no existe y de que pertenece o no a una persona determinada; se presume positivamente que el derecho existe y pertenece lícitamente al titular inscrito, toda vez que pudo llegar a inscribirse a su nombre a través del tamiz de la calificación (legitimación equivale a autorización de la inscripción, teniendo en cuenta la legalidad de lo inscrito), y se presume negativamente que el derecho objeto de la inscripción no pertenece a otra persona distinta del transferente, a juzgar por el silencio del Registro, en el que no consta que el transferente haya enajenado el mismo derecho a otra persona, o que haya otro titular del mismo derecho, ya que, de ser cierto que esta otra persona haya adquirido con anterioridad el mismo derecho, en régimen hipotecario, se presume que tal otra persona no tiene interés en asegurar contra todos su adquisición, dando con su negligencia ocasión a que otro adquirente posterior se decida a adquirir el mismo derecho y acogerse a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, inscribiendo su título y poderlo oponer a cualquier otro que no esté inscrito por efecto del principio, "prior tempore potior jure": resultando, por otra parte, reforzado también este principio de prioridad con el de legitimación, según indicamos, para hacer inatacable la adquisición del tercero, o sea, que se presume "juris et de jure" a todos los efectos legales, que el derecho inscrito pertenece al que primero inscribió su adquisición legal y, naturalmente, hoy resulta también reforzado el titular inscrito, a virtud de la eficiencia de la legitimación, con la prohibición establecida contra un titular que no inscribió, en el artículo 313 de la Ley, y remachada por los artículos 585 al 588 del Reglamento hipotecario.

Podemos llamar a esta segunda fase del ciclo adquisitivo de los derechos inscritos *causa próxima*, porque sirve de base al reconocimiento

del derecho inscrito a favor de su titular, que llevó a cabo la realización de las formalidades exteriores exigidas por la Ley.

El principio de fe pública registral por sí solo no es bastante para obtener la adquisición absoluta, pues puede suceder que este principio haya servido de causa de adquisición a dos adquirentes: el primero, fundado en el Registro, se decidió a adquirir y celebra el contrato, pero luego no inscribió su título, por ignorancia, por mal consejo o por tacañería; no tuvo interés en asegurar contra todos su adquisición; no fué diligente administrador de sus intereses, y por ello dió lugar a que otro posteriormente, también en virtud de fe pública registral, se decidiese a adquirir, celebrando la adquisición y presentando el título a inscribir, haciendo uso del principio de prioridad, y así aseguró contra todos su derecho. Es decir, que los dos adquirentes en este supuesto hicieron uso de la causa remota registral, pero sólo uno hizo uso de la causa próxima hipotecaria, que es la que corona la adquisición absoluta.

CÓMO SE ACTÚA O SE PUEDE ACTUAR REALMENTE EN LAS DOS FASES

¿El futuro adquirente necesita saber en todo caso si el enajenante es dueño? ¿Cómo? Según sea de previsor, así tomará las medidas precisas para tener la certeza de que el transferente es dueño. Este puede tener título o no, y de tenerlo, puede estar inscrito o no.

I. *Cuando el transferente tiene título.*—A) Si tiene título inscrito y no hay indicio alguno en el documento de que el derecho haya sido previamente enajenado, si no es muy desconfiado el adquirente, se decidirá seguramente a celebrar el contrato sin más averiguaciones, aunque se exponga al riesgo de que el Registro no coincida con el título, y así, para mayor seguridad, en muchos Registros, como en el de Frechilla, formulan los futuros adquirentes, directamente o por medio de las Notarías, las preguntas siguientes: Tal finca, ¿está inscrita a nombre de don Fulano? ¿Podrá inscribirse la compra de tal finca? Puede suceder que no esté apurado el trámite sucesivo, y en tal caso puede solicitarse la previa inscripción antes de celebrarse la compra o la adquisición, si el adquirente ve más seguridad en el principio neto de la fe pública registral que en el simple principio de prioridad comprendido en el artículo 32, ya que aquél le inmuniza de toda acción de nulidad que pudiera afectar al transferente. De serle igual al adquirente, se celebrará la adquisición y luego se presentarán en el Registro los títulos

correspondientes para seguir el trácto sucesivo hasta inscribir a nombre del adquirente. Es decir, que el futuro adquirente, después de conocer el estado del Registro y ver que en éste se silencia cualquiera otra adquisición incompatible con la proyectada, cree generalmente dos cosas: una, que el transferente es dueño, y otra, que podrá inscribir la nueva adquisición y asegurarla contra todos.

Si no se fija en el Registro y tiene en cuenta sólo la titulación puede suceder que luego se encuentre con la finca gravada e incluso enajenada; es decir, que puede darse el caso de que el transferente tenga enajenada la finca, aunque al margen de la descripción no conste la nota que suelen poner los Notarios de estar vendida o enajenada, porque el transferente pudo haber enajenado sin presentar el título en la Notaría, bien diciendo que lo había perdido, y en tal caso, para no dar lugar a desconfianza, presenta certificación del Registro acreditando su pertenencia, e incluso puede haber sucedido algo más raro: puede resultar vendida la finca en documento privado y haberse presentado las partes en la Notaría a elevarle a escritura pública y ser presentada en el Registro a inscribir a nombre del primer comprador; es más, pudo haberse presentado el documento privado de venta y haberse suspendido la inscripción del mismo, tomando o no anotación preventiva, porque el estar la venta constatada en documento privado no constituye falta insubsanable, como sería tratándose de una donación, pues en las ventas, el figurar en documento privado, da lugar tan sólo a una falta subsanable, ya que tal defecto de forma no produce en este caso la nulidad del contrato, y se subsana elevando el documento a público, y así queda cumplido el artículo 3.^º de la Ley, y si no fuese así posible, pudo acudirse a una información de dominio o acta de notoriedad si cabe, y luego se pudo convertir la anotación del documento privado en inscripción definitiva, con la que puede tropezar el segundo comprador.

B) *Cuando el transferente no tiene inscrito su título de propiedad*, puede resultar que la finca esté inscrita a nombre de alguien o no. Si está inscrita a nombre de alguna persona, puede ser ésta un causante inmediato o mediato del derecho del transferente, y en tal caso, si existe el título o los títulos precisos para apurar el trácto sucesivo, el futuro adquirente puede obtener la certeza de que el transferente es dueño de la misma manera que si estuviese inscrito su título. Claro está que el futuro adquirente en tal caso desconoce el resultado de la calificación

de los títulos pendientes de inscripción y corre el evento de que luego, si se decide a otorgar la adquisición sin exigir la inscripción o inscripciones previas, no se puedan practicar éstas ni inscribir, por tanto, su título. Tampoco puede en tal supuesto ampararse en el principio de fe pública registral porque existiría la legitimación de las inscripciones previas, ya que éstas no constaban en el Registro antes de la perfección de la última adquisición. Si lograse inscribir su título y los anteriores, la inscripción a su nombre tendría la eficacia derivada del artículo 32, pero no la del artículo 34.

Si la finca apareciese inscrita a nombre de persona distinta del transferente y no hubiese títulos para seguir el trato sucesivo, puede acudirse al acta de notoriedad, si fuese posible, y en todo caso, a la información de dominio, que puede hacerse a nombre del transferente y antes del otorgamiento de la nueva adquisición, y así el subadquirente puede ser tercero, según el artículo 34, o puede hacerse la información de dominio después del otorgamiento, y en tal caso el adquirente, inscrito que sea su título después de la inscripción del expediente de dominio a nombre del transferente, será protegido por el artículo 32. No lo estará si la información se inscribe a nombre del nuevo adquirente, porque, en tal caso, no es el título de adquisición el que se inscribe, sino el testimonio del expediente, contra el cual se puede entablar juicio declarativo, lo cual no habrá lugar con eficacia cuando surja posteriormente un tercero protegido por el artículo 34.

II. *Cuando el inmueble no figura inscrito a nombre de persona alguna.*—Si no está inscrita la finca, el transferente puede tener título o no. Si le tiene, puede ser suficiente para inmatricular la finca o no. Si tiene escritura pública de fecha anterior a 1909, la inmatriculación puede hacerse sin que su eficacia esté sujeta a la limitación del artículo 207 de la Ley, según el artículo 302 del Reglamento Hipotecario, y así la inmatriculación puede hacerse a nombre del transferente o directamente a favor del adquirente, si se hace a nombre del transferente antes de la perfección de la adquisición, el adquirente puede ser tercero, según el artículo 34; si se hace la inmatriculación a favor del adquirente, éste será tercero al amparo del artículo 32, como lo eran los que inmatriculaban mediante títulos anteriores a 1863, que, como acertadamente decía don Carlos López de Haro, se regían por la primitiva Ley Hipotecaria, que no establecía tal limitación y los efectos de las inscripciones estaban comprendidos en su artículo 23. Si la in-

matriculación se hace a nombre del transferente después de otorgar la transmisión, también mediante título anterior a 1909, esta inscripción produce efecto respecto de tercero en virtud del artículo 32, y si otorga la transmisión, la eficacia de su inscripción hecha después del otorgamiento, beneficia al nuevo adquirente cuando inscriba su adquisición; es decir, que estas inscripciones, al amparo del artículo 32, tienen la suficiente eficacia inmediata para perjudicar a terceros que no inscribieron su título referente al mismo derecho, como sucedía con las inscripciones de inmatriculación practicadas en virtud de títulos anteriores a 1863. ¿Y si se inmatricula directamente a nombre del nuevo adquirente, justificando la pertenencia del transferente con título anterior a 1909, estará comprendida, como decíamos antes, la eficacia de la inscripción de inmatriculación en el artículo 32? ¿Es también título inmatriculador en tal caso el anterior a 1909, o lo es solamente el nuevo título a nombre del adquirente? Si se inmatricula el título nuevo, tomando por antecedente el título anterior a 1909, ¿puede luego oponerse éste o aquél a cualquier otro de fecha anterior? Si se interpreta literalmente el sentido de que el título inscrito se opone y perjudica al no inscrito, puede ser que se retorciese la interpretación diciendo que inscrito sólo estaba el título nuevo y que el título anterior a 1909 no había sido inscrito, sino relacionado en la inscripción de inmatriculación. Así es, desde luego, en la manera de llevar el registro de la inmatriculación, poniendo nota al título nuevo de quedar inscrito y el viejo solamente lleva nota de haberse tenido en cuenta en la inscripción de inmatriculación. Para evitar esta sutileza será preferible inmatricular, si es posible, en virtud del título anterior a 1909, que encaja su eficacia, sin duda alguna, en el artículo 32. Desde luego, nosotros nos inclinamos a creer que, aun haciendo directamente la inmatriculación a nombre del nuevo adquirente, con su título, apoyado en el del transferente anterior a 1909, esta inscripción de inmatriculación está comprendida en el artículo 32, porque, en tal caso, los dos títulos son inmatriculadores y el título básico que justifica el derecho del enajenante, sin duda alguna, es el título anterior a 1909 y que debe producir y produce a la inscripción de inmatriculación la legitimación registral, reforzada con los efectos derivados del artículo 32, sin que le afecte la limitación del artículo 207; legitimación que es consecuencia de la legalidad del título anterior a 1909, determinada por la calificación que del mismo hace el Registrador, según previene la Orden de la

Dirección de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 1909 a este mismo objeto de inmatriculación, que dice en su número 3.^o que "dichos documentos, como todos los que se presentan para su inscripción, deben reunir los requisitos legales exigidos al tiempo de su otorgamiento, quedando, por tanto, sujetos a la calificación del Registrador, así los que justifiquen la adquisición del dominio, como los que se presenten en su caso para acreditar la transmisión del mismo".

Si el transferente no tiene título anterior a 1909, y si le tiene con fehaciencia de un año anterior a la inscripción de inmatriculación, puede servir para inmatricular a su nombre, si es escritura pública anterior a 1945 o, si fuese privado de fehaciencia anterior a 1945, elevándole a escritura pública, y también puede inmatricularse una finca a su nombre mediante documento privado, sea cual fuere su fecha, incorporándole a acta de notoriedad, según establece el penúltimo párrafo del artículo 298 del Reglamento hipotecario. Si el transferente tiene escritura pública de fecha anterior a un año de la fecha de la inscripción o documento privado con autenticidad también de un año, pueden servir para que el nuevo adquirente, mediante escritura pública, pueda inmatricular a su nombre.

Estas inscripciones de inmatriculación en las que no media escritura anterior a 1909, no surtirán efecto respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha, según previene el artículo 207 de la Ley. Después de los dos años, estas inscripciones (sin necesidad de otras derivadas de las mismas después de los dos años) surtirán efecto contra tercero y a favor de su titular, fundándose en el artículo 32 de la Ley. Esta es la interpretación que se debe dar al artículo 207, de no tener ganas de restringir la eficacia de la inscripción. Los que creen que no hay tercero protegido por la Ley Hipotecaria, sino en el caso de que se adquiera, según el artículo 34, es natural que no crean sean terceros los titulares de las inscripciones de inmatriculación, transcurridos que sean los dos años de su fecha, porque de ninguna manera encajan en los términos del artículo 34, pero si están comprendidas en el contenido genérico del artículo 32, que, como hemos expuesto y diremos luego, recoge la resultante de la fusión de elementos esenciales del sistema francés y germánico, en relación con el artículo 34. En los casos en que es preciso ampararse en la fe pública registral. Algunos tratadistas dicen que es puntal de nuestro sistema solamente el artículo 34, aunque ven que los autores de la Ley del 61 decían y que querían que

fuese puntal el artículo 23, que es de contenido más amplio y responde a la voluntariedad de la inscripción y al estímulo establecido para que se inscriba y se proteja al titular inscrito contra el que no inscribe. Sería acertado decir que sólo es tercero hipotecario el que adquiere conforme al artículo 34, si la inscripción en nuestro sistema fuese forzosa como único modo de adquirir bienes inmuebles, ya que, en tal supuesto, no habría adquisición onerosa sin inscripción, derivada de la inscripción del transferente; pero nuestra Ley Hipotecaria recogió del sistema francés la inscripción voluntaria, permitiendo, respecto a bienes inmuebles, otro modo de adquirir civil que es la tradición para el caso de que no exista inscripción. Es decir, que en la Ley Hipotecaria se establece que sea voluntario el inscribir, pero, por esto mismo, en la misma se fomenta la inscripción, protegiendo con su eficacia a los terceros que inscriban sus títulos de adquisición, declarando ineficaces los títulos sujetos a inscripción que no fueron registrados y que sean incompatibles con los inscritos.

Así, pues, volviendo a la interpretación del artículo 207, afirmamos que este artículo contiene una limitación a la eficacia de la inscripción de los títulos, establecida en el artículo 32 y en el 34; es una limitación análoga a la que establecía el segundo párrafo del artículo 23 (hoy el artículo 28), una y otra se preceptúan a favor de terceros civiles. ¿Qué terceros son éstos? Son terceros con un derecho nacido antes de la fecha de la inscripción de eficacia limitada. Son los terceros a que hacía referencia el artículo 394 de la Ley anterior a la vigente; terceros a los que la Ley hace una intimación, al aparecer la inscripción de inmatriculación, para que ejerçiten su correspondiente acción en el plazo de dos años, durante los cuales la eficacia de la inscripción de inmatriculación o de herencia está en estado de incertidumbre, en situación de "pendencia" plazo que es, más que de prescripción, de caducidad o cadencia, toda vez que la Ley fija un plazo al tercero civil de supuesto mejor derecho para que dentro del cual pueda ejercitarse victoriamente su derecho; pero pasado tal plazo, automáticamente se extingue su acción y la inscripción consolida su eficacia, consolidación que llamaremos "eficacia retroactiva" de la inscripción de inmatriculación o de herencia, y desde entonces estas inscripciones y sus derivadas perjudican a todo tercero civil, sin necesidad para ello de que haya transmisión por título oneroso después de los dos años, pues que, como decía Morell, si durante los dos años el tercero civil es tercero victorio-

so con respecto al titular inscrito, pasados los dos años, éste lo será en cuanto a aquél. Así se entendía el segundo párrafo del artículo 23 al discutirse la Ley Hipotecaria de 1909, cuando decía en el Senado el señor Alvarez Guijarro lo siguiente: "que sólo se trataba de limitar el plazo, y que si algún testamento existía posterior al inscrito, en los dos años debía salir a la superficie, no siendo de sospechar que los interesados lo dejassen dormir tanto tiempo sin reclamar su derecho". Contestaba con estas palabras al conde de Torreanaz, diciéndole que, efectivamente, en la Ley Hipotecaria se establecía una prescripción especial de acciones distinta de las del Código civil.

Esto mismo se decía en la Resolución de 13 de junio de 1874: "Que son inscribibles los títulos de herencia para que puedan perjudicar a tercero (al tercero de mejor derecho), al pasar cinco años (hoy dos) para que, transcurrido ese plazo, pueda el heredero que inscribió impedir la inscripción de otro título hereditario en favor de persona distinta (art. 32, antes 23) y que los terceros que hubiesen adquirido las fincas obtengan la debida seguridad en el dominio y posesión de ellas (art. 34).

Como indicábamos antes, la limitación del artículo 207 se establece solamente respecto de terceros civiles de mejor derecho, que deriva de título anterior a la fecha de la inmatriculación. En cuanto a terceros civiles posteriores, la eficacia de la inscripción de inmatriculación y sus derivadas, no tiene limitación y se rige por el artículo 32, perjudicando a todo titular no inscrito con derecho posterior a la inmatriculación, y también actúa el principio de fe pública registral contra títulos y causas no inscritos posteriores a la inmatriculación.

Cuando el transferente carece de título.—Si el transferente no tiene título, puede obtenerse previamente a la enajenación, información de dominio a su nombre, y una vez inscrito el testimonio del auto, se otorga la transmisión, que, si es a título oneroso, una vez inscrito éste, su titular estará protegido por el artículo 34.

Si el transferente carece de título y la finca no figura inscrita a nombre de persona alguna, si se otorga la transmisión sin que preceda la información de dominio, puede inscribirse luego la información de dominio a nombre del transferente y a continuación la transmisión, y en este caso el adquirente estará protegido por el artículo 32, o puede inmatricularse la finca directamente a nombre del adquirente, bien con información de dominio, y en tal caso mientras no haya transmisión

onerosa la inscripción es atacable por cuanto se puede acudir al juicio declarativo contra la información de dominio, bien mediante escritura pública o privada y el acta de notoriedad complementaria, y en tal caso la inscripción de inmatriculación está afecta a la limitación del artículo 207 de la Ley.

¿Podrá servir para inmatricular por sí sola una escritura pública de fecha posterior a 1945, pero autorizada antes de un año precedente al día en que se haya de practicar la inscripción de inmatriculación, como se pueden inscribir las anteriores a 1945? Segundo el artículo 205 de la Ley podrán inscribirse, sin necesidad de la previa inscripción, los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de forma fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha del título. Luego los títulos en los que no se acredite la adquisición del transferente o no se justifique con documentos complementarios de fehaciencia reglamentaria y sean aquéllos posteriores a 1945, no podrán ser títulos inmatriculadores mientras no haya transferencia del derecho de su titular, a no ser que se acompañe acta de notoriedad que acredite la adquisición del transferente o que refuerce directamente el título que se pretende inscribir, según previene el penúltimo párrafo del artículo 298 del Reglamento hipotecario.

RAZÓN DE SER DE LOS ARTÍCULOS 32, 33 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA

En el artículo 23 (hoy 32) se estableció y se establece que los títulos susceptibles de inscripción que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero, que es otro titular del mismo derecho con título inscrito. Mas con este artículo sólo, estableciendo la protección al que inscribe por virtud del principio de prioridad, recogido en la Ley de II de Brumario del año VII, en un régimen inmobiliario que permite la dualidad de modos de adquirir, podría resultar protegido un título nulo, y por esto se dice en el artículo 33 que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes; por el contrario, la inscripción dará fuerza preferente respecto de tercero a los actos y contratos que no sean nulos, por cuanto actúa como condición o modo de adquirir para dar eficacia preferida a la adquisición frente a los terceros que no inscriban. Es decir, que el artículo 32 establece un modo de adquirir de más valor que la

tradición. La adquisición contractual requiere en nuestro régimen título y modo; dos elementos que tienen que ser válidos con arreglo a las leyes para que haya adquisición; la inscripción es el modo, y el título es el acto o contrato, y, naturalmente, si éste es nulo, aunque la inscripción sea válida no existen los dos elementos que son esenciales para que haya adquisición. O sea, que si el título no adolece, como causa obligacional, de ningún vicio de nulidad, rige con plenitud el artículo 32. Pero por el hecho de ponerse en la Ley el artículo 33, como excepción a la regla general comprendida en el artículo 32, ambos oriundos del sistema francés, al estar nuestra Ley influída también por el régimen germánico, era necesario, para ser más perfecto nuestro sistema que el francés, establecer una excepción al contenido del artículo 33, que se halla en el artículo 34, apoyado en el principio de la fe pública registral, para que el adquirente, basado en el Registro, sin conocer las causas de nulidad del título del transferente y las deficiencias del derecho de éste, tenga la seguridad de que su adquisición (cuyos dos elementos referidos sean válidos), una vez inscrita, será irrestricta. Así se puede ver claro que ninguno de los tres artículos sobra en nuestro régimen de inscripción voluntaria; y que el artículo 32 es tan necesario hoy como lo fué el 23 en la Ley de 1861, toda vez que seguimos con la misma necesidad de fomentar la inscripción como entonces, y seguiremos en tanto la inscripción no sea el único modo de adquirir los bienes inmuebles.

En fin, que esto es resultado del eclecticismo de nuestro sistema, pues al no ser aprobada la base 52 del proyecto de don Claudio Antón de Luzuriaga, entonces este ilustre autor de la base, al hacer su anteproyecto de 1848, en el que la inscripción ya no era constitutiva para los contrayentes, como se preceptuaba en dicha base, sino que era sólo en cuanto a terceros, no pudo redactarlo teniendo en cuenta sólo el sistema germánico, sino que hubo de acudir también a la doctrina francesa, y para ello pudo ver el proyecto del Código civil de 1836, debido a los jurisconsultos Ayuso, Tapia y Vizmanos, que habían establecido en él un sistema hipotecario basado principalmente en la Ley del II Brumario del año VII, que establecía como principio la prioridad, teniendo en cuenta la pluridad y la especialidad. Este anteproyecto de Luzuriaga pasó casi íntegro al proyecto del Código civil de 1851, formando los títulos XIX y XX del libro III, cuyos preceptos hipotecarios esenciales estaban en los artículos 1.858, 1859 y

1.860, que pasaron luego a la Ley Hipotecaria a los artículos 23, 24, 25, 26 y 27.

Se ve en este ciclo evolutivo de nuestro régimen hipotecario que el legislador quiso que la inscripción fuese voluntaria y a la vez quiso que la eficacia de la inscripción fuese tal para cada titular, que le estimulase enérgicamente su interés; pero este interés no podría estimularse directamente sólo con proteger al que adquiere con arreglo al artículo 34, que sería suficiente si prevaleciese dicha base 52 de Luriaga, pero al permitirse adquisiciones de bienes fuera de los moldes del Registro, puede decirse que la mayoría de los adquirentes, aun a título oneroso y que inscriben sus títulos, no encajan exactamente, como hemos visto, en el artículo 34, pero sí en el artículo 32. Por esto mismo los autores de la Ley del 61 daban más importancia al artículo 23 y decían que éste era toda la Ley, y sus comentaristas ven la fuerza de la inscripción, tanto como en la fe pública registral, en el principio de prioridad, publicando por medio de la inscripción quién es el dueño y así publicando a la sociedad quién adquirió, *erga omnes*. Así la eficacia de la inscripción puede estimular a todos los titulares.

Es extraño qué, a pesar de la importancia que tiene y que debe tener el principio de prioridad o de luz pública registral, en nuestro régimen de inscripción voluntaria, donde hay un modo de adquirir relativo y un modo de adquirir hipotecario de efectos absolutos, no se haya hecho de él la menor mención en la exposición de motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, y que en la misma se haya silenciado el artículo 23, que luego fué restablecido en la Ley articulada en el artículo 32. Creo fué debido a que sus autores estaban un tanto deslumbrados por el léxico germánico, que prodiga el principio de fe pública registral y el de legitimación, lo cual es natural en su régimen de inscripción constitutiva. Parece como si creyesen que el principio de prioridad está algo anticuado, por ser el que tomaron por básico los autores de la Ley del 61, exponiendo éstos y tratando con parquedad el principio de fe pública registral, pues si estimaron anticuado tal principio no se dieron cuenta de que estamos en la misma situación que en 1861, con la necesidad de fomentar la inscripción con el estímulo de su eficacia, mientras sea voluntaria, y hubieran contribuido a ello si en la nueva Ley especificasen el precepto genérico del artículo 32, reforzando expresamente la eficacia de la inscripción con el principio de prioridad, tal como quisieron los autores de la Ley

del 61, aunque luego los interpretadores de la misma hayan procurado desvirtuar aquella voluntad del legislador, que claramente se observa estaba influenciado por el sistema francés, según se deduce de la exposición de motivos y de los comentarios de Gómez de la Serna sobre los artículos 17, 23, 24, 25, 26, 28 y 33, que exponen y recalcan los efectos de la inscripción por vía negativa como en las legislaciones que siguen el sistema francés, que esgrimen la fuerza de la inscripción por la *oponibilidad*, sentando el principio de prioridad, que faculta oponer el título inscrito al no inscrito. Y esto en nuestro sistema resultará todavía más eficaz con los otros principios de especialidad, publicidad, trácto sucesivo, legalidad, etc., etc.

De modo que creemos y decimos una vez más que está muy claro el sentido de nuestra legislación hipotecaria (respetada por el Código civil) sobre el valor de la inscripción; tanto en la Ley de 1861 como en las posteriores, que vinieron limando los casuismos y las vacilaciones de aquélla sobre la sustantividad de la inscripción, y resulta patente que habiendo inscripción no hace falta tradición, que es una institución arcaica que tuvo su origen y razón de ser cuando no había otros medios de publicidad en las transmisiones de la propiedad, y tan inútil y ficticia se consideró al cabo de muchos siglos, que el Código civil francés, en moda en el siglo pasado, prescindió de ella, y nosotros, que la teníamos en nuestro Derecho anterior al Código civil como único modo de adquirir en las transmisiones contractuales, podemos conocer cuál fué su eficacia como medio de publicidad con la lectura del preámbulo del Decreto de 8 de agosto de 1855, que ordenaba la rápida elaboración de un proyecto de Ley Hipotecaria que pusiera remedio a aquel estado caótico de la situación jurídica de la propiedad inmueble.

Decimos que está claro el sentido de nuestra legislación hipotecaria sobre el valor de la inscripción y afirmamos que el Código civil respetó este sentido de la Ley del 61, y expresamente subordina a ésta todas sus disposiciones contenidas en el título IV del libro IV, referente a compraventa, según preceptúa el artículo 1.537 del Código, como habíamos indicado antes. Y ante unos preceptos tan claros ¿por qué se hacen interpretaciones y se mantienen criterios tan alambicados sobre la tradición y sobre el papel de la inscripción, considerando la tradición como algo necesario y sagrado, precisamente cuando la inmensa mayoría de los buenos civilistas nacionales y extranjeros reco-

nocen su ineeficacia y abogan por la publicidad de los sistemas modernos de régimen inmobiliario? Hay quien sigue razonando, queriendo o sin querer, como si estuviésemos en el régimen de las Partidas, sin darse cuenta de que nosotros tenemos hoy dos regímenes de la propiedad inmobiliaria: uno, de derechos relativos, que regula el Código civil, y otro, de derechos absolutos, *erga omnes*, que regula la Ley Hipotecaria. Los derechos relativos los regula el Código civil en el supuesto de que no sean inscritos, ya que la inscripción es potestativa, pero están siempre afectos a la condición resolutoria que pende por razón de la protección del tercero protegido por la Ley Hipotecaria. Y así decía, con su visión certera, aquel ilustre civilista don Augusto Comas, al tratar del valor de la inscripción como modo de adquirir, absoluto, en seguridad del tercero: "En este sentido el derecho de la propiedad a favor de la persona que tenga legalmente la condición de tercero, es tan absoluto en sus límites y tan excluyente en sus efectos como corresponde según el título a que debe su origen. Por esto decía que el valor relativo del derecho de propiedad, o sea, los efectos de este derecho con relación a tercero, no envuelven un carácter limitativo en el derecho de propiedad, sino sólo una condición, mediante la cual se muestra el derecho del tercero como excluyente de cualquier otro idéntico sobre la misma cosa establecido." "El derecho del tercero de esta suerte reviste, por consiguiente, un valor absoluto, siendo corolario obligado de esta condición la desaparición o el término de cualquier otro desarrollo de propiedad que le sea opuesto." Quería decir el señor Comas que el derecho relativo del titular no inscrito va siempre afecto a condición resolutoria, que se cumplirá al surgir un tercero protegido por la Ley Hipotecaria, que le confiere un derecho excluyente de todo otro que le sea opuesto sobre el mismo inmueble, tanto por el principio de prioridad como por la fe pública registral. O sea que, para el tercero, su único modo de adquirir la propiedad inmueble es la inscripción y por ello ésta resulta para él constitutiva, y en este sentido, y así entendido, el valor de la inscripción, huelgan todas las sutilezas que se esgrimen al interpretar el artículo 1.473 del Código, diciendo si tiene o no el transferente en la segunda venta, facultad dispositiva, en el caso de que en la primera haya mediado la tradición real o ficta, como se dice en la sentencia del Supremo de 1.^o de junio de 1948, cuando lo que sucede realmente en el caso de doble venta y se inscriba una o en caso de títulos opuestos sobre un mismo derecho, es que se ponen en

juego dos modos de adquirir, uno relativo y otro absoluto, estando éste en grado preferente para la adquisición. Si hay colisión, la Ley Hipotecaria y el Código civil establecen categóricamente que la transmisión inscrita excluye a la no inscrita, y no hay necesidad de mirar si en el otorgamiento del título que se inscribió hubo efecto traslacional u obligacional, porque para la adquisición basta que sea título, ya que el modo lo es la inscripción; y así los Registradores no tenemos por qué estudiar si el título estuvo o no acompañado de la tradición, porque, además de que no hay precepto que lo exija, sabemos que el artículo 1.462 del Código está subordinado al 1.537 y que la Ley Hipotecaria nos enseña que, si una venta legal se inscribe, produce efectos contra todos, aun contra otro comprador al cual le haya entregado el mismo transferente la finca (" si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no con respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción"). En fin, que en estos casos de títulos incompatibles no es que haya ni que deje de haber efecto traslacional para el segundo titular e para el titular que inscriba, sino que, lo que sucede es que hay la pena de nulidad o de ineficacia para el que no inscribió, y el premio de la eficacia para el que inscribe; la inscripción hizo cumplir la condición resolutoria a que está afecta la adquisición no inscrita.

MANUEL VILLARES PICÓ
Registrador de la Propiedad

El principio legitimador y la hipoteca

S U M A R I O

1. Los principios hipotecarios como inducción científica.
2. Significación etimológica y formación del concepto jurídico del principio legitimador.
3. Aparición histórica y preceptos legales vigentes que desenvuelven el principio legitimador.
4. El principio legitimador y el Código civil.
5. El artículo 1.875 del Código civil: a) En la «mens legis»; y b) En el lenguaje y la Filosofía.
6. Conclusión.

1. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS COMO INDUCCION CIENTIFICA

Es mi propósito, bajo esta rúbrica, salir de aquel remanso hipotecario que inicióse con el Código civil, y en el cual se ha mecido tranquilamente la teoría constitutiva de la inscripción de hipoteca, sin el aguijón estimulante de un pensamiento que, con fines de superación registral, haya meditado sobre si aquel valor que la doctrina atribuye a la inscripción de hipoteca, no fuera exclusivo de la hipoteca, sino que perteneciera a todas las inscripciones de derechos reales, porque aquel valor, en esencia, bien pudiera ser el legitimador, desconocido de los legisladores del Código, época en que aún no había sido definido ni perfilado por la Ciencia del Derecho.

El principio de legitimación, según se afirma por los autores y exposición de motivos de la Ley de 1944, es una de las últimas inducciones de la Ciencia jurídica; porque, en efecto, los principios hipotecarios no son bases o normas generales previamente definidas y aceptadas, y sobre las cuales el legislador ha de ir desenvolviendo sus pensamientos; ni tampoco son, como hemos dicho en otra ocasión, máximas jurídicas de categoría filosófica o valor universal. Los principios han de ser inducidos científicamente de las

orientaciones impuestas al legislador y reflejadas en los artículos de las leyes. Así como las bases son un punto de partida para la obra legislativa, los principios son una sustancia o esencia que sirve para discurrir sobre la obra legislativa; aquéllas son el antecedente o verdad *a priori*, y éstos son verdades *a posteriori* o por inducción. Esto no quiere decir que los principios, en ocasiones, dejen de tener también la función y carácter de bases. Así ocurrirá a medida que las legislaciones avancen y las leyes se reformen, ya que lo que se indujo de la ley anterior y fué aceptado por la posterior, tendrá el doble carácter de base para el legislador y de principio para el jurisperito. Por eso la primitiva Ley Hipotecaria pudo hablar de los principios de publicidad y especialidad proclamados por las leyes germánicas que le sirvieron de antecedente, pero no pudo hablar de los otros principios que con posterioridad ha ido induciendo la Ciencia. El último de estos principios es el legitimador.

2. SIGNIFICACION ETIMOLOGICA Y FORMACION DEL CONCEPTO JURIDICO DEL PRINCIPIO LEGITIMADOR

Legitimar es habilitar o dar aptitud a algo para un fin determinado. Legítimo es todo aquello que se supone perfecto o completo, o con los requisitos necesarios para producir un determinado efecto. Es el *aliquid aptum reddere* o *legitimum reddere*. Hace poco, la prensa madrileña, con ocasión de que las relaciones diplomáticas de España con las demás naciones se van normalizando, decía que la O. N. U. debiera *legitimar* esa realidad (1).

Etimológicamente viene de *lex*; de aquí que en un sentido jurídico amplio signifique todo aquello que es o está conforme a las leyes. En tal sentido emplearon la palabra los clásicos latinos: el *legitima aetas* expresa la edad prescrita por las leyes; *legitimum poema* quiere decir poema escrito conforme a las reglas del arte; los *legitimi dies* son los términos o plazos legales; la *legitimae poena* es la pena prevista por la ley.

Pero dentro de lo jurídico, la legitimación tiene una significación específica de sentido hipotecario o registral, según la cual la legitimación es una investidura y una presunción de existencia, pertenencia y efectividad jurídicas.

(1) ABC de 26 de marzo de 1949.

Tanto en nuestro Derecho histórico como en el Código civil, la posesión de los bienes muebles daba y da lugar a la presunción de propiedad, de donde se formó la doctrina de que la posesión adquirida de buena fe equivale al título. También se presumía y se presume que son hijos legítimos los que, no pudiendo probarlo documentalmente, se hallen en posesión constante del estado de hijo legítimo, presunción que sólo puede ser destruída por la justificación plena de lo contrario (2). Estas presunciones legales de que es dueño de una cosa mueble quien la posee, o de ser hijo legítimo quien tal reputación posea, y su consiguiente protección procesal en tanto no exista contradicción judicial, vienen a constituir la esencia del concepto jurídico hipotecario de la legitimación. Las escrituras y documentos públicos, en cuanto no impliquen constitución del derecho, sino la formalización o reconocimiento y prueba del ya creado, tienen una fusión legitimadora, consistente en la presunción de realidad jurídica y en la exoneración de la prueba (3); las Partidas, por esta razón, admitieron la prenda o empeño en las escrituras relativas a bienes inmuebles como una modalidad de la hipoteca (4). Concretamente respecto a bienes inmuebles, el Derecho germánico, al contrario que el Derecho romano, que exigía la usucapión, tenía establecida la presunción de que quien se hallaba en posesión de un inmueble, comportándose como dueño, se le reputaba o legitimaba como propietario y se le descargaba de la prueba (*la gewere*).

Cuando comienzan a existir los sistemas registrales, no todos ellos tuvieron una función legitimadora. Si el sistema se limitaba a la simple declaración o información de lo creado, sin alterar su valor o trascendencia civil, como ocurrió con las antiguas Contadurías, que sólo servían a fines de oponibilidad, o como ocurre con nuestro actual Registro General de últimas voluntades, no puede decirse que en tales sistemas de registro exista una función legitimadora. En ellos no hay más verdad que la derivada del acto o contrato registrado.

Tampoco puede haber función legitimadora en aquellos otros

(2) Artículos 448 y 116 del C. c., y sentencia del T. S. de 5 de enero de 1900.

(3) Artículo 1.218 en relación con el 1.249.

(4) P. 5.^a, t. XIII, ley 14.

sistemas que, como los antiguos de Lubeck, Mecklemburgo, Sajonia, etc., tenían establecido que los derechos reales sólo nacían y existían por la inscripción. En estos sistemas no había un derecho preexistente que proteger o presumir existente, puesto que sólo sus libros eran los creadores del derecho y la única verdad jurídica.

El principio legitimador sólo tiene razón de ser en aquellos sistemas desenvueltos sobre la base de una legislación creadora extrarregional. Requiere una dualidad legislativa que haga posible una doble titularidad, o, mejor dicho, una dispar situación entre la realidad jurídica y la proclamada por los libros del Registro.

Dentro de este tercer grupo de sistemas se encuentran los desenvueltos por los Códigos alemán y suizo y por nuestra legislación hipotecaria. El sistema admite modalidades presuntivas que pueden ir desde la rectificación registral al mantenimiento absoluto del contenido de sus libros; pero en todos ellos se sienta el principio de que la titularidad registral se presume que es la única verdad jurídica en tanto no acontezcan otras cosas previstas en sus disposiciones.

El sistema español fué creado sobre la base del nacimiento extrarregional de los derechos reales, y para el supuesto de discordancia entre realidad y Registro tiene establecido, según los casos, a favor del Registro la presunción *juris tantum* o la *jure et de jure*. Si la presunción afecta sólo a las partes contratantes, cabe la rectificación registral, y el Registro, en tanto no sea contradicho, legitima el acto o contrato inscrito, proclamando que el derecho existe, que pertenece a su titular y qué éste será mantenido en tal derecho sin necesidad de prueba alguna. Pero si la presunción afecta a terceros hipotecarios, aumenta el rango jurídico de la presunción, que pasa a ser *jure et de jure*, no admite rectificación en perjuicio del tercero y, en vez de constituir tal presunción el llamado principio legitimador, se convierte en el llamado de la fe pública registral (5).

De aquí que las características fundamentales del principio legitimador sean las siguientes:

1.^a Preexistencia del derecho o nacimiento extrarregional; o

(5) La exposición de motivos de la Ley de 1944, y los artículos 313 de la Ley de 1946, y 586 del Reglamento, reconocen la existencia de dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. La clasificación es exacta, pero a nuestro juicio no lo es el porcentaje que a una y otra asigna la exposi-

lo que es lo mismo: acto o contrato con causa y objeto, y la consiguiente tradición, si fuere necesaria.

2.^a Operación registral legitimadora, practicada después de la calificación o principio de legalidad.

3.^a Presunción *juris tantum* de existencia y pertenencia del derecho a favor del titular inscrito, o posibilidad rectificadora del contenido del Registro.

4.^a Protección procesal mientras la presunción no se contradiga (6), y cuya protección consiste en la exoneración de la carga de la prueba.

5.^a La legitimación actúa acusadamente respecto de las partes contratantes, pues aunque afecta a terceros, para éstos es de más trascendencia el de la *fides publica*; y

6.^a La legitimación, como la fe pública registral, sólo alcanza a lo estrictamente jurídico con trascendencia real, y esto tanto en lo que beneficie como en lo que perjudique al titular inscrito, porque las cuestiones de hecho, circunstancias personales y ejercicios de derechos civiles no constituyen materia propia del Derecho registral.

3. APARICION HISTORICA Y PRECEPTOS LEGALES VIGENTES QUE DESENVUELVEN EL PRINCIPIO LEGITIMADOR

La exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, en sus párrafos 25 y 26, nos dice que «el principio de legitimación, de tanta trascendencia en el régimen hipotecario, no fué proclamado por nuestros antiguos legisladores. Estos regularon en forma vaga, incoherente y casuística algunos de sus efectos. Columbraron la necesidad del principio, pero no acertaron a desarrollarlo con

ción de motivos. Probablemente, una gran mayoría del suelo español se halla inmatriculado, y, por tanto, ese 60 por 100 habría que atribuirlo a las titularidades o propietarios, aunque también sabemos, los que hemos consagrado gran parte de nuestra vida a la profesión hipotecaria, que bastantes propiedades tienen interrumpido el trácto, más que por culpa de Registradores y Notarios, por la incomprensible tolerancia que se ha dispensado siempre al curanderismo jurídico.

(6) No es necesaria la destrucción o rectificación del asiento, sino que basta que sea contradicho en forma, para que la legitimación quede en suspenso, según el párrafo 1.^o del artículo 41 de la Ley, y la mayoría de los tratadistas.

rigor científico... El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Unicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria, sin repercusión procesal».

Evidentemente el legislador del año 1861, aunque presentía la existencia del principio, no llegó a regularlo. La obsesión del tercero hipotecario les hacía ver que sin la inscripción los derechos reales no tenían efectividad *erga omnes*, pero no veían la función que tal asiento había de producir respecto de las partes contratantes. La idea de la legitimación la presentían cuando en la exposición de motivos decían que la ley Hipotecaria modificaba disposiciones del Derecho civil, del mercantil y del procesal (7); o que el título solemne de dueño lo confiere la inscripción (8); o que teniendo la Ley por objeto *asegurar derechos*, requiere al efecto formalidades rigurosas, cuya omisión puede dar ocasión a la pena de nulidad, y por tanto a la pérdida de un derecho civil. Pero no supieron darle forma material ni procesal, pues ni los asientos del Registro ni las certificaciones que expedían los Registradores gozaron de presunción alguna, sino que estaban sometidas al régimen común de valoración como elementos de prueba.

Sin embargo, algunos autores de la época parece que sí atisbaron los efectos del principio. Hermenegildo María Ruiz decía que la inscripción es el medio de *asegurar los derechos reales contra la usurpación*; y Telesforo Gómez decía que la «ley ha querido dar toda la validez posible contra terceros al derecho inscrito desde el momento de la presentación en el Registro, y ha tratado de destruir todos los inconvenientes, llegando hasta el extremo de *asegurar la legitimidad del acto* por medio de la responsabilidad del Registrador» (9).

La reforma hipotecaria de 1909 fué la que por primera vez admite el principio con independencia del de publicidad; pero estuvo falto de claridad y de fortuna en el desenvolvimiento ma-

(7) Párrafo 42.

(8) Párrafo 16 del epígrafe: Extensión de la Hipoteca.

(9) R. G. L. y J., año 1860.

terial contenido en el artículo 41, ya que, lejos de legitimar el derecho inscrito, lo que hizo fué legitimar la posesión o ejercicio del derecho; en cambio, el aspecto procesal lo expresó con verdadero sentido al ordenar en el artículo 24 que no podrían ejercitarse acciones contradictorias del dominio o derechos reales sin que previamente o a la vez se pidiera la nulidad o cancelación de los asientos. Más tarde, el reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 perfiló el aspecto sustantivo del principio en su artículo 51, al preceptuar que los asientos quedaban bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia.

El Real decreto de 13 de junio de 1927, por el que se daba nueva redacción al artículo 41 de la Ley de 1909, redondeaba el aspecto material del principio. En su preámbulo se decía que «la inscripción, como *investidura solemne*, declara frente a todos quién se halla *legitimado* como propietario o titular»; y que «si está inscrito en el Registro un derecho a favor de cualquier persona, se presume que le pertenece y que ha engendrado en lo procedente la situación posesoria respectiva».

Pero donde se ha perfilado el principio es en la reforma de 1944. Su exposición de motivos dice que «nuestro Registro inmobiliario... ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los *titulares* aquellas ventajas de derecho material y procesal que lógicamente cabe esperar de una situación *legitimada* y protegida por la fe del Registro (10); que «el Registro se presumirá *exacto e íntegro*, mientras judicialmente no se declare lo contrario» (11); que igualmente «se presume que el derecho inscrito *existe y corresponde al titular*»; y que se trata de una presunción *juris tantum* que alcanza a todos los supuestos hipotecarios.

Entre los autores fué D. Jerónimo quien con su extraordinario talento enfocó la doctrina de este principio. Advirtió que un asiento registral no podía equipararse a una sentencia judicial, y por tanto no podía producir los efectos de cosa juzgada; pero también observó e indujo de los preceptos legales que se aproximaba a tales efectos mientras no hubiera contradicción del asiento. El maestro

(10) Párrafo 9.^º

(11) Este concepto ha sido ampliado por el artículo 41 de la Ley, como se dice en la nota 6.

deriva el principio de la *gewere* germánica y acepta la presunción *juris tantum* de existencia y pertenencia como suficiente para la vida práctica, y además aclara que el ámbito de aplicación del principio no sobrepasa de las partes contratantes, ya que nos dice que esa presunción *juris tantum* o legitimación, para que «se desenvuelva normalmente mientras no haya *terceros* interesados, basta presuponer que la inscripción corresponde a la realidad jurídica y acredita *prima facie* que el derecho inscrito existe y que el cancelado se ha extinguido» (12).

La vigente ley Hipotecaria desenvuelve este principio en el tercer párrafo del artículo 1.º, artículos 38 y 41, y parte final del párrafo primero del artículo 313. El Reglamento, a más de los artículos complementarios de los de la Ley, defiende el principio en el artículo 586, al preceptuar que los Tribunales no pueden admitir documentos no registrados cuando les conste que la finca o derecho a que se refieran hubieren tenido acceso al Registro y que debe devolver los indebidamente admitidos.

4. EL PRINCIPIO LEGITIMADOR Y EL CODIGO CIVIL

Tanto los tratadistas como el legislador están de acuerdo en que el principio que nos ocupa tuvo su aparición legal con la reforma hipotecaria de 1909; pero ello no quiere decir que su necesidad no fuera sentida y tal vez captada legalmente, aunque sin la fortuna de una acertada expresión. Bajo una estimación subjetiva, siempre nos produjo el artículo 1.875 del Código civil la impresión de un esbozo mal expuesto del principio que nos ocupa, por lo que en diferentes ocasiones hemos exteriorizado esta impresión subjetiva, aun a trueque de que pudiera ser apreciada como una rebeldía ingloriosa.

El sistema español, elaborado sobre la filosófica distinción de partes y terceros, dejó respecto de éstos bien definidas las consecuencias jurídicas de la inscripción. La *fides* pública o presunción *jure et de jure* era el milagro del sistema respecto de los terceros; pero tal presunción no cabía aplicarla a las partes contratantes, cuyas relaciones se regían por Derecho común. Sin embargo, a raíz de la solución dada por el Código a la doble venta, se llegó

(12) Tomo I de las obras de Don Jerónimo, año 1948, pág. 377.

a comprender que la inscripción tenía un valor específico para las partes, porque si el segundo comprador y primer inscribiente resultaba protegido en méritos del sistema respecto del primer comprador, con relación al cual era un tercero hipotecario, también quedaba protegido respecto del vendedor, que ya no podía disponer nuevamente de la cosa vendida. Se debió apreciar claramente que aunque la Ley no lo dijera, la inscripción daba al derecho creado extraregistralmente un valor especial respecto a las mismas partes, valor que no se supo definir ni encuadrar jurídicamente, pero sí apreciarlo en su aspecto útil o de eficacia *inter-partes*. Aplicada la enseñanza al contrato de hipoteca, se vió que el acreedor inscrito quedaba jurídicamente fortalecido respecto de su deudor o hipotecante; pero al querer expresar el valor de la inscripción respecto de las partes no se halló la palabra adecuada, y se designó por los efectos prácticos que producía, y que no eran otros que los de hacer *eficaz* y verdaderamente *valedero o válido* el contrato de hipoteca.

Esta suposición parece confirmarse por el espíritu del Código civil y por la enseñanza lexicográfica de Zaragüeta.

5. EL ARTICULO 1.875 DEL CODIGO CIVIL: A) EN LA «MENS LEGIS», Y B) EN EL LENGUAJE Y LA FILOSOFIA

a) La doctrina científica rechaza la *mens legislatoris* para aceptar la *mens legis*. Según aquélla, la finalidad perseguida con la exigencia de la inscripción para la validez de la hipoteca parece ser que fué la de convertir la espiritualidad del Derecho en algo tangible, materializado y al alcance de todo el mundo, y no la de establecer un modo de adquirir. Seguramente los motivos que determinaron aquella finalidad fueron, como en el antiguo Derecho y en los temores de Permanyer, evitar los frecuentes estelionatos. Pero el tiempo ha venido a demostrar que la declaración constitutiva de la inscripción de hipoteca, más que revalorizar los efectos de la ley Hipotecaria, lo que ha conseguido es que desaparezca una figura delictiva que aún subsiste, como muestra de un pasado, en la letra de nuestro vigente Código penal.

¿Pero cuál fué la *mens legis* o pensamiento del Código civil? No pudo ser la reforma del sistema registral inmobiliario estable-

cido por la Ley de 1861. La transformación del valor confirmatorio o convalidante de la inscripción por el valor constitutivo equivale a una reforma del sistema, y no pudo ser ésta la finalidad del Código civil. Lo corrobora el mismo Código en el título VIII del libro II especialmente y además en diferentes artículos (13). El 608 dice que para todo lo relativo a títulos sujetos a inscripción y al «*valor de los asientos de sus libros*» se estará a lo dispuesto en la ley Hipotecaria. La vigente en la época de la publicación del Código civil era la de 1869, que si bien no contenía ningún precepto respecto a la legitimación por la inscripción, tampoco dejaba de haber asignado a los asientos registrales un valor institucional independiente del valor derivado de la actuación del funcionario y de la omisión de determinadas circunstancias; y a nuestro modo de ver, ese *valor de los asientos* a que alude el Código civil no puede ser otro que el institucional o valor puro de todo asiento legal, que no afectaba para nada a la validez de los contratos.

De aquí que, según la *mens legis*, la finalidad del Código fué robustecer el sistema proclamando la eficacia de la inscripción respecto a las partes contratantes. La reforma, en su aspecto útil, no fué otra cosa que advertir al acreedor hipotecario: tu contrato de poco puede valerte respecto de tu deudor si no acudes al Registro.

b) *Explicación del sentido léxicográfico*.—El lenguaje es el vínculo fundamental de la convivencia humana y el medio de expresión de su Derecho, y es lógico que a él se acuda para la averiguación del verdadero valor o sentido de las palabras de que se vale. A este propósito, el catedrático de la Universidad de Madrid y secretario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas D. Juan Zaragüeta nos ha orientado eficazmente en el camino a seguir con su libro *El lenguaje y la filosofía* (14).

Para la mejor exposición de la doctrina de Zaragüeta, comentamos por recordar que toda palabra es susceptible de tener tres significaciones: una, conceptual o ideológica; otra, valorativa o axiológica, y otra, de sentido figurado. Con la primera se suele expresar realidades; con la segunda, valores, que ocasionan el llamado lenguaje estimativo, y con la tercera se suele expresar reali-

(13) Los artículos 1.473, 1.537 y 1.880.

(14) Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Luis Vives, de Filosofía. Madrid, 1945.

dades que tienen su nombre propio, pero no por él, sino por el correspondiente a otras realidades que le son semejantes por contingüedad o parecido, palabras éstas que determinan las llamadas expresiones metafóricas.

Ocurre a veces que en una misma palabra coexisten las tres significaciones dichas, y ello exige que el lector sepa valorar la palabra en su justo sentido. Zaragüeta advierte en el prólogo de su libro que «calcar rigurosamente el pensamiento sobre el lenguaje es exponerse a las mayores confusiones de concepto y errores de juicio». «Nada más falso—añade—, en efecto, que suponer tras de cada forma verbal una idea o afirmación clara y distinta; o, por el contrario, que toda claridad y distinción del pensamiento se refleje en su correspondiente fórmula verbal.» Nos aclara además que las palabras significativas de *realidades* o de *ideas* son propias de «la Ontología y disciplinas afines — Cosmología y Psicología — que integran la filosofía llamada corrientemente especulativa», en tanto que las palabras expresivas de *valores* o lenguaje de estimación sirven «a las disciplinas filosóficas de tipo normativo — como la Ética, Estética y el Derecho —, sin dejar de tener su aplicación a las de carácter positivo y científico».

Dentro de este lenguaje estimativo existen palabras relativas a sentidos de *puro valor*, o significativas de valores puros, que son aquellas en cuya significación no entran referencias a realidades determinadas o ya conocidas, y palabras de *significaciones mixtas*, que son combinaciones de realidades y valores puros, bajo las formas de lo que Zaragüeta llama *valores realizados* y *realidades valoradas*.

Son palabras alusivas a *valores realizados* aquellas con las que expresamos seres o cosas por la función que desempeñan. Por ejemplo: abogado viene de abogar, que es la función de acusar y defender; de aquí que resulte mal aplicada la palabra abogado al licenciado en Derecho que no ejerce o no aboga. La función de escribir periódicos hace al periodista; por eso no son periodistas los que, consagrando sus vidas al periódico, no hacen el oficio de escribir. Al *tren rápido* se le llama así por la velocidad, como al *mercancías* porque sólo transporta géneros del mercado.

Palabras relativas a *realidades valoradas* son aquellas con las que se expresan valores encarnados o intrínsecos en una realidad.

y cuyas palabras suelen derivar del de la realidad misma. Ejemplos: «arte y artilugio, artista y artesano, son palabras valorativas del artificio humano; como las de *nobleza* y *villanía* lo son de una categoría social; y las de *letrado* y *analfabeto* expresan valores de cultura, etc.».

Sin duda, las palabras expresivas de realidades valoradas son las que principalmente nutren un léxico. Zaragüeta agrupa el vocabulario de tales expresiones en una jerarquía de realidades que, comenzando por un grupo relativo a sentidos mecánicos, se adentra en un orden mental y termina en el social y jurídico. Y nos dice así: «Dentro de lo social se señala como estrictamente estimativo el orden jurídico, que se constituye ante todo con la jerarquía política, toda ella saturada de expresiones de valoración. Así, la *aristocracia* es el gobierno de los mejores, y la *tiranía* y el *despotismo*, que inicialmente sólo significaron el hecho de la concentración de poderes en una persona, han venido a denominar el mal uso de los mismos, como ha sucedido con la *democracia*, cuando degenera en *demagogia*. Obra de la autoridad política es el *Derecho*, basado en la Ley —pública o privada: privilegio—, de inviolable cumplimiento siempre que sea *legal* en su tramitación y *legítima* en su mandato (15).

Aplicando esta teoría axiológica de Zaragüeta a la palabra jurídica *hipoteca*, tendríamos:

La palabra hipoteca será expresiva de *realidades puras* si se emplea en una de las tres significaciones conceptuales u ontológicas del *Digesto* y de la *Instituta*, de Justiniano, recogidas en nuestro Código civil, por las que se da a conocer: un contrato, un derecho real y una cosa gravada (16).

Será expresiva de *valores puros* cuando signifique el estricto valor de cada una de las tres realidades antes dichas. Así, para el contrato, el vínculo de las voluntades; para el derecho real, el *jus in re aliena*; y respecto de la cosa, un valor económico.

Se referirá a *valores realizados* cuando se emplee para expresar

(15) Obra citada, pág. 195.

(16) D., L. 1.^a t. XIV, y párrafo 2.^o; L. 5.^a, t. VI, libro XIII, para contrato; D., ts. IV y VI, libro XX, como derecho real; *Instituta*, párrafo 7.^o, t. VI, libro 4.^o, como cosa. Artículo 1.862 del C. c., como cosa; 1.857, como contrato, y 1.860, como derecho real.

la función que realiza. Para el contrato, el derecho real y la cosa, significará garantía.

Y por último, será significativa de *realidades valoradas* cuando con ella se quiera dar a conocer la estimación jurídica, o mejor dicho, la valoración de la Ley en sus tres significaciones conceptuales. Así, el contrato de hipoteca ha escapado a la concreción valorativa, porque el Derecho positivo español le ha negado los efectos que históricamente producía, sin asignarle ninguno específico. El derecho real sólo se estima que nace o se le valora como tal cuando la voluntad, unilateralmente expresada o concertada vincularmente, se inscribe en el Registro de la Propiedad. Y la cosa hipotecada, jurídicamente es una finca o un derecho gravado, una cosa con disminución de valor: el *jus distrahendi*.

Pero Zaragüeta vuelve a repetir que «tanto en el dominio psicológico individual como en el social existe una serie de palabras sobre las cuales — advierte — debemos llamar muy especialmente la atención, porque hay en ellas tal interferencia de los dos sentidos capitales, el de realidad y el de valor, que el distinguirlos requiere singular cuidado, pero cuidado que podrá dar por bien empleado quien aspire a llevar a las más altas cumbres el sentido crítico, cuyo primer postulado es esta distinción exclusiva de la vida mental: no en balde es esta una *realidad valorante*, además de valorable y valorador» (17).

Y para facilitarnos el camino en este campo discriminatorio del lenguaje hace ver que el individuo, frente a cualquier objeto moral o real, desarrolla una doble actividad mental: una, la de *aprehensión conceptual*, y otra, la de adhesión, mediante juicios que unas veces afirman la realidad y otras su valor. Si los juicios que al valor se refieren implican solamente el hecho de formar juicio, nos hallamos frente a lo que Zaragüeta llama *hechos de valoración*; y si, por el contrario, con ellos se da a conocer la estimación efectuada, nos hallamos frente a *valoraciones de hechos*. Así, por ejemplo: la frase «leí el libro de X» es la expresión de un hecho valorable; en cambio, si digo «el libro de X desorientará a la juventud», expreso una valoración del libro.

Zaragüeta sigue explicando que «de estos dos aspectos de rea-

(17) Obra citada, pág. 195.

lidades mentales — el subjetivo, por el que se ofrecen como hechos de valoración, y el objetivo, por el que se definen como valoraciones de hechos — el primero constituye el tema de las ciencias psicológicas y sociológicas, en tanto que el segundo es el propio de las disciplinas normativas — Moral, Derecho, Estética, Religión — y aun de las positivas, como la Ciencia, en cuanto implica el valor de verdad» (18).

Volviendo a aplicar esta teoría a la hipoteca, como figura jurídica, forzosamente habremos de hallarnos en presencia de un *hecho de valoración*, que por la estimación legal ha de quedar convertido en la *valoración de un hecho*. ¿Pero cuál es o dónde está ese hecho de valoración en el campo de lo jurídico?

Si, como dice Zaragiüeta, los hechos de valoración entran de lleno en el campo de lo psicológico, lo anímico o impulsor de la voluntad, y del campo de lo sociológico, que es el relativo a la sociabilidad o convivencia humana, el hecho de valoración o valorable no puede ser otro que el realizado por la voluntad del sujeto de derecho, ya unilateral o contractualmente. De aquí que axiológicamente la palabra *hipoteca*, en cuanto hecho de valoración jurídica, es el contrato de hipoteca. Pero ahora bien: tanto el Código civil como la ley Hipotecaria han estimado que tal hecho de valoración por sí solo puede no alcanzar su eficacia o validez jurídica si no va seguida de la inscripción registral.

He aquí cómo lexicográfica y axiológicamente la hipoteca se hace o se constituye, como los demás derechos reales en países de inspiración romana, por la voluntad unilateral o concertada. En su consecuencia, desde este punto de vista, tanto el artículo 1.875 del Código civil como los de las leyes que repitan el tituti, en una interpretación lexicográfica, significan que la hipoteca se constituye por la voluntad del dueño, pero que los efectos jurídicos quedan diferidos por estimación legal hasta el momento de la legitimación registral.

6. CONCLUSION

Si el principio legitimador tiene las características que le hemos atribuído, no puede regir respecto de la hipoteca en el con-

(18) Obra citada, pág. 197.

cepto que la doctrina y la jurisprudencia infieren del artículo 1.875 del Código civil; y si el principio rige para tal hipoteca, es porque ella nace extraregistralmente.

No sólo basándonos en la sinonimia y equivalencia de las palabras *validez*, *eficacia* y *legitimación*, con relación a la *conditio* y *conductio*, sino también en la profunda convicción de que cuanto se dice en el artículo 1.875 del Código respecto de la hipoteca debiera decirse en términos generales para todos los contratos o actos de trascendencia real, creemos que la exégesis de tal artículo del Código se inclina del lado legitimador más que del constitutivo. Creemos que el Código civil no quiso eliminar de sus atribuciones la facultad creadora de los derechos reales, sino reconocer y proclamar la eficacia jurídica de la legitimación registral. Si la autoridad no consiste en el empleo de la fuerza o de la coacción, sino en el reconocimiento de una superioridad o bondad institucional, no tenemos más remedio que confesar que el principio legitimador, en cuanto otorga eficacia positiva a la inscripción respecto de las partes contratantes, es infinitamente superior y de más autoridad hipotecaria que la valoración constitutiva. Opinamos que más beneficios recibirá la humanidad si el espíritu legitimador del artículo 1.875 del Código se convirtiera en un artículo más, con carácter de aplicación general a todos los contratos de trascendencia real, dentro del título del Código que lleva por epígrafe «Del Registro de la Propiedad». La institución del Registro de la Propiedad no queda más prestigiada porque se diga que la inscripción de hipoteca es de valor constitutivo, sino porque realmente ha conferido al contrato de hipoteca una eficacia de que carece civilmente. El espíritu legitimador que se infiere del artículo 1.875 tiene un puntal poderoso en la ciencia del Derecho, en la historia de la hipoteca, en los precedentes del Código civil y en la misma entraña del sistema registral español; en cambio, la teoría constitutiva realmente sólo se apoya en la interpretación gramatical de un artículo escrito en el cielo inmenso de un Código de 1.976 artículos, y que científicamente no puede alcanzar más categoría que la de excepción a la regla general.

Recientemente, Ramón de la Rica y Arenal, uno de los legítimos orgullos hipotecarios de la época actual, ha publicado un trabajo sobre el sentido de la contradicción en los asientos regis-

trales. Rebate la teoría de quienes en una exaltación de la doctrina registral consideran que las anotaciones de demanda no implican la contradicción a que se refiere el artículo 41 de la ley Hipotecaria; y no compartiendo la avaricia legítima de quienes, orgullosos de su profesión y de sus leyes, estiman que nada hay mejor que lo que ellos representan y defienden, ha escrito:

«Evidente es, pues, que el aludido efecto procesal de la legitimación se halla circunscrito a determinados asientos de vigencia pura, sin mácula de ninguna clase. Extenderlo a los asientos contradichos, colocados bajo un interrogante judicial, en los casos que han sido expuestos, equivale a desorbitar las cosas, a remover los quicios del mecanismo legal, a socavar sus cimientos, y, como consecuencia previsible, a tratar de *hacer odiosa la institución registral, pretendiendo que salten los efectos del sistema por encima de las normas inmutables de la justicia*» (19).

Cuando leí las palabras subrayadas tuve la fuerte emoción que se siente al compartir las penas o las alegrías ajenas. ¿Para qué saltar por encima de los efectos de nuestro sistema? ¿Acaso el exótico valor constitutivo ha dado mayor prestigio a los Registros de la Propiedad, o ha evitado los males de la credulidad del prestamista que más fía en la confianza personal que en la legitimación y la fe del Registro? ¿No constituye un legítimo orgullo observar que el principio legitimador tiene un verdadero señorío y autoridad para las partes contratantes? Si es así, no regateemos para todos los contratos registrables un artículo como el 1.875, a pesar de sus defectos gramaticales.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS.
Registrador de la Propiedad.

(19) R. de D. P., febrero de 1949: «Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria». Este trabajo lo hemos leído después de haber escrito las precedentes cuartillas.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

INMATRICULACIÓN DE FINCAS.. AUN DEMOSTRADA DOCUMENTALMENTE LA NEGATIVA DEL SECRETARIO DEL AYUNTAMIENTO A PUBLICAR EL EDICTO A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 205 DE LA LEY HIPOTECARIA, EL REGISTRADOR, EN CUMPLIMIENTO DEL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 87 DEL REGLAMENTO ANTERIOR (QUE RATIFICA EL 298 DEL VIGENTE); PROCEDIÓ CORRECTAMENTE AL CANCELAR LA INSCRIPCIÓN INMATRICULADORA TRANSCURRIDOS LOS TRES MESES DESDE QUE FUÉ EXTENDIDA, POR NO ESTAR EN MANERA ALGUNA FACULTADO PARA DEMORAR ESTA CANCELACIÓN O PRORROGAR EL PLAZO SEÑALADO. Dicho FUNCIONARIO (EL REGISTRADOR) CARECE DE FACULTADES CONMINATORIAS O DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS ALCALDES Y LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO PARA OBLIGARLOS A PUBLICAR LOS EDICTOS PREVENIDOS EN EL CITADO ARTÍCULO 205.

Resolución de 28 de febrero de 1949.—“B. O.” de 1 de abril.

Por escritura otorgada ante el Notario de Barcelona D. Tomás de Ipola González, el 5 de diciembre de 1946, D. G. A. T., en nombre y representación de los hermanos D. J. A., doña M. y D. J. R. T.; T., les adjudicó por terceras iguales partes indivisas una partida de tierra, sita en término municipal de Almenar, provincia de Lérida, denominada “Soto de Almenar”, que los tres hermanos habían adquirido el 24 de febrero de 1943 por herencia de su padre D. R. T.

Por otra escritura otorgada ante el mismo Notario cinco días después, o sea el 10 de diciembre de 1946, los tres adjudicatarios vendieron a doña M. E. O. la finca reseñada y presentada primera copia de la

escritura en el Registro de la Propiedad de Balaguer, se inscribió el 11 de febrero de 1947, sin perjuicio de tercero, hasta que transcurrieran dos años desde la fecha de la inscripción, y pendiente la eficacia de la misma de la fijación del edicto que determina el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, durante el plazo señalado en la regla tercera del artículo 87 del Reglamento de 6 de agosto de 1915. Entregado el edicto a la interesada para su publicación en forma reglamentaria, se hizo constar en acta autorizada el 4 de marzo de 1947 por el Notario de Balaguer D. Rafael Borrás y Nogués, que el Secretario del Ayuntamiento de Almenar manifestó que no lo expondría al público sin previo conocimiento y autorización del Ayuntamiento "ya que es completamente falso que posean dichos señores la finca que se describe en el mismo, en este término municipal, toda vez que la extensión que en la descripción se indica y sus linderos son fincas propiedad actualmente, de laboriosos y humildes vecinos de esta villa, y de prosperar esta pretensión significaría una expoliación a los mismos". Por otra acta autorizada por el mismo Notario Sr. Borrás, el 10 de abril de 1947, se requirió al Secretario para que devolviera el edicto con certificación de haber estado expuesto al público por espacio de treinta días, contestando dicho funcionario "que no lo entrega y que dará cuenta al Ayuntamiento de este requerimiento a sus efectos"; no obstante manifiesta el requerido, que "según consta por los antecedentes existentes en la Secretaría de su cargo, resulta que es completamente falso que en esta villa exista actualmente, ni haya existido jamás, la finca que se describe en el mencionado edicto"; y presentada de nuevo la escritura de compra en el Registro, fué objeto de calificación por el Registrador el 13 de mayo de 1947, según nota del tenor siguiente. "No admitida la inscripción que se solicita en el documento que precede al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por no cumplirse los plazos que señala el número cuarto del artículo 298 del Reglamento de la misma Ley, al determinar éste que las adquisiciones derivadas de un título universal en el que no se describan las fincas o derechos adquiridos, se justifique se hallan comprendidos en la misma transmisión por otro documento anterior al momento traslativo y fecha anterior en un año, por lo menos, al día de practicar la inscripción que se solicita, y siendo la relación adicional presentada como antecedente de fecha 5 de diciembre de 1946, defecto que impide verificar la inscripción".

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica la nota del Registrador y

Auto del Presidente de la Audiencia en méritos de la razonada doctrina siguiente.

Que los documentos que sirvan para la inmatriculación de fincas en el Registro deben ser objeto de cuidadoso examen y mayor rigor en la calificación, porque las normas en vigor referentes a la determinación de las fincas no garantizan suficientemente su existencia física, ni evitan la posibilidad de doble inmatriculación, ni prescriben que la prueba ante el Registrador se desenvuelva en forma contradictoria y con la amplitud de un juicio declarativo, toda vez que la legislación hipotecaria estima suficientes con ciertas limitaciones, los documentos que, en relación con los asientos del Registro, acrediten la legalidad del acto inscribible y su autenticidad frente a terceros.

Que el artículo 205 de la Ley Hipotecaria preceptúa que serán inscribibles sin necesidad de previa inscripción los títulos públicos otorgados por personas que acrediten la adquisición de su derecho con anterioridad a la fecha de aquéllos, "siempre que se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista de los documentos presentados" y que los artículos 87 del Reglamento de 1915 y 298 del vigente establecen que el edicto se publicará o fijará, durante un mes, en el indicado tablón de anuncios; y, por lo tanto, es indudable que no cabe aceptar alegación alguna encaminada a que se efectúe la inscripción a pesar de haber omitido el funcionario municipal la publicidad exigida legal y reglamentariamente, ni las contradicitorias razones aducidas son eficaces para exceptuar de la publicidad el asiento practicado que ha de divulgarse con el fin de que éste pueda llegar a conocimiento de todos los interesados.

Que según ordenaba el referido artículo 87, "transcurridos tres meses desde la fecha de la inscripción respectiva sin que se haya acreditado la publicación de los edictos en la forma indicada, la inscripción que los motivó se cancelará de oficio por nota marginal", y, en cumplimiento de este precepto, el Registrador canceló la inscripción inmatriculadora extendida el 11 de febrero de 1947, sin que estuviera facultado para demorar esta cancelación o prorrogar el plazo señalado, aun demostrada documentalmente la negativa del Secretario del Ayuntamiento a publicar el edicto, toda vez que el 12 de mayo de 1947, fecha de la nueva presentación de la escritura de venta, habían transcurrido los tres meses y era improcedente rehabilitar una inscripción cancelada

aparte de que la nueva presentación de la escritura, después de hallarse en vigor el Reglamento de 1947, es un hecho cuyos efectos jurídicos han de someterse a sus preceptos.

Que los Registradores carecen de jurisdicción sobre los Alcaldes y los Secretarios de Ayuntamiento para obligarlos a publicar los edictos prevenidos en el citado artículo 205, toda vez que como disponía el repetido artículo 87, "el Registrador, en la misma fecha de aquélla (de la inscripción), y con inserción literal del asiento practicado, expedirá el edicto correspondiente y lo entregará a los interesados o al presentante", lo cual demuestra que, una vez entregado el edicto, cesa la actuación del Registrador y quienes lo recibieron son los que han de gestionar su colocación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y recogerlo una vez transcurrido un mes desde la publicación para devolverlo al Registro.

Que ni la Ley ni los Reglamentos Hipotecarios han previsto el caso de la negativa del Alcalde o del Secretario del Ayuntamiento a fijar el edicto en el sitio de costumbre, sin duda por estimar que tal supuesto daría lugar a una responsabilidad de orden gubernativo, regulada por leyes, como la de 5 de abril de 1904, la cual prescribe que cuando los funcionarios "en el ejercicio de sus cargos infrinjan con actos u omisiones algún precepto cuya observancia les haya sido reclamada por escrito, quedarán obligados a resarcir al reclamante agraviado de los daños y perjuicios causados por tal infracción legal", siempre que se ejercente la acción ante la Audiencia Territorial del modo y forma que establecen dicha Ley y su Reglamento, de 23 de septiembre del mismo año, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa y penal que, con independencia de la civil, se determinan en el artículo 49 del Reglamento de 23 de agosto de 1924, y en la base 62 de la Ley de 17 de julio de 1945.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1948.—*Testamento ológrafo en Derecho catalán.*

El rígido formalismo del *ius civile*, tanto respecto al lugar (cabeza del testamento) y términos solemnes e imperativos de la institución de heredero, como a la revocación de los testamentos, a las fórmulas solemnes pre-determinadas y su ordenación únicamente en testamento, para los legados; a la confirmación testamentaria de los codicilos, etc., fué evolucionando dentro del propio Derecho, paralelamente a la evolución del concepto de heredero, y en el Derecho creado por el pretor, que atendía preferentemente a la intención del testador.

Esta evolución, que trata de aproximar la norma con su rigidez, generalidad, permanencia y abstracción, a las exigencias sociales que cambian y se modifican, no ha de entenderse estancada en el Derecho romano-bizantino, sino que debe tenerse muy en cuenta para la interpretación actual de los textos, en consonancia con las ideas, necesidades, intereses y medios de vida, huyendo del severo rigorismo, en servicio del ideal e intereses de la comunidad, dentro de la que deban aplicarse dichos textos, como ocurre en Cataluña, en cuanto suplen la falta de normas del Derecho catalán y del canónico, para decidir la cuestión planteada.

Siguiendo esta línea interpretativa de adaptación de los textos a las exigencias sociales y al perfeccionamiento de los conceptos, iniciado y proseguido, como se ha dicho, en el *ius civile* y en el Derecho del pretor, este Tribunal ha declarado el testamento ológrafo como forma válida de testar en los territorios de Derecho foral, sin restricción de lugar ni de contenido, sin más requisitos formales que los exigidos por el Código civil para ese testamento. (Sentencias de 31 de marzo de 1917 y de 26 de junio de 1929.)

Si, pues, el documento de que se trata reúne, como afirma la sentencia recurrida, las solemnidades suficientes, en el lugar de su otorgamiento, para la validez de la manifestación de última voluntad, y su contenido, limitado a legados, no requiere, en ese lugar, conforme al Derecho romano aplicable, ir unido en el mismo documento a la institución de heredero, es evidente su validez en cuanto a tales disposiciones, pues de lo contrario se llegaría a la conclusión inadmisible de que las facilidades que el De-

recho suministró como medio de ejecutar esas disposiciones secundarias, con menos formalidades y sin tocar al testamento ni hacer otro, y ligadas, como accesorias, a él, cuando le hubiere, quedaban sin efecto por haberse hecho con solemnidades correspondientes al acto más importante y solemne de testar.

SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1948.—*Simulación*.

El primer motivo de este recurso, con sus razonamientos y la alegación de la infracción del artículo 1.281 y siguientes del Código civil, pretende concentrar en un problema de interpretación de contrato lo discutido en el pleito, que es, como claramente expone la demanda y declaran las sentencias, la cuestión de la simulación del aparente contrato de compraventa de 22 de diciembre de 1925, confundiendo la aclaración, inquisición y determinación de cuál sea la voluntad de los contratantes, fin y contenido de la interpretación, con la falta de voluntad real y efectiva de celebrar el contrato, esencia de la simulación absoluta, y por ello toda esa argumentación empleada, y porque el contrato inexistente no puede interpretarse, nada significa contra la afirmación de simulación hecha por el Tribunal *a quo*, la cual se funda en este caso, como en la mayoría de sus análogos, en presunciones que únicamente pueden ser combatidas en casación, como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, demostrando la falsedad de los hechos en que se fundan o la falta de enlace lógico entre esos hechos y lo que como conclusión se quiere demostrar, lo cual no ha sido intentado por el recurrente, ni en ese primer motivo ni en el segundo, al alegar el error de hecho, en el que sólo se ocupa de la apreciación de la prueba en conjunto.

SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1948.—*Contrato de trabajo*.

Por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.^º del Decreto de 26 de enero de 1944, aprobatorio del texto refundido del libro primero de la Ley de Contrato de Trabajo, se entenderá que tiene el concepto de contrato de tal índole, cualquiera que sea su denominación, aquél por virtud del cual una o varias personas participan en la producción, mediante el ejercicio, voluntariamente prestado, de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de éstos, mediante una remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ella, constituyendo el objeto del contrato, conforme al artículo 2.^º de la disposición citada, todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajena o todo servicio que se preste en iguales condiciones.

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1948.—*Derecho arrendaticio*.

Incide en error la sentencia impugnada al aplicar, al supuesto del recurso, el artículo 8.^º del Decreto de 21 de enero de 1936; porque este

precepto se refiere sólo al caso en que el propietario necesitase verificar en la finca obras que obliguen al cierre del establecimiento, durante el cual el arrendatario no vendrá obligado a pagar el alquiler y conserva su derecho—por lo mismo que el contrato subsiste—a ocupar el local arrendado a la terminación de las obras, o el resultante si por acaso, al reconstruir, hubiere sufrido la finca modificación en su alineación; pero como en el supuesto del recurso no se trata de reformas ni de reconstrucción voluntaria, sino de la edificación de un inmueble de nueva planta en el solar de los locales derribados por exigencia legal, y en méritos de una declaración de ruina decretada por la autoridad competente, es llano que, acordado el desahucio por tal causa, ningún derecho asiste a los inquilinos para ocupar los locales que forman el nuevo edificio, según lo estatuido en el apartado g) del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931, sustancialmente recogido, como supuesto de resolución del arrendamiento, en la causa novena del artículo 149 de la vigente Ley.

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1948.—*Arrendamiento.*

El apartado A) de la Orden de 8 de noviembre de 1944 no exceptúa solamente de las prescripciones de los artículos 1.^o y 2.^o del Decreto-Ley de 24 de enero del mismo año, los casos en que el propietario de un local destinado a comercio e industria precise ampliar su propio negocio, sino también aquellos en que necesite (sin limitación de que la necesidad sea por ampliación) de locales de su propiedad que tenga alquilados.

Esta distinción de casos, dentro del apartado A) de la Orden citada, viene impuesta: Primero, por la interpretación gramatical, puesto que la referencia de dicho apartado A), «los fines» de la ocupación, en plural, implica sean por lo menos dos, para lo cual es obligado entender que «la precisión» y «la necesidad» de que antes habla, se refieren: la primera a la ampliación del negocio, y la segunda a las demás razones de necesidad para ocupar el propio local; y segundo, por la interpretación lógica, pues no merecería tal calificación la que, ante la duda que pueda producir la redacción de la disposición legal, llevase a la conclusión de suponer autorizado el desahucio en el caso de necesitar el dueño su local para ampliar un negocio que puede subsistir sin ampliación, y, en cambio, no le autorizase al dueño cuyo negocio necesitase del propio local para subsistir.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1948.—*Decreto de 21 de enero de 1936.*

La locución «establecer», empleada por el artículo 5.^o del Decreto de 21 de enero de 1936, no puede considerarse sinónima de la de fundar o instituir, porque aunque ésta sea una de las significaciones gramaticales de aquella palabra, tan limitada significación no puede aceptarse, porque pugna abiertamente con el párrafo segundo del apartado C) del artículo 5.^o del citado Decreto de 21 de enero de 1936, que exige que la industria o comercio que el propietario necesite establecer sea precisamente, es decir, esté fundada o instituida ya, con dos años de anticipación por lo menos, y tam-

poco puede considerarse tal palabra como sinónima de trasladar un comercio o industria en su integridad, porque ni gramatical ni vulgarmente se consideran sinónimos ambos conceptos, y siendo enteramente precisa la significación de la palabra trasladar, de haber querido el legislador expresar el aludido concepto, hubiera hecho uso de ella y no de la de establecer, que es la que emplea, como equivalente a la de instalar un comercio o industria en un local determinado; y si bien la legislación de Arrendamientos urbanos, dado el sentido protector de los derechos del arrendatario en que se inspira, no consiente interpretaciones extensivas en la apreciación de las causas que dan lugar a la extinción del vínculo arrendatario, esto no quiere decir otra cosa sino que al apreciar tales causas se exija una justificación completa de las mismas, y limitada estrictamente a los casos en ellas comprendidos, y no a otros más o menos análogos; y por eso, cuando se invoque la necesidad del propietario para establecer su propia industria, como causa de desahucio, esta necesidad ha de estar perfectamente caracterizada, pero esto no puede constituir motivo para que en absoluto, y fundándose en una interpretación inadmisible de la palabra establecer, pueda entenderse que toda ampliación de un negocio, por justificada que se encuentre, está excluida del concepto que dicha palabra quiso expresar, ni puede sostener tampoco que la Orden de 8 de noviembre de 1944, al exceptuar de los artículos primero y segundo del Decreto-ley de 24 de enero del mismo año y comprender en el artículo tercero de la misma disposición los casos en que el propietario de un local destinado a comercio o industria precise ampliar su negocio, contradiga lo dispuesto en el artículo quinto del Decreto de 21 de enero de 1936 y cree una causa de desahucio que en los términos de tal artículo no se hallaba comprendida.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1948.—*Minas: «coto minero».*

No es condición esencial para la formación de un coto minero que las concesiones que lo integran se hallen unidas sin solución de continuidad, porque nada significa contra aquella apreciación de la Sala que el Real decreto-ley de Bases de 6 de agosto de 1927 y otras disposiciones nada digan de aquella continuidad, si su exigencia resulta de la definición que contiene el artículo 34 del Reglamento sobre la tributación minera de 23 de mayo de 1911, en el que se dispone que se ha de entender por coto minero la concesión o conjunto de concesiones en cuyo perímetro total no exista solución de continuidad que pueda dar lugar a otra concesión minera, concepto que ya tenía precisado de igual manera en su número 2.^º la Real orden de 29 de marzo de 1893, en el que también se definió el coto minero como «agrupación de concesiones diversas que constituyan un solo perímetro».

SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1948.—*Tanteo y retracto en la Ley de Arrendamiento urbano.*

Por la definición del artículo 1.521 del Código civil, el retracto legal es el derecho de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el con-

trato en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago y por virtud de lo prevenido en el artículo 1.518 del propio cuerpo legal, al cual se remite el 64 de la Ley de Arrendamientos urbanos, el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y este reembolso habrá de verificarse en la forma específica señalada por el artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es decir, consignando el precio de la venta, siempre que fuese conocido; pero como la sentencia recurrida declara que la retrayente tenía conocimiento del contrato de compraventa, en el que se había fijado el precio de 12.000 pesetas, así como que el demandado era dueño del piso a que se refiere el retracto con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública de compraventa de dicho piso de 15 de febrero de 1947, es evidente que el mencionado precio era el real y efectivo y no el de 2.000 pesetas que en la mencionada escritura se señaló y de cuya circunstancia se aprovechó la recurrente para tratar de obtener el piso en cantidad inferior a la en que en realidad fué vendido, y esto sentado, para el éxito de la acción de retracto hubiera sido necesario que la retrayente reembolsara al demandado del precio efectivo de la venta mediante la consignación del mismo, lo que se verificó, limitándose a consignar el que se fijó en la escritura pública mencionada, que ya le constaba que no era el verdadero precio, por lo que no pueden prosperar la acción entablada ni el recurso interpuesto.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de enero de 1948.

NO ES COMPUTABLE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DESDE EL MOMENTO DE CAUSARSE LA SUCESIÓN CUANDO EN EL TESTAMENTO CONSTA QUE SERÁN HEREDEROS, AL EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO DE LOS BIENES, LOS HIJOS DE LOS USUFRUCTUARIOS NOMBRADOS O LOS HEREDEROS DE LOS MISMOS SI ESOS HIJOS FALLECIERON ANTES DE HEREDAR, PORQUE LA HERENCIA ESTÁ SOMETIDA A CONDICIÓN SUSPENSIVA Y ES DE APLICAR EL ARTÍCULO 57 EN SUS APARTADOS 5.^º Y 6.^º

Antecedentes.—En agosto de 1901 falleció cierto causante bajo testamento en el que nombraba herederos usufructuarios por cuartas partes, siéndolo de una de ellas el sobrino del testador, don Rafael M., y su mujer, doña Celestina, estableciéndose las siguientes cláusulas: “la parte del que o los que fallezcan pasará, también en usufructo, al referido sobrino don Rafael y a su citada mujer, y en defecto del último de éstos, a los hijos de los mismos de su actual matrimonio; por herederos en propiedad únicos y universales de su herencia declara e instituye a los hijos de sus sobrinos, don R. y doña C., y del actual matrimonio de los mismos y en sustitución del que o los que fallecieren antes de heredar, a los herederos de los mismos”.

Al fallecer el causante existían tres hijos del aludido matrimonio y en 1902 nació otro.

Fallecidos los adquirentes de tres de las cuatro partes de la herencia, quedaron como únicos usufructuarios los citados don Rafael M. y

doña Celestina, los cuales fallecieron, respectivamente, en septiembre y diciembre de 1941 y 1942, dejando los cuatro hijos mencionados.

Estos presentaron relación de bienes en la Oficina liquidadora, manifestando que eran los únicos hijos habidos del repetido matrimonio usufructuario, y que, fallecidos todos los usufructuarios instituidos por el causante primitivo en el año 1901, ellos eran los únicos herederos en propiedad del mismo y pedían la liquidación definitiva del impuesto con la extinción del usufructo.

El Liquidador estimó, en cuanto a la herencia primitiva, que estaban prescritas las transmisiones o acrecentamiento de usufructo por muerte de los tres primeros usufructuarios a favor de don Rafael y doña Celestina; que por la transmisión en favor de esa señora del usufructo de la mitad de los bienes por fallecimiento de su esposo procedió girar la liquidación pertinente; que también era exigible el impuesto por la transmisión de la nuda propiedad de los bienes del primer causante, don Gregorio, a los hijos del repetido matrimonio, cuyos herederos nudo propietarios se determinaron concretamente al fallecer el don Rafael M., y que procedía asimismo liquidar la extinción del usufructo extinguido al fallecer la esposa.

La liquidación por transmisión de nuda propiedad como adquirida del primitivo causante fué objeto de impugnación por los cuatro hermanos, hijos del tan repetido matrimonio.

La liquidación se basa, dicen, en que al ocurrir el fallecimiento del don Gregorio no estaban determinadas las personas que habían de heredar la nuda propiedad cuando falleciese el último usufructuario, y ese criterio carece de fundamento. La indeterminación no existía, dado que en la cláusula testamentaria no se incluye ningún supuesto de futuridad que implique tal indeterminación, sino que se contrae a los hijos que ya existían, como lo demuestra el mismo testamento y con lo dispuesto en el artículo 750 del Código civil y la Sentencia del Tribunal Supremo de 1.^o de julio de 1905 al declarar que llamados a la nuda propiedad los herederos del usufructuario que tiene hijos, no puede decirse que recaiga en persona incierta.

Por otra parte, si bien el apartado 5) del artículo 57 del Reglamento habla de que cuando la persona adquirente sea indeterminada se aplazará la liquidación hasta que sea conocida, y en ese momento correrá de nuevo el plazo para pedir la liquidación, en esta ocasión no se daba el supuesto, porque aunque se admitiese indeterminación en

cuanto a los venideros hijos del tan repetido matrimonio, no la había en cuanto a los existentes en el momento de causarse la sucesión; de modo que por lo que respecta a éstos no se puede hablar de indeterminación, sino de indeterminación en la cantidad a adquirir, lo cual reforzaba con la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1917 y la Resolución del Tribunal Central de 16 de junio de 1925.

En definitiva, se terminó pidiendo la declaración de impertinencia de la liquidación por estar prescrita la acción liquidadora.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, estimando como razón fundamental la de que en la debatida cláusula se comprendían no sólo los hijos del mentado matrimonio, vivos al fallecer el causante, sino también los demás que pudieran tener, siendo en su consecuencia aplicable el aludido precepto reglamentario.

Planteado el problema ante el Tribunal Central, éste confirma el criterio del inferior y empieza por sentar que de la transcrita cláusula testamentaria se ve claramente que el testador, no solamente no designó por sus nombres a los nudo propietarios, sino que instituyó genéricamente a los hijos de sus sobrinos, que tanto podían ser los que ya existían como los nacidos después de morir el testador u otras personas, y, por lo mismo, ni los no nacidos ni los ya nacidos adquirieron la nuda propiedad al momento del fallecimiento del causante, ya que entonces se ignoraba si los nacidos vivirían todos o nacerían otros o si los que fallecieran antes de heredar dejarían herederos: todo lo que conduce a la indeterminación de los adquirentes en aquella fecha de 1901, y a la conclusión de que la adquisición estaba pendiente de una condición suspensiva y de que el derecho era expectante, no concretado hasta que en 1942 falleció el último usufructuario, siendo, por consiguiente, de perfecta aplicación los apartados 5.^º y 6.^º del artículo 57 del Reglamento e improcedente la prescripción alegada.

En apoyo de esta solución cita las Resoluciones del mismo Tribunal de fechas 2 de octubre de 1928, 25 junio de 1929 y 3 de octubre de 1944, no siendo de aplicación la sentencia de 16 de junio de 1925 citada, porque se trataba de institución pura de nuda propiedad a favor de personas designadas nominalmente.

Comentarios.—La doctrina comentada no es más que una confirmación de la que reiteradamente viene aplicando el Tribunal al interpretar el mencionado artículo 57 del Reglamento.

En el momento de fallecer el causante no se podía determinar si los presuntos nudo propietarios llegarían a heredar ni en qué cuantía, porque la institución alcanzaba a los demás hijos que los usufructuarios pudieran tener, como, efectivamente, nació uno.

Existía, pues, la real indeterminación a que se refiere el apartado 5) del artículo 57, y se daba el supuesto del apartado 6) que previene en tales casos que la adquisición no se entienda realizada hasta el día que la limitación desaparezca; si bien no puede dejar de reconocerse alguna fuerza al argumento esgrimido por los recurrentes sobre que la indeterminación de que en el supuesto discutido se trataba, más bien se refería a la cuantía de lo heredado que al derecho adquirido, si se tiene en cuenta que los tres nudos propietarios vivientes en el momento de fallecer el causante, eran desde tal instante herederos, aunque su participación estuviese supeditada al nacimiento de otros hijos del matrimonio usufructuario. Esta posibilidad llegó, efectivamente, a ser realidad, con lo cual los partícipes fueron cuatro y no los tres del momento del fallecimiento.

La adquisición, pues, estaba sometida a limitación o indeterminación, como prevé el mentado apartado 6) en su letra, y ésta es la que el Tribunal aplica.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de enero de 1948.

LA CADUCIDAD DE UNA CONCESIÓN POR NO HABER REALIZADO OBRA ALGUNA EL CONCESSIONARIO, AUNQUE SEA DECLARADA ANTES DE SER LIQUIDADO E INGRESADO EL IMPUESTO CORRESPONDIENTE, NO DA DERECHO AL CONCESSIONARIO A QUE LA LIQUIDACIÓN GIRADA SE ANULE, PORQUE LA RESCISIÓN ES IMPUTABLE A AQUÉL.

Antecedentes.—En 5 de octubre de 1934 se otorgó a don Manuel C. una concesión para aprovechar con destino a la producción de energía eléctrica cierto salto, y en agosto de 1939 falleció el concesionario, dejando como herederos varios nietos, uno de ellos llamado Manuel A.

Al no aparecer liquidado el impuesto por la concesión, la Oficina liquidadora dirigió, en noviembre de 1944, un oficio al don Manuel C. requiriéndole para que acreditase el pago o presentase los antecedentes para liquidar. El requerimiento lo recibió y firmó el citado don Manuel A., sin que conste que lo atendiere, por lo que la Oficina liqui-

dadora giró las oportunas liquidaciones, con multa igual a lo cuota, las cuales fueron recurridas por aquél, alegando que la concesión estaba en su efectividad condicionada, para poder representar beneficios, al cumplimiento de las condiciones impuestas por la concesión, por lo que, al no haber sido observadas, la Administración declaró caducada la concesión; y como esto da lugar a la devolución del impuesto pagado, es inconcuso, según el artículo 58, que la caducidad declarada antes de ser pagado el impuesto debe dar lugar a no liquidarlo y, en su caso, a devolverlo.

El Tribunal Provincial, para mejor proveer, pidió antecedentes a la División Hidráulica, y ésta dijo que no constaba impedimento de ninguna clase producido por la Administración al concesionario para realizar las obras, que en la propuesta de caducidad hecha por la Jefatura se hacía referencia a las alegaciones hechas por el heredero don Manuel A., manifestando que le había sido imposible realizar las obras como consecuencia de la guerra, y que siendo antieconómico el negocio, se conformaba con la declaración de caducidad. Al elevar dicha propuesta había transcurrido el doble del plazo de construcción y la caducidad se acordó en 28 de diciembre de 1944.

El Tribunal Provincial denegó la devolución con apoyo en que, según el apartado 4) del artículo 58 del Reglamento, aquélla no procede cuando la rescisión o resolución la motiva el incumplimiento de las obligaciones del fiscalmente obligado al pago, como ocurría en el caso, según los datos oficiales, y que la multa liquidada era la procedente, conforme al artículo 221, por haberse girado la liquidación con los datos adquiridos de oficio.

El recurrente insistió ante el Tribunal Central en sus razonamientos, añadiendo que la razón de caducidad por incumplimiento alegada supone que el concesionario viva, y aquí había muerto cinco años antes, y sus nietos y herederos desconocían la existencia de la concesión, la cual no se les transmitía a ellos, y, por lo tanto, no pueden ser equiparados al concesionario.

Esos razonamientos los contrarresta el Tribunal Central diciendo que el derecho o liquidación nace al transcurrir los treinta días desde que se notifica el acuerdo otorgando la concesión o desde la fecha del acuerdo—artículo 107—si no se justifica la fecha de la notificación.

Tampoco son admisibles, sigue diciendo la Resolución, los argumentos de que el incumplimiento de las obligaciones del concesionario

como causa de caducidad supone que éste viva y de que los herederos desconocían la existencia de la concesión, porque ésta fué otorgada en 1934 y el concesionario falleció en 1939, y porque en el expediente de caducidad consta que en él compareció el heredero recurrente, alegando que el negocio era antieconómico y que nada tenía que oponer a la declaración de caducidad.

El argumento, que se apoyaba en el hecho de no haberse producido efectos lucrativos, lo desata el Tribunal Central con la cita del párrafo 4.^º del citado artículo 58, que previene que con efectos lucrativos o no, el impuesto no se devolverá si la resolución o rescisión nace del incumplimiento de las obligaciones del obligado al pago, lo cual consta en este expediente, y, por consiguiente, si la devolución del impuesto no es procedente si se ha pagado, también ha de ser procedente el liquidado reglamentariamente y no pagado.

El Tribunal afronta después el tema de la procedencia de la multa, que no había sido planteado, y para ello hace uso de la facultad que le da el artículo 20 del Reglamento de Procedimiento, y dice en definitiva que en este caso no es aplicable la del 100 por 100 de la cuota porque no se reiteró la petición de datos, ni tampoco la del 50 por 100 porque ésta se refiere al caso en que los documentos los presenten los interesados, después de ser requeridos y, en cambio, debe aplicarse la los 30 por 100, todo a tenor del artículo 224 del Reglamento.

Comentarios.—Como se observa fácilmente, el caso es claro y la sinrazón del recurrente también, porque está fuera de razonable discusión que la rescisión nació del incumplimiento de sus obligaciones por el concesionario.

El argumento que pudiera ser válido y eficaz era el de que el heredero o herederos desconocían la existencia de la concesión y no la habían aceptado como herencia; pero cayó por tierra al quedar demostrado, en los informes de la División Hidráulica, que el recurrente no sólo la conocía, sino que gestionó en relación con la misma.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de febrero de 1948.

CUANDO EL CAUSANTE DISPONE QUE SU ESPOSA HEREDE LA MITAD DE LA HERENCIA Y LA MADRE DEL MISMO LA OTRA MITAD Y QUE EN EL CASO DE QUE LA MADRE LE PREMUEERA SEA ÚNICA HEREDERA SU MUJER, SI AQUÉLLA REPUDIA LA HERENCIA, SE DA EL

DERECHO DE ACRECER Y EL ACTO ES NO SUJETO A TENOR DEL APARTADO 17) DEL ARTÍCULO 31 DEL REGLAMENTO, PORQUE LA RENUNCIA NO ES TRASLATIVA, SINO EXTINTIVA.

Antecedentes.—El causante de una herencia dispuso en su testamento que, respetando los derechos hereditarios de su madre, instituía única heredera a su esposa, y, por tanto, que si su madre la sobrevivía, la herencia se dividiría con igualdad, dando a su madre la mitad, en pago de sus derechos legitimarios, y la otra mitad a su esposa, en pago de su legítima, y el resto, como heredera voluntaria del testador, y que si la madre la premuriese, la herencia sería toda para su esposa.

El causante falleció en noviembre de 1945, y en el mes siguiente la madre otorgó una escritura manifestando, con referencia al aludido testamento, que constando en éste que si ella no acepta la herencia sea toda para su esposa, quiere que así sea, aunque haya sobrevivido a su hijo, y para lograrlo repudia la herencia de éste.

En enero del año siguiente, y en escritura pública, la viuda procede a liquidación de la sociedad conyugal y a la adjudicación de la herencia en su totalidad, estimándose única heredera, en virtud del testamento y de la renuncia de su madre política.

Presentado el documento a liquidación, se giraron liquidaciones por gananciales, por herencia entre cónyuges en cuanto a la mitad, herencia de descendientes a ascendientes por la otra mitad y por esta misma mitad otra liquidación como transmisión hereditaria de la madre del causante a la viuda e hija política suya. Es decir, que no se concedió eficacia a la renuncia de la madre a efectos fiscales y se estimó que adquiría y que, después de adquirir, transmitía sus derechos hereditarios.

Entablado recurso ante el Tribunal Provincial, se razonó diciendo que la aludida renuncia privó a la renunciante de su derecho a la herencia del hijo y dió lugar al derecho de acrecer, a favor de la nueva como única universal heredera, de acuerdo con el artículo 982 del Código civil, lo que significa que los actos liquidables son el de la adquisición de gananciales y el de herencia del resto de los bienes.

El Tribunal Provincial fundó la desestimación del recurso en que fuera del caso de renuncia de la herencia, simple y gratuitamente en favor de todos los coherederos—número 3º del artículo 1.000 del Código civil—a quienes deba acrecer lo renunciado, en cuyo caso el acto

no está sujeto al impuesto, en todos los demás de renuncia a que el artículo se refiere el impuesto es exigible al renunciante, sin prejuicio de liquidar también la cesión o donación de la parte renunciada. Y añade que no se dan los supuestos de los artículos 982 y 983 para el nacimiento del derecho de acrecer, porque las dos herederas no están llamadas conjuntamente a la misma porción hereditaria, puesto que la madre es respetada en sus derechos hereditarios y la esposa es única heredera con carácter voluntario, o sea, que fueron llamadas a porciones esencialmente separadas.

Además, en el llamamiento del testamento no se advierte la intención de que en defecto de una, la herencia toda pase a la otra, sino que la previsión testamentaria se concreta al caso en que la madre premuerda y no a los demás casos de no adquisición de su derecho.

El Tribunal Central, ante el que la viuda se alzó, revocó el acuerdo y anuló la liquidación impugnada, aplicando con alto sentido jurídico el discutido apartado 17) del artículo 31 del Reglamento, en virtud de los siguientes razonamientos:

Empieza por sentar, con apoyo en la doctrina de la Resolución de la Dirección de Registros de 20 de diciembre de 1903, que la repudiación de la herencia, ya sea abdicativa o con finalidad exclusiva, se retrótrae al momento de la muerte del causante, en tanto no sea impugnada judicialmente, y elimina de la partición al llamado en el testamento por su condición de legitimario, como si la institución de heredero se hubiera hecho a favor de los que asumieron el derecho del repudiante.

De ahí deduce el Tribunal que, en nuestro caso, si la viuda no adquirió toda la herencia desde el fallecimiento del marido causante, fué debido a limitación legal de la legítima debida a su madre, y por lo mismo que el efecto natural de la renuncia hecha por ésta es que su porción vaya íntegra a la heredera instituida.

Fuera de esto, añade, al estar llamadas la suegra y la nuera a una misma herencia por partes alícuotas genéricas, sin asignación de bienes determinados, se da el derecho de acrecer, de conformidad con los artículos 982 y 983 del Código civil; y aunque la forma de renuncia empleada, más parece traslativa que extintiva o abdicativa, dado que tiende a favorecer directamente a la hija política, lo cierto es que "atendiendo preferentemente a los efectos legales", es obvio que en ella concurren los requisitos de ser gratuita y estar hecha a favor de coheredero

con derecho de acrecer y ha de considerarse como acto no sujeto a tenor del citado apartado 17) del artículo 31 del Reglamento.

Y tampoco obsta a esa consecuencia el que en este caso la renuncia beneficie a uno solo de los herederos y que la herencia se entienda aceptada, a tenor del número 2.º del artículo 1.000 del Código civil, cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos, ya que el precepto se refiere al supuesto de que con la renuncia se beneficie alguno o algunos de ellos con exclusión de otro u otros, y en el caso, al haber uno solo, no puede darse la exclusión.

Debe, pues, termina diciendo el Tribunal, anularse la liquidación impugnada y aplicar a la porción recurrida el tipo de herencia a favor de ascendientes en vez del de cónyuges, por ser más elevado que éste, según previene el mencionado apartado 17) cuando dispone que en tales casos se aplique el tipo que corresponde al renunciante.

Comentarios.—No nos parece jurídicamente discutible la tesis de la Resolución y, además, nos parece altamente plausible la objetividad y despegue de la letra del texto reglamentario con que el Tribunal procede en los Considerandos extractados al interpretar el citado apartado 17) del artículo 31 y los textos del Código civil también citados. Y decimos esto, porque no es ciertamente débil el razonamiento del Provincial, especialmente cuando dice, en contra del derecho de acrecer, que las mentadas herederas no fueron llamadas conjuntamente a la misma porción hereditaria, sino a mitades o porciones esencialmente separadas, como son la herencia voluntaria y la legítima, puesto que la esposa es heredera por la voluntad del causante, pero la madre lo es por ministerio de la Ley, y que, por lo tanto, no se dan los requisitos del acrecimiento en la sucesión legítima que sanciona el artículo 981 ni tampoco los de la testamentaría contenidos en el 982.

Como quiera que sea, es perfectamente razonable sostener que en el caso en cuestión la repudiante realizó un acto de auténtica repudia-
ción de las que se llaman extintivas y no traslativas y que, por consiguiente, nada recibió ni nada transmitió, por lo cual reglamentaria-
mente no tiene por qué tributar, sin perjuicio de que la favorecida con la repudiación pague por el tipo de liquidación más elevado, que en este caso era el correspondiente a la madre política renunciante.

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

V A R I A

LORENZO CARNELLI-CARLOS A. AYARRAGARAY: *Tres estudios sobre reforma procesal.* Colección de monografías de Derecho, tomo III, Librería Jurídica Valerio Abeledo, editor, Buenos Aires, 1946.

En esta monografía se recogen tres trabajos, a cual más interesante, en los que se examinan, respectivamente: "Filosofía jurídica y Derecho procesal", por Carnelli; "Análisis del proyecto de Código de Procedimiento civil de Couture.—La ejecución en el proyecto de Couture", y "Crítica al Código de Procedimiento civil del Brasil", ambos de Ayarragaray.

Carnelli expone, en su magnífico estudio, las inquietudes que siente por dotar al Derecho en general y al Derecho procesal en particular de una fundamentación filosófica que haga posible el conocimiento de los principios universales en que ha de basarse toda Ciencia.

Carnelli concibe el proceso como una *estructura* con un contenido superior a los diversos elementos que componen el proceso. En este sentido tiene puntos de contacto con la teoría de la *Institución* del profesor español Guasp. Termina su trabajo con estas frases, que nosotros suscribimos: "El proceso, como todo método, requiere su técnica; pero el proceso jurisdiccional, cuyo objeto es una estructura jurídica, no será comprendido, lógicamente, sino como estructura (no como mecanismo). En esta condición únicamente podrá constituir una realidad científica."

Há de hacerse, pues, jufilosofía o, mejor dicho, tenemos que hacerla nosotros, los juristas, en lo que nos toca, pues los filósofos han dado, ampliamente, su parte."

Los dos trabajos de Ayarragaray que citamos al principio de esta nota, constituyen, indudablemente, dos magníficas críticas al proyecto y al Código a que hacen referencia. Los diversos escritos de este procesalista, que constituyen una magnífica realidad del movimiento científico del Nuevo Continente, han despertado justa expectación entre los procesalistas españoles.

PEDRO ARAGONESSES ALONSO.

Juez C. excedente.