

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Abril 1949

Núm. 251

El Registro de la Propiedad Español (*)

EL INFLUJO EN OTROS SISTEMAS

Además de su enorme difusión, este registro pignoraticio, por la sistemática y detalle con que fué elaborado, influyó notablemente en los restantes sistemas hipotecarios, que siempre consagran una parte especial a la hipoteca, adopción o calco de aquel registro.

Esto ha producido, incluso en las leyes más típicamente germánicas del siglo XIX que centran el sistema sobre la inscripción de dominio, una superposición cíclica de regulaciones inmobiliarias. Nunca se llegó a una síntesis perfecta sino a una yuxtaposición de sistemas. Así, la Ley de Sajonia de 6 de noviembre de 1843 trata por separado los efectos del Registro inmobiliario o régimen de publicidad del dominio; y los efectos del Registro hipotecario o régimen de publicidad de la hipoteca y derechos análogos. Más perfecto aún el proyecto de Ginebra, de diciembre de 1827, de tan conocido influjo en los autores de nuestra ley, estableció tres regulaciones distintas e independientes para los efectos de la inscripción: efectos de la inscripción de propiedad (arts. 48 a 56); efectos de la inscripción de los derechos limitativos del dominio (arts. 67 a 70), y efectos de la inscripción de hipoteca (art. 128). Esta "parcelación" legal de la materia, trascendió al modo de llevar los asientos. La Ordenanza de Weimar, de 15 de mayo de 1838, establece claramente en el párrafo segundo de su artículo 1.º: "El folio

(*). Véase en número anterior de esta REVISTA.

destinado en el Registro municipal a cada finca se divide en tres rúbricas: la primera consagrada a la propiedad; la segunda, a las restricciones y a las cargas de la propiedad, a excepción de las servidumbres personales, y la tercera, a las servidumbres y a las hipotecas." Este sistema de casilla, a su vez, produce la regulación y efectos diferenciados de los derechos de cada rúbrica. La superposición de Registros aparece también muy clara en la Ley Hipotecaria de 1830 para el territorio de Mecklenburg-Schwerin y Strelitz, que partiendo del mero Registro de hipotecas, expresamente dice que la inscripción es de tres clases (art. 6.º). La primera clase destinada a la inscripción de propiedad (art. 7.º), que tiene tratamiento de modo de adquirir (art. 8.º) y efectos específicos (arts. 8.º al 15). La segunda clase (art. 16) la constituyen las servidumbres reales, los diezmos, las prestaciones censales y ciertas clases de venta no comprendidas en la transmisión de la primera clase, y las restricciones a la facultad de disponer, incluyendo en esta categoría los fideicomisos. La tercera clase (arts. 18 a 42) comprende los créditos que entrañan hipoteca, la separación de patrimonios, las servidumbres personales y ciertas prestaciones censales de carácter temporal. La Ley del Ducado de Nassau de 21 de marzo de 1774 establece dos secciones: I. De los contratos de venta y de cambio; y II. De las hipotecas y de las obligaciones en justicia (el art. 32 prohíbe en absoluto la anticresis). Es más: el Código civil del Cantón de Vaud de 1819, de reducido registro hipotecario, por causa de la distribución en secciones, rebasa y se escapa *a fortiori* de su sistema meramente hipotecario en cuanto consagra un capítulo (cap. V, arts. 1.596 a 1.600), a los efectos de los privilegios y de las hipotecas entre los acreedores hipotecarios, y otro capítulo (capítulo VI, arts. 1.601 a 1.609) a los efectos de los privilegios y las hipotecas frente *al tercer poseedor*, regulación que sin querer, por la propia naturaleza de las cosas, asoma al régimen de publicidad del dominio.

A poco que se medite sobre las leyes hipotecarias del siglo pasado se ve que en realidad hay tres regímenes distintos que en muchas leyes se superponen, y lo que hoy parece redundancia, fué en su época fino matiz y precisa diferenciación.

Este fenómeno de las leyes hipotecarias tiene hondas raíces dogmáticas. Cuando en la primera mitad del siglo XIX se redactan los Códigos civiles y las Leyes hipotecarias, todavía no se ha vulgarizado la sistemática de Savigny, y se acepta como dogma inconcuso un dualismo o una contraposición, clásica y secular, consagrada por romanistas

y prácticos del *modernus usus pandectorum*, entre el dominio de una parte y los *iura in re aliena* de otra. Todo el que quiera entender el pensamiento de los legisladores del siglo XIX, singularmente en materia hipotecaria, que no deje de tener presente, olvidando de momento la dogmática unitaria del derecho real de la escuela de Savigny, que para todo el siglo XVIII y para el codificador del XIX, no existe una teoría del derecho real, sino, de conformidad con la dogmática de Vinnio, dos: la del dominio, por un lado, y las de los *iura in re aliena*, por otro; o lo que es igual, la teoría de la acción reivindicatoria de la propiedad, de una parte, y la teoría de las acciones confesoria, negatoria e hipotecaria, por otra. Los Registros inmobiliarios se organizaron teniendo por campo de gravitación una u otra esfera, y los sistemas hipotecarios, dentro del llamado principio de publicidad, responden a uno u otro sistema, o a ambos a la vez, pero no como síntesis, sino como superposición.

Dejando a un lado, para más adelante, los Registros del *Grundbuchsystem*, algunas de cuyas peculiaridades también se superponían a los Registros del principio de publicidad, manteniéndonos únicamente dentro de este grupo de registros del *Drittwirkung*, de la terci-valencia, de los efectos respecto de tercero, a tenor de las indicaciones que acabamos de hacer, podemos formar de primer momento y *grosso modo* dos grupos de Registros:

a) Unos, que tienen por objeto la inmunidad de tercero inscrito frente a todas o frente a algunas de las acciones confesorias o hipotecarias extrarregistrales. (Código austríaco, Ley belga, por ejemplo.)

b) Otros que, además de esa inmunidad, superponen un régimen por el que dejan ileso al tercero frente a acciones reivindicatorias, revocatorias o de nulidad *ex tunc*. (Sistema español.)

Esta clasificación tiene una justificación político-histórica. Los legisladores del siglo XIX admitieron con facilidad, en vista de las necesidades del crédito hipotecario, que el título de dominio inscrito o transcrito produjera una decadencia o preclusión de acciones confesorias o hipotecarias no inscritas; mas les era duro admitir que, parificados con la acción confesoria (o con la hipotecaria) corrieran igual suerte los derechos de carácter reivindicatorio o revocatorio que asistían al legítimo dueño, con propiedad sagrada e inviolable, incluso cuando este legítimo y auténtico dueño no hubiera inscrito. Por eso, matizando más de menor a mayor eficacia, tenemos tres grados en la escala de

valores de la inscripción, aun dentro del *Drittwirkung* o eficacia respecto de tercero:

a) *Eficacia de primer grado o débil*. Sistema francés. El Registro inmuniza frente a *actos o contratos*—constitución voluntaria—sujetos a registración y no inscritos o transcritos. Esto quiere decir: las situaciones reales constituídas por *voluntad de las partes* al margen del Registro, *sujetas a transcripción*, y, sin embargo, no transcritas, no perjudican a tercero que inscribe o transcribe. Pero en este sistema está excluida toda protección del adquirente registral frente a acciones reivindicatorias, de nulidad y de resolución *ex tunc*, aun cuando no consten expresamente en el Registro. La seguridad del dominio está únicamente en la usucapión. También carece de protección el adquirente:

1.º Frente a la acción confesoria derivada, ya de actos no sujetos a transcripción, ya de usucapión; y

2.º Frente a la acción hipotecaria derivada de hipotecas tácitas y de ciertos privilegios.

La transcripción produce preferencia en la colisión, pero no verdaderos efectos de publicidad sustantiva o material.

b) *Eficacia de segundo grado o intermedia*. Sistema austríaco. El Registro inmuniza a tercero de *toda acción real* no inscrita procedente de derechos limitativos del dominio, derechos de garantía o créditos y privilegios (art. 443 C. c. austríaco). La protección del tercero es mucho más amplia y eficaz que en el sistema francés, pues resultan excluidas acciones reales de tipo confesorio o hipotecario que deban su origen a *hechos jurídicos* al margen y además del acto o contrato. Mas la inscripción en el Código austríaco no convalida irrevocablemente el derecho de propiedad inscrito, y el adquirente inscrito no deja de ser en todo momento un sucesor a título singular intervivos de su causante, quedando en todo su vigor la regla: *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet* (art. 442). La inscripción no convalida en ningún caso *iuris et iure* la propiedad, y en todo momento únicamente es una presunción legal que admite prueba en contrario (artículo 323). En el Código austríaco la inscripción es necesaria: significa el modo o *traditio* instrumental para perfeccionar la transmisión. Pero nunca es constitutiva ni defiende eficazmente a tercero frente a las acciones reivindicatoria o revocatoria del dominio inscrito.

En el Código austríaco el círculo de inmunidad es más amplio que en el francés; abarca y excluye de la propiedad inscrita absolutamente to-

das las acciones confesorias, incluso aquellas no derivadas de títulos sujetos a inscripción. Pero queda siempre viva la acción reivindicatoria extraregstral.

c) *Eficacia de tercer grado o fuerte*. Sistema germánico. No sólo hay preceptos encargados de proteger a tercero frente a acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, sino también otros preceptos lo protegen frente a acciones reivindicatorias o revocatorias no inscritas. Este último y progresivo paso también lo dió el sistema español en 1861 con una intuición y una técnica superior a todos los sistemas coetáneos del llamado principio de publicidad. Por mucho que se compare la ley española de 1861 con el artículo 23 de la ley de Sajonia de 1843, o con los artículos correspondientes del proyecto de Ginebra de 1827, siempre resulta la fórmula española más amplia y más perfecta, y eso que mantenía la voluntariedad de la inscripción, eliminando respecto de sus modelos los preceptos que establecían la inscripción obligatoria (26).

En el sistema hipotecario español hay, como en el proyecto de Ginebra de 1827, superpuestos tres tipos, como tres círculos concéntricos, de eficacia:

1.º Un tipo primario de inmunidad del tercero frente a las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, procedentes de *títulos* sujetos a inscripción. Es el sistema que se apoya en el artículo 32 de la ley. Los *títulos* sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito.

2.º Un tipo secundario de inmunidad de tercero frente a acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, procedentes de actos no voluntarios, o sea, situaciones nacidas fuera del Registro, sin título, por la ley o por usucapión. Este sistema se deriva del artículo 13 de la ley. Los derechos reales nacidos de *hechos* no inscritos no perjudican a tercero inscrito.

3.º Un tipo terciario de inmunidad frente a acciones reivindicatorias, revocatorias o resolutorias, que no consten en el Registro y que se concretan en el mal llamado principio de fe pública encerrado en el

(26) En muchos sistemas germánicos se exigía obligatoriamente la inscripción, pero con distinto significado del de forma solemne o del de inscripción constitutiva. La inscripción era obligatoria para mantener al día el libro registro, para no producir de hecho el divorcio entre propietario inscrito y propietario verdad. Así, por ejemplo, la Ordenanza prusiana de 1783.

artículo 34 de la Ley, aunque en relación con el 36. La propiedad inscrita es, por regla general, irreivindicable.

La ley española parte del hecho indiscutido de que en España es posible la existencia legal fuera del Registro de toda clase de derechos reales—a excepción del de hipoteca, para el cual la inscripción es necesaria—. El legislador español de 1861 aceptó y consagró ese hecho de la existencia y eficacia de acciones reales fuera del Registro, y sólo quiso proteger a tercero inscrito frente a la *eficacia* de dichos derechos reales. Para ello sometió a publicidad al mismo dominio, organizó el folio real y el principio de especialidad y recogió un precepto de exclusión, inspirándose principalmente en el artículo 1.º de la ley belga de 1851 (27).

¿Qué acciones reales desde fuera del Registro podían perjudicar a tercero?

Dentro de la acción real llamada confesoria (*confesoria in rem actio*) por una tradición que arranca del Edicto perpetuo de Adriano, se comprendían los derechos de servidumbre predial; las servidumbres personales regulares (usufructo, uso y habitación); las servidumbres perso-

(27) Art. 1.º «Tous actes entre-vifs... seront transcrits en entier. Jusque-là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude.»

«C'est dans l'intérêt des *acquéreurs* de droits réels immobiliers—dice Martou—que la disposition a été demandée, c'est pour eux qu'elle a été faite. Il en était de même sous la loi de brumaire, dont l'art 26 restreignait le droit d'invoquer l'omission de la formalité aux personnes qui avaient à protéger un droit analogue à ceux par la transmission desquels la transcription était nécessaire.» (Martou. *Comentaire de la loi du 16 décembre 1851*. Bruxelles, 1855, pág. 84). «Mais qu'est-ce qui empêchait le premier acquereur de se mettre en règle? La formalité qui lui était prescrite est dictée par un intérêt d'ordre public. S'il l'a omise, à qui peut-il s'en prendre sinon à lui-même? Evidemment c'est sa négligence qui l'aurait compromis, ce n'est pas la sévérité de la loi» (ibi., pág. 85).

Art. 26, ley 11 de Brumario año VII: «Les actes traslatifs doivent être transcrits...; jusque là, ils ne peuvent être opposés aux *tiers* qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi.»

El régimen de la ley de Brumario fué suprimido por el mezquino régimen de transcripción del Código de Napoleón, que a su vez ha sido sustituido por la ley francesa de 23 marzo 1855, que no ha llegado, ni mucho menos, a restaurar el sistema de la ley de Brumario. Véase Grasset: *Les projets de Réforme hypothécaire depuis le Code civil*. París, 1907, págs. 19 y s.

nales irregulares (art. 531, C. c. español); los derechos del enfiteuta (28) y los de los pensionistas en los censos.

Además de la *confesoria in rem actio*, perjudicaba a tercero, por su carácter real, la acción hipotecaria, y por encima de ella había con eficacia real algunos créditos, llamados "singularmente privilegiados", y al par de ella, otros créditos simplemente privilegiados.

Finalmente, perjudicaba a tercero la acción reivindicatoria y la publiciana, pues el dominio nacía y nace de conformidad con la más pura teoría del título y del modo, mediante contrato y tradición, amén de los modos de adquirir clásicos, ocupación, accesión, usucapión, etc. (artículo 609 del C. c.).

Todas estas acciones y estos derechos reales pueden existir fuera del Registro, teniendo por fuente, bien un *título* (acto o contrato), bien un mero *hecho* (usucapión, servidumbre o hipoteca legales, etc.). Todas estas acciones, por su carácter real, se pueden ejercitar *contra tercero*, aunque éste ignorara su existencia. Había que decretar la inmunidad de ese tercero en cuanto se acogiera al derecho de asilo del Registro. Resultaba así una regla básica y fundamental: *Lo no inscrito no perjudicaba a tercero inscrito*. Esta idea arquetipo guió al legislador español, pero no se atrevió a proclamarla en toda su integridad. Jurídicamente ese arquetipo contenía dos manifestaciones o tipos, según que los derechos y acciones reales no inscritos hubieran nacido, bien de *título*, bien de mero *hecho*. Así, un primer tipo diría: Los títulos no inscritos no perjudican a tercero inscrito. Un segundo tipo: Los derechos reales derivados de *hechos* no inscritos no perjudican a tercero inscrito. El primer tipo lo formuló el legislador de 1861, pero no el segundo. El segundo tipo lo fué centrando la jurisprudencia en el artículo 13, máxime después de haberse abierto el Registro a los *hechos* por la ley de 1869. Cada tipo tiene una serie cíclica de subtipos. Veámoslo.

II DRITTWIRKUNG O TERCIVALENCIA: EL TIPO PRIMARIO Y SU SERIE CÍCLICA.

Los *títulos* sujetos a inscripción y no inscritos no perjudican a tercero. Esta regla fué la protagonista de la ley. La formuló el artículo 23

(28) Cuando el enfiteuta alcanza la condición de propietario y reduce al llamado dominio directo a un *iura in re aliena*, la *actio confesoria* compete al decadente dominio directo.

de la primitiva ley de 1861 (art. 32 del texto actual), del cual se dijo que contenía en sí toda la ley.

Dice así el artículo 32 de la ley actual, que es el 606 del C. c.:

"Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén *debidamente* inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero."

Como aplicaciones de ese precepto, tenemos los siguientes subtipos:

Primer subtipo: Acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias *ex nunc*:

Art. 37: "Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra *terceros* que hayan *inscrito* los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley" (29).

Segundo subtipo. Acción hipotecaria:

A) Nacimiento del derecho de hipoteca:

a) *Hipoteca legal:* Art 158, párrafo 2.º: "Las personas a cuyo favor concede la ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho." La hipoteca legal se reconduce al mismo sistema que la hipoteca voluntaria: o las partes, reconociendo voluntariamente su situación ante la ley, otorgan escritura pública de constitución de hipo-

(29) «Se exceptúan — sigue el artículo — de la regla contenida en el párrafo anterior:

Primero. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.

Segundo. Las de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

Tercero. Las de retracto legal, en los casos y términos que la leyes establecen.

Cuarto. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:

a) Cuando hubiese adquirido por título gratuito.

b) Cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicara, por sí solo, complicidad en el fraude.

En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años contados desde el día de la enajenación fraudulenta.

En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan.»

teca; o la hipoteca se constituye por resolución judicial. En uno y otro caso, la hipoteca, incluso legal, sólo nace mediante un título público. Por eso añade el artículo 159: "Para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyen." No hay acción hipotecaria por *hechos* que puedan dar lugar a hipoteca legal. La acción hipotecaria procede siempre de título inscrito.

b) *Hipoteca voluntaria*: El artículo 146 de la primitiva ley de 1861, moviéndose dentro del principio de "los títulos no inscritos no perjudican a tercero", estableció respecto de la hipoteca voluntaria:

"Para que las hipotecas voluntarias puedan *perjudicar a tercero*, se requiere:

Primero. Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública. (No hay hipoteca sin título.)

Segundo. Que la escritura se haya inscrito en el registro que se establece por ésta ley. (El título no inscrito no perjudica a tercero inscrito.)"

A través del artículo 1875 del C. c. español, el artículo anterior cambió de redacción:

"Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:

"Primero. Que se hayan constituido en escritura pública. (No hay hipoteca sin título constitutivo.)

Segundo. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. (La inscripción equivale al modo de adquirir.) La acción hipotecaria necesita título y modo. La inscripción es necesaria porque en este caso está en el lugar de un modo de adquirir.

B) *Modificaciones en el derecho garantido con hipoteca*. En consonancia con la regla "los títulos no inscritos no perjudican a tercero inscrito", constituida la hipoteca, su modificación no perjudica a tercero, si no está inscrita.

Art. 144. "*Todo hecho o convenio* (30) entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el *pago*, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso.

(30) El artículo comprende *hechos y títulos*. El pago fué siempre para la doctrina española un *hecho*; éste es el motivo de que el texto legal se refiera a *hecho*.

no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos."

Tercer subtipo: Usucapión:

La usucapión ordinaria, como exige justo título, pertenece a la serie de eficacia de los títulos no inscritos; la extraordinaria, que no exige título, a la de los hechos.

La ley de 1861 recogió la usucapión ordinaria, sujetándola al mismo principio y tipo de "los títulos no inscritos no perjudican a tercero inscrito". Así, decía:

Art. 35. "La prescripción no perjudicará a tercero, si requiriendo justo título no se hallare éste inscrito en el Registro." "El término de la prescripción empezará a correr en tal caso, y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción." Esta doctrina la recoge en su integridad el artículo 1.949 (31) del Código civil, hoy vigente. La prescripción o usucapión extraordinaria, sin título, como derivada de un hecho (hecho posesorio) quedaba al margen de la Ley Hipotecaria en toda su eficacia civil. La primitiva ley de 1861 no exigía ni admitía la inscripción de la posesión como hecho (32). Por lo mismo no reguló su eficacia en la usucapión extraordinaria. Es verdad que el propietario que careciese de título de dominio podría inscribir su derecho (de propiedad) justificando su posesión en el Juzgado (art. 397, ley 1861). Pero se trataba de un precepto de Derecho transitorio, para facilitar la inscripción de propiedad; nunca la posesión. Era un dominio presunto, un título supletorio.

La ley de 1869, al llevar al Registro la posesión, antepuso en el artículo 35 un párrafo: "La prescripción que no requiere justo título, no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla." La última reforma hipotecaria (ley de 1944 y texto refundido de 1946) expulsa del Registro la posesión, y por consecuencia, el hecho de poseer queda otra vez fuera de la Ley Hipotecaria y sólo dentro del Código civil.

(31) Art. 1.949: «Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo.»

(32) Genovés: *La posesión y el Registro de la Propiedad*, Barcelona, 1945, págs. 7-8.

El *hecho* de la posesión perjudica a tercer adquirente inscrito en los mismos términos que su *scientia* o *mala fides*, en la teoría de los modos de adquirir. Se ha sacado así el problema de la serie "los títulos (o los hechos) no inscritos no perjudican a tercero, para trasponerlo al sistema de la buena o mala fe en el llamado principio de fe pública". (Luego lo veremos.)

III.—EL TIPO SECUNDARIO Y SU SERIE CÍCLICA.

Los derechos reales, sin título, nacidos de *hechos* no inscritos, no perjudican a tercero inscrito.

Los redactores de la primitiva Ley Hipotecaria (1861) no comprendieron en su sistema los *hechos*, ni inscritos, porque no se inscribían, ni no inscritos, porque ni se excluyeron, ni se postergaron como los *títulos*. La ley hablaba de "*títulos* sujetos a inscripción" y no de *hechos* sujetos a inscripción y, en efecto, enumeraba los títulos sujetos a inscripción, y omitía la posesión, la usucapación extraordinaria, la sucesión testada o intestada, amén de la ocupación y accesión. De pasada y refilón admitió la primitiva ley la eficacia registral de ciertos *hechos*: los eventos de las condiciones.

Todos los *hechos* quedaban intocados en su eficacia sustantiva por la primitiva ley, inmersos, vivos y virulentos en el Derecho civil tradicional. Esos hechos con eficacia real forman cuatro subtipos. Para la mejor diferenciación de los subtipos del tipo primario, prefiero llamarlos infratipos:

Primer infratipo. Derechos reales constituidos directamente por la ley. Un mero hecho sirve de agente provocador de la ley: usufructos, servidumbres e hipotecas legales. (De la hipotecas legales ya he hablado.) Los usufructos legales quedan sujetos íntegramente al Derecho civil: El usufructo por razón de la patria potestad, por ejemplo, no está sujeto a inscripción. La servidumbre legal, del mismo modo que la hipoteca legal, sólo da derecho a pedir la constitución del derecho real mediante título.

Segundo infratipo. Derechos reales limitativos constituidos por usucapación extraordinaria. (La ordinaria, como hemos visto, requiere justo *título* y entra como subtipo en el tipo primario.)

La prescripción extraordinaria no entraba en juego en la primitiva ley, que sólo gravitaba sobre *lo sujeto a inscripción*, pero no sobre *lo*

no sujeto, como el hecho posesorio, base y raíz de la usucapión extraordinaria. La cosa tenía su importancia: era volver en parte al régimen de cargas ocultas proscrito por la exposición de motivos de la primitiva ley. La ley de 1869, como ya vimos antes, incluyó en el artículo 35 el hecho posesorio que produce la prescripción o usucapión extraordinaria y que perjudicará o no a tercero inscrito, según esté previamente inscrito o no el indicado hecho posesorio. El nuevo artículo 36 de la vigente ley hipotecaria admite la usucapión de los *iura in re aliena* en contra del Registro. Circunscribiendo la prescripción adquisitiva o usucapión extraordinaria a la servidumbre y otros *iura in re aliena*, tenemos:

1.º En la ley de 1861 tales derechos reales se podían adquirir por usucapión extraordinaria en contra del Registro.

2.º En la ley de 1869 la regla anterior quedó derogada: Ninguna usucapión extraordinaria si no está inscrito el *hecho* posesorio que la motiva. Sin embargo, el Tribunal Supremo aplicó el principio de publicidad—nadie puede alegar ignorancia de lo inscrito—a situaciones patentes y ostensibles, pero no inscritas: no es excusable la ignorancia de tales situaciones notorias—vino a decir el Tribunal Supremo—.

El Tribunal Supremo fué un precursor de los reformadores de 1944: centró el problema de todos esos derechos reales derivados de hechos no inscritos en el artículo 13. El texto primitivo del artículo 13 se limitaba a indicar los requisitos (forma) de la inscripción de servidumbre. Desde luego, la servidumbre registrada, que perjudicaba a tercero, había sido inscrita cumpliendo los requisitos del artículo 13. La servidumbre no inscrita tenía una doble manifestación: si tenía título, era un caso, más que de servidumbre; de título no inscrito; si, por el contrario, no tenía título, aunque excluida del ámbito del artículo 32, no podía perjudicar a tercero inscrito más que cumpliendo los requisitos del artículo 13 si se hubiera inscrito. El artículo 13, lo dijera o no lo dijera su texto, aparte de ser precepto de forma, era un precepto de eficacia.

Dentro de estos derechos reales existentes sin título fuera del Registro, hay que distinguir, según la jurisprudencia del Supremo, los siguientes grupos:

a) Derechos reales *ocultos*. (Censos, hipotecas, alguna servidumbre.) La Ley Hipotecaria precisamente fué un antiséptico contra ellos. No perjudican a tercero inscrito.

¿Y si el tercero conoció la existencia de esas cargas ocultas? Para el Tribunal Supremo no basta el mero conocimiento. En vez de conocimiento, se trata de asentimiento. Es indispensable que "el conocimiento se revele evidentemente... por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero" (23 marzo 1906); "Por actos propios del adquirente o hechos cuya significación no pueda desconocerse, demostrativos de su asentimiento... pues no consta que el tercero haya realizado acto alguno que implique su reconocimiento (del gravamen) como tampoco lo implica la noticia más o menos vaga o exacta que pudiera tener del hecho del gravamen al adquirir la finca." (23 septiembre 1897); Los derechos de pastos como no ostensibles sobre la finca, "sin que resulten de las propias inscripciones, donde en su caso deberían constar, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, no perjudican a tercero". (28 junio 1897); no basta probar que fueron comunicadas al tercero las cargas; es preciso que el tercero abandone su situación pasiva, actúe por actos propios inequívocos demostrativos de su asentimiento. (Sents. T: S. 29 y 30 sep. 1897; 13 mayo 1903, 24 noviembre 1915, etc.) (33)

b) *Derechos reales patentes* El principio de publicidad impide alegar ignorancia de lo inscrito, que por esto perjudica siempre a tercero. Fuera del Registro también actúa el principio de publicidad, porque *la evidendia hace inexcusable la ignorancia*. Cuando una servidumbre es ostensible y pública por signos externos, objetivos, materiales y evidentes, no puede ser desconocida por el tercero y, por tanto, le perjudica como si estuviera inscrita. No es problema de conocimiento efectivo. Aunque demostrara el tercero su absoluta ignorancia, le perjudicaría la carga extrarregistral. Así, el T. S. tiene declarado el perjuicio ineludible del tercero respecto de las siguientes cargas:

a) *El emplazamiento de una presa o azud*. Perjudica a tercero "porque según aprecia la Sala sentenciadora, debía serles conocida la limitación de referencia, sin que de ella pudiesen alegar ignorancia al adquirir la fábrica" (13 ene. 1913); (14 oct. 1905, igual doctrina respecto a un cauce; 11 ene. 1895 respecto de un acueducto, etc.).

b) *Luces y vistas ostensibles*. "Carece de la calidad de tercero para los efectos determinados en los artículos 2.º, 13, 23 y 27 de la

(33) La nueva Ley de 1946, en su artículo 13, no exige el requisito de la buena fe. Hay que entender que para el artículo 13 nuevo está íntegramente vigente esta jurisprudencia anterior a 1946.

Ley Hipotecaria el que adquiere bienes gravados legítimamente con cualquier servidumbre, respecto de cuya existencia, por revelarse *mediante signos ostensibles e indubitados*, no pueda dudarse, aunque la tal servidumbre no estuviera especialmente inscrita en el Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el gravamen, falta por entero la razón en que tales preceptos legales se fundan." (5 abr. 1898; 31 marzo 1902).

c) *Vértiente de agua de tejado* (Stillicidi). "En el caso del presente recurso se trata de una de las servidumbres más ostensibles, que lo mismo a tenor del Derecho antiguo que del vigente, puede adquirirse sin título por el lapso de tiempo" y perjudica a tercero (12 octubre 1904).

d) *Signo aparente puesto por el que fué dueño común* de dos fincas contiguas. "El signo ostensible y permanente de una servidumbre es el título característico de su existencia; allí donde se revele hay que suponer el derecho anterior en ejercicio... y revela la existencia *inequívoca* de la servidumbre objeto de la contienda" (17 nov. 1911; 7 febrero 1896.)

Examinando toda esta jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede apreciar dos cosas: primero, se centra el problema en los conceptos de publicidad y carga oculta, y no en el principio de buena fe. Segundo, no se trata de que el tercero, *de facto*, conozca e ignore la existencia de la servidumbre (principio de buena fe), sino de que por lo ostensible y público de la servidumbre o derecho, no pueda alegar ignorancia excusable (principio de publicidad). El Tribunal Supremo sigue el principio "de internis non iudicat".

La Ley Hipotecaria de 1946 redactó nuevamente el artículo 13 diciendo: "Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que *surtan efectos contra terceros*, deberán constar en la inscripción de la finca o derechos sobre que recaigan" (34).

(34) El artículo fué concebido como una aplicación del folio real: la única inscripción eficaz es la que se haga en el folio real abierto a la finca gravada, y no la que se haga, indebidamente, o de pasada (antiguas menciones del derogado art. 29) en el folio de otra finca. Desdichadamente, habla de «efectos contra terceros», en plural, como si se tratara de un registro de prioridad, en vez de, o bien omitir la norma de eficacia, como el primitivo artículo 13. o bien acomodarla a la terminología del artículo 32, del 37 ó del 144.

A *sensu contrario*, los *iura in re aliena* que no consten inscritos en el folio real correspondiente, no deben perjudicar a tercero. Sin embargo, el artículo 36 (35) limita esta regla negativa:

1) Los *iura in re aliena* que son susceptibles de posesión y, por tanto, de adquisición por usucapión extraordinaria, perjudican a tercero, si éste consiente dicha posesión durante todo el año siguiente a la adquisición de la finca (36). "Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente y ésta pueda adquirirse por prescripción, el año se contará desde que el titular (el tercero) pudo conocer su existencia" porque "tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocerla" "o en su defecto desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente".

Transcurrido dicho año, el tercero pierde todo amparo de la Ley Hipotecaria y queda sometido a la legislación civil.

2) Los *iura in re aliena*, no susceptibles de posesión, no perjudican a tercero si no estuvieren debidamente inscritos. Siguen la regla general del artículo 13.

Tercer infratipo. Los hechos en condición. Hay otra clase de hechos no inscritos que pueden tener importancia en los efectos inmunitantes de la inscripción. Son los *eventos* de las condiciones.

La primitiva ley de 1861 mencionaba entre las circunstancias que habría de tener la inscripción las "condiciones" del derecho que se adquiría. Se abarcaba así todo el contenido de un acto o contrato, cuando la palabra condición tenía sentido de pacto o estipulación (37). Naturalmente, la resolución o rescisión (art. 1.124 del C. c.) por incumplimiento de condiciones u obligaciones bilaterales, alcanzaba al tercero y, singularmente, el impago del precio aplazado. Muchas inscrip-

(35) El artículo 36 se refiere a un único tercero: el del artículo 34. Pero los terceros comprendidos en los artículos 32, 37 ó 144, etc., son muchos más que los comprendidos en el 34.

(36) La servidumbre y los derechos reales susceptibles de posesión no están en ningún caso comprendidos en el apartado a) del artículo 36, que se refiere a posesión «a título de dueño por persona distinta del *transmitente*». Los *iura in re aliena* no se poseen a título de dueño. El apartado a) sólo se refiere a la usucapión extraordinaria del dominio. Por lo mismo, para el artículo 13, lo mismo que para el 32, no hay principio de buena fe.

(37) El número 9 del artículo 61 del correspondiente Reglamento obligaba al Registrador a copiar literalmente las *condiciones* contenidas en el título.

ciones expresaban la "forma y plazos en que se hubiere convenido el pago" (38) (art. 11).

Ni que decir tiene que si entraban en el Registro las "condiciones" en sentido amplio, con más razón tenían acceso las condiciones en sentido técnico: la condición suspensiva y la resolutoria. Con arreglo a este régimen en el Registro había incrustados dos medios de influir en su eficacia por *hechos* ajenos al Registro: el incumplimiento de condiciones impropias y tácitas; y el incumplimiento o el cumplimiento de condiciones propias y expresas.

El texto refundido de 1946 suprime totalmente la repercusión registral de las condiciones tácitas. El artículo 9.º de la ley (39) sólo se refiere al ingreso en el Registro de las condiciones técnicas: suspensivas o resolutorias; y el 23 al modo de hacer constar su cumplimiento o incumplimiento. El mecanismo es bien sencillo: al tercero no le perjudican más condiciones suspensivas, resolutorias, revocatorias o rescisorias, que aquellas que consten de modo expreso en el Registro, en los términos que hemos expresado al hablar del primer subtipo. Los *hechos* de cumplimiento o incumplimiento que no sé refieran a condiciones en sentido técnico estricto, no afectan a tercero, ni siquiera tratándose del pago o impago del precio aplazado (art. 11).

Cuarto infratipo Los *hechos* que dan lugar a la sucesión testada o intestada.

Cuando se redacta la ley de 1861 no existe nuestro Código civil. El influjo de la doctrina y Código franceses es trascendental. En la legislación belga de 1851, la sucesión era un mero hecho, por el principio "le mort saisit le vif". La herencia la produce un *hecho*—el de la muerte—y no un título, y menos un acto o contrato del heredero o herederos. La ley de 1861, siguiendo a la belga, omitió toda referencia a derechos hereditarios. Sin embargo, en España el testamento había tenido siempre consideración de *título*; cuando menos la sucesión testada, por obedecer a un acto voluntario y documental, debía incluirse en la serie de títulos sujetos a inscripción. Por otra parte, la adquisición de la herencia se verificaba por un *acto* del heredero: la aceptación.

La ley de 1869, subsanando la de 1861, acogió por primera vez el título universal, como título inscribible y, por lo tanto, como pertene-

(38) Muchas veces los interesados, por desidia, no hacían constar en el Registro el pago del precio al finar el plazo.

(39) Y el correspondiente (51) del Reglamento.

ciente al sistema del artículo 32. Así se produjo el artículo 16 de la vigente ley: "Los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular que no los señale o describa individualmente, podrán obtener su inscripción, presentando dicho título con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquél transmitido, y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir" (40). Y al artículo 23 (hoy 32), como no podía menos, se le acusó la reforma agregándole un segundo párrafo.

"La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado, no perjudicará a tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma."

"Exceptuáanse los casos de herencia testada o intestada, mejora o legado, cuando recaiga en herederos necesarios." (41).

El tercero a que se refiere este artículo no es el heredero ni el legatario en ningún caso, pues el adquirente *mortis causa* no tiene jamás la cualidad de tercero. Mas este adquirente *mortis causa* puede transmitir los bienes a un tercero—tercero hipotecario del artículo 34—en perjuicio de un heredero de mejor derecho a quien correspondería la *petitio hereditatis*: tal titular de la petición de herencia es el tercero a que se refiere el artículo transcrito. Hay, pues, tres personas en el juego: un heredero aparente o presunto que inscribe a su nombre los bienes de la sucesión: no es nunca tercero. Un comprador de esos bienes: tercero hipotecario. Y un heredero real (porque el testamento que lo instituye es posterior al del heredero aparente, o el de éste se anula, etc.) que reclama la herencia asistido de la *petitio hereditatis*. Si entabla la acción en cualquier tiempo, antes de que el heredero aparente venda los bienes, no se aplica la Ley Hipotecaria, sino solamente el Código civil.

(40) Fué en las leyes de 1869 y 1909 un segundo párrafo, un poco más barroco, del artículo 21. Se incluyó entre las circunstancias que debían tener las escrituras públicas (y la inscripción). El legislador asimiló al título universal el singular genérico o abstracto que diera derecho a los bienes sin describirlos.

(41) Este último párrafo fué adicionado por la ley de 17 de julio de 1877. Actualmente ambos párrafos integran el artículo 28, habiéndose fijado el plazo en dos años y sustituido la expresión «herederos necesarios» por «herederos forzosos». El artículo 16 de la vigente ley es un residuo histórico innecesario, dado que la teoría del título universal está recogida en el artículo 14, nuevo en la última Ley.

Si la entabla después de la venta y antes de los cinco (42) años, tampoco está protegido el comprador. Si la entabla después de los cinco años, o si los herederos inscritos son herederos forzosos—hijos legítimos o padres, por ejemplo—, la *petitio hereditatis* no cabe contra el comprador de los bienes.

Dadas las concomitancias históricas y técnicas entre *petitio hereditatis* y reivindicación, el párrafo a que nos referimos, redactado de otra forma, debió incluirse por los legisladores del 69 en el artículo 34 de la Ley y no en el 23 (hoy 32).

ACCIÓN REAL Y TERCERO CIVIL. SUCESIÓN E INMUNIDAD.

La distinción entre eficacia "inter partes" y eficacia *erga omnes* procede de las posibilidades de mutación subjetiva en una relación jurídica. Las obligaciones eran en el Derecho romano intransmisibles; quedaba siempre su eficacia entre las partes. Las cosas, por el contrario, eran transmisibles produciendo la figura del *successor in re, iure singulare*.

El derecho real sigue a la cosa como la sombra al cuerpo. Es inherente a la cosa y, por tanto, afecta a todo *successor in re*. Mientras la obligación—y por tanto, la acción personal—sólo tiene una dimensión: la longitud (las partes son dos puntos terminales de una recta), el derecho real y la *actio in re* tienen una segunda dimensión: la profundidad; la trascendencia al *successor in re*, llamada trascendencia real o eficacia *erga omnes possidentis*. A ese *successor in re* se le llama tercero; es el demandado—o legitimado pasivamente—por una acción real: *reus actione reali coactus*.

La relación *inter partes* excluye la acción real. Cuando entre demandante y demandado hay un vínculo contractual, una relación jurídica *iure obligationis*, no se entabla una acción real. La relación obligacional *inter partes* se superpone a la real. En este sentido, el tercero de que me ocupo—*reus adversus realem actionem*—tiene una misma nota genérica con el tercero del sistema de la prioridad: es también un *tertius non agens*.

Pero hay una última diferencia: el tercero de la prioridad es un sujeto pasivo colectivo e indeterminado, que hemos visto colocado fuera y circunyacente del Registro; el tercero de la acción real es un sujeto

pasivo singularmente determinado—*ob rem*—por la posesión de la finca gravada: es el adquirente—no importa si de la propiedad o de la posesión—de una finca gravada; es un “successor in re, iure singulare”. Es el titular de la nuda propiedad frente al usufructo; el del dominio directo frente al útil (o viceversa); el del predio sirviente frente al dominante; el poseedor o dueño frente a la acción hipotecaria; en una palabra, el demandado frente a una acción confesoria o hipotecaria. Y también el titular del derecho de usufructo respecto al reivindicante que reclama la finca al nudo propietario o de la segunda hipoteca frente al de la primera que ejecuta.

Aunque la frase “tercer poseedor” se ha circunscrito en estos últimos tiempos, de espaldas a la historia, al *adquirens iure singulare* de una finca hipotecada, en realidad el tercero *reus actione reali* no es otro que el mismo tercer poseedor. Históricamente al tercero afectado por la acción real, después que ésta había triunfado—*post evictionem* (43)—se le llamada “tercer poseedor” si había sido vencido en una ejecución hipotecaria, o “poseedor de buena fe” (44) si había sido eviccionado por una acción reivindicatoria. Tercer poseedor y poseedor de buena fe no son situaciones primarias, sino ulteriores, en liquidación: aluden a un conjunto de derechos de un vencido y desposeído judicialmente. Pero mientras esta situación no llega, no son más que terceros frente a una acción real.

El derecho real puede ser clandestino. El tercero que compra puede, sin saberlo, comprar una finca gravada. Frente a este fenómeno, el principio de publicidad a través del Registro puede tomar una de estas dos posiciones:

(43) La evicción procede por cualquier derecho (art. 1.475 C. c.) y no como algunos creen sólo por el dominio del actor. El artículo 1.502, derivado de la acción de evicción por la regla *tunc incipit actio quum ea per rerum naturam praestari potest*, coloca en la misma línea la acción reivindicatoria y la hipotecaria.

(44) Mejor que el artículo 433 del Código civil, la Ley 39 del título 28 de la III Partida, caracterizaba el concepto de «ex propietario» diciendo: «A buena fe compran los omes, o ganan casa . e acaesce que viene después el verdadero señor della, a demandaseia, e vencelo en juicio. E en tal caso como este dezimos que el señorío de los frutos que oviese recebido, e despendido del heredamiento *este vencido*, que deben ser suyos . . .» La buena fe la define positivamente dicha ley «cuidando que es suyo de aquellos que lo enajenan o que han derecho de lo faz»; y negativamente, la Ley 40 «sabiendo que aquellos de quien las han, que no han derecho de los enajenar».

a) Inexistencia. No existe derecho real que no nazca por y desde la inscripción. Sin inscripción no hay más que derechos personales. El Registro es el padre del derecho real. Esta postura, en la mayor parte de los países, tropieza violentamente con el Derecho tradicional. En España, con la teoría del título y modo (contrato y posesión).

b) Ineficacia relativa. Los derechos reales nacen desde luego fuera del Registro con arreglo al más estricto Derecho civil tradicional. Pero el tercero, el posible *reus adversus realem actionem*, si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. Frente a la persecución de la acción real, en el Registro hay un derecho de asilo: frente a las embestidas de derechos extrarregistrales, la inscripción, como ha dicho González Palomino, "es un burladero". Tal es la posición del Registro español: el Registro no es cuna, sino castillo. En el castillo no se nace; se defiende.

Naturalmente, el derecho de asilo se gana "acogiéndose a lugar sagrado", entrando en el Registro. Si el tercero, en el sistema de la prioridad, es un tercero "externo" al Registro, el tercero de la acción real es un tercero "interno". En la "prioridad", el Registro, respecto a los terceros externos, es la "ordinatio creditorum" (45); en la publicidad, respecto del tercero interno es un *refugium*; es el alcázar del tercero en campo poblado por derechos reales no inscritos. Los terceros externos se ordenan radialmente frente al Registro. Los terceros internos sucesivamente dentro del Registro. Tercero externo es un concepto circunvolutivo; el interno, consecutivo. Partes y tercero interno son conceptos terminales. en el tracto sucesivo, el tercero interno es un eslabón final. El tercero externo está determinado por una relación jurídica inscrita; el interno, por una no inscrita.

Ese tercero que fuera del Registro es un sucesor y está afectado por cualquier acción real, en el Registro queda ileso. Pero ileso de las acciones reales extrarregistrales: *no de aquellas que deban su origen a títulos inscritos y consten expresamente en el Registro*. Lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito. A *sensu contrario*, el artículo 32 dice: Los títulos debidamente inscritos perjudican a tercero inscrito. Esto significa:

1) Los derechos y situaciones de eficacia real se han de derivar de *títulos debidamente* inscritos: esto es, han de tener su causa en *títulos* sujetos a inscripción e inscritos. Los derechos reales no nacen por la

(45) Incluso al propietario se le llama «acreedor de dominio».

inscripción, sino por el título. No hay inscripciones abstractas ni sustantivas. La inscripción integra y amplía una eficacia, no la crea.

2) Los títulos *indebidamente* inscritos no perjudican a tercero: los derechos personales, las situaciones no incluidas entre los títulos y derechos sujetos a inscripción, no perjudican a tercero inscrito (arts. 11, 29 y 98).

3) No todo el contenido del título perjudica a tercero, sino solamente el recogido *debidamente* por la inscripción. El sistema español no es de transcripción, sino de inscripción; no es Registro de documentos, sino de títulos. El Registrador, después de juzgar o calificar el título, lo extracta, según detalladas normas legales y reglamentarias. *Calificación* y *extracto* forman parte del principio de legalidad: ambos transforman un Registro de documentos en un Registro de títulos. El extracto es un título a escala reducida. El Registrador exprime el título y recoge *conceptos*, no derechos subjetivos aislados e individualizados. Los errores de su actividad son errores *materiales* y errores de *concepto* (art. 211 ley); y no como en el B. G. B. alemán errores de hecho y errores de derecho.

Pues bien; lo que perjudica o beneficia a tercero es el extracto, el contenido del asiento registral; nunca el contenido no recogido en el Registro del título que se inscribió. Sin embargo, por excepción perjudica a tercero el título más allá del contenido expreso del asiento:

a) A tercero le perjudica el contenido *natural* de los derechos constituidos en el título inscrito. El Registrador recogerá escrupulosamente cuanto en el título signifique desviación del tipo legal del derecho, acto o contrato que se constituya. Los *naturalia negotia*, los deberes legales del titular, etc., perjudican a tercero aun cuando no consten expresos en el asiento, mientras no resulte clara su derogación.

b) El crédito hipotecario (*). Es casi una aplicación del principio anterior. El crédito hipotecario no se ejecuta con el certificado del Registro, sino que el título ejecutivo es la escritura pública, lo mismo si la acción es *inter partes* que contra tercer poseedor. Aun en este caso, el Juez, para despachar la ejecución, no investiga si el motivo que origina la acción está expreso o no en el Registro. Le basta con que esté en el título. Claro está que en la práctica la cosa carece de importancia

(*) Lo mismo sucede en todo sistema de casilla respecto de la hipoteca

porque el Registrador ha inscrito en el asiento todas las estipulaciones de la hipoteca.

c) La modificación del crédito hipotecario inscrito. El artículo 144 de la Ley dice: "Todo hecho o convenio entre las partes que pueda *modificar* o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos." El convenio modificador con sólo cruzar el folio real dejando constancia en él, perjudica íntegramente a tercero. También en este caso, más que la Ley, los buenos usos del Registro español ha evitado todo problema en la práctica.

ILESIÓN, PERO NO EXTINCIÓN.

La ilesión del tercero interno no implica la muerte de los derechos reales no inscritos.

Estos derechos reales, aun cuando no estén inscritos, existen por obra y gracia del título o del hecho constitutivo. Además de existir, son eficaces y valen:

a) *En todo caso* frente al titular inscrito que ha sido parte en el título constitutivo, pues *inter partes* no cuenta la inscripción.

b) *En algún caso* frente a derechos reales no inscritos, pero conexos *ob rem* con la cosa. El derecho real tiene siempre eficacia trascendente por fuero civil. Únicamente la pierde al chocar con el muro del registro si detrás de este muro está cobijado el tercero. Mientras no haya tropiezo con la inmunidad del tercero inscrito, hay eficacia *erga omnes*. Cabe una acción real extrarregistral contra la nuda propiedad no inscrita, estando inscrito solamente el usufructo o seudo-usufructo, o viceversa.

c) *En ningún caso*, es decir, son totalmente ineficaces esos derechos reales vivos fuera de Registro frente a tercero cuando se trata de derechos de hipoteca, aun cuando fueren legales.

¿Qué requisitos necesita ese tercero interno para su protección? Nada más que uno: inscribir. Ni siquiera hace falta como en el artículo 34 que exista una previa inscripción.

Es verdad que el heredero, aunque inscribe, no está protegido: pero es que el heredero no es tercero su personalidad se funde con la de su causante. Los requisitos de *onerosidad* y *buena fe* no se exigen

al tercero del artículo 32 y concordantes de la Ley. No cabe la analogía con el artículo 34, de otra contextura técnica.

El tercero del ciclo del artículo 32 es un tercero determinado por la acción real. *Civilmente*, toda acción real le perjudica. Si se refugia en el Registro, queda ileso frente a las acciones reales no inscritas.

El tercero del artículo 32 y la buena fe.—Por otra parte, los redactores de la Ley Hipotecaria, al redactar el artículo 32, no solamente prescindieron, sino que teniéndolo en cuenta, lo *rechazaron*, del requisito de la buena fe.

En efecto, tuvieron de modelo el artículo 1.º de la Ley belga de 1851, cuya génesis y antecedentes conocía maravillosamente Gómez de la Serna. El tercero, según la Ley belga, debe haber contratado *sin fraude*. Estas palabras no existían en la redacción primitiva del proyecto. Fueron introducidas por el Parlamento a consecuencia de la discusión tenida por M. Jullien con el ministro de Justicia.

Pero el mejor comentarista de la Ley belga, Martou, tan conocido de Gómez de la Serna (ob. cit., tomo I, pág. 85), criticó la innovación diciendo:

“Este sistema—sin fraude—*no está en armonía con los principios de la ley nueva*. Fundado sobre una base errónea, recela peligros que la práctica no tardará en hacer sensibles. Se dirá que es preciso evitar que un adquirente de buena fe sea eviccionado por un adquirente posterior obrando en complicidad con el vendedor. Mas ¿qué es lo que impide al primer adquirente ponerse en regla? La formalidad que le está prescrita está dictada por un interés de orden público. Si él la ha omitido, ¿a quién se puede quejar sino a él mismo? Evidentemente es su negligencia la que le habrá comprometido, no la severidad de la Ley. La seguridad de los terceros ¿puede ser completa en un sistema en el que sufren los efectos de actos no transcritos porque se declare, más o menos arbitrariamente, que aquellos terceros los han conocido? ¿No es abrir la puerta a contenciones infinitas el admitir que el simple conocimiento *de hecho* suple al conocimiento legal resultante de la formalidad prescrita? Este conocimiento de hecho puede nacer de circunstancias de naturaleza variada. ¿A qué medios de prueba se habrá de recurrir? ¿Qué grado de conocimiento habrán de tener los terceros de la convención precedente? Nos metemos así en una muchedumbre de dificultades, se alimenta una fuente inagotable de procesos, se suspende sobre la propiedad las incertidum-

bres que la ley nueva, por su finalidad, tenía precisamente que disipar. Hubiera sido mejor apoyarse antes que nada sobre principios de rigor y decisivos y no sobre temperamentos de equidad, en los que la aplicación siempre arbitraria y variable desembocará frecuentemente en consecuencias en todo opuestas a las que se espera alcanzar. Esto no había escapado a los Tribunales franceses bajo el imperio de la ley de brumario del año VII. La corte de casación de Francia decidió en varios fallos que el conocimiento personal que hubiera tenido un segundo adquirente de una enajenación anterior, no le privaba del derecho de oponer la falta de transcripción. No se puede, decía, acusar de fraude al que compra un inmueble habiendo podido saber que ya estaba vendido a otro, cuando esta primera venta no ha sido transcrita, y consecuentemente, no ha habido traslación de propiedad. No hay fraude en aprovecharse de una ventaja ofrecida por la Ley, y es el primer adquirente quien debe imputarse a sí mismo, al no transcribir su título, no haber usado de una diligencia igual a la del adquirente posterior."

Ante estos y otros razonamientos, la Comisión que redactó la primitiva Ley española prescindió, *a sabiendas y con deliberada intención*, de la frase "sin fraude" de su modelo, la Ley belga. La jurisprudencia del Supremo y el texto de la nueva Ley no autorizan tampoco a introducir en los preceptos que examinamos el llamado principio de buena fe. Por otra parte, este principio, técnica e históricamente, acompaña a los *modos de adquirir* la propiedad. Pero el Registro español, por voluntad expresa de todos los legisladores en la materia—1861, 1869, 1909, 1936—ha sido colocado al margen y fuera de los modos de adquirir y dentro de los medios de proteger al tercero. No afecta al *nacimiento del derecho subjetivo*, sino a su *eficacia*. Pero en el Derecho, lo importante es la *eficacia*. La *eficacia* mide al derecho.

IV. EL TIPO TERCIARO. LIMITACIONES A LA REIVINDICACIÓN.

Cubiertas ya dos etapas en la redacción de la Ley de 1861, no se había planteado el problema en la Comisión de Códigos. Después de la acción pauliana no se había pasado de discutir la *restitutio in integrum* que quedó incluida en el artículo 36 con las acciones rescisorias, según un apunte de puño y letra del Secretario de la Sección de lo civil, señor Molero, que encontré en la archivo de la Comisión.

Un buen día aparecen redactados los artículos 33 y 34. Tengo el indicio que tal vez fué el agente provocador un discurso de Permanyer. El problema fué éste: si se interpreta con rigor el precepto de que los títulos sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito, ¿queda o no queda fuera de combate la acción reivindicatoria derivada de títulos no inscritos? Si quedan ineficaces las acciones confesoria e hipotecaria, ¿por qué no la reivindicatoria? Pero si el artículo 23 (hoy 32) incluía en su ámbito y, por tanto, excluía a la reivindicación, resultaba que la inscripción se hacía inatacable por títulos anteriores, no inscritos, ni de posible inscripción por el artículo 17. En la inmensa mayoría de los casos vendría a resultar que la inscripción convalida títulos inválidos frente a acciones de nulidad derivadas de títulos anteriores no inscritos. El artículo 23 (hoy 32) vendría a sentar el principio de integridad de la inscripción en un Registro de títulos: Los títulos no inscritos no existen. Únicamente cuentan los títulos inscritos para el tercero.

Al plantearse el problema en la Comisión se dijo que había que aclararlo. En apoyo de esta tesis se invocaba el artículo 442 del Código austríaco, que salvaba expresamente de la eficacia del Registro la regla *nemo plus iuris in aliud transferre potest quam ipse habet*. La inscripción en el Registro austríaco tenía valor de *traditio* en la transferencia de inmuebles y protegía frente a las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas; pero no contra la reivindicatoria. Esto, sin embargo, acontecía en el sistema austríaco por un precepto expreso. La Ley española ¿debía decirlo también expresamente?

Gómez de la Serna, basándose principalmente en la Ley belga, sostenía que sin aclarar nada en la nueva Ley se lograba igual resultado que en Austria. No obstante, podía *aclararse* que la reivindicación no se detenía nunca ante el Registro. Se acordó fijar un límite a la eficacia del artículo 23 declarando que "la inscripción no convalida los actos y contratos nulos" (46).

La Comisión, sin embargo, vió que la limitación al artículo 23

(46) Los autores de la Ley y los primeros comentaristas vieron claramente en el artículo 33 la significación de límite y tope del 32 (entonces 23). Así, Pou decía: «El legislador... no había podido menos de conceder ciertas ventajas a los títulos registrados, cuando se hallaban en oposición con otros que no tuvieran este requisito. Sin embargo, estas ventajas no podían ser *ilimitadas*, pues si se hubieran concedido a los títulos inscritos, que tal vez

(hoy 32) podía dejar la propiedad sin garantías. Había que limitar la limitación.

El criterio anterior implicaba, desde luego, que la inscripción no convalida jamás los actos y contratos nulos. Pero si quien adquiere su derecho, confiado en que el Registro le dice quién es el verdadero dueño, pudiera perder lo adquirido, no obstante su fe en el Registro, por nulidad o resolución del derecho del transmitente, se puede decir que la ley del Registro no protege la propiedad. No se trata de proteger al tercero civil que inscribe frente a acciones extrarregistrales. Se trata de amparar a quien confió en una declaración positiva del Registro. Hay que proteger al tercero, pero al tercero basado en una inscripción precedente, determinado por una relación jurídica previamente inscrita. Es decir, habrá dos inscripciones en juego: una, la que ha inspirado la adquisición al tercero. Otra, la inscripción si-

fueran ilegítimos, mayores beneficios que los que la necesidad exigía, se habría perjudicado notablemente y sin razón conocida a los títulos legítimos no inscritos. Por eso se fija *un límite* en el artículo 33 de la Ley, según el cual la «inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes».

«Sentada en términos absolutos esta proposición, se encontró el legislador con otro inconveniente, a saber: que ya no bastaban los asientos del Registro para servir de garantía al que pretendiese adquirir una propiedad, toda vez que podía ser nulo el título inscrito. Entonces, en la alternativa de tener que atentar contra el objeto primordial de la Ley, el de asegurar la propiedad, o tener que conceder a la mera inscripción en el Registro el efecto de convalidar actos nulos, distinguió la situación de aquel que en el Registro apareciera (*) como dueño, sin serlo, considerándolo ya en relación con el verdadero propietario, ya con aquella tercera persona a la cual hubiera traspasado sus derechos. En la calidad de *supuesto* dueño, dispuso que fuera ineficaz la inscripción del título al efecto de vencer en juicio al propietario legítimo. Como a *causante* de un tercero, mandó que tampoco pudiese servirle dicha inscripción (**) al efecto de legitimar su título, aunque si favorecería al tercero para el efecto de *conservar* la propiedad adquirida, en el caso de *ser vencido dicho causante (***)* en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resultasen claramente del mismo Registro; es decir, en caso de ser vencido por alguno de aquellos medios cuya noticia no estaba al alcance de dicho adquirente, por no resultar con toda claridad del Registro.»

(*) Titular registral en la técnica de hoy.

(**) O asiento. Rechazó así el sistema de fe pública.

(***) La acción no va dirigida nunca, como en los artículos 13 y 32, directamente contra el tercero inmediato y su asiento, sino contra o a través del causante y su asiento hasta llegar al tercero mediano o tercero de subinscripción.

guiente que cobija al tercero. De donde resulta que este *tercero no está determinado por relaciones jurídicas extrarregistrales*, sino frente a una relación jurídica claudicante contenida en el asiento precedente.

Los autores de la Ley, por este caminõ, sin precedentes legales (47), pero con una intuición maravillosa, formularon la doctrina en los siguientes términos: *Inter partes* el problema del título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho civil. A tercero civil inscrito—tercero inmediato—no le perjudica lo no inscrito (art. 23, hoy 32), pero siempre que no se trate de acciones de ineficacia, pues la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, y el tercero del artículo 23 (hoy 32) si bien lo amparamos frente a gravámenes, no es el tercero que protegemos frente a la nulidad. No obstante, si el título inválido e inscrito, o mejor dicho, si el asiento claudicante que encierra un acto o contrato nulo ha inducido a error a un adquirente posterior, respecto de éste no se hace efectiva la nulidad o resolución del derecho de su causante o trasmite. Para este tercero especial la resolución o la nulidad ha dejado de ser *ex tunc*: Queda protegido frente a la acción reivindicatoria. Así lo consagra el artículo 34: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, *será mantenido* en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro" (48).

La perfección de la dogmática española sobre la irreivindicabilidad no es posible conocerla sin saltar del sistema del *Drittwirkung*, o del principio de publicidad, al sistema de la eficacia sustantiva de la inscripción, o *Grundbuchsystem*, del que se ha derivado el principio de fe pública.

* * *

(47) Gómez de la Serna (*Comentarios*) no cita ninguno.

(48) Al vigente texto se ha llegado después de varias reformas que omito. El problema de la acción reivindicatoria se convirtió en el de la nulidad, de un lado, porque puso de relieve la posible fuerza convalidante de la inscripción, lo que iba en contra de la voluntad del legislador; de otro, porque el titular inscrito, demandado en la reivindicatoria, inscribió mediante un *título* y, por tanto, según la jurisprudencia y convicciones entonces vigentes, si el demandado poseía con título, había que pedir previamente o a la vez la nulidad de dicho título. La reivindicatoria

V. EL "GRUNDBUCHSYSTEM", O EFICACIA SUSTANTIVA DE LA INSCRIPCIÓN.

Recordemos lo dicho: El mundo del derecho hipotecario de origen germánico discurre por dos cauces:

a) El del principio de publicidad, que ya hemos en gran parte examinado, caracterizado por la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de tercero (*Drittwirkung*); y

b) El del principio de inscripción sustantiva denominado (*Grundbuchsystem; Prinzip der formalen Rechtskraft, Buchstandesprinzip*, en el que, el texto, la *narratio*, el *dictum* del asiento, se sobrepone a todo y a todos, incluso a las partes (49). Los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (fe pública absoluta).

Esto no era una decisión caprichosa de la ley. Obedecía a un sistema. Se entendía que la transmisión se verificaba por cesión judicial (*Auflassung*), y que el asiento era su *forma sustancial* única. Entre asiento y *Auflassung* había la misma correlación que hay entre testamento abierto y voluntad del testador. Salvo nulidad por falta de consentimiento, no cabe invocar más voluntad que la expresada en el tenor literal (texto) del mismo testamento. (C. c 675.)

Sin embargo, dentro de este sistema surgió la diferenciación. En primer lugar, las adquisiciones por ministerio de la Ley, singularmente las hereditarias, no se producían por la inscripción ni desde la inscripción. La inscripción respecto de ellas tendría un valor documental, pero nunca sustantivo o constitutivo.

En segundo lugar, las renovaciones de las leyes hipotecarias de la primera mitad del siglo XIX, dieron lugar en la misma Alemania a nuevos perfiles dogmáticos. Mientras en Bremen (ley en vigor desde 1.º de mayo 1834), la inscripción sigue siendo la forma (50) de la *Lasung*, en Luebeck, dentro del más puro germanismo, por la ley de 6 desde el lado pasivo y registral era una acción de nulidad. Por otra parte, se ganaba en amplitud.

(49) Artículo 7 del Estatuto de Hamburgo, de 1605, por ejemplo. Brema y Luebeck, tenían régimen semejante.

(50) El artículo 17 de la citada Ley de 1.º de mayo de 1834 decía: «... la propiedad entera y sin ningún engaño queda asegurada al propietario así investido. Ninguna reivindicación, ni oposición, ni pretensión de acreedores puede ser formulada a menos que se trate de reservas de propiedad inscritas.»

de junio de 1818 (art. 2.º) se celebra la *Auflassung* ante el Tribunal en sesión pública—*actum*—, *Auflassung*, que es recogida en acta—*dictum*—por el Protonotario asistido de Secretario judicial. La copia de este acta se inscribe en el Registro de Actas (art. 3.º); la inscripción no es forma sustancial del acto; el *acuerdo* del Tribunal, después de un procedimiento de edictos y purga, es lo que hace la adquisición inexpugnable; pero no la inscripción. Por eso, el folio registral puede ser rectificado por error en vista de las actas del Protonotario. El *actum*—la *Auflassung* en audiencia judicial—se sobrepone al *dictum*. El valor reposa sobre la homologación judicial y no sobre el texto exclusivo de la inscripción.

En tercer lugar, la dogmática civil afina y distingue a través de fuertes polémicas, de una parte, entre voluntad y declaración, entre negocio verdadero y simulación, entre realidad y apariencia; y de otra, entre el acto y su documentación, entre el *actum* y el *dictum*.

Consecuencia de todo ello fué que incluso en el sistema del llamado *Prinzip der formalen Rechtskraft* o *Buchstandsprinzip*, o de la fuerza probante de la inscripción, se distinguió los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes*, de aquellos otros en que podía ser corregido el asiento inexacto, porque lo sustantivo y principal era la *Auflassung* y no el asiento. (Oldemburgo, Brunswick, Coburgo-Gotha, Schwarzburgo-Lippe, Schwarzburgo, etc.). En los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes*, el texto tiene fe pública (*). El *dictum* es incanjeable por el *actum*. Por el contrario, en los restantes casos el *actum* se sobreponía siempre al *dictum*.

En el último tercio del siglo XIX, con la experiencia adquirida por los sistemas del principio de publicidad, del *Drittwirkung*, una mentalidad de jurisprudencia salomónica concilió las dos tendencias dentro del *Grundbuchsystem*, y creó el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del B. G. B. La inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung*, hasta convertirse en un acto aparte que, sumado a la *Auflassung*, integre la transmisión de la propiedad. La inscripción es un elemento constitutivo, pero no la total forma solemne de la *Auflassung*. La inscripción no es válida más que precedida o seguida de la *Auflassung*. Sin *Auflassung* la inscripción no es más

(*) La fe pública ha de referirse siempre a un texto documental. (Principio de literalidad.)

que una mera apariencia. La *Auflassung* influye en definitiva sobre la existencia o subsistencia de la inscripción. La verdad del Registro es una verdad meramente supuesta o presunta *erga omnes*. Valdrá siempre el *actum* sobre el *dictum*, la *Auflassung* sobre la inscripción, salvo el caso de que a ese asiento claudicante hubiera seguido otro asiento a favor de un adquirente a título oneroso y de buena fe. En este caso la ley ante la presencia del tercero en el asiento posterior transforma el asiento precedente en su *total literalidad* en verdad definitiva, impuesta, *iuris et de iure*. Este asiento anterior, en beneficio del tercer adquirente cobijado en el asiento posterior, se cristaliza y recobra la fe pública que tenía en el *Grundbuchsystem* (Principio de fe pública: *Oeffentlichkeitsglaube*). Respecto y para tercero el asiento precedente se ha convertido en un asiento del sistema de la inscripción sustantiva, con exactitud e integridad en su *narratio*.

A primera vista parece que la protección del tercero frente a acciones reivindicatorias o revocatorias no inscritas, es la misma en el sistema del principio de publicidad y en el sistema de la fe pública. Aunque la diferencia es sutil, en el sistema del principio de publicidad nunca se convalida, tanto si la nulidad es de forma (art. 30) como si es de fondo (art. 33), el asiento anterior inválido, que queda en todo caso anulado y sustituido (art 53 R. H.), y lo único que sucede es, que esa nulidad no perjudica al tercero incrustado y amparado en el asiento posterior (arts. 31 y 34). En el sistema de la fe pública el asiento que no se altera por causa del tercero, es el precedente. El tercero convalida el texto del asiento de su transmitente: para tercero esa inscripción previa es siempre exacta e íntegra.

En España el asiento impugnado, lejos de convertirse en exacto e íntegro, se anula y desaparece en su texto documental, porque la inscripción es el accesorio del título (51): pero su desaparición no perjudica a un tercero que concreta y define el artículo 34.

Aunque estos últimos años anteriores a la reforma de 1946 se ha generalizado la expresión *fe pública registral* para expresar la inmutabilidad del tercero, teniendo en cuenta la historia dogmática del concepto fe pública registral, no resulta muy correcta la expresión. El

(51) «Es principio elemental de Derecho hipotecario que la inscripción no altera la modalidad ni la eficacia del título inscrito.» (S. T. S., 11 de mayo de 1927.)

principio de fe pública registral consagrado en el B. G. B. tiene las siguientes diferencias con la situación análoga de la ley española:

a) La fe pública del B. G. B. procede, como hemos dicho antes, del *Grundbuchsystem*, que dota de fe pública al asiento del transmitente, convirtiéndolo en un documento íntegro y exacto en beneficio del tercer adquirente de buena fe, que en su caso, advendrá en un asiento posterior. La llamada fe pública en la Ley Hipotecaria española procede del principio de publicidad, del *Drittwirkung*, de la efectividad respecto de tercero. En España, el asiento del transmitente puede desaparecer por nulidad de fondo (art. 33) o de forma (art. 31), o por ser declarado inexacto (art. 40). No subsiste, sin necesidad de que se haya alegado *falsedad*. Lo único que sucede es que la inexactitud o la nulidad del asiento, no perjudica a tercero. Al asiento nulo sustituye otro asiento nuevo, y vale siempre el contenido del nuevo asiento. *en todo*, salvo en lo que perjudica a tercero. En España, pues, se trataría de una fe pública sin texto, sin documento, porque el texto o documento, en el supuesto de nulidad, ha desaparecido.

b) La fe pública del B. G. B. convierte *iuris et de iure* el asiento del transmitente en exacto e íntegro. Garantiza la adquisición del tercero en el modo y sólo con las cargas que dice el texto de dicho asiento: Únicamente los derechos reales expresos en ese texto existen para el tercero. La fe pública del asiento implica inexistencia total de lo que no expresa su texto. En España, por el contrario, los derechos reales fuera del Registro existen (esfera del ser), pero no perjudican a tercero (esfera del valer). La fe pública del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no niega la existencia a *derechos reales* que gravan la finca, y tampoco los excluye. De la existencia se encarga el derecho civil y de la exclusión o postergación los artículos 13 y 32 de la Ley. El artículo 34 no comprende los *derechos subjetivos* de carácter real y únicamente se refiere a *derechos postetativos* (*Gestaltungsrechte*) de impugnación—nulidad o resolución—que afectan al dominio o a los derechos reales como objeto de la enajenación o gravamen, esto es, objeto de una sucesión intratabulas o emanación de un derecho matriz antecedente.

La exactitud (52) del artículo 34 se refiere:

(52) Podría decirse que como en España se inscriben títulos, la exactitud e integridad de Registro se refiere también a títulos: a) *Integridad*: Los títulos sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito. b). *Exactitud*: Los títulos inscritos son los únicos que perjudican a

1) A la existencia de la titularidad en el transferente registral (art. 38), adquisición *a vero domino*.

2) A la facultad de enajenar del transmitente (arts. 27 y 34).

3) A la inexistencia de causas extintivas de la titularidad no expresadas en el Registro (art. 34).

c). La fe pública del B. G. B. es un modo de adquirir (*a non domino*). La de la ley española un modo de *retener o mantener*.

Se ha dicho en España que el efecto del artículo 34 de la Ley es la adquisición *a non domino*. El texto de la ley únicamente dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho. No cabe duda que para que este derecho sea mantenido, la adquisición tendrá que llegar a ser irrevocable *en manos* del tercero. Pero una cosa es la irreivindicabilidad y otra cosa diferente la adquisición *a non domino*. Es decir, se puede hablar de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivincabilidad; como en Alemania, se puede hablar de irreivindicabilidad como un efecto de la adquisición *a non domino*.

"Después de la recepción del Derecho romano—dice Ewald (*)—llegó a ser Derecho común el principio romano de la ilimitada persecución de la propiedad mueble (*Ubi rem meam invenio, ibi vindico*.) Pero en muchos derechos particulares se conservó la irreivindicación de la propiedad mueble por el brocardo *Hand wahre Hand*. En un principio aparece la no persecución de la cosa mueble como exclusión de la acción reivindicatoria. Quien adquiere de un comodatario, acreedor pignoraticio, depositario, etc., llega a ser poseedor inatacable, pero no propietario. Mas poco a poco se supone en interés, primero del tráfico comercial, y después del tráfico por negocio jurídico en general, que a consecuencia de la exclusión de la acción, el adquirente—de buena fe—(53) adviene propietario". "Esta evolución se termina con las codificaciones modernas. Todavía *das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (54) de Austria (§ 377) como el Código civil suizo (933, 714)

tercero a tenor de la inscripción. Pero ya hemos puesto de manifiesto el valor del extracto del título (inscripción) respecto a tercero.

(*) Der Ruckerwerb des Nichtberechtigten, en el tomo 40 (1926) de los *Jherings Jahrbucher*, pág. 299.

(53) Y agrega Ewald, en nota: «El requisito de la buena fe surge también ahora por primera vez.»

(54) Código civil austríaco.

ven en la exclusión de la acción reivindicatoria *lo primordial* de lo que como una *mera consecuencia* aparece la adquisición de propiedad de buena fe. Mas el B. G. B. (§ 932) ha abandonado definitivamente el antiguo punto de vista: ha puesto abiertamente al servicio exclusivo del tráfico el principio *Hand wahre Hand* y lo ha transformado en una norma jurídica sobre la *adquisición y pérdida* de la propiedad. El B. G. B. estima tan decisivo la adquisición de la propiedad por el adquirente de buena fe, que silencia totalmente la pérdida de la propiedad del antiguo propietario: tal pérdida es una *consecuencia* evidente de aquella adquisición " "Lo que ahora vale para las cosas muebles tiene que valer también para las fincas. Más si para las cosas muebles se aplica el § 932 del B. G. B., para las fincas el § 892 del B. G. B."

En los Derechos austríaco, suizo y español, no hay *directamente* adquisición *a non domino*. Unicamente, por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis*. Sólo en el Derecho alemán existe la adquisición *a non domino* entre los medios de adquirir el dominio. La irrevindicación es una *consecuencia* en el B. G. B.; y un *principio* en Austria, Suiza y España. El asunto tiene importancia práctica. De entre los muchos ejemplos de Ewald, por su sencillez, escojo el siguiente: A. entrega en depósito su bicicleta a N., quien la enajena a Z., teniendo éste buena fe. Después de algún tiempo, Z. entrega la bicicleta otra vez a N. (no importa con qué motivo). Se presenta A. en casa de N., y reclama y recibe su bicicleta. ¿A quién pertenece la propiedad? Según el sistema alemán de adquisición *a non domino*, y por consecuencia de esta adquisición perfecta de Z., A. perdió la propiedad y la acción reivindicatoria. Z. tiene acción reivindicatoria, pues la entrega de N. a A. no fué una enajenación, sino una mera devolución de depósito. Según el sistema austríaco y suizo de irrevindicabilidad frente a tercero, Z. será mantenido en su adquisición, pero no adquirió la propiedad en ningún momento. Unicamente A. había perdido la acción reivindicatoria, pero exclusivamente frente a Z. Ahora A. no readquiere de N. su propiedad, porque A. ya la tenía, sino solamente la posesión. El mismo mecanismo de readquisición de la propiedad se puede dar en el Registro a través de las transmisiones fiduciarias de fincas.

EL TERCERO DEL ARTÍCULO 34.

El tercero del artículo 34 es distinto del tercero de los artículos 13 y 32 de la ley. Se pueden diferenciar:

a) Por la relación jurídica determinante.

En los artículos 13 y 32 la relación jurídica determinante es ajena al Registro; en el 13 es además existente de *hecho*, pero sin forma documental; en el 32 con forma documental (título). En el artículo 34 la relación jurídica determinante está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero, tiene forma documental, pero de carácter registral.

b) Por la conexión transversal *ob rem*.

El tercero del artículo 32 está conectado con la cosa *por un título* inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en tanto no sea parte o heredero de parte. No se puede ser tercero a título hereditario. El tercero del artículo 34 está conectado *ob rem* por la *inscripción*, y sólo por la *inscripción*, y su conexión es únicamente a título oneroso.

c) Por el sujeto determinado.

El tercero del artículo 32 (o del 13) es un tercero civil que inscribe. Como tercero civil es el sujeto pasivo individualmente determinado por su contacto jurídico con la cosa. Sobre dicho sujeto pasivo se hacen efectivas, en ejecución de sentencia, las acciones reales. Las acciones reales perjudican directamente a tercero civil. Salvo que inscriba. Para este tercero el Registro es un burladero. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad. El tercero del artículo 34 es un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su *causante* o *transmitente*.

El tercero del artículo 32 es el sujeto pasivo, pero directo e inmediato de una acción confesoria o hipotecaria no inscrita, y su cualidad de tercero es una excepción procesal. El tercero del artículo 34 no es sujeto pasivo de la acción, pues la acción de nulidad o resolución va dirigida contra su *causante* y su cualidad de tercero no es propiamente una excepción, sino una objeción. Contra el tercero del artículo 32 hay acción. Es tercero civil, pero no procesal. Procesalmente puede ser parte. Contra el tercero del artículo 34 no hay acción extrarregistral nin-

guna. La acción tiene que estar basada en causas expresas en el Registro. O, por el contrario, la acción tiene por objeto destruir su cualidad de tercero, discutiendo la naturaleza de su título (oneroso o lucrativo) o su buena fe.

REQUISITOS HABILITANTES DEL TERCERO DEL ARTÍCULO 34.

Para que el tercero del artículo 34 quede inmune, son precisos los siguientes requisitos:

a) Doble inscripción: que el enajenante esté registrado—asiento transmitente—y que el adquirente llegue a estarlo. No basta para proteger al tercero como los artículos 13 y 32 una sola inscripción que sirva de parapeto frente a las embestidas de relaciones jurídicas no inscritas (teoría del “burladero” de González Palomino), sino que son ineludibles dos inscripciones: la del enajenante, que contiene la relación jurídica determinante y claudicante, y la del adquirente que cubre al tercero. Es, pues, este tercero un tercero no de inscripción, sino de sobreinscripción.

b) Título oneroso. El título gratuito no se protege frente a acciones de impugnación. Pero sí frente a acciones confesorias. La causa onerosa o gratuita juega sólo frente a la nulidad o resolución del artículo 34.

c) Buena fe. La buena fe consiste en la ignorancia de la inexactitud del Registro en cuanto a los motivos de nulidad o de resolución no inscritos. El tercero ha de ser un *homo ignorans*, contrafigura del *homo sapiens* del siglo XVIII. No se habló de este requisito por la ley de 1861. Don Jerónimo González, inspirándose en el B. G. B. y recogiendo fragmentos dispersos de frases en la Ley, en su exposición de motivos, y en la Jurisprudencia del T. S., construyó una teoría hipertrofiada del requisito de la buena fe. La Ley de 1946 no ha seguido exactamente a Don Jerónimo. La buena fe la incluye la nueva Ley en el artículo 34 únicamente con referencia a la teoría de la inexactitud del Registro en cuanto a las acciones de nulidad o de resolución. Téngase en cuenta que el B. G. B. puede admitir con gran amplitud el concepto de buena fe, porque en el B. G. B. la inexactitud del Registro tiene un ámbito muy restringido, y a la *scientia* del tercero le quedan, por lo tanto, muy pocas posibilidades. En el sistema español la inexactitud del Registro (art. 40), por existir derechos rea-

les legalmente válidos fuera del Registro, es de una gran amplitud.

Por eso, la llamada fe pública y la buena fe sólo juegan en el ámbito del artículo 34, y no en el de los artículos 13 y 32.

Para centrar un poco el problema de la buena fe, recopilemos algunas noticias históricas.

Los glosadores empezaron a comparar *traditio* y *usucapio* (55). La *traditio* necesitaba una *iusta causa*. La *usucapio* un *iustus titulus*. *Iusta causa* y *iusto titulo* son para glosadores y posiglosadores la misma cosa. En la causa o título estaba la adquisición *virtualiter*. En el modo—*traditio-usucapio*—la adquisición advenía *actualiter*. La aplicación de los conceptos de potencia y acto que en Aristóteles están en una misma línea de importancia, se desequilibran a favor de la potencia, dejando al acto, por su carácter de necesidad, como mera consecuencia, en segundo plano. Cobró así una importancia decisiva el título quedando restringida la eficacia de la *traditio* (56) a un hecho de ejecución del título hasta que Savigny y sus discípulos, con una labor quizás más que histórica, arqueológica, le restituyeron parte del perdido y olvidado rango, dándole a la *traditio* perfiles de negocio jurídico autónomo. Los germanistas, aprovechando la naturaleza más o menos abstracta que se le daba a la *traditio* por los romanistas, incluyeron la *traditio* y la *Auflassung* como negocios jurídicos autónomos en la nueva categoría de negocios abstractos, de negocios o contratos reales (*Einigung—dinglicher Vertrag—*). Germanistas y romanistas con el contrato abstracto destruyeron toda la labor del Derecho civil desde Bolonia hasta mediados del siglo XIX, desintegrando el concepto unitario de título o causa en dos conceptos distintos: título para la usucapción, y causa a los meros efectos de la *condictio sine causa*, para la transmisión abstracta del dominio.

La equiparación medieval y del Derecho común entre usucapción y tradición, produjo otra consecuencia: la del requisito de la buena fe. La usucapción además de título exigía buena fe, en el sentido de ignorar el usucapiente que en su título o modo de adquirir había motivo

(55) Al hablar de la buena fe, siempre que me refiero a la *usucapio* sin adjetivos, se trata de usucapción ordinaria, única en que cabe hablar de buena fe.

(56) El negocio real pierde su sustantividad y autonomía, es parte integrante del negocio obligacional, o simple modo de adquirir. Cfr. Gierke, D. P. R., pág. 109.

de nulidad. Era evidente que por la correlación entre los modos de adquirir—*traditio* y *usucapio*—la buena fe era un elemento común a ambos (57). Por tanto, toda adquisición del dominio mediante *traditio* necesitaba de la buena fe en los mismos términos que la *usucapio*.

Esta necesidad de la buena fe se trasladó desde la *traditio*-modo a la compraventa-título, por una cuádruple vía:

a) De un lado, la debilitación de la *traditio* como negocio autónomo la dejó reducida a un hecho de ejecución o cumplimiento de la compraventa (obligación del vendedor de entregar la cosa). La compraventa pasa a ser lo principal en el fenómeno adquisitivo. Al comprador como adquirente es a quien se le debe exigir la buena fe.

b) De otro lado, en la adquisición irreivindicable en tiendas y mercados mediante compraventa se vió por los juristas una prescripción instantánea. La teoría de la usucapión, y por tanto, el principio de buena fe se reflejó en la teoría de las compraventas e inmutabilidades de ferias y mercados.

c) Por la teoría del *ius ad rem* en su sentido técnico estricto. Entre las dos esferas conceptuales de *ius in re* y *ius obligationis*, más que un tercer grupo intermedio hay un puente que desde el *ius obligationis*, de donde saca el ser, conduce al *ius in re* al que le roba cualidades. esto es, eficacia, valer.

Fijado el concepto de *ius ad rem* definitivamente para Alemania gracias a la obra de Heymann (*Zur Geschichte des ius ad rem*, Weimar, Böhlhaus, 1911) en España pusieron la figura de manifiesto Atard y D. Jerónimo González. Atard configuró unos supuestos, D. Jerónimo González otros, pero en ellos quedó de manifiesto que en todos los casos de título perfecto en la clásica teoría del título y modo, antes de la entrega de posesión, había algo más que una obligación de dar o entregar, en cuanto el *tradens* puede ser forzado ineludiblemente a realizar la entrega de la cosa.

Esta situación lógica y jurídica de necesidad no originaba el derecho real hasta la entrega, pero había rebasado la eficacia obligacional del título produciendo un *ius ad rem*.

Mas si el *accipiens* al recibir la posesión conocía la existencia de

(57) La l. 24 C. de *rei vind.*, 3, 32, se entendió común a ambos modos de adquirir.

una venta anterior, faltaba la buena fe, y el *ius ad rem* del primer comprador se sobreponía al *ius in re* del *accipiens*. Esta interferencia de la buena fe en la doble venta de una misma cosa la encontramos ya en la glosa *ad iure* a la ley "quotiens" del título "de reivindicacione" del Código de Justiniano (15 C 32, 3.º). Al texto latino los glosadores interpolaron las palabras *bona fide, vel sine dolo*. Para los postglosadores y juristas posteriores fué *ius receptum* la necesidad de la buena fe en el comprador adquirente de la cosa (Antonio Gómez, *Variae res*, libro II, cap. XIX, 5.º).

d) Por la teoría de las nulidades canónicas. La casuística del *ius ad rem* va involucrada en los canonistas con la teoría de la perfección o invalidez de los actos y contratos. Algunos canonistas tienden a suplantar la jerarquía *ius in re, ius ad rem* por la de *ius vel actus plenus aut perfectus* y *ius vel actus minus plenus aut imperfectus*. En general, por influjo de la usucapición, el conocimiento de los vicios del propio *titulus adquirendi*, o del del antecesor, dejaba claudicante no sólo la adquisición, sino todo el negocio jurídico, dando paso a la necesidad de las usucapiones extraordinarias. La doctrina de la buena fe se aplicó así a toda la teoría de los medios de impugnación de un acto o contrato. Este sistema trasciende hasta el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española.

La formación de la teoría del requisito de la buena fe en el Derecho común, dentro de la teoría del título y modo, nos pone de manifiesto también las excepciones que el principio de buena fe tenía en el mismo Derecho común.

a) Por falta de *traditio*. No hacía falta la buena fe del adquirente cuando se adquiría el derecho real (*ius plenum*) sin *traditio*. Así en la hipoteca, en la colación de ciertos beneficios eclesiásticos, etc. En general, en todos los casos en que los romanistas no exigían la *traditio*.

b) Por falta de *usucapio*. Tampoco regía el principio de la buena fe en los derechos reales no susceptibles de ser adquiridos por usucapición ordinaria. Así, la servidumbre y los demás derechos reales contenidos y amparados en la acción confesoria que no se adquirían por prescripción adquisitiva ordinaria—única que exige buena fe—, sino solamente por la extraordinaria con el único requisito del plazo.

En la dogmática germana del siglo XIX hay una contradicción. los romanistas y pandectistas rompieron el paralelismo entre *usuca-*

pio y *traditio* para imponer la construcción del negocio jurídico abstracto; pero al mismo tiempo conservan y defienden no sólo el paralelismo, sino la asimilación en cuanto al concepto de buena fe y lo llevan al B. G. B. con carácter general para toda adquisición de derechos reales. También suprimen la usucapción ordinaria como medio de adquirir los inmuebles y endosan la buena fe de esta usucapción ordinaria al concepto de fe pública del Registro; que es un medio de adquirir.

En España rige la doctrina del título y modo y, por tanto, la buena fe en el derecho de cosas ha de tener el ámbito que le asigna tradicionalmente tal concepción clásica. Por otra parte, no hay necesidad de ampliar el concepto de buena fe, como se ha hecho en el B. G. B., a manera de correctivo de la rigidez del negocio real abstracto. El concepto del título tiene espiritualidad bastante para evitar los excesos del materialismo del negocio abstracto sin hipertrofiar el ámbito de la buena fe.

La buena fe en el Código civil, a los efectos de la usucapción (1.950), y, por tanto, dada la analogía histórico-conceptual, en la *traditio*, esto es, en la adquisición derivativa, consiste en la creencia de que la persona del transmitente es el verdadero dueño y que puede transmitir el dominio. Es la buena fe referida al momento de la adquisición (58) y a las facultades de enajenación del transmitente. La buena fe se basa en el Código civil en dos ejes: 1) Creencia en que la adquisición se hace a *vero domino* (59); 2) Facultad de disponer del *domínus*.

En la Ley Hipotecaria la buena fe es la misma del Código civil encajada dentro del llamado principio de fe pública. Como dice Roca Sastre (I, pág. 322), el campo de aplicación del requisito de la buena fe no es mayor que el del principio de *publica fides* registral.

El artículo 34 ciñe la pretendida fe pública a límites muy semejantes a los del artículo 1.950 en cuanto a la buena fe.

La exactitud del artículo 34, según hemos dicho, comprende:

a) Existencia de la titularidad del transferente (art. 38). Adquisición a *vero domino*.

(58) El 433 del C. c. se refiere en apariencia a la buena fe posterior a la adquisición y al ejercicio del derecho del adquirente.

(59) Esto implica creencia en la existencia e irrevocabilidad de la titularidad.

b) Facultad de enajenar (art. 27).

c) Inexistencia de causas de extinción de la titularidad (acciones de impugnación).

El conocimiento de la inexactitud se ha de referir concretamente a una de esas circunstancias; así:

a) La creencia de que el transmitente es el verdadero dueño se encuentra perturbada en cuanto el tercero conoce la existencia fuera del Registro de un propietario por usucapión. La titularidad registral resulta inexacta, y el conocimiento por parte del tercer adquirente paraliza el principio de legitimación. Este cauce de las relaciones entre buena fe del tercero y usucapión contra tabulas lo recoge el artículo 36. No es más que una concreción de la teoría de la buena fe.

b) Para que exista buena fe en el tercero es indispensable que crea que la persona que le transmite la finca no solamente es su dueño, sino que puede transmitir su dominio (1.950) de conformidad con la teoría del título y del modo (compraventa y tradición). La tradición sólo la puede realizar quien tiene la posesión civil y efectiva de la finca. La *traditio* instrumental es meramente presuntiva. En último término valdrá siempre la *traditio* real y efectiva. Cuando el tercero conoce—esfera de experiencia—o ha debido conocer—esfera de la conducta normativa—que la finca tiene un poseedor *ad usucapionem*, distinto del titular inscrito, sabe positivamente dicho tercero que el titular registral no le puede hacer *traditio* VÁLIDA y, por tanto, conoce que el titular no le puede transmitir, que carece de facultades para ello, que el Registro, en cuanto a las facultades de disposición del titular, es inexacto. La posesión extrarregistral, conocida por el adquirente del artículo 34, en los términos del artículo 36, suprime toda eficacia a la protección del Registro.

c) El conocimiento por el tercero de los motivos de resolución o causas de nulidad de eficacia real o *ex tunc*, que no constan en el Registro, produce el mismo efecto y le perjudican como si estuvieran inscritas. Este cauce de la mala fe queda por completo en el artículo 34.

Las tres circunstancias se encierran en una sola: conocimiento de los vicios del propio título o del del antecesor (*iūs vel actus minus plenus aut imperfectus*).

FACILIDAD EN EL EJERCICIO DE ACCIONES.

La Ley sienta la presunción (art. 38) de que todo derecho inscrito existe y pertenece a su titular. Esta presunción actúa en los *juicios declarativos* relevando de la prueba al titular inscrito y, consecuentemente, imponiendo la carga de la prueba al contrario.

La presunción referida tiene además una eficacia que rebasa los juicios declarativos en una doble manifestación: a) En cuanto a la posesión; b) En cuanto a la hipoteca.

a) *Posesión*.—El dominio inscrito presume posesión. El propietario inscrito es poseedor según la Ley (art. 38). Mas como la posesión *de hecho* puede tenerla otra persona, la misma Ley (art. 41) regula un procedimiento rápido y eficaz para reintegrarse el propietario en la posesión sin necesidad de acudir a los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento civil (interdictos, desahucios, etc.).

El procedimiento no sólo es aplicable contra los poseedores de hecho, sino contra quienes, sin título inscrito, se opongan a los derechos inscritos o perturben su ejercicio. El poseedor o perturbador no contesta demanda alguna. Su derecho, si es que lo tiene, debe ejercitarlo convirtiéndose en demandante: ha de presentar una demanda de *contradicción* del derecho inscrito basada únicamente en las causas taxativas que le señala la Ley.

b) *Hipoteca*.—La Ley Hipotecaria establece y regula con todo detalle (art. 131) un proceso ejecutivo, extrarrápido y contundente. El deudor o tercer poseedor no es parte y no puede oponer excepciones. Todo lo que tenga, que alegar habrá de ser reservado para un juicio declarativo ordinario posterior; en el ejecutivo, únicamente el pago es eficaz.

Este aspecto de la Ley Hipotecaria española es muy importante: A la propiedad y a los derechos reales no sólo hay que darles claridad y seguridad, sino eficacia. La rapidez en la ejecución del derecho inscrito es una necesidad en el tráfico jurídico del siglo XX.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS,

Notario

Divagaciones hipotecarias

I

Entre las numerosas cuestiones que plantea la supresión de las inscripciones de derecho hereditario *in abstracto*—dogmáticamente correcta, pero tal vez no muy acertada desde un punto de vista práctico—tiene, en mi opinión, importancia técnica la que se plantea en relación a la aplicación del artículo 20 de la Ley en el caso de enajenación por todos los herederos del dominio o derecho real sobre una finca, resucitándose problemas fácilmente resueltos antes y de difícil solución ahora.

El artículo expresado se halla redactado esencialmente igual—salvo detalles que ahora no interesan—en la Ley Hipotecaria vigente que en la anterior. Exígesse la inscripción o anotación previa a favor de la persona que otorgue los títulos por la que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre los inmuebles para que los mismos puedan ser inscritos o anotados. Este tracto sucesivo que la Ley establece no ha de ser meramente material, sino formal, ya que implica un encadenamiento de los asientos registrales. En el caso de transmisión por los herederos de un titular, sencillo era, como decíamos, el eslabonar los asientos mediante la inscripción del derecho hereditario a favor de los sucesores, pero prohibida la misma, no parece fácil el evitar el salto formulario desde la inscripción del causante a la del adquirente de los herederos, quedando un vacío aparente en cuanto a la titularidad de éstos, al no reflejarse en una inscripción independiente.

Algunos ilustres autores parecen aceptar una doble solución a tal problema planteado: *a)* Llenar el referido vacío con la anotación del derecho hereditario a favor de todos los herederos, como requisito

previo a la inscripción de la enajenación por éstos. b) Concretar la comunidad hereditaria sobre el patrimonio en una comunidad ordinaria sobre la finca que ha de ser objeto de transmisión, que, naturalmente, también se inscribirá previamente.

Aunque respeto siempre el criterio de los demás, y muy principalmente el de aquellos juristas que por su talento y sólida cultura han alcanzado un merecido prestigio, considero que ello no me priva de la facultad de analizar las soluciones antes expuestas, sin que ello implique censura alguna para los que las sostienen, ya que ello sería una ridícula pedantería.

II

La solución citada en primer lugar me parece desacertada, pues vulnera en realidad el mismo principio del tracto sucesivo que pretende salvaguardar, con notorio olvido de determinados conceptos básicos de nuestro sistema.

No. La anotación del derecho hereditario es un eslabón demasiado débil para enlazar con la inscripción del tercer adquirente. El mismo La Rica, que acepta tal doctrina, con su sagacidad y competencia acostumbradas, reconoce la verdad de la anterior afirmación, con las siguientes palabras: "cuando éstos—se refiere a los herederos transmitentes—podían inscribirlo—el derecho hereditario—, conforme al artículo 71 del Reglamento anterior, la solución era técnicamente correcta, pues su inscripción daba paso o servía de sustentación a otra inscripción: pero ahora sólo pueden anotarlo, se produce el contrasentido y la paradoja técnica de que una simple anotación preventiva, sin llegar a convertirse, origine una inscripción definitiva. Dejando a un lado el rigor de los principios legales del sistema, el precepto es admisible, pues sólo así llega a percibirse en algún caso la utilidad práctica de tales anotaciones". Como vemos claramente, se reconoce por La Rica el absurdo que supone el considerar respetado el principio del tracto apoyando una inscripción en una mera anotación. Es más, estudiado a fondo el problema, aún se puede ir más lejos, puesto que precisamente el artículo 209 del Reglamento Hipotecario dispone la cancelación de la anotación del derecho hereditario "cuando la finca o derecho real anotado haya sido transmitido por todos los herederos"; es decir, que al inscribir la transmisión efectuada por los herederos, la

anotación se extingue, y si tenemos en cuenta que la cancelación supone una verdadera desaparición del asiento cancelado—se borra del cuerpo tabular—, es preciso llegar a la conclusión de que formalmente se produce el tan temido salto registral que con tal expediente se trataba de evitar.

Es indudable que La Rica se halla en tal caso impelido por el noble deseo de defender, con Sanz, los débiles efectos de las tan repetidas anotaciones, dándoles—como él confiesa—alguna eficacia práctica, pero tal deseo no puede elevarse a la categoría de argumento. El ilustre Roca, en su magnífico *Derecho Hipotecario*, al exponer y analizar la autorizada opinión de Sanz sobre el supradicho efecto de la anotación de que se trata, la rechaza basándose precisamente en el artículo 209, si bien páginas después asegura terminantemente que “el hecho de que ya esté anotado el derecho hereditario, dispensa de la referida inscripción (la especial inscripción de titularidad corriente a favor de todos los herederos), aunque dichos actos de disposición o gravamen de bienes singulares impliquen una transformación jurídica, en virtud de la cual una cosa contemplada *uti universitas*, pasa a serlo *uti singulis*”; así resulta del artículo 209 del Reglamento.

Se suele afirmar que el artículo 209 del Reglamento reconoce la verdad de tal doctrina, pero ello es totalmente inexacto, ya que tal norma se limita a disponer la cancelación de la anotación en el supuesto de que se trata, así como cuando se haya practicado la partición de la herencia en los términos establecidos en el artículo 83, de donde no puede deducirse que el Reglamento sustente el criterio de que para inscribir la transmisión a favor del adquirente de los herederos sea preciso anotar previamente el derecho hereditario, no ya por los términos literales del precepto, sino por su mismo espíritu, ya que, de no aceptar este aserto, habría también que llegar a la conclusión de que para inscribir el acto particional sería preciso la toma de anotación previa, lo cual es evidentemente inadmisible, puesto que la partición puede inscribirse directamente, apoyándose tal asiento en el practicado a favor del causante, e incluso aun en el supuesto de que la anotación se tomase, dados los términos de dicho artículo, sería inoperante, pues se cancelaría, y por ello, aplicando con rigor los principios, al inscribirse la partición debería constatarse, no solamente la división en sí mismo, sino su verdadera causa que se halla en el fenómeno sucesorio.

Resulta, por tanto, lógico concluir que tal solución no es ortodoxa,

y que de no intabularse en la inscripción de la venta la sucesión misma, resultará que la transmisión que se inscribe se halla formalmente en el aire, dado que los antecedentes se consignan en un asiento ya inexistente, sin que pueda alegarse en contrario que lo mismo ocurre cuando una inscripción se apoya en otra, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley, pues, como decía, en el caso de asiento cancelado, éste deja plenamente de existir, mientras que en el supuesto de inscripción no cancelada, sino "no propiamente vigente" por la inscripción posterior a favor de un causahabiente, el asiento no deja de existir, sino que su contenido se transfiere al asiento posterior por cambio de titular.

III

Otro medio de salvar la dificultad y cumplir literalmente el precepto del artículo 20 es el de transformar el derecho hereditario abstracto, sobre la totalidad del patrimonio, en una comunidad ordinaria sobre la finca o derecho que ha de ser objeto de transmisión posterior. Parece ser que en algunas regiones se halla bastante extendido este procedimiento, sin duda debido a la gestión notarial cerca de los interesados: y si bien si éstos realizan tal acto, nada hay en principio que oponer, puesto que es indudable que por las mismas razones por las que se admite que pueden disponer de un elemento concreto del patrimonio, puedan, por así decirlo, *aislarlo*, realizando una especie muy excepcional de partición parcial y adjudicando la finca a todos los herederos. Pero si bien es esto cierto, creo firmemente que lo que en este caso interesa no es el determinar si es posible realizar tal acto y declarar cumplido con él el principio del tracto, sino que la verdadera cuestión es la de resolver si el ordenamiento jurídico exige el que así obren los interesados, teniendo en tal supuesto facultad el Registrador para obligarles indirectamente, lo cual no me limito a dudar, sino que me inclino a la negativa. -

Con arreglo a las normas del Derecho civil, los herederos tienen la facultad de transmitir—todos ellos—un bien concreto de la herencia, ya que conjuntamente son titulares del patrimonio de que tal elemento forma parte, sin necesidad de que realicen acto previo alguno, y no existe disposición hipotecaria que derogue tales normas civiles. De exigirse esa extraña adjudicación, que sólo por analogía podemos denominar partición, ya que carece de la plenitud de la que propia-

mente así se designa, en realidad obligaremos a los interesados a realizar un acto contrario a su verdadera voluntad, base del negocio jurídico; ellos desean y quieren transmitir el dominio de una finca a un tercero, pero ni un solo instante han pensado en establecer una comunidad sobre la misma entre ellos, cuya comunidad, no sólo civilmente—desde un punto de vista práctico—carece de finalidad real, sino que pudiera ser incluso una causa de perturbación dentro del orden natural de la herencia; es decir, que llevada la cuestión a sus últimas consecuencias, de seguirse tal criterio se impele a los interesados a realizar un acto meramente aparente que, implicando una discordancia entre la verdadera voluntad y la declarada, pudiera calificarse de simulación, y todo ello sólo por un escrúpulo puramente formalista, buscando un medio fácil de salvar una dificultad técnica, sin reparar en la gravedad del acto en sí misma y en los daños materiales y morales que a los interesados se causen, daños que la Ley no puede querer, pues ello sería absurdo dada su finalidad. A los que acepten tal teoría, me permito invitarles para que declaren terminantemente si creen que el artículo 14 de la Ley ha modificado las facultades dispositivas de los herederos, prohibiéndoles disponer en tanto la partición no se realice; en tal caso serán lógicos consigo mismos, pero ello supondría una interpretación contraria a la verdadera finalidad de dicho precepto, por razones que sería prolijo exponer ahora, y que, por otra parte, no lo considero necesario, dado que generalmente admiten también como solución la estudiada en el apartado 2.º, que implica precisamente el reconocimiento de la teoría civil sobre la materia, no derogada por dicho artículo 14 que contempla un supuesto distinto.

IV

Se debe reconocer con absoluta franqueza que existe una verdadera laguna en el artículo 20 de la Ley, o bien, dicho de otro modo, al cambiar de criterio con respecto a la inscripción del derecho hereditario se olvidó de disponer expresamente para este caso la aplicación de la doctrina—tan digna de aplauso por muchos conceptos—del tracto sucesivo abreviado. Al proclamarlo así, abriremos el camino para una solución más seria y normal, rechazando “trucos creadores de fantasmas” que no se avienen bien con la naturaleza del Derecho ni, por ende, con la de nuestra propia función registral.

El tracto abreviado, en este caso, consistirá, naturalmente, en constatar en el propio asiento de inscripción de la venta realizada por los herederos a favor de un tercero, la sucesión en base a la cual se realiza, consignando, claro es, todos los requisitos que se harían constar en el oportuno asiento si la herencia fuese objeto de operación independiente. Piénsese, antes de ocuparnos de la cuestión fundamental, que ningún perjuicio puede dimanar para tercero de tal forma de obrar, pues la calificación será tan rigurosa en tal caso como en los ordinarios y que la sucesión quedará plasmada en el folio real sin otra violencia que la de exteriorizarse en un asiento conjuntamente con la venta, en lugar de consignarse independientemente, quedando la cuestión reducida a un problema de mera economía procesal hipotecaria.

Se me recordará, al leer el anterior párrafo, la afirmación que al comienzo hice de que el tracto exige la constatación en asientos independientes, lo cual es evidentemente cierto, pero no lo es menos, como también indicaba, que al no poder inscribirse independientemente la tan repetida sucesión, no puede aplicarse con rigor tal teoría, salvo que aceptemos doctrinas rechazables por motivos de mayor valor jurídico, por lo que es preciso llegar a la conclusión aludida. No quiere esto decir que yo intente justificar mi opinión por mera exclusión, pues, como veremos, puede fundamentarse claramente en la propia naturaleza del derecho hereditario, y aun me atrevería a afirmar que en el supuesto de que lo que expondré no sea absolutamente ortodoxo, los herejes son en ocasiones necesarios, como no hace aún mucho tiempo recordaba un distinguido compañero en esta misma Revista.

Prescindiendo de analizar las numerosas teorías, más o menos acertadas, sobre la naturaleza del derecho hereditario, por ser cuestión ésta harto debatida y conocida, me limitaré a recordar que tal derecho—en su aspecto subjetivo—es simplemente, según definición de Traviesas (un gran maestro, muchas veces incomprendido), “el derecho del heredero a ser tenido por tal heredero”. El ser heredero supone una *cualidad* jurídica frente a un patrimonio “considerado como una unidad que abraza y comprende todas las relaciones jurídicas de la herencia”, como decía Ruggiero, es ocupar la misma posición de un causante sobre “la totalidad de las relaciones del mismo, estrechamente unidas por un vínculo que da al conjunto un carácter unitario”, o sea, en suma, una titularidad sobre una *universitas*, compuesta de elementos activos y pasivos. Se trata, pues, de una sucesión en un patrimonio, y por ello nin-

gún heredero podrá considerarse dueño de los elementos que le integran mientras, mediante la partición, tal patrimonio no se descomponga y se adjudiquen los diversos bienes, salvo el caso de heredero único, pues en tal supuesto, por un fenómeno de confusión, el sucesor en el patrimonio deviene en dueño de las singulares relaciones. Ciertamente que los titulares del patrimonio, como tales, podrán, no obstante lo dicho, disponer conjuntamente de una de tales relaciones, ya que su señorío afecta éstas, aunque siempre a través de la unidad patrimonial de la que forman parte. ¿Que esto es un *nomen iuris*? ¿Que tal vez fuese más racional y conforme con la realidad el aceptar la teoría germánica? No son estos aspectos del problema de los que ahora debo ocuparme, pues sólo me basta recordar que lo expuesto es conforme con nuestro ordenamiento jurídico y que—basta una ligera mirada a la jurisprudencia—tal creación, puramente intelectual, ha prestado grandes servicios en orden a la solución de cuestiones muy diversas.

Si el heredero ocupa la misma posición que el causante, no parece se violenten demasiado los principios formales, admitiendo, a los meros efectos de técnica registral, que la transmisión se realice por el titular inscrito—causante—a través de los herederos. Entendámonos bien: yo no afirmo que sea en realidad el causante el que transmite y a que indudablemente el acto dispositivo emana de los herederos, "pero obrando como *tales herederos*", es decir, no cada uno de ellos como dueño de la finca—en cuanto a su cuota—, sino como titulares de un patrimonio en el que suceden, o sea—para expresarlo más claramente, aunque posiblemente con daño de la exactitud—, más que *per se* lo hacen en virtud de una cualidad puramente jurídica—la de ser titulares de un patrimonio que perteneció al causante, cuya posición ocupan—que les habilita para conjuntamente concretar su derecho abstracto patrimonial en una titularidad real concreta, en la persona a quien transmiten; concreción que es simultánea a la transmisión misma, y que no exige, por tanto, acto previo alguno. Si esto es así, no hay duda de que el salto aparente es incluso lógico, pues se inscribe la transmisión de un bien determinado constatando a la vez un fenómeno de sucesión universal patrimonial que legalmente no puede ser inscrito.

¿Que tal opinión es audaz? Es posible que la contestación afirmativa se imponga si la analizamos a través de un formalismo riguroso, pero no lo parecerá tanto si recordamos la enemiga de nuestra Ley y del Centro directivo a las inscripciones puramente formularias y sin

objeto en la vida real, destinadas a morir al nacer. También será preciso olvidar las exigencias de la técnica anterior a la que estamos acostumbrados. Y, por otra parte, debe también recordarse que los problemas de Derecho no son siempre anatómicos, sino, en la inmensa mayoría de los casos, biológicos.

V

Desde luego, que en la verdadera vida del Derecho, que no es la meramente pensada de nuestros despachos; las cuestiones analizadas carecen de importancia, ya que poco importa para el desarrollo de las relaciones que se practique uno o más asientos. En realidad, es materia apta para discusiones bizantinas entre Notarios y Registradores y no para los sujetos de derecho.

LADISLAO GARCÍA-ARANGO Y CANGA.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.—EL ARTÍCULO 151 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL SE HALLA REDACTADO CON UNA FLEXIBILIDAD DE LA QUE ESTÁ CARENTE EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA, LO CUAL PERMITE, EN ARMONÍA, ADEMÁS DE LO PREVENIDO EN LA 4.ª DE LAS REGLAS TRANSITORIAS Y ADICIONALES DE DICHO REGLAMENTO, LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 103 DEL HIPOTECARIO Y CONSIDERAR POR ELLO SUBSANABLE EL DEFECTO DE HALLARSE INSCRITO EL DERECHO A FAVOR DE SOCIEDAD DISTINTA, PERO DE LA CUAL LA QUE PRETENDE LA ANOTACIÓN ES CAUSAHABIENTE.

Resolución de 29 de noviembre de 1948.—“B. O.” de 30 de diciembre.

El Procurador don Fernando Poblet Alvarado, en nombre de la Compañía Anónima “Financiera Monasterio”, formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, contra la Compañía Anónima “Naviera Angel Alvarez”, con la súplica de que se declaren nulos y sin ningún valor y efecto el remate y la adjudicación del vapor de 1.750 toneladas de desplazamiento, denominado “Naranco”, a favor de la Sociedad demandada; alegó que la nave pertenece *pro-indiviso* a ambas sociedades y que el remate y adjudicación se hicieron en actuaciones de jurisdicción voluntaria promovidas por la Empresa “Naviera Angel Alvarez” para cesar en la comunidad del buque con la Sociedad demandante; por otrosí solicitó la anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil de Buques de Gijón, a lo cual se accedió y, en su consecuencia, previa fianza en efectivo fijada por el Juzgado para asegurar el pago de los perjuicios que pudieran ocasionarse a la parte demandada, se libró exhorto, que correspondió al Juzgado número 2 de la citada ciudad, el cual expidió el correspondiente mandamiento por duplicado al Registrador, quien extendió a continuación del documento la siguiente nota: “Hecha la anotación preventiva que se ordena en el precedente mandamiento, en el tomo quinto de Buques, folio 244, hoja número 175, anotación letra A, practicada

en cuanto a un 75 por 100, única participación inscrita a nombre de la Sociedad "Naviera Angel Alvarez", Sociedad Anónima, denegándose respecto al 25 por 100 restante, por figurar inscrito a favor de "Representaciones y Comercial Monasterio", S. A.

Dirigido escrito al Registrador por la Sociedad actora solicitando "la reforma de calificación en el sentido de que se declare la suspensión y no la denegación de la anotación preventiva de la demanda"; y subsidiariamente para el caso de desestimarse la reforma, que se tuviera por interpuesto el recurso, la Dirección revoca el acuerdo del Registrador, que desestimó la reforma, y, en consecuencia, su nota, mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que el principio del tracto sucesivo, fundamental en nuestro régimen hipotecario, es también básico en el Registro Mercantil de Buques, según ha declarado este Centro directivo en concordancia con el artículo 151 del Reglamento de dicho Registro, el cual prescribe que para que se pueda inscribir o anotar la transferencia, el gravamen o la restricción que afecte al dominio de un buque es necesario que éste figure inscrito a favor de la persona que lo transfiera o grave o contra la cual se decreta la restricción; y que se suspenderá o denegará la inscripción o anotación, "según los casos", si la nave no estuviese inscrita o lo estuviese a nombre de otra persona.

Que la interpretación literal del párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, con arreglo al cual en el caso de resultar inscrito el inmueble a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen, los Registradores "denegarán" el asiento solicitado—verbo que implica que el defecto es insubsanable y produce la inadmisión del título—, ha sido acertadamente rebatida por comentaristas y no aceptada en la práctica registral, coincidiendo la doctrina y la experiencia en reputar subsanable el defecto cuando, en el supuesto regulado por el indicado párrafo, hay alguno o algunos documentos que enlacen el derecho del titular inscrito con el de la aludida persona, y, en su consecuencia, una vez extendidas las inscripciones intermedias y completado el eslabonamiento formal que requiere el tracto sucesivo, se demuestra el carácter subsanable del defecto.

Que el Reglamento Hipotecario anterior, con más depurado tecnicismo que la Ley, ordenó que en el caso de embargo de inmuebles trabado en juicio civil o criminal, si la finca apareciese inscrita a favor de persona que no fuese aquella contra la cual se hubiese decretado el

embargo, "se denegará o suspenderá la anotación, según los casos", frase que notoriamente revela la posible naturaleza subsanable del defecto, y que fué reproducida en la regla primera del artículo 140 del Reglamento actual.

Que este Reglamento, de conformidad con las enseñanzas doctrinales y prácticas y para desvanecer las dudas que pudieran suscitarse, establece en su artículo 103 que "no obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable".

Que relacionados los citados textos legal y reglamentarios con la frase "según los casos", empleada en el mencionado artículo 151, se observa que este precepto tiene una flexibilidad de la cual carece el referido artículo 20, y que permite calificar de subsanable el defecto recurrido; y, además, que la aplicación del artículo 103 del Reglamento Hipotecario está prevista en la cuarta de las reglas transitorias y adicionales del Reglamento del Registro Mercantil, en cuyo párrafo segundo se dispone que "en el caso de oscuridad o insuficiencia del mismo, se aplicará subsidiariamente el hipotecario en lo que no esté en contradicción con las leyes mercantiles".

Que en el caso debatido no procede dificultar la ejecución de las medidas precautorias que, bajo fianza en efectivo cuya cuantía fué señalada por el Juzgado, adoptó éste al ordenar la anotación preventiva de la demanda sobre nulidad de la adjudicación de la totalidad del buque "Naranco", porque en el escrito pidiendo la reforma del extremo denegatorio de la nota se afirma, corroborando lo expresado en el mandamiento, que la porción del buque no inscrita a favor de la parte demandada pertenece a la demandante, según acreditará oportunamente con la correspondiente titulación, por lo cual el Registrador, en vista del consentimiento del condueño de la nave, que alegó ser futuro titular registral, y en el ejercicio de las facultades que le confiere el párrafo cuarto del artículo 78 del Reglamento del Registro Mercantil, esencialmente conforme con el artículo 146 del Reglamento Hipotecario,

pudo acceder a la reforma de la calificación y estimar subsanable el defecto, sin perjuicio de cancelar la anotación de suspensión si la falta no se subsanare en el plazo legal.

EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL INICIADO POR LOS ARTÍCULOS 26, 220 Y 226 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y DESENVUELTO EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA, ES DE APLICACIÓN SUPLETORIA EN LO QUE NO ESTÉ EN CONTRADICCIÓN CON LAS LEYES MERCANTILES.

LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD NO PUEDEN SUSCITAR CUESTIONES RELATIVAS A LA VALIDEZ Y LEGALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS EN CUALQUIER MOMENTO DE LA VIDA SOCIAL, PORQUE ÉSTA MATERIA ES DE LA COMPETENCIA DE LOS REGISTRADORES MERCANTILES, CON LO CUAL NO SE DESCONOCE LA MISIÓN CONFERIDA A AQUELLOS FUNCIONARIOS POR EL ARTÍCULO 18 DE LA LEY HIPOTECARIA. NI SE RESTRINGE SU DEBER DE CALIFICAR CUANTOS DOCUMENTOS SE LES PRESENTEN. SIN EXCEPTUAR LAS ESCRITURAS DE CONSTITUCIÓN DE TALES COMPAÑÍAS CUANDO SE TRATE DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS APORTACIONES DE INMUEBLES QUE HAN DE FORMAR EL PATRIMONIO DE LA EMPRESA.

Resolución de 24 de diciembre de 1948.—"B. O." de 2 de marzo de 1949.

Por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Angel Sanz Fernández el 6 de agosto de 1947 la Sociedad Anónima Antracitas Castellanas, representada por su consejero, doña Rosalía Gullón Rubio, arrendó a la también Sociedad Anónima Estrella Verde, representada por el presidente del Consejo de Administración don Francisco Madurga Val, cuatro minas y ciento siete fincas. Doña Rosalía Gullón fué expresamente facultada para el otorgamiento de la escritura por el Consejo de Administración de Antracitas Castellanas, S. A., en sesión de 20 de junio de 1947, y, además, obró con licencia de su esposo, don Jesús Ibrán Navarro, según escritura otorgada ante el Notario de Madrid don Manuel Amorós Gozálbex el 13 de enero de 1944, constando en la escritura de constitución de la Sociedad Antracitas Castellanas, de la cual dió fe el Notario de Madrid don Mateo Azpeitia Esteban en 5 de marzo de 1935, que el Consejo de Adminis-

tración está investido de los más amplios poderes y facultades para ejercer la administración de la Sociedad sin otras limitaciones que las expresamente reservadas a la Junta general de accionistas y que puede delegar cualquiera de sus facultades en uno o más de sus miembros. En la Junta general ordinaria de accionistas celebrada el 20 de junio de 1947, entre otros acuerdos se tomó el de conceder autorización especial al Consejo de Administración para arrendar las minas y demás inmuebles, maquinaria, material fijo y móvil y, en general, cuantos bienes integran el activo de la Sociedad, sitos en la provincia de Palencia, también con las más amplias facultades y sin limitación alguna. En la referida escritura de arrendamiento se describen, con el número primero, una mina de hulla titulada "La Positiva", sita en el partido judicial de Cervera del Río Pisuerga, y con el número dos, otra mina de hulla denominada "Demasia a la Positiva", ambas inscritas bajo un solo número en el Registro de la Propiedad; la finca número 32 de las arrendadas se describe con una cabida de tres celemines de sembradura: las fincas números 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101 y 106 se indica que radican en el término de Villaverde de la Peña, sin expresar el paraje o sitio; en el número 107 se omiten los linderos; y en todas consta la referencia a su número en el Registro, así como al asiento, folio, tomo y libro en que figuran inscritas.

Presentada la primera copia de la escritura de arrendamiento en el Registro de la Propiedad de Cervera del Río Pisuerga, no se admitió su inscripción por diversos defectos subsanables e insubsanables que omitimos por reproducirse en nota posterior, que después se transcribirá, salvo los dos primeros, consistentes, a), en deficiencia o contradicción en la expresión de los datos necesarios para apreciar la constitución, capacidad y consiguiente representación de Antracitas Castellanas, S. A., y b), por no expresarse con claridad la licencia concedida por don Jesús Ibran a su esposa compareciente.

Por acta autorizada por el recurrente el 10 de marzo de 1948, de propia iniciativa, con el fin de subsanar los dos primeros defectos referidos en la nota anterior, se determinaron las circunstancias referentes a la constitución e inscripción en el Registro Mercantil de Antracitas Castellanas, S. A., y a la licencia concedida por don Jesús Ibran a su esposa doña Rosalía Gullón, acompañándose a la copia del acta un testimonio por exhibición de una certificación literal del Registrador Mercantil de Madrid de varios artículos de los Estatutos de dicha Sociedad

y una certificación, del mismo Registrador Mercantil, literal, de la inscripción quinta de la Sociedad Antracitas Castellanas, en la que se contiene íntegramente dicha licencia marital; y presentada de nuevo la escritura de arrendamiento en unión de dichos documentos, fué calificada por nota del tenor siguiente: "Denegada la inscripción del precedente documento: 1.º Porque, a pesar del acta de subsanación ayer presentada, subsiste el defecto de contradicción y de falta de datos para la apreciación de la capacidad, señalado con el número 1 en la nota anterior de 20 de febrero último. 2.º Porque independientemente, por virtud de dos certificaciones del señor Registrador Mercantil de Madrid, literales de todas las inscripciones de Antracitas Castellanas, S. A., expedidas en 18 de diciembre y 19 de enero último, existentes en el oficio de ese Registro, se prueban los siguientes defectos: a) No constar la emisión efectiva de las acciones de Antracitas Castellanas, S. A. b) No existir en dichas Antracitas un órgano gestor seriamente constituido en su nacimiento y en su curso. c) No ser el estatuto personal de la referida Antracitas conforme a las leyes en general. 3.º Por no considerarse la Demasia minera de la mina llamada "Positiva" como parte de ésta y describirse como finca independiente. 4.º Por imposibilidad material de inscribir respecto de las fincas números 107 y 111, ya que en la primera no se indican linderos y en la segunda se expresa equívocamente el término municipal y el paraje o sitio donde radican las fincas. 5.º Por no coincidir con el Registro ciertos linderos de la finca número 20. Por no expresarse la medida superficial con arreglo al sistema métrico de la finca número 82. Por no concordar la cabida con la que consta en el Registro en la finca número 90. Por no designarse el nombre del partido en las fincas números 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101 y 106. Y siendo insubsanables las faltas de capacidad a que se refiere el número segundo de estas notas, así como las señaladas con el número cuarto en lo que se refiere a imposibilidad material de inscribir, se deniega la inscripción."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura de Arrendamiento, suplicando se declare inscribible el título por ser inexistentes los defectos señalados en los números 1.º, 2.º y 3.º de la nota, los referentes a la finca 111, consignados en el defecto 4.º y los relativos a las fincas 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101 y 106, enumeradas en el defecto 5.º; y que la falta señalada en el número 4.º referente a la finca 107 no es insubsanable, sino subsanable; la Direc-

ción, revocando en parte el auto apelado que desestimando los defectos 1.º y 3.º y los referentes a la finca 111 del 4.º, mantuvo la calificación respecto a los restantes, estima que la escritura calificada no adolece de los defectos expresados en el apartado segundo de la nota recurrida, y que los demás defectos impugnados en la alzada son subsanables, mediante la meritisima e inteligente doctrina siguiente:

Que la presente decisión, por haber consentido el Registrador el auto presidencial, debe circunscribirse al examen de los defectos impugnados definitivamente por el recurrente, esto es, el del número 2.º de la nota, no ser insubsanable el atribuido a la finca 107 y que no existen los referentes a las fincas 95, 96, 97, 99, 100, 101 y 106.

Que cualquiera que sea el criterio que se adopte respecto a las Sociedades irregulares o de hecho y la repercusión que tenga la falta de cumplimiento de las formalidades legales en las relaciones de los socios entre sí y en cuanto a terceros, para resolver el problema de su personalidad jurídica, hay que atenerse al principio de publicidad del Registro, con arreglo al cual, las Compañías mercantiles que antes de dar comienzo a sus operaciones hagan constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil gozarán en sus actos y contratos de personalidad jurídica frente a terceros, independiente de la de cada uno de sus socios, toda vez que la inscripción queda bajo la salvaguardia de los Tribunales, y mientras no se declare su nulidad, produce todos sus efectos y, en especial, el de legitimación registral iniciado por los artículos 26, 220 y 226 del Código de Comercio y desenvuelto en la legislación hipotecaria, que es de aplicación supletoria en lo que no esté en contradicción con las leyes mercantiles.

Que, según ha declarado este Centro directivo en Resolución de 9 de febrero de 1943; los Registradores de la Propiedad no pueden suscitarse cuestiones relativas a la validez y legalidad de la constitución de las Compañías anónimas en cualquier momento de la vida social, porque esta materia es de la competencia de los Registradores mercantiles, como se infiere de los artículos 18, 111 y 122 número 15, en armonía con el 120, número 13 del Reglamento del Registro Mercantil, con lo cual no se desconoce la misión conferida a aquellos funcionarios por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ni se restringe su deber de calificar todos los documentos presentados relacionados con la operación solicitada, sin exceptuar las escrituras de constitución de tales

Compañías cuando se trate de la inscripción de las aportaciones de inmuebles que han de formar el patrimonio de la Empresa.

Que la nota calificadora expresiva del defecto o defectos del título debe extenderse en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscuridades o generalidades que puedan inducir a error y causar indefensión a quien de buena fe los impugne, y es notorio que los párrafos letras B) y C), del apartado segundo no sólo no se atemperan a lo prescrito en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, sino que, además, resultan extemporáneos, lo cual impide entrar en su examen, abstención que alcanza a los tres defectos del mismo, los cuales se refieren esencialmente a asuntos de la incumbencia del Registrador mercantil y sin que al redactar la nota recurrida se haya tenido presente, entre otros extremos, que los resguardos provisionales de las acciones sustituyen y equivalen a éstas mientras no sean reemplazadas por los títulos definitivos, práctica o uso que no contraviene los preceptos del Código de Comercio ni del Reglamento del Registro Mercantil, y cuya validez está reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, singularmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1941, dictada de conformidad con lo preceptuado en el artículo 160 del citado Código.

Que aun en la hipótesis de que la organización y funcionamiento de las Juntas generales y de los Consejos de Administración de Antracitas Castellanas, no se hubiesen acomodado a los Estatutos, no obstarian a la inscripción solicitada las alegaciones basadas en un examen retrospectivo de la marcha de la Compañía, porque en la Junta general extraordinaria celebrada el 18 de diciembre de 1947, cuyos concurrentes representaban la totalidad del capital social, se adoptó por unanimidad el acuerdo de ratificar los nombramientos de Consejeros y todos los actos o acuerdos anteriores de las Juntas generales ordinarias y extraordinarias y de los Consejos de Administración, y aquel acuerdo se transcribió en acta autorizada el 12 de enero de 1948 por el Notario de Madrid don Luis Sierra Bermejo, la cual motivó la inscripción duodécima obrante al folio 147 del tomo 552 general, 157 de la Sección tercera, en el Registro Mercantil de Madrid.

Respecto a los defectos en la descripción de las fincas que la identificación de éstas es una cuestión de hecho que en cada caso suele revestir características distintas, y, por lo tanto, las soluciones no pueden ser idénticas, si bien la omisión de las circunstancias exigidas por la legislación sobre la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles,

constituye en general un defecto subsanable, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Hipotecaria, según el cual, "los documentos relativos a actos o contratos que deban inscribirse, expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos", precepto con el cual concuerdan los artículos 170 al 173 del Reglamento Notarial; y en el caso debatido, constan en la escritura la naturaleza de las fincas y el término municipal en que radican, datos descriptivos que, unidos a las referencias, al número de las mismas en el Registro y al folio, tomo y libro en que obran los respectivos asientos, permiten practicar la inscripción después de adicionar los datos omitidos, bien mediante documento público, bien con la instancia supletoria que autoriza el artículo 118 del vigente Reglamento Hipotecario, que reprodujo el 119 del Reglamento anterior.

* * *

Por primera vez que sepamos se proclama el principio de legitimación en el Registro Mercantil. Su trascendencia es grande y las consecuencias deben serlo igualmente. Prueba elocuente son los Considerandos—2.º y 3.º—precedentemente copiados.

La redacción del tercero en su parte final, si no enerva, debilita, sin embargo, en nuestra opinión, el proclamado principio de legitimación registral. Nos referimos al momento en que por la necesidad del artículo 18 de la Ley Hipotecaria "las escrituras de constitución de las Compañías Anónimas, cuando se trate de la inscripción de las aportaciones de inmuebles", se califiquen por el Registrador de la Propiedad.

¿Quiere esto significar que la presunción de existencia, veracidad y legalidad, es decir, la fuerza legitimadora que la inscripción supone, queda localizada en el asiento registral mercantil, sin alcanzar al documento que la produjo?

Alegó el Notario recurrente en su notabilísimo informe que la personalidad o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones queda fuera de la calificación del Registrador de la Propiedad, quien sólo debe tener en cuenta si la persona jurídica—Sociedad—existe o no válida o legalmente, o sea comprobar si está inscrita en el Registro Mercantil.

¿Mas si a la escritura constitutiva e inscrita en dicho Registro, le faltan determinados requisitos y circunstancias considerados como ne-

cesarios por la Ley, el reflejo inmediato del acto nulo en el Registro de la Propiedad, no tendría repercusiones para terceros que quisieran ampararse en la apariencia jurídica consagrada en el asiento? Porque la inscripción no convalida el acto nulo con arreglo a la Ley

Podría interpretarse lo declarado por nuestro ilustre Centro Directivo en el sentido de que el Registrador de la Propiedad sólo califica respecto a las escrituras constitutivas de las Compañías mercantiles inscritas en el correspondiente Registro, la actuación de las mismas que relacionada con la operación solicitada tuvieran o no conexión con la finalidad de su vida social. Por ejemplo, una Sociedad constituida para la compra y venta de granos que traficase en inmuebles. ¿Pero esto no podría referirse mejor a la llamada capacidad de obrar? Y, sin embargo, la aplicación correcta de la Resolución de 9 de febrero de 1943, sobre la que en la comentada se incide, que dice que los Registradores de la Propiedad no pueden suscitar cuestiones relativas a la validez y legalidad de las Compañías Anónimas en cualquier momento de la vida social, porque esta materia es de la competencia de los Registradores mercantiles, hace casi imposible otra solución o interpretación.

La realidad de todo esto es que cuando se trata de aportaciones de bienes inmuebles, el problema no ha sido suficientemente estudiado en la doctrina, sin que tampoco haya sido desenvuelto con la claridad y precisión debidas en la legislación, como lo demuestra la insuficiencia del precepto del artículo 383 del nuevo Reglamento Hipotecario, con raíces en el artículo 120, número 16 del Reglamento del Registro Mercantil y en la Real Orden de 28 de abril de 1925, que tímidamente propugna una solución para que exista una concordancia entre ambos Registros—Mercantil y de la Propiedad—en relación con los inmuebles aportados.

* * *

La Resolución de 24 de enero próximo pasado (B. O. de 14 de marzo del año corriente), si bien dictada con motivo de una escritura de hipoteca autorizada por el citado Notario de Madrid D. Angel Sanz, confirma la doctrina de la anterior, por ser idéntica la nota del Registrador—el de Cervera del Río Pisuerga—, alegaciones del recurrente, informe de aquel funcionario, decisión del Presidente y extremos a que se limita la alzada

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1948. — *Fletamento; naviero y su responsabilidad.*

Por las especiales características del comercio marítimo, es preciso que los terceros que realizan prestaciones para el buque cuenten con la garantía de éste, a fin de dar seguridad y facilidades al tráfico mercantil, y este principio de garantía del buque frente a terceros, recogido en la exposición de motivos del Código de Comercio y en reiterada doctrina jurisprudencial, tiene su desenvolvimiento principal, aunque no completo, en los artículos 586 y 588 de dicho Código, que imponen al propietario y al naviero la responsabilidad civil por los actos del capitán, aun de los realizados con extralimitación, para reparar, habilitar y avituallar la nave, siempre que tales actos redunden en beneficio del buque mismo, y si en estos supuestos responden de los actos de su mandatario, por igual razón, por lo menos, habrán de responder de los actos propios tendentes a igual finalidad favorable al barco.

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1948. — *Seguro.*

Si bien los artículos 95, 96, 97 y 98 del Reglamento de accidentes del trabajo en la industria, de 31 de enero de 1933, previenen que el patrono debe de llevar los libros de matrícula y pago, establecen sus requisitos, determinan los datos que deben constar en las respectivas inscripciones, y consignan la obligación de presentarlos siempre que los reclamen los inspectores de Seguros Sociales o las personas autorizadas para ello por la entidad aseguradora, disponiendo asimismo el citado artículo 97 que la Inspección de Seguros Sociales podrá autorizar a petición del patrono la sustitución del libro de pago por nóminas diarias, semanales o semestrales que se encuadernan o coleccionan, prescripción esta última confirmada por el Decreto de 12 de julio de 1932 y por la Orden de 8 de julio de 1933, la infracción de estas normas por parte del asegurado no pueden servir de base para eximir de responsabilidades a la Compañía cuando la Sala estima probado que el agente de la entidad aseguradora, obrando en representación de ésta obtuvo el consentimiento del asegurado para celebrar el contrato, obligándose a hacer por sí mismo las consiguientes anotaciones en el libro, puesto que pretendida la resolución del contrato de seguro al amparo del artículo 1.124

del Código civil, para obtenerla sería necesario no sólo que se diera el incumplimiento de la obligación que tales disposiciones establecen, sino que ese incumplimiento fuera debido a la culpa o negligencia del asegurado, circunstancia que no concurre en este caso, ya que tal infracción, si la hubo, fué debida tanto al recurrido como a la Compañía recurrente, en cuya representación actuó su agente conforme a lo declarado por la Sala.

SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1948. — *Ejecución hipotecaria.*

El procedimiento judicial sumario que la Ley, de 21 de abril de 1909 introdujo en la legislación hipotecaria por sus artículos 1.º, 2.º y 3.º, cuyo contenido se insertó después con los artículos 129 a 134 de la edición reformada que autorizó el Decreto de 16 de diciembre del mismo año, estableció un nuevo medio, además de los existentes a que pudieran pactarse, para que el acreedor hipotecario pudiera ejercitar su acción directamente sobre los bienes del deudor de un modo breve y rápido y en tal forma rígido, delimitado y peculiar que constituye una destacada excepción en el ordenamiento procesal patrio, llegando el legislador en defensa de la obligada obediencia a los trámites que integran este procedimiento excepcional a prohibir taxativamente en el artículo 1.º de la Ley originaria que ninguno de aquéllos pudiera ser alterado por convenio entre las partes, prohibición ratificada con las mismas palabras no sólo por el artículo 129 de la citada Ley de 16 de diciembre de 1909, sino también y mediante el precepto que lleva el mismo número en la que actualmente se halla en vigor, de manera que al convenir deudor y acreedor en la escritura de hipoteca en la posibilidad de utilizar este nuevo procedimiento y al instarle el acreedor para hacer efectivo su crédito hay obligación legal de ajustarse de modo riguroso a los trámites que el precepto normativo que les contiene (art. 131 de la Ley Hipotecaria) tiene establecidos, y es, por tanto, inconcuso que por ser este procedimiento exclusivamente peculiar para el ejercicio de la acción hipotecaria, hay que encuadrarle en el marco restringido del Registro de la Propiedad en cuanto a las personas, cosas, derechos y acciones, ya que lo que sobre estos elementos resulte en cada caso y momento de los asientos registrales será la verdad legal respecto de los mismos, y las realidades jurídicas diferentes que se produzcan no tendrán virtualidad por sí mismas para alterar, modificar o influir en el procedimiento, habida siempre cuenta de su privilegiada especialidad, a menos que mediante la adopción de la vía registral se suscite su presencia en aquél para que se produzca la presunta eficacia de su intervención.

SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1948. — *Extinción de deuda.*

La eficacia del pago realizado por un deudor mediante el ingreso de las cantidades adeudadas en la cuenta corriente bancaria abierta por el acreedor es una cuestión que en términos generales se admite por la doctrina, y esta Sala ha expresado también en otra ocasión su criterio acorde con tal resolución; para fundamentar la cual basta considerar que es frecuente la

práctica mercantil, suficientemente notoria para que sea necesaria prueba alguna que la corrobore, de efectuarse directa o indirectamente con los deudores ingresos en la cuenta corriente de sus acreedores con el fin de extinguir las deudas dinerarias existentes entre ambos, y con este procedimiento, que indudablemente representa un medio cómodo para ambas partes, se verifican incrementos en el patrimonio del acreedor, de los que puede disponer éste utilizando el mismo mecanismo, y como la apertura de la cuenta y su pública manifestación mediante membretes o avisos en los anuncios o impresos de su negocio que realice el titular de la cuenta revelan una clara invitación a quienes contratan con él a aprovechar esta facilidad en sus relaciones mercantiles, al mismo tiempo que inducen fundadamente a estimar que los establecimientos a los que se alude quedan autorizados para recibir cuantas cantidades con destino a dicho cuentacorrentista se consignen, que habrán de redundar en su utilidad, ya que dada la cualidad de la cuenta corriente bancaria los ingresos que en ella se realizan se convierten en el acto en créditos contra la entidad receptora a disposición inmediata del repetido titular de la cuenta a que van dirigidas, y como conclusión lógica de este razonamiento se puede declarar que el ingreso en cuenta corriente cumple el requisito exigido por el artículo 1.162 del Código civil y constituye una de las diferentes formas de pago que pueden utilizarse con fines extintivos de la obligación siempre que el acreedor no lo rehuse justificada y oportunamente por carecer de las condiciones legales del pago en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación dineraria exigidos por los artículos 1.166, 1.169 y 1.170 de dicho cuerpo legal, y si esa repudiación no fuese expresa habría de interpretarse el silencio, según se condiciona en la sentencia de 24 de noviembre de 1943, como una aquiescencia clara a aceptar como eficaz forma de pago el ingreso realizado.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 13 de enero de 1948.

LOS REQUISITOS QUE EL ARTÍCULO 58 DEL REGLAMENTO DETERMINA PARA QUE LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO PAGADO SE REALICE SON DE ESTRUCTA OBSERVANCIA, Y ENTRE ELLOS EL DE QUE EXISTA DECLARACIÓN FIRME, JUDICIAL O ADMINISTRATIVA, DE NULIDAD, RESCISIÓN O RESOLUCIÓN Y EL DE QUE SE PIDA LA DEVOLUCIÓN DENTRO DE LOS CINCO AÑOS SIGUIENTES A LA FECHA DE TAL FIRMEZA.

Antecedentes.—El Ayuntamiento de Madrid contrató en abril de 1936 con cierta Sociedad la ejecución de las obras de acceso al Viaducto. La correspondiente escritura fué liquidada en el siguiente mes por contrato mixto y fianza, siendo ingresadas seguidamente las oportunas liquidaciones.

En agosto de 1944 la aludida Sociedad solicitó del Delegado de Hacienda la devolución del impuesto pagado, fundándose en que las obras contratadas ni siquiera se habían iniciado antes de la guerra civil, ni lo fueron tampoco durante la misma ni una vez terminadas, debido a causas ajenas y superiores a la voluntad de la concesionaria, la cual nada percibió; tanto que el Ayuntamiento, dando por rescindido el contrato, las contrató de nuevo con otra Entidad constructora.

Con dicho escrito se presentó un oficio acreditativo de que, a petición de dicha Sociedad, el Ayuntamiento acordó la devolución de la fianza con fecha 13 de julio de 1944, y una certificación de la Secretaría de la Corporación, en la que se dice que, según el informe de la

Dirección de Vías y Obras, no se libró cantidad alguna a cargo de las obras ni se realizó ninguna y que, según la Dirección de Arquitectura, la obra de Accesos al Viaducto fué adjudicada en marzo de 1942 a otra Empresa, cuyos datos están de acuerdo con lo informado por la Intervención.

La Delegación de Hacienda no accedió a la devolución, fundándose en que no se demostró la existencia y fecha del acuerdo de rescisión, requisitos esenciales para aplicar el artículo 58 del Reglamento y deducir si la petición está dentro de plazo.

Llevada la controversia al Tribunal provincial en apelación, la Sociedad concesionaria expuso: que la no existencia de acuerdo expreso de rescisión no quiere decir que no exista; que todos los actos jurídicos pueden exteriorizarse expresa o tácitamente al igual que la rescisión de los contratos, siendo indispensable la expresa solamente cuando la ley la exige, cosa que no ocurre en el caso actual, que en él resulta evidente la tácita, y también de la devolución de la fianza sin responsabilidad; que el precepto reglamentario no exige una resolución que declare la rescisión, sino que la declare o reconozca, es decir, que basta el reconocimiento; y el Ayuntamiento, al hacer la segunda adjudicación y devolver la fianza, reconoce la existencia de la rescisión; que la fecha de la rescisión está también acreditada, ya que el acto de la nueva adjudicación de las obras supone el reconocimiento de la rescisión, y aquélla, según acreditó, tuvo lugar el 5 de marzo de 1942, y que en cuanto a la no producción de efectos lucrativos está expresamente reconocida por la Delegación de Hacienda. Todo lo cual demuestra, a juicio de la recurrente, que los requisitos del artículo 58 están cumplidos.

Como prueba, ante el Tribunal se presentó nueva certificación acreditativa de los hechos aludidos, y el Tribunal provincial desestimó el recurso por los mismos fundamentos que la Delegación de Hacienda.

El Tribunal central confirmó el criterio del provincial.

Empieza por decir que al no existir acuerdo del Ayuntamiento declarando expresamente la rescisión, como la reclamante reconoce, falta el requisito esencial para la devolución solicitada.

El argumento de la rescisión tácita por el Ayuntamiento al adjudicar en 1942 las mismas obras a otro contratista y al devolver la fianza carece de fundamento, dice, porque esos hechos podrán servir para atribuir a la rescisión efectos legales entre él y las partes contratantes, pero no para la Administración, que es un tercero, la cual, en

el artículo citado, exige que la rescisión ha de ser declarada por resolución firme dictada por autoridad competente, sin que, por otra parte, el Ayuntamiento haya reconocido esa tácita rescisión, puesto que lo que a ese respecto hacen las certificaciones esgrimidas es referirse a informes emitidos por distintas oficinas municipales exponiendo el criterio de los informantes acerca del particular.

Por fin, termina el Tribunal, también contradice la tesis de la recurrente el hecho de que el plazo de cinco años para pedir la devolución ha de contarse precisamente desde el día siguiente al de la firmeza de la declaración de rescisión del contrato, y no existiendo esa declaración falta el dato cierto que sirva de arranque para el cómputo.

Comentarios.—La Resolución que acabamos de reseñar no se puede decir que no esté conforme con el literalismo del artículo 58, pero sí nos parece que es de un rigor fiscal extraordinario, dado que no se puede razonablemente dudar de que el contrato no produjo al contratista efecto lucrativo alguno ni se puso en ejecución en ningún momento.

El argumento primero que el Tribunal esgrime diciendo que falta el acuerdo expreso y firme *declarando* la rescisión, no nos parece del todo convincente, porque el hecho de la nueva subasta en el nuevo acuerdo consiguiente deja fuera de duda que la rescisión fué acordada, y si alguna pudiese aún quedar la desvanece el otro hecho, también indubitado, de la devolución de la fianza.

A esto hay que añadir, en contra del criterio siempre respetable del Tribunal, que el artículo 58 no dice que necesaria y exclusivamente haya de preceder a la devolución una declaración de nulidad, rescisión o resolución, sino que lo que su apartado primero exige es que preceda la declaración o *reconocimiento* de la nulidad, la rescisión o la resolución del acto o contrato. Y aquí indudablemente existió ese *reconocimiento* deducido con toda certeza lógica y jurídica de los dos hechos a que acabamos de referirnos.

Si damos por válidos esos razonamientos también hay que concluir, con la misma lógica jurídica, que el otro argumento que la Resolución da en contra de la pretensión de la recurrente pierde su fuerza dialéctica. Este argumento fué, según va dicho, que el precepto reglamentario exige que la devolución se pida dentro del plazo de cinco años, contados desde que la resolución quedó firme; y como en el caso, se dice, no consta esa fecha, falta el punto de arranque para el cómputo;

y contra esto cabe el argumento de que no es ello completamente exacto, desde el momento en que hay el dato cierto de la fecha de la segunda subasta, desde la cual no se puede desconocer que, al menos implícitamente, pero de modo necesario, existió el reconocimiento de la rescisión.

En conclusión nos parece, con todo respeto para el criterio del Tribunal, que teniendo en cuenta el fondo de equidad que presentan los hechos para la Entidad reclamante y la innegable inexistencia de efectos lucrativos a su favor, es duro aplicarle con rigor la letra de la ley con un criterio que, sin dejar de ser jurídico, es más fiscal que jurídico.

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 13 de enero de 1948.

CONFORME AL ARTÍCULO 75 DEL REGLAMENTO ES PRUEBA BASTANTE DE QUE CIERTOS BIENES PERTENECIERON AL CAUSANTE EN UN PERÍODO DE UN MES ANTERIOR AL FALLECIMIENTO, EL HECHO DE QUE FIGUREN A SU NOMBRE EN DEPÓSITOS, CUENTAS CORRIENTES, ETC., PERO PARA CONSIDERARLOS COMO PARTE INTEGRANTE DEL CAUDAL HEREDITARIO ES INDISPENSABLE LA DEMOSTRACIÓN DE QUE TALES BIENES SE HALLAN EN PODER DE LOS HEREDEROS O DE LOS LEGATARIOS O DE ALGUNO DE ELLOS AL OCURRIR EL FALLECIMIENTO.

Antecedentes.—Fallecido don V. B. el 23 de abril de 1944, el 23 del mismo mes de 1945 se presentó, previa prórroga, la herencia o liquidación haciendo mención, entre otros bienes, de una cuenta corriente en un Banco, importante 5.000 pesetas.

La Abogacía del Estado comprobó de oficio que en 23 de marzo de 1944 dicha cuenta ascendía a 105.000 pesetas, y requeridos los herederos para que manifestasen el metálico que no se hubiese incluido en el inventario, bien por omisión, bien por haberlo retirado en el mes anterior al fallecimiento del causante, nada contestaron, por lo cual la Oficina Liquidadora fijó la base con el aumento consiguiente y sobre él liquidó con una multa igual a las cuotas liquidadas.

Los herederos recurrieron la liquidación diciendo que no negaban el hecho, pero hacían observar que su causante era almacenista de pasas y operaba también en comisión, lo que suponía entrega de partidas a cuenta, y que para acudir a esas entregas retiró del Banco las 100.000

pesetas en litigio, no existiendo, por tanto, ni ocultación ni detracción de esa cifra del caudal hereditario.

A continuación, alegaron que ciertamente que el artículo 75 del Reglamento manda que se adicionen al haber hereditario los bienes que hubieren pertenecido al causante hasta un período de un mes anterior al fallecimiento, pero que no es menos cierto que exige además el requisito de que al ocurrir el óbito se hallen en poder de los herederos o legatarios o de alguno de ellos, requisito éste que no se daba; y añadieron que aunque la prueba de ese hecho corresponde, ante la negativa de los herederos, a la Administración, que es la que afirma, sin embargo los reclamantes presentaron una relación, con referenciá a los libros de cuentas con los uveros, de los pagos efectuados desde el 31 de marzo al 17 de abril de 1944, y pusieron a disposición del Tribunal provincial los originales para su cotejo.

Después razonaron sobre la no existencia de ocultación punible a tenor del artículo 29 de la Ley del Impuesto, ya que ella se había producido al practicar la liquidación y no después, y que en todo caso la sanción no podía exceder del 20 por 100 de la cuota, conforme a los artículos 221 y 224 del Reglamento.

El Tribunal provincial desestimó el recurso diciendo que basta que esté probado el hecho de la retirada de los bienes en el plazo dicho para aplicar el artículo 75 citado, sin que sea posible exigir prueba a la Hacienda de que estén en poder de los herederos, de un lado, por la imposibilidad de hacerla en la mayoría de los casos, y, de otro, porque la negativa de los herederos envuelve la afirmación de que se hallan en poder de otras personas, y esta afirmación deben ellos probarla.

En cuanto a la multa dijo que era procedente porque la liquidación se giró con los datos que la propia Administración se procuró.

El Tribunal central no se solidarizó con el provincial y anuló la liquidación diciendo que aunque el hecho de la retirada de la cantidad calendada es incuestionable, no basta ese requisito para aplicar el artículo 75, sino que es indispensable que se demuestre el otro requisito que el mismo precepto exige conjuntamente, cual es el de que se pruebe que al ocurrir el fallecimiento están los bienes en poder de los herederos, de los legatarios o de alguno de ellos; y como la prueba falta en este caso, no hay posibilidad de estimar que las aludidas 100.000 pesetas forman parte de la herencia.

Comentarios.—Nos parece perfectamente jurídica y legal la tesis

que se acaba de exponer e interesante la doctrina sentada, la cual, además, suaviza la indudable dureza del precepto, siquiera la prevención del Fisco en relación con esas retiradas de valores en el período de tiempo a que el precepto alude esté justificada ante una realidad no infrecuente de tales retiradas.

Y es tanto más de destacar esta jurídica interpretación, cuanto que esa necesaria prueba que pesa sobre la Administración hace que los efectos de la presunción que el precepto establece se aminoren considerablemente en contra del Tesoro.

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

LA FALTA DE PRESENTACIÓN, JUNTO CON LA RELACIÓN DE BIENES, PARA LA LIQUIDACIÓN PROVISIONAL DE UNA HERENCIA, DE LAS CERTIFICACIONES DEL LÍQUIDO IMPONIBLE, MÁXIME SI NO FUERON RECLAMADAS POR EL LIQUIDADOR, NO AUTORIZA POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 124 DEL REGLAMENTO A ESTIMAR HECHA FUERA DE PLAZO LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO PARTICIONAL Y LIQUIDARLO CON MULTA NI A APLICAR UNA TARIFA POSTERIOR A LA VIGENTE AL CAUSARSE LA SUCESIÓN.

SI EN LA PARTICIPACIÓN SE DISTRIBUYEN LOS BIENES EN SU MÁXIMA PARTE ENTRE DOS DE LOS HEREDEROS Y AL TERCERO DE ELLOS SE LE PAGA SU HABER EN GRAN PARTE CON UN CENSO CON EL QUE QUEDAN GRAVADOS LOS BIENES QUE AQUÉLLOS ADQUIEREN, HA DE LIQUIDARSE A ESE TERCER HEREDERO, NO SÓLO SU PORCIÓN HEREDITARIA LEGAL. SINO TAMBIÉN LO CORRESPONDIENTE A LA CONSTITUCIÓN DEL CENSO, Y A LOS OTROS HEREDEROS LO QUE CORRESPONDE POR LAS DIFERENCIAS EN MÁS QUE ADQUIEREN EN RELACIÓN CON SU PORCIÓN HEREDITARIA.

Antecedentes.—Fallecida la causante en 10 de agosto de 1940 se obtuvo prórroga y se presentó a la Oficina liquidadora la relación de bienes con fecha 9 del mismo mes de 1941, junto con copia del testamento de la causante, certificaciones de defunción, del Registro de Últimas Voluntades y del líquido imponible de parte de los bienes, más el resguardo de concesión de prórroga.

Posteriormente se presentó el cuaderno particional, con un caudal de 36 382 pesetas y formado el expediente de comprobación se aplicaron

los precios mediós de venta con un resultado de 220.684,13 pesetas. Sobre ellas se giraron a los tres herederos las liquidaciones correspondientes, aplicando la tarifa de 1941 en vez de la de 1932, vigente al fallecer la causante.

Además, a uno de ellos se le giró liquidación por constitución de censo, teniendo en cuenta que una gran parte de su haber hereditario se le pagaba en forma de pensión censual, con la que que los otros dos herederos gravaban los bienes que adquirirían y no se tuvo en cuenta para liquidar, el hecho de que dichos dos herederos adquirirían bienes relictos en cuantía muy superior a la que sus cuotas hereditarias importaban y de ahí la compensación al otro heredero con el aludido censo.

Las liquidaciones fueron recurridas en reposición primero, y después ante el Tribunal Económico-Administrativo, una vez desestimado el recurso de reposición.

El razonamiento sustancial del recurso fué que no era aplicable la tarifa de 1941 y sí la de 1932, vigente al ocurrir el fallecimiento de la causante, siendo en su consecuencia aplicable el tipo de 2,70 por 100 en vez del de 5 por 100 aplicado.

El razonamiento en cuanto al fondo fué que no era aplicable al caso el artículo 124 del Reglamento, como equivocadamente estimó la Abogacía del Estado al resolver el recurso de reposición, porque lo que en él se previene es que el plazo de presentación no se interrumpe si los documentos a que se refieren los artículos 103 y 115 no se presentan en el plazo que el liquidador señale, y es lo cierto que el supuesto no se da porque tales documentos fueron oportunamente presentados, y, sobre todo, porque las certificaciones de que se trata no son los documentos cuya falta de presentación, con requerimiento del liquidador o sin él, produce el efecto de que el plazo de presentación no se considere interrumpido.

En cuanto a la improcedencia de la liquidación por censo se alegó que el heredero favorecido había percibido el censo—que era de 300 fanegas de trigo—en lugar de su hijuela, según es costumbre y derecho regional.

El Liquidador del partido informó en el sentido de que al solicitar la liquidación del impuesto no se habían acompañado todos los documentos necesarios, tales como las certificaciones de líquido imponible de dos términos municipales, las cuales fueron presentadas, dice, casi dos años después, y por lo mismo la fecha de presentación de la relación

de bienes no es la eficaz, sino la de 16 de febrero de 1943, en que se presentó una de aquellas certificaciones. En su consecuencia, la presentación ha de estimarse hecha fuera de plazo y bien aplicada la tarifa del año 1941.

Sobre la liquidación del censo dijo que había que estimarla reglamentaria por no poderse interpretar tal constitución como renuncia de herencia.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación.

Ante el Tribunal central, el recurrente, que era el heredero adquirente del censo, por sí y en nombre de los otros dos herederos reprodujo las alegaciones anteriormente hechas, y el Tribunal central estimó en parte la reclamación por los siguientes fundamentos.

Recabó la escritura particional antes aludida, y de ella apareció: que el heredero D. A. R., en lugar de recibir en pago inmuebles rústicos, éstos se adjudicaban en su totalidad a los otros dos herederos por ser los que se dedicaban a la labranza y que conforme a la costumbre de la tierra conocida con el nombre de "derecho a vivir y labrar", aquél recibe como equivalente un cupo de 300 ferrados de trigo, que abonarán los otros dos herederos por mitad, los cuales, además de la obligación personal, garantizan el pago con determinadas fincas de las adjudicadas por herencia, las que quedan gravadas con las correspondientes pensiones anuales. Se toman otros acuerdos en cuanto al censo, y se dice que en lugar de formalizar el inventario y de formar los haberes respectivos se procede directamente a la adjudicación de los bienes, y así se hace, efectivamente, formándose tres hijuelas cuantativamente iguales, computando para ello en la de D. A. R. el valor del censo, y de manera que este valor es el que recibe de menos en fincas rústicas y el que los coherederos reciben de más.

Esto supuesto, entra ya el Tribunal central en el nervio del problema de si la tarifa aplicable es la vigente al causarse el acto liquidable, o sea la de 1932, o más bien la de 1941, o lo que es lo mismo, si la presentación de documentos realizada el 9 de agosto de 1941, dentro del plazo reglamentario, quedó sin efecto conforme al artículo 124 del Reglamento del Impuesto a causa de no haber presentado los interesados todos los documentos necesarios para practicar la liquidación, empieza por reseñar ese precepto y destaca que, según él, los liquidadores pueden reclamar los documentos precisos para liquidar y los interesados tienen obligación de presentarlos y si no lo hacen incurrir en multa, y además,

si se trata de aquellos cuya presentación es obligatoria con arreglo a los artículos 103 y 115, el asiento de los presentados no interrumpe los plazos de presentación; pero basta la simple lectura del precepto, dice, para considerarlo inaplicable al caso debatido, porque, en primer lugar, no consta que la Oficina liquidadora reclamase las certificaciones de líquido imponible echadas de menos, y sobre todo, porque esos documentos no son de los enumerados en los artículos 103 y 115 como de presentación obligatoria al momento de solicitar la liquidación, puesto que siendo ésta provisional, como lo era la solicitada, los documentos que los interesados venían obligados a presentar, según el apartado 4) del artículo 115, eran la declaración detallada y valorada de los bienes, certificación de defunción del causante, copia autorizada del testamento y relación de los participantes en la herencia con expresión del parentesco con el causante, y entre tales documentos, como se ve, no figuran las aludidas certificaciones. Por consiguiente, concluye el Tribunal, la originaria presentación de estos últimos documentos produjo todos sus efectos y entre ellos el de aplicar la tarifa vigente en el momento del fallecimiento del causante.

Por estos motivos se estimó el recurso en cuanto a la Tarifa aplicable, pero no en cuanto a lo que respecta al aludido censo, porque el argumento aducido contra la liquidación del mismo, consistente en que los 300 ferrados de trigo que dos de los herederos se obligan a pagar al tercero de ellos los recibe éste en lugar de su hijuela, no es valedero, puesto que los bienes de la herencia fueron repartidos entre los tres herederos como juzgaron oportuno, y si uno de ellos recibió en ese reparto menos bienes de los que por herencia le correspondían, fué porque se los cedió a sus hermanos coherederos; que los recibieron de más, y por lo mismo la pensión de 300 ferrados de trigo que ellos se obligaron a pagarle ni son bienes de la herencia ni él los adquiere por su derecho hereditario, sino en virtud del contrato de censo extraparticional, indudablemente sujeto al impuesto con independencia de la herencia.

De estos excesos de participación en la herencia por dos de los herederos deduce el Tribunal otro acto liquidable no tenido en cuenta por el liquidador, cual es el que resulta de la aplicación del apartado 9), artículo 9 del Reglamento, que dispone que cuando en las sucesiones hereditarias se adjudiquen a los herederos bienes que excedan del importe de su haber en concepto de tales, satisfagan el impuesto que corresponda por la cesión de dicho exceso, con la excepción del número

14 del artículo 6.º, no aplicable al caso, sin perjuicio del pago del impuesto sucesorio correspondiente al mismo exceso.

En su virtud, ordena la Resolución que la Oficina liquidadora gire esas liquidaciones omitidas a cargo de dichos herederos y que se aplique la tarifa de 1932.

Comentarios.—Está clara la doctrina del Tribunal central y es perfectamente reglamentaria en sus dos puntos fundamentales. En cuanto a la presentación de los documentos porque no se puede dar al artículo 124 una extensión que no tiene, queriendo comprender en él documentos que no entran ni en su texto ni en su espíritu, como son las certificaciones de líquido imponible, a los efectos de que su no presentación pueda surtir el efecto de que el asiento de presentación quede sin efecto e incurso el contribuyente en la sanción correspondiente.

Por lo que hace al acto deducido de cesión por el hecho de percibir algunos de los herederos mayor porción de bienes de la que legalmente les correspondía, basta decir que es un clarísimo caso de aplicación del artículo 9.º del Reglamento, y no lo es menos el acto liquidable de constitución de censo, perfectamente independiente de la partición misma y, por lo tanto, de forzosa liquidación.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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