

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Julio-Agosto 1947

Núm. 230-231

La posesión y el Registro

I. — POSEER UNA COSA.

El tener señorío de hecho sobre una cosa, el dominarla realmente, tener poder efectivo en la misma, tener la cosa sometida a las posibilidades jurídicamente reconocidas de nuestra voluntad; todo ello determina una situación de la cosa en relación con la persona que tiene conexión con ella y que se conoce con el nombre de *posesión de hecho*.

De esta situación, de este estado de hecho de la persona y la cosa se derivan consecuencias que, por concesión del ordenamiento jurídico, unas veces se traducen inmediatamente en derechos provisionales (derechos de protección, de accesión) y otras conducen a la obtención de derechos definitivos sobre la cosa (la adquisición del dominio por la usucapión y la adquisición del dominio al amparo del artículo 464 del Código civil, en cosas muebles, y al amparo del artículo 1.473, en bienes inmuebles, en el caso de que la inscripción no determine la preferencia).

Es decir, que el hecho de la posesión produce: 1.º, derecho a la protección, en caso de inquietación o despojo; 2.º, derecho de accesión; 3.º, la posesión es medio para adquirir el dominio, unida a los demás requisitos para la prescripción; y 4.º, la posesión es medio para transmitir con seguridad derechos reales, en cuanto se le atribuye a la posesión exteriorización de tales derechos.

El ordenamiento jurídico, al regular la posesión, no emplea léxico preciso, y así, con los mismos términos, unas veces se refiere al hecho de la posesión y otras al conjunto de los derechos deriva-

dos de aquel hecho, y al hacer tal referencia, sin especificar si alude al hecho o al derecho de la posesión, se conduce a erróneas interpretaciones.

II. — SEÑORÍO DE HECHO.

Se habla con frecuencia en la doctrina del señorío de hecho, y, sin embargo, no sabemos lo que es legalmente, porque la ley no determina su concepto ni sus requisitos, y así, en la práctica, la existencia de hecho de tal señorío la estima el juez mediante la información popular, que se basa generalmente en las posibilidades de la persona sobre la cosa, en el *ponimiento de pies* que exteriorice o dé la sensación de «ejercicio intencionado y exclusivo del derecho», y así la conciencia común, impresionada por la ostentación que hace el poseedor, llega a suponer la existencia de una relación jurídica hasta estimar una situación de derecho, de tal manera, que si aquel ejercicio intencionado aparenta uso de facultades de dominio, se le tiene al ejercitante como poseedor en concepto de dueño, y así lo afirman seguramente los testigos al ser interrogados; mas si sólo ejercita facultades de goce de la cosa o derecho, como arrendatario o usufructuario, tal ejercicio o señorío no excluye la potestad del dueño, y tratándose de inmuebles, puede el poseedor gozarlos, puede excluir a otros, puede modificar la superficie de la finca, sin que estos actos impliquen la cualidad de dueño.

Según la fuerza y evidencia del señorío sobre la cosa, así será el concepto que la opinión pública tendrá de la relación del poseedor con la cosa o derecho, concepto tal que puede ser base para tener al poseedor como dueño.

Y dice a este respecto el profesor alemán Wolff: «Un derecho de señorío sobre una cosa adquiere el carácter notorio mediante el notorio ejercicio del señorío; así el señorío ejercido de hecho, la *gewere*, la posesión, aparece al mismo tiempo como un medio, aunque un medio muy incompleto, para hacer notorio el derecho posesorio del poseedor.

Los derechos particulares modernos y el Código civil aprovecharon y perfeccionaron estas ideas del Derecho antiguo para el derecho de bienes inmuebles.

Este efecto de la posesión se manifiesta en el Derecho procesal y en el sustantivo. En el juicio existe a favor del poseedor la pre-

sunción de su derecho a la posesión, de modo que en el procedimiento moderno su adversario tiene el cargo de la prueba. Esta presunción se ha conservado para las cosas muebles.

En el Derecho sustantivo, la posesión es el medio para la disposición sobre derechos reales. Y así la transmisión de derechos reales requiere regularmente la transmisión de la posesión. Gran parte de este *efecto traslativo* de la posesión se ha conservado en el derecho de bienes muebles. El titular no poseedor carece de poder para transmitir su derecho real.

En el moderno *Derecho inmobiliario*, la posesión ha perdido su virtud de representar y hacer notorio el derecho real, quedando sustituida a este efecto por la inscripción en el Registro inmobiliario.

La publicación de esta posesión será raras veces una publicidad a primera vista. En la mayoría de los casos sólo es visible la *existencia* de un señorío sobre la cosa, pero no *a quién corresponde*.»

Traigo a colación estos párrafos del distinguido autor alemán porque nuestro Derecho civil, en varios extremos de la posesión y de la transmisión de la propiedad, está influido por el Derecho germano, y esto ya nos lo dice bien claro el notable magistrado D. Claudio Antón de Luzuriaga, que tanto trabajó en el proyecto del 51: «Las principales disposiciones (sobre el régimen inmobiliario) convienen con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico, admitido en otros diecisiete Estados y que sucesivamente va extendiéndose también por Italia, y que amenaza asimilarse la legislación francesa, con la de otros Estados que siguen hasta ahora el sistema mixto francés.»

Vemos destacada esta influencia en algunos artículos de nuestro Código civil; verbigracia, en los artículos 448, que confiere al poseedor en concepto de dueño la presunción de que posee con justo título, y este efecto legitimador de la posesión se hace notar más todavía en el artículo 464 respecto a muebles, que dice que la posesión adquirida de buena fe equivale al título; y hay otro artículo en el Código que especifica expresamente los efectos traslativos de la posesión y de la inscripción en los casos de colisión derivada de la doble venta; es el artículo 1.473, que establece que si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad se

transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

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

Se da preferencia en la adquisición al que primero haya usado del mejor medio de publicidad: la inscripción; en segundo lugar, la posesión, y luego el otorgamiento de las escrituras.

O sea, que en este artículo se recoge la tendencia del Derecho moderno, apuntada ya en el proyecto de Código civil del 51, de reconocer que la inscripción hace más notorio el derecho real; más auténtico, más definido que lo hace la posesión. Se tiene en cuenta el espíritu de la Ley Hipotecaria.

Dice Pérez y Alguer en las notas de la traducción de la obra *Ennecerus* que «la regulación de la posesión en el Código civil español es un conglomerado de principios y conceptos romanos, germánicos y canónicos, no siempre conexos entre sí, sin faltar tampoco ideas y construcciones con propósito de superación original. Si a esto se une el sistema del Derecho inmobiliario, que trata de conciliar, aunque tímidamente, la vetusta armazón del Derecho civil español con ideas de moderna técnica germánica, se comprenderá la apariencia totalmente inorgánica de nuestro derecho de posesión. Todo ello explica, aunque no justifica, la inseguridad de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia en tema de posesión».

Como veremos luego, en la ley de reforma de la Ley Hipotecaria, a pesar de esta inseguridad en la doctrina y la tendencia del Derecho moderno a dar publicidad de los derechos reales sobre inmuebles, se le concede a la posesión de bienes inmuebles una excesiva importancia como hecho exteriorizador de la propiedad, como si se tratase de bienes muebles, y lo mismo como medio para adquirir por usucapión; también se le reconoce a la posesión gran importancia, cuando la prescripción sobre bienes inmuebles, a tono con los sistemas inmobiliarios más perfectos, debiera pasar a lugar muy secundario.

Con la reforma, a este respecto, en vez de progresar, retrocedió nuestro régimen inmobiliario.

Antes de la reforma, interpretada objetivamente nuestra legislación, la prescripción no afectaba a terceros hipotecarios.

Dice el citado tratadista alemán Wolff, en el *Ennecerus*, refiriéndose a la prescripción: «La norma a cuyo tenor prescriben las pretensiones, tiene una excepción para las pretensiones derivadas de derechos inscritos. Estas no son prescriptibles. El fundamento está en que el Registro inmobiliario tiene por objetivo evitar la inseguridad de los derechos, que es también la finalidad principal de la institución de la prescripción.»

Es decir, que en el Derecho germánico la prescripción no perjudica al titular inscrito, de no constar en el Registro el derecho del usucapiente. En cuanto a nuestra legislación, los principales tratadistas del Derecho civil establecían que la prescripción, fuese ordinaria o extraordinaria, no perjudicaba a terceros hipotecarios, y así dicen Pérez y Alguer, que tratan las materias de Derecho inmobiliario con acierto profundo, refiriéndose a la inscripción: «La inscripción aquí (la inscripción a favor del usucapiente) no es requisito de la adquisición, sino en el sentido en que lo es en general dentro de nuestro Derecho inmobiliario, o sea con relación a terceros. Se trata de un modo de adquirir, cuyos distintos supuestos de hecho no perjudican a tercero si no están inscritos. Esta es la significación de los tres primeros apartados del artículo 35, en cuanto exigen frente a tercero la constancia en el Registro de la posesión, del justo título y de la fecha... En nuestro Derecho todas las adquisiciones se desarrollan y consuman plenamente fuera del Registro menos la hipoteca; pero tales adquisiciones son relativamente ineficaces frente a determinadas personas, los llamados terceros, concepto clave del sistema, que carece de la unidad y de la precisión que fueran apetecibles, dada su trascendencia, y que por el contrario, se quiebra en fórmulas arrancadas por interpretación, las más de las veces literal, y que desarticulan en una serie casuística los resultados, que debieran reconducirse a un principio neto y general de publicidad material. Aquí, pues, como en los demás órdenes del Derecho inmobiliario alemán, comparado con el español, advertimos el contraste entre una técnica segura, unitaria y general y una técnica vacilante, compleja y casuística.»

Que se vea ahora en el artículo 36 de la reforma, donde está el «principio neto y general de publicidad material». Las palabras del

apartado a) de este artículo son la negación absoluta de la técnica unitaria y general de un sistema hipotecario, y son una excepción desafortunada al principio de la fe pública registral, y de sentido contrario al criterio de nuestros principales civilistas, como Valverde, que decía: «La prescripción tiene importancia en las legislaciones en que no dan a la inscripción en el Registro todo el valor que exige su propia naturaleza, al no haber llegado todavía a la sustantividad de la inscripción. La prescripción de inmuebles, que va perdiendo importancia en las legislaciones modernas, sobre todo en aquellas que dan valor propio o sustantividad a la inscripción en el Registro, la tiene en nuestra legislación todavía, aun tratándose de inmuebles, *cuando tiene lugar entre los interesados, pero no la tiene tan grande cuando perjudica a terceros, puesto que para éstos, según el sistema hipotecario español, la inscripción produce efectos y tiene propia sustantividad en cierto modo.*»

«Tanto en el Código como en la ley se parte de la base de respetar la inscripción en lo que se refiere a terceros, porque no puede admitirse prescripción contra ellos, amparados como están en su título inscrito.»

La usucapión es causa de adquisición del dominio y demás derechos reales susceptibles de posesión; es modo de adquirir que deviene título de tales derechos, y por ello no podía silenciarse la prescripción en la Ley Hipotecaria, y así la de 1861, en su artículo 35, decía: «La prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallase 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.» (Resultaba, pues, una prescripción tabular.)

«En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.»

¿Cómo poder inscribir el prescribiente su título para la prescripción a fin de que ésta perjudicase a tercero? El tercero era el mismo a que se refería el artículo 23, o sea a un titular del dominio o de otro derecho real con título inscrito de protección hipotecaria, que traía su derecho de persona distinta del prescribiente; de tal manera, que en el momento de la adquisición del tercero no podría estar inscrito el título del prescribiente, pues que de estarlo

no podría ser aquel tercero hipotecario, y refiriéndose al dominio, el título del tercero y el del prescribiente se excluyen por incompatibles en el Registro. Sin embargo, entonces podrían ser inscritos los títulos de ambos en virtud de períodos transitorios. Así decía el artículo 35 del Reglamento hipotecario de entonces que «la prohibición de inscribir títulos de fecha anterior a la del último inscrito en el Registro, contenida en el artículo 17 de la ley, se entiende sin perjuicio de la facultad que, según la misma ley, tengan los dueños de inmuebles o derechos reales para registrar en plazos determinados los títulos que oportunamente no hubiesen presentado al Registro.»

Este artículo fué derogado por la Real orden de 28 de agosto de 1883, que dice que desde 1.º de enero de 1875 no tiene aplicación lo dispuesto en el citado artículo 35 del Reglamento.

Decía La Serna, al comentar este artículo 35 de la ley, que «la Ley Hipotecaria siempre se muestra consecuente, limitando sus efectos a que no pueda ser perjudicado el tercero, dejando los derechos de los que hayan tenido intervención en los actos y contratos dentro de las condiciones del Derecho común». Dice que sólo lo inscrito perjudica a tercero, y que desde la fecha de la inscripción es público el título. Y refiriéndose al último párrafo del artículo 35, que fué objeto de tantas erróneas interpretaciones, dice: «La ley Hipotecaria sólo tiene por objeto consultar el interés del tercero, no cambiar las condiciones de los que no han sido inducidos a error por una omisión cometida en el Registro. Consecuencia de esto es que el dueño verdadero de la finca quede dentro de las condiciones en que se hallaba antes de la publicación de la reforma. El que viendo que una finca suya, poseída por otro que carece de título para tenerla, y resignado calla, sólo puede decirse engañado por su negligencia. No tiene razón de quejarse de que una ley, hecha con muy diferente objeto, no venga en su auxilio.»

Está bien claro que este comentarista y coautor de la ley entendía por «dueño legítimo del inmueble» al que estuvo tolerando la posesión del prescribiente durante el plazo de la precripción y no al que adquirió, fundado en el Registro, el inmueble precrito, por que éste no fué el que estuvo viendo que otro poseía la finca careciendo de título para tenerla; resignado, calla.

La ley de 1869 agregó al artículo 35 lo relativo a la prescripción

que no requiere justo título, o sea la extraordinaria, y queda redactado el primer párrafo del artículo como sigue: «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito en el Registro.»

Bien claro queda establecido en este artículo que la prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria, no perjudicará a tercero, y sólo podría perjudicar en los casos difíciles o imposibles de que el prescribiente inscribiese su justo título en la ordinaria, o la posesión, en la extraordinaria.

¿Modificó el Código civil este artículo 35 de la ley de 1869? Entendemos que no, y aun en el supuesto de que tácitamente lo modificase el Código, vuelve a restablecerse su vigor en la Ley Hipotecaria del año 1909.

El Código civil, en su artículo 1.949, exige expresamente la inscripción del justo título para que la prescripción perjudique a tercero, repitiendo lo que en cuanto a la prescripción ordinaria decía el artículo 35 de la ley, y en el artículo 1.959 omite el requisito de la inscripción de la posesión para que la prescripción extraordinaria perjudique a tercero hipotecario, según se decía en el artículo 35; pero el artículo 462 del Código dice que la posesión de los bienes inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida ni transmitida *para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero*, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (lo dispuesto en los artículos 23, 34 y 35).

Este artículo 462 contiene un precepto de carácter general, y para que el artículo 1.959 fuese una excepción de esta regla general tendría que especificarlo expresamente.

Existiendo el artículo 462, el artículo 1.949 sobra, pues no es más que redundar que la prescripción ordinaria no perjudica a tercero hipotecario, toda vez que lo referente a la inscripción del justo título del poseedor no tiene posibilidad legal, y sólo ha servido este artículo 1.949 para que los refractarios a la eficacia de la inscripción esgrimiesen la sutileza de que el artículo 1.959 permite la prescripción extraordinaria aun contra tercero hipotecario al no exigir expresamente la inscripción de la posesión del prescribiente, como exige el artículo 1.949 la inscripción del justo título.

El artículo 1.959 no hace más que establecer los requisitos para la prescripción extraordinaria de inmuebles, así como el artículo 1.957 determina las condiciones de la prescripción ordinaria, de la misma manera que lo hace el artículo 1.955, en el primer párrafo, para la prescripción ordinaria de muebles, y en el segundo, para la prescripción extraordinaria, diciendo al final de este segundo párrafo algo que omite el artículo 1.959: «sin necesidad de ninguna otra condición». Si el artículo 1.959 terminase con esta frase sí que había que interpretarle como indican los aludidos refractarios.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1909 dice: «A partir de los hechos expuestos es inconcuso que no puede prevalecer el fundamento consistente en la prescripción que sirve de apoyo a la sentencia; primero, porque no puede negarse a la recurrente el carácter de tercero en los contratos celebrados entre los dos hermanos y uno de éstos y el demandado, en orden a la finca que se reclama, en razón a no haber intervenido en los mismos; segundo, porque a tenor de lo prescrito en el párrafo primero del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, *la prescripción que no requiere justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla*, como en el caso actual acontece; tercero, porque no es aplicable la excepción del último párrafo de dicho artículo (el 35), por referirse éste al dueño legítimo *que lo fuere al empezar a prescribir el derecho, así como a los que le hubieren sucedido por título lucrativo, universal o singular*, conforme tiene declarado la sentencia de 20 de diciembre de 1901; pero tal excepción no puede comprender a quienes, como la recurrente, sucedieron al primitivo dueño en la propiedad del inmueble por título oneroso, y no tiene, por tanto, el carácter de causahabiente del vendedor en el sentido que lo interpreta la Audiencia, y cuarto, porque la recurrente tiene amparado su derecho por el artículo 34 de la precitada ley, toda vez que contrató con quien aparece en el Registro con derecho para contratar con ella.»

Como se ve, esta sentencia hace una interpretación clara y técnica del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, y así vemos: primero, que el Tribunal Supremo reconoce vigente el primer párrafo del artículo 35 en cuanto se refiere a la prescripción que no requiere justo título, o sea la extraordinaria, sin que resulte derogado tal artículo por el 1.959 del Código civil; segundo, que en la alusión

que hace el último párrafo del mencionado artículo 35 al dueño legítimo del inmueble no está comprendido el tercero que adquiere por título oneroso el inmueble o derecho que se esté prescribiendo o se haya prescrito, y tercero, que este adquirente a título oneroso tiene además reforzada su adquisición por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si adquirió con buena fe de quien en el Registro figuraba con derecho a transmitir.

La prescripción fué desde los tiempos más remotos institución jurídica admitida por necesidad, por deficiencias de órganos autenticadores para subsanar adquisiciones que no reunían los requisitos establecidos por la ley y para proveer de título supletorio a los poseedores que hubiesen conseguido ostentar durante mucho tiempo el señorío sobre bienes. Fué así como un mal menor en aras de la estabilidad social.

La prescripción de inmuebles en el Derecho moderno puede admitirse como institución supletoria, pero nunca enaltecer su legitimidad, y menos subordinar a ella los principios básicos del sistema registral, que tanto en la práctica como en la teoría conducen a una perfecta seguridad de los derechos reales. Con una fe pública registral sin excepciones desaparecen los pleitos; si se le concede relieve a la prescripción sobre inmuebles queda por ella un resquicio abierto para litigar.

La prescripción se basa en la posesión, y la posesión respecto a inmuebles, como decía Gayoso Arias, es casi siempre ficticia porque no consta con evidencia el concepto en que se posee, y tratándose de predios rústicos suele ser más que posesión uso o disfrute del tenedor, las más de las veces tolerado por el dueño, y además hay que tener en cuenta la poca distancia a que irradia esta supuesta visibilidad posesoria.

Y si es corta esta visibilidad de la posesión, y no es claro el concepto con que se posee, ¿por qué la ley no exige del poseedor algo que ponga auténticamente en claro su posesión en concepto de dueño? ¿Por qué se eliminó del Registro la constancia del hecho de la posesión? ¿Por qué no se ha de permitir al poseedor que ande a la luz del día, sin tener que esperar al amanecer de la prescripción para encararse con el titular inscrito? ¿O es que la prescripción es resultado del robo o de la actuación clandestina del poseedor para cazarle la propiedad al titular inscrito al cabo de unos cuantos

años? Los autores de la reforma de la Ley Hipotecaria han creído que el hecho de la posesión no es digno de figurar en el Registro, y así, la posesión o se presume en el titular del dominio inscrito o tiene que andar por fuera del Registro, cuando realmente está separada del titular inscrito hasta que haya pasado por el Jordán de la prescripción y pueda entonces reingresar en el Registro, revestida de una información de dominio o de la victoria de un pleito.

¿Por qué no admitir en el Registro el hecho de la posesión por medio de anotación preventiva cuando realmente haya un poseedor en concepto de dueño distinto del titular del dominio inscrito? Y ¿por qué en tal caso al prescribiente no se le exige el requisito de la anotación de la posesión que haya de producir la prescripción para que ésta pueda tener efecto contra tercero hipotecario?

Esto sería muy sencillo tomando anotación preventiva de la posesión mediante información posesoria en que se haya acreditado el concepto en que posee, y practicada tal anotación, ésta reflejaría una inexactitud del asiento a nombre del titular del dominio, y por lo menos de la presunción de posesión que establece el artículo 38 de la nueva ley. Así, tal anotación, a más de servir para anunciar a los futuros adquirentes el estado posesorio, puede conducir a la usucapión del dominio si no es contradicha por el titular inscrito y ser convertida en inscripción del dominio al cabo de un plazo determinado por la ley. Así, el poseedor podrá hacer constar en el Registro el hecho de la posesión por medio de la anotación, de efectos más o menos transitorios o provisionales, pero que puede ir preparando la inscripción de un derecho más definitivo y permanente.

En los derechos modernos que tengan un ordenamiento inmobiliario basado en el sistema germánico debe caer en desuso aquella vieja máxima jurídica: «*Prescriptio, patrona generis humani*», y reconozcamos sinceramente (aunque no lo hagan los que defienden al «prescribiente») que existe un fondo de verdad en los anatemas que lanza contra la prescripción Acollás cuando dice: «Si es patrona, lo es de un género humano, que ha comenzado, a la manera de las bestias feroces, su carrera sobre el Globo, donde la fuerza que prevaleció en el origen prevalece todavía, siendo una muestra de ello la enorme herejía, brotada de la emponzoñada fuente de la jurisprudencia romana, de que se puede prescribir contra el Derecho.»

III. — ESTUDIO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY NUEVA.

Se observa con la simple lectura de este artículo, y por el comentario de alguno de sus autores, que existe en él un confusionismo de conceptos incompatible con una buena técnica de Derecho inmobiliario.

1.º Se establece el artículo 36, supeditándole al artículo 609 del Código civil, conceptuando este artículo como pedestal de todas las adquisiciones de derechos reales, sin admitir excepciones, reedificando el derruido sistema del «título y modo», dándole un carácter de precepto constitucional que no admite merma, y menos derogación alguna por una ley especial.

2.º Que se equiparan los efectos del señorío de hecho de los bienes inmuebles a los del señorío de los muebles, exigiendo como esencial en la transmisión del dominio y de los demás derechos reales de disfrute inmediato la transmisión de la posesión inmediata, porque dicen que no hay adquisición de tales derechos en virtud de contrato sin la tradición.

3.º Que se confunde el señorío de hecho o poder de hecho o efectivo con el derecho subjetivo de posesión, o sea el hecho posesorio con el «jus possessiones» o conjunto de derechos que produce aquel hecho a favor del poseedor; atribuyendo igual efecto al señorío de hecho para la usucapión que para la exteriorización del derecho real, afirmando no obstante que el señorío de hecho es un problema físico que no tiene la categoría de situación jurídica o de derecho que pueda ser rechazada por la eficacia de la fe pública registral.

4.º Que se cree que el tercero hipotecario no estará protegido contra la «possessio ad usucapionem» porque existe un vicio—dicen—en la adquisición que le impide ser dueño, que es la falta de tradición.

5.º Que quieren los autores del artículo 36 que se sobrentienda que la acción real derivada del derecho inscrito se equipare a la acción interdictal.

6.º Que el citado artículo 36 fué defendido manejando tópicos que, a más de no ser exactos, resultan anacrónicos en lo que se refiere al carácter social con que quieren proteger al poseedor prescribiente.

*De la supeditación del artículo 36 de la ley al artículo 609
del Código civil.*

En cuanto a esta subordinación del artículo 36 y de toda la parte sustantiva de la Ley Hipotecaria, hemos de decir, con los acreditados civilistas Pérez y Alguer, en sus notas de la traducción de la obra *Ennecerus*, que en tal artículo 609 resalta la carencia absoluta de un criterio sistemático y la deficiencia técnica de toda regulación, resultando así fuente caudalosa de errores y vacilaciones en el campo doctrinal y en la jurisprudencia. Tal artículo 609 no separa netamente los modos de adquisición de la propiedad de muebles e inmuebles, y los anuncia globalmente, aunque existen reglas especiales en el mismo Código que concretamente determinan cómo se adquiere la propiedad de los inmuebles (arts. 1.473, 633, 1.957, 1.959, etc.) y de los muebles (464, 632, 1.955, etc.), y dicen dichos tratadistas que los civilistas han prestado excesiva atención al artículo 609, porque respecto de este artículo puede afirmarse que carece de todo contenido eficaz desde el momento en que si se suprimiera nada se alteraría en la sustancia de nuestro Derecho positivo, pues se limita a ser una mala enunciación asistemática e incompleta de otros preceptos útiles. Respecto a esta añeja teoría del título y modo, sólo quedan en pie—dicen—desacreditados prejuicios doctrinales sobre ella. En nuestro Código civil—siguen diciendo—se manejan indistintamente las palabras *título* y *modo*, sin asignarlas un concepto preciso y una función distinta (arts. 464, 1.467, 470, 523, 537, 540, 598 y 1.952). El descrédito de la teoría del título y modo es evidente. La frase «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», que emplea el artículo 609, no es suficiente apoyo—dicen—para erigir sobre ella todo un sistema, cuando en rigor esos términos sólo responden a rechazar la doctrina del Código civil francés, que establece que la propiedad se adquiere por el solo consentimiento.

Una excepción a esta frase «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» es el artículo 1.473 del Código, en lo que se refiere a la inscripción, según estos citados civilistas; inscripción a la que el mismo Código civil, en caso de colisión por doble venta, confiere mayor eficacia que la tradición real o toma de posesión; inscripción que a este efecto tiene la virtud, según decía D. Jeróni-

mo González, de transformar *la situación obligatoria en real, teniendo, por tanto, la inscripción en estos casos fuerza constitutiva.*

Decía Azcárate: «El Registro tiene un fundamento racional en cuanto se deriva de la naturaleza misma del derecho de propiedad. Es aquél en su esencia una institución formal y de garantía de éste, y es su fin hacer público el estado de los bienes inmuebles, mediante la inscripción de todos los actos, por los cuales se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas referentes a los mismos. Para realizarle, preciso es que haya un registro público en el que se hagan constar esas vicisitudes, en el que tenga cada finca su historia, por decirlo así, de tal suerte que el que quiera adquirirla o constituir sobre ella un derecho real o prestar con la garantía de la misma, sepa que sólo puede perjudicarle cuanto en él conste; esto es, que no hay más dueño que el que en él figura como tal, ni el fundo tiene otros gravámenes que los que en él están consignados.»

«La consecuencia de esta organización se ha expresado diciendo que la inscripción o transcripción *ha sustituido a la tradición*; que la inscripción en el Registro puede considerarse como la forma moderna de la transmisión de la propiedad, y que las reformas llevadas a cabo en este punto han verificado una revolución en la doctrina del título y modo.»

Respecto a esta revolución, iniciada hace más de un siglo en nuestra Patria, el Notario de Madrid Sr. Sanz se siente reaccionario y se aferra al Derecho caduco.

La inscripción aquí es la base de lo que antes se entendía por modo de adquirir en la tradición; la inscripción pública mejor que la tradición y que cualquier otro modo conocido de exteriorización, el traspaso de la propiedad, anunciando a todos y a cada uno de los individuos de la masa general la relación jurídica entre el sujeto activo y el objeto, dándoles a saber que no son ellos ese sujeto y que no existe con ellos tal relación, siendo así la inscripción el medio de que todos aquellos individuos de la masa general respeten y todos reconozcan los derechos reales sobre inmuebles y aquellas personas a quienes correspondan.

Este es el efecto general de la inscripción, que exterioriza a la masa en general la titularidad de los derechos reales.

Pero además de este efecto general de la inscripción de publicar

a todos, existe otro efecto especial de publicar a aquel individuo que surge de la masa y que está interesado en la adquisición del inmueble o de un derecho real sobre el mismo, quien es el verdadero dueño y el estado jurídico de tal inmueble, y la Ley, ante la fe en esa publicidad, confiere a tal individuo seguridad irrestricta en la adquisición onerosa. Y por esto decía Azcárate que «la necesidad de la preexistencia del derecho en el transmitente se consagra en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria vigente». Y a base de esta preexistencia en el transferente o presunción firme de tal preexistencia se desarrolla el principio de la fe pública registral, establecido en el artículo 34 de la Ley. Y aquí la inscripción no sólo publica a todos el nuevo titular, sino que es medio para éste de hacer irrefutable su adquisición en el tráfico jurídico, sin necesidad de acordarse del artículo 609 del Código.

Y que los defensores del artículo 36 no consideren exótico este artículo 1.473 del Código, pues tiene bien adquirida carta de naturaleza en España desde los proyectos del Código civil, y mejor aún, desde la Pragmática de Don Carlos y Doña Juana, como se dice en la Exposición de motivos de la Ley del 61, y que si no tuvo arraigo entonces es porque en aquel siglo no existían, como hoy, sistemas inmobiliarios perfectos, y así los jurídicos de entonces, que pensaban en forma parecida al Sr. Sanz, empapados en el régimen de las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá, ahogaron el contenido de la Pragmática y triunfaron en el régimen caótico de la propiedad inmueble que tan bien le expresa el preámbulo del Decreto de 8 de agosto de 1855, régimen aquél por el que parece ser que sienten añoranzas los autores o defensores del artículo 36, al establecer en él la brecha que, según la interpretación que le den los Tribunales, podrá ir carcomiendo la buena titulación, ya que con la usucapión toda pertenencia se puede convalidar, al igual que en los tiempos primitivos.

El artículo 1.473 del Código no puede resultar derogado por el artículo 36 de la nueva Ley Hipotecaria, si es que nos atenemos al criterio del Sr. Sanz de que la Ley Hipotecaria no puede derogar los artículos del Código civil; y así supongamos que una finca está inscrita a nombre de A y éste un día la vendió a B por escritura que no inscribió, o en documento privado, pero que entró en posesión de la finca el comprador, y pasados cerca de diez años falleció A

y los hijos de éste ponen en venta las fincas heredadas, después de inscribirlas a su nombre, incluso aquella finca que había sido vendida, pero que seguía figurando inscrita a nombre del causante, y la compró C, después de ver que en el Registro estaba inscrita a nombre de los vendedores, inscribiendo la compra a su nombre; pero cuando quiere hacerse cargo de las fincas se entera de que la aludida finca la había adquirido por compra B hacía en aquel momento más de diez años y que había poseído de buena fe. Si se va al pleito, los Tribunales se encuentran hoy, para decidir a quién pertenece la propiedad de la finca, vendida dos veces por una persona o sus causahabientes, con el precepto claro y terminante del artículo 1.473, persuadido el juzgador de que no ha habido mala fe por parte del comprador, y tal artículo le lleva a decidir que la propiedad pertenece a C. Pero el juzgador leerá el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, apartado a), y tiene que estudiar el caso, viendo si hay por medio, en esta doble venta, una prescripción; y aquí pueden entrar en juego las sutilezas de la interpretación y tienen los Tribunales el artículo 1.473 para decidir que en caso de doble venta la propiedad pertenece al que primero inscribe; tienen el artículo 34 de la Ley para decidir que C adquirió por compra y con buena fe de quien en el Registro figuraba con facultad para vender; pero existe el artículo 36 y consta en los autos que B, viendo que no puede probar que C tuvo conocimiento evidente de que aquél había comprado la finca y la poseía en concepto de dueño al comprarla C, se acoge al apartado a) de dicho artículo para lograr la prueba, como se puede lograr siempre, de que el comprador C tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que B venía poseyendo la finca en concepto de dueño; es decir, que el prescribiente, dentro de la inmensidad de medios que pueden estar al alcance de la razón de C (medios racionales), puede probar siempre que al comprador le era posible saber o investigar el hecho de la posesión en concepto de dueño. Aquí los autores del artículo 36 han dado el máximo de margen al arbitrio judicial en merma del principio de la fe registral. Pues bien; si quieren los titulares inscritos en el artículo 36 pueden dejarle sin contenido mediante el artículo 41, procurando expulsar de sus fincas a todo poseedor intruso o sin derecho a poseer, y que los compradores se fijen antes de comprar si hay alguien que posea las fincas que no sea el ven-

dedor, y en tal caso que se enteren de la situación jurídica extraregstral, para que vean si les conviene o no comprar.

Aparte de este artículo 36 de la Ley, yo me atrevo a afirmar que el mismo Código civil subordina el efecto de la posesión para la usucapión, el efecto usucapiante de la posesión al efecto traslativo de la misma y de la inscripción, como instrumentos exteriorizadores de los derechos reales. Lo vemos respecto a inmuebles, además de lo que se determina en el citado artículo 1.473, en el 462 y en el 1.949, y en cuanto a los muebles, en el artículo 1.955, que viene a decir que el dominio de los muebles se adquiere por la prescripción, mediante la posesión, de tres años con buena fe, y de seis años sin otra condición; pero, no obstante ser así dueño por prescripción, si la cosa mueble se adquiere por otra persona en las condiciones que establece el artículo 464 del Código, que alude a la fuerza traslativa de la posesión, adquirida de buena fe, sobre todo cuando se adquiere en venta pública, en ferias, en comercios, en Bolsas, etcétera, en tal caso se extingue para el que tenía el dominio por efecto de la prescripción, o de otro título, la acción reivindicatoria, que es el exponente del derecho de propiedad; es decir, que si, por una parte, el poseedor que haya adquirido conforme al artículo 464 no necesita los tres años o los seis para prescribir el dominio, por otra parte, el prescribiente pierde el dominio adquirido si se interpone un tercero que adquiera de acuerdo con el artículo 464, en cuanto a los bienes muebles, y respecto a inmuebles, si adquiere e inscribe según previene el artículo 1.473. Así es como debe interpretarse el artículo 36 de la Ley, de acuerdo con el espíritu y con la letra del Código civil.

¿Puede considerarse en estos casos poseedor de buena fe al prescribiente?

El poseedor prescribiente de una finca inscrita puede ser poseedor de buena fe o de mala, según los casos. En la obra «De la usucapión» dicen sus autores, Alas, De Buen y Ramos, que se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide (elemento negativo) y cree que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio (elemento positivo). Pues bien, si el prescribiente adquirió una finca, en documento privado o en escritura

pública, de quien en el Registro aparece con derecho a transmitir, sin que aquél haya inscrito la adquisición, en tanto siga el inmueble inscrito a nombre del transferente, puede el poseedor prescribiente poseer con buena fe, y en tal caso, si al cabo de doce años, por ejemplo, si se interpone un tercero, que pudo conocer evidentemente que el dominio del inmueble estaba prescrito, puede el poseedor excepcionar la prescripción ordinaria. Pero si la finca se inscribe a nombre de otra persona, por título oneroso, antes de transcurrir los diez años de la prescripción ordinaria, desde tal momento deja el poseedor de poseer con buena fe, porque, a tenor del artículo 435 del Código civil, existe un acto, que es la inscripción, que le publica al poseedor y que acredita, como pública que es, que él no ignora que posee desde entonces la finca indebidamente. Y en este sentido dicen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1910 y de 14 de junio de 1916 que no podrá prescribirse por el término ordinario si está inscrita la finca a nombre de otros. Todo esto se funda en el Código civil y no en la Ley Hipotecaria, porque, respecto a la buena fe del poseedor, deja de ser buena en cuanto exista un acto, que puede ser la inscripción o puede ser otro cualquiera, que acredite que el poseedor no ignora que posee indebidamente; y sabe que posee indebidamente, al conocer la inscripción del tercero, porque el artículo 1.473 del Código le dice que en caso de doble venta la propiedad pertenece al que primero inscribe; por esto decimos a Roca Sastre, y a los efectos del artículo 36 de la Ley, que el poseedor pierde los efectos de la buena fe si surge una inscripción a nombre de tercero antes de ser consumada la prescripción ordinaria, y todo esto sin necesidad de fundarse en los efectos de la Ley Hipotecaria, excepto aquellos preceptos que hacen público el Registro de la Propiedad, sino que es de conformidad con el Código civil.

Respecto al número 2.º, o sea que se equiparan en el artículo 36 los efectos del señorío de hecho de los inmuebles a los del señorío de los muebles, estableciendo como esencial en la transmisión del dominio y demás derechos reales de disfrute inmediato, la inmediata transmisión de la posesión, aun tratándose de inmuebles, porque dicen no hay adquisición sin tradición real. No perdamos de vista que nuestro Derecho civil está influido por el Derecho germánico, en lo que atañe a la exteriorización de los derechos reales y a la

eficacia traslativa de la posesión y de la inscripción. No es posible dejar de ver esta influencia germánica, influencia que debió en estas materias acentuarse por nuestros legisladores, hasta llegar a la inscripción constitutiva, ya que los sistemas perfectos deben ser imitados, sea cual fuere su progenie, y así regular categóricamente los efectos legitimadores de la posesión en el sentido germánico, o de la *gewere*, y expresar sin deficiencias técnicas que, tratándose de inmuebles, estos efectos de la *gewere* se trasladan a la inscripción. Resulta pueril pretender prescindir de los modelos más perfectos extranjeros cuando nuestra solera, en régimen inmobiliario, es aquella que condujo al caos jurídico que nos pinta el preámbulo del Decreto de 1855. Bien entendido, así resulta del Código civil, pues, tratándose de muebles, los efectos de la *gewere* los tenemos en el artículo 464 y en el mismo artículo 1.473, y en cuanto a inmuebles, este artículo concede preferencia a la inscripción.

El Derecho inmobiliario alemán y sus tratadistas (principalmente la obra *Ennecerus*) siguen influyendo en nuestro ordenamiento inmobiliario, en nuestros tratadistas y, naturalmente, en la jurisprudencia. Sin embargo, en la Ley de Reforma Hipotecaria, si bien se observa dicha influencia en la mayor parte de su contenido, incluso en el léxico, verbigracia, el principio de legitimación, el no admitir la inscripción de la posesión, la usucapión tabular, etc., no han querido seguir el criterio germánico de establecer con rigor la protección del tráfico inmobiliario, en el sentido de declarar imprescriptibles los derechos inscritos, sino que, concediendo a la posesión extrarregistral casi una sagrada estima, subordinando la seguridad del tráfico a la prescripción, ganada por el poseedor extraño al Registro. En este caso, y respecto al principio de la fe pública registral, no se ha querido recoger el contenido del artículo 893 del Código alemán, que establece con carácter general que el registro se considera exacto en el caso de celebrarse cualquier otro negocio jurídico entre un titular inscrito y otra persona, por el cual se disponga sobre un derecho registrado, siempre que el adquirente tenga buena fe, que se presume, y sólo se considera excluida esta buena fe, y, por tanto, la protección del tráfico, si al efectuarse la disposición estaba inscrito un asiento de contradicción de la exactitud del registro, o si el adquirente conocía la inexacti-

tud. Y esta excepción se interpreta como sigue: 1.º Sólo el conocimiento positivo destruye la buena fe y no la ignorancia por negligencia inexcusable, porque en el registro inmobiliario se puede tener mayor confianza—dicen—que en la posesión; 2.º El conocimiento de la inexactitud del registro no es idéntico al *conocimiento de los hechos* de los que se deriva la inexactitud.

En el artículo 36 de la Reforma se establece que no sólo se destruye la buena fe con el conocimiento positivo de la inexactitud registral sabiendo que otro distinto del transferente era dueño por prescripción, sino con la ignorancia por negligencia inexcusable, equiparando en valor el conocimiento de la prescripción al conocimiento del hecho de la posesión, del que pudo derivar la prescripción, cual si se tratase del tráfico de bienes muebles.

La posesión de los muebles lleva con mucha más fuerza a presumir que el poseedor es dueño, porque la vida práctica nos enseña que el señorío de hecho sobre un mueble corresponde generalmente al titular del poder jurídico sobre el mismo; al que tiene un piano en su casa, al que monta un caballo, al que conduce un coche particular a tono con su porte, etc., se le tiene como dueño; pero no sucede así tratándose de inmuebles, como se dice en la exposición de motivos del anteproyecto del Código civil suizo, porque el ejercicio de la posesión de los inmuebles, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. Un poseedor de un mueble puede enajenarlo, abandonarlo, transformarlo, destruirlo, mientras que el poseedor del inmueble puede tan sólo gozarlo, o excluir a otro, o quizá modificar la superficie de la finca, o sea que la posesión de los inmuebles no se presta a la presunción de pertenencia deducida del señorío de hecho y hacen falta formas auténticas (como dice dicha exposición) que sean constitutivas del derecho real sobre el inmueble. Según Wolff, la publicidad de la posesión será varias veces una publicidad a primera vista. Puede por ella ser visible la existencia de un señorío sobre la cosa, pero no a quién corresponde. Y decimos nosotros que, respecto a inmuebles, generalmente en el origen de la posesión se basa la conciencia popular para formar el juicio del señorío de hecho; y así, en varios casos, en Derecho inmobiliario puede existir una presunción de precariedad, aunque haya apariencia de señorío de hecho, como tener el poseedor en el Avance

catastral la finca a su nombre, por no caber en tales casos la presunción de *intervención del título* del poseedor.

Veamos algunos casos: A, que tiene una finca inscrita en el Registro, la vende a B con pacto de retro, que inscribe, quedando A en posesión de la finca por pacto de arrendamiento, y transcurrido el plazo de la retroventa, B vende la finca a A, y éste no inscribe, y al cabo de doce años, B, o sus herederos, venden la finca a C, que presume que A seguía llevando la finca en el concepto de arrendamiento que expresaba el Registro. Otro caso: A arrienda varias fincas a B, y éste, transcurrido algún tiempo, compra a A algunas de las fincas arrendadas, sin inscribir el título de compra, continuando inscritas a nombre de A; al cabo de veinte años los herederos de A, previa inscripción a su nombre de las fincas vendidas, por su padre, proceden a la venta de todo el patrimonio que llevaba B procedente de A, y los compradores inscribieron su título de compra, otorgado con buena fe.

En estos casos dirán seguramente los juristas autores del artículo 36 que estos titulares inscritos, que tienen la condición de terceros según el artículo 34, no son dueños de aquellas fincas arrendadas y compradas luego por los arrendatarios, no sólo porque éstos las prescribieron, sino porque el transferente inscrito no tenía la posesión y que, por tanto, no pudo hacer entrega real de las fincas para el disfrute inmediato. Pero que tengan en cuenta que en estos supuestos no puede prevalecer la prescripción, toda vez que los adquirentes inscritos son verdaderamente terceros, dignos de la protección hipotecaria, ya que no habían conocido, ni seguramente habían podido conocer, la intervención del título de aquellos arrendatarios y han creído que éstos seguían poseyendo en el mismo concepto de antes. En estos casos, las circunstancias externas de aparente señorío de hecho son de difícil apreciación, aunque se apuren los «medios racionales» a que alude el artículo 36. Y es que en este artículo se mezcla el criterio romano sobre los efectos de la posesión (usucapión, protección posesoria, pensando en la posesión de año y día) y el criterio germánico, relativo al efecto exteriorizador de la posesión como requisito para transmitir la propiedad, y rechazando en cambio el criterio germánico de conceder a la inscripción un superior efecto exteriorizador y traslativo al de la posesión, subordinando, nada menos y reaccionariamente, los efec-

tos de la inscripción a los de la posesión, dejando así la protección del titular inscrito entregada a las sutilezas de la interpretación de las frases «medios racionales y motivos suficientes» para conocer el adquirente que existía un poseedor con características de prescribiente, quedando, pues, el artículo 36 *espetado* en la Ley Hipotecaria como algo extraño a ella y a toda ordenación inmobiliaria moderna, tendente a dar seguridad al tráfico de la propiedad inscrita, hasta que un buen día el legislador, pensando muy objetivamente, le extirpe.

En cuanto el número 3.º, o sea que el contenido del artículo 36, al decir de alguno de sus autores, implica confusión del señorío de hecho sobre el inmueble con el derecho subjetivo de posesión o «jus possessionis», si, por una parte, se atribuye igual efecto al señorío de hecho para la usucapión que para la exteriorización del derecho real como medio traslativo, por otra parte dicen los autores, al comentar este artículo, que el señorío de hecho es simplemente «un problema físico», sin concederle, por lo tanto, la categoría de situación jurídica que pueda ser rechazada por la eficacia de la fe pública registral.

¿Qué es el señorío de hecho, o posesión de hecho, o hecho de la posesión? La ley no lo determina. Se debe distinguir el hecho de la posesión del derecho de la posesión. El hecho es la fuente de los derechos posesorios, y tal hecho se desenvuelve aparentando ejercicio de un derecho y, por tanto, si exterioriza que una cosa—y en nuestro caso, una finca—está bajo el dominio o poder de una persona, se le llama *señorío de hecho*, y así se aprecia por la conciencia popular y se dice que tal persona tiene poder de hecho sobre la cosa. Las consecuencias que, conforme a la ley, puedan derivarse de este hecho, que puede aparentar dominio, constituyen el *jus possessionis* o conjunto de derechos que aquel hecho origina en el sujeto llamado poseedor. Cuando aquel señorío responde a un título o causa que reúne los requisitos que el ordenamiento jurídico prefiija, en tal caso el señorío sobre la cosa se llama poder jurídico y el derecho derivado se titula propiedad. Cuando el sujeto que ejercita el derecho, aparentando el señorío, sin ostentar título suficiente o prescindiendo de la legitimidad de su derecho, se le llama en tal situación señorío de hecho, y su consecuencia es el derecho de posesión.

IV. — ASPECTOS QUE PUEDEN OBSERVARSE EN LA POSESIÓN

Tres aspectos pueden verse en la posesión: 1.º El señorío de hecho o punto de partida, que no es solamente la relación física con la cosa, sino todo estado de hecho en que exista «la posibilidad jurídicamente reconocida de ejercitar un derecho real determinado», o sea, el tener la cosa sometida a la dirección de la voluntad del sujeto que está en relación con ella. 2.º Otro aspecto es el ejercicio exclusivo de tal derecho, que es la actuación de aquella posibilidad que constituye el señorío de hecho, y que si con su actuación da a entender a los demás que es titular del derecho, colocándose de hecho en la posición de dueño, se le puede conceputar como tal; es decir, que se le puede tener como dueño cuando se le vea que ejercita las facultades que integran el dominio o el derecho que aparenta ejercitar, de manera que tal ejercicio vivifique aquel poder de hecho sobre la cosa, haciéndole al ejercitante digno de la protección legal; por de pronto, y elevándole con el tiempo a la categoría de dueño, y el señorío de hecho, a categoría de poder jurídico. Y 3.º El otro aspecto de la posesión es el conjunto de derechos que el señorío de hecho y el ejercicio del derecho originan en el poseedor, o sea el *jus possessionis*, que comprende el derecho de protección posesoria, el derecho conducente a la usucapión, derecho de accesión y, provisionalmente, todas las facultades que constituyen el derecho que se ejercita; y así, si el poseedor ostenta el dominio, el *jus possessionis* comprende las facultades que integran aquél, según las sentencias de 10 y 15 de febrero de 1914.

El primero y segundos aspectos de la posesión, o sea, el señorío de hecho y la actuación del mismo, son estados de hecho, son estadios de la adquisición de un derecho; el primer aspecto puede tener carácter de «problema físico», pero no siempre, pues cuando se trate de señorío mediato no estará al alcance de los sentidos simplemente; el segundo aspecto no encaja en los «problemas físicos», sino que es materia de apreciación jurídica como supuesto de una situación de derecho o base de una relación jurídica. El tercer aspecto es todavía menos susceptible de ser materia de «problema físico», porque se trata de un derecho subjetivo cuyas acciones (in-

terdictal y publiciana) son de carácter provisional, porque pueden quedar desvirtuadas con la defensa absoluta que corresponde al derecho de propiedad, mediante la acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la acción reivindicatoria del artículo 348 del Código civil. Pero, no obstante ser un derecho subjetivo provisional, jamás podrá conceptuarse como un «problema físico». Para los autores del artículo 36 parece ser suficiente, para destruir la buena fe del adquirente fundado en el artículo 34, la posesión material en persona distinta del transferente inscrito, y de este criterio emanarán muchos pleitos.

El Tribunal Supremo nos dice en las sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 18 de marzo de 1911 que el mero señorío de hecho o posesión material no hacen presumir la posesión en concepto de dueño para ganar la prescripción.

Así, según opina alguno de los autores del artículo 36, el que pretenda adquirir una finca al amparo del artículo 34 tiene que averiguar antes de la adquisición si el transferente tiene o no en su poder la facultad de goce de la misma, y si resulta que otra persona distinta tiene el disfrute inmediato de la finca, debe *investigar* si el que la disfruta ostenta la posesión de hecho en concepto de dueño, en cuyo caso el que va a adquirir tropezará con un estado de hecho que, según el sentido que quieren darle al artículo 36, hace las veces de una anotación preventiva, que anuncia al que pretenda adquirir que puede haber inexactitud en el asiento que figura en el Registro a nombre del transferente.

Este primer aspecto de la posesión o señorío de hecho es de fácil averiguación, porque para que se le tenga como existente habrá de ser notorio y por esto reconocido por la opinión general; o sea que, de los tres aspectos expuestos de la posesión, el primero, el poder de hecho o poder efectivo sobre la finca, es el que tiene que ser esencialmente público y notorio, y por esto el poseedor, cuando quiera hacer valer sus derechos de tal, tiene que probar, generalmente con prueba testifical, emanada de la opinión pública, que ha tenido aquel poder de hecho. El segundo aspecto, o sea, el tener la posesión en concepto de dueño, ha de ser enjuiciado, no simplemente a base de la opinión pública, sino por la apreciación del juez, y así se admiten para probar este aspecto otros medios de prueba que no derivan de la opinión pública y a veces no hay conformidad

entre la opinión pública, que estima hay posesión en concepto de dueño, y los demás medios de prueba, que destruyan aquella opinión pública, como se ve en varias sentencias del Supremo, como las de 7 de noviembre de 1895 y 18 de abril de 1910, en las que se ve que, aun probándose que el poseedor venía poseyendo en virtud de títulos de compra e información posesoria, no prevaleció la prescripción por existir título de arrendamiento a nombre de antepasados del poseedor; y esto nos demuestra que, aunque el poseedor tenga señorío de hecho y se le conceptúe públicamente en posición de dueño, los Tribunales estiman que la posesión se ha venido disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, como dice el artículo 436 del Código.

Esto nos demuestra que en el artículo 36 se le ha dado excesiva importancia a la posesión de hecho en concepto de dueño para destruir la buena fe del adquirente en virtud del artículo 34.

Este concepto de dueño lo tiene que determinar el adquirente por los «medios racionales y motivos suficientes» que humanamente estén a su alcance; pero el adquirente no sabrá de antemano, según nos dice el Sr. Sanz, si esos medios y motivos son racionales o suficientes, ya que esto lo tendrá que apreciar el Juez. El Sr. Sanz es un amante del arbitrio del juzgador; parece no serle grata la precisión técnica en el régimen inmobiliario, y pone como motivos de motivos suficientes el estado físico de la finca, como si los arrendatarios no pudieran hacer considerables reformas y mejoras, con o sin la tolerancia del dueño, por el estado fiscal de la finca, cuando sabemos que una finca puede estar amillarada o catastrada a nombre de cualquiera, incluso, a veces, a nombre de desconocidos; por esto mismo el Tribunal Supremo ha rechazado como medio de prueba fehaciente las certificaciones del amillaramiento y del avance catastral (sentencias de 21 de enero de 1910, 28 de junio de 1916, 21 de junio de 1919). Y respecto a la documentación de la finca, a que alude el Sr. Sanz, distinta de la titulación que figura en el Registro, si al comprador se le exige, en aras de su buena fe, que investigue esa titulación extrarregistral, es mucho exigirle, porque es obligarle a hacer el ridículo al ir a rogarle al poseedor que le enseñe los documentitos que tenga relativos a la finca que posee. Estoy seguro de que en un caso de éstos el poseedor le dará con la puerta en las narices o le fija una sonrisita maliciosa, con una pal-

madita en el hombro, diciéndole: «Yo, en su caso, no compraría.» ¿Qué determinación habría de tomar el futuro comprador en este caso, y qué suerte correrá la eficacia de su buena fe? Ya se lo dirá el Juez en su día, al fallar el pleito como fruto del artículo 36.

Respecto a qué clase de prescripción se refiere el artículo 36, huelga discutir si este artículo hace alusión o no a la prescripción extraordinaria, pues que, tanto los tratadistas como el Código civil, al enunciar la prescripción del dominio y demás derechos reales, comprenden en un solo título la usucapión ordinaria y la extraordinaria, y el distinguir donde la ley ni la doctrina distinguen no es precisar objetivamente, sino mermar la eficacia de la inscripción. En el artículo 36 se hace referencia tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria, y que prevalecerá contra el adquirente inscrito si se prueba que éste tuvo, antes de la perfección de la adquisición, evidente conocimiento (empleemos la frase del Tribunal Supremo) de que estaba consumada la prescripción, ordinaria o extraordinaria, o que pudo tener este evidente conocimiento, y a este respecto habrá de sentar pronto doctrina el Tribunal Supremo, fijando sentido a las palabras «medios racionales y motivos suficientes» del artículo, impropias para expresar preceptos de un sistema hipotecario.

Todo esto en cuanto al dominio y demás derechos reales que lleven aneja la facultad de inmediato disfrute, y que por esto parece ser que se quiere exigir que el transferente lleve a la celebración del contrato la finca a cuestras, para que así pueda hacer la entrega material al adquirente; pero si se trata de la hipoteca que adquiere el acreedor en la constitución de la misma, como éste no necesita entonces el disfrute inmediato de la finca, o el cesionario en la cesión del crédito, en tales casos, aunque se trata de derechos de realización de valores y que, por tanto, algún día podrán producir la adquisición del dominio, no se extinguirá aquel derecho por usucapión ordinaria o extraordinaria del dominio de la finca. ¡Magnífica técnica inmobiliaria!

V. — LOS AUTORES DEL ARTÍCULO 36 QUIEREN HACERNOS CREER QUE EL TERCERO HIPOTECARIO NO ESTÁ PROTEGIDO CONTRA LA «POSSESSIO AD USUCAPIONEM», PORQUE EXISTE UN VICIO EN LA ADQUISICIÓN QUE LE IMPIDE SER DUEÑO, QUE ES LA FALTA DE TRADICIÓN.

Dice el Sr. Sanz, refiriéndose al artículo 36, que «el que adquiere según el Registro e inscribe su derecho, no es dueño de la finca mientras no haya tomado posesión de ella, ya que al ser declarativa la inscripción en nuestro sistema tiene que limitarse a recoger la realidad exterior, sumándole la fuerte protección registral, pero sin atribuir el carácter de dueño a quien no lo es, ni puede serlo, por aplicación del artículo 609 del Código civil». Ya dijimos antes bastante de lo que significa el artículo 609 para ver que este artículo no es nada ante el artículo 1.473 del Código y de los demás artículos del mismo y de la Ley Hipotecaria que determinan los efectos de la adquisición, y ahora diremos que esa fuerte protección registral a que alude el Sr. Sanz, él mismo intenta negarla al exponer su extraña opinión que vierte de paso en la explicación del artículo 36; opinión que, como dice el Notario Sr. Martínez Corbalán, es la bomba atómica contra la inscripción. Esta bomba no ha de hacer mucho daño porque los Tribunales saben aplicar el Derecho, gracias a Dios.

Todos nuestros modernos civilistas afirman que la inscripción en nuestro sistema suple a la tradición, a que alude el artículo 609 y a la que se referían las Partidas, como luego veremos, pero superándola, y así dicen Pérez y Alguer, en las notas del *Ennecerus*, que el artículo 609 y el 1.095 del Código establecen que el derecho real sólo se adquiere a virtud de la tradición, «salvo, naturalmente, las excepciones que puedan resultar del artículo 1.473». De Buen, en las notas de la obra de Colín y Capitán, dice que «el establecimiento del Registro viene a alterar la lógica del sistema de la tradición. Organizada tal institución, ya no se reputa decisiva la entrega de la cosa para la creación del derecho real. La tradición basta cuando no hay inscripción. Si la hay, no adquiere ya el que primero obtiene la posesión, sino el que primero inscribe, como lo reconoce nuestro Código civil en su artículo 1.473».

Nuestro mejor hipotecarista, D. Jerónimo González, dice, refi-

niéndose al Código civil: «Momentos hay en que puede crearse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o mejor dicho, en que se le atribuye valor constitutivo; por ejemplo, en el artículo 1.473, que, caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.»

Nosotros afirmamos que la inscripción vino a reemplazar a la tradición en la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles desde la vigencia de la Ley Hipotecaria de 1861, en la que sus autores y comentaristas lo dicen claramente en la exposición de motivos, y resulta de los artículos 17, 23, 25 y 26, inspirados más que en el principio de la fe pública registral en el principio de *oponibilidad* o «prior tempore potior jure» para oponer el título inscrito al que no lo esté, dando el titular de éste con su negligencia *ocasión* a que se inscribiese otro posterior, recogiendo este sentido de la ley de Brumario del año VII, suprimida por el Código de Napoleón, pero restablecida por la ley de Transcripciones de 28 de marzo de 1855; resultando mejorado este principio de prioridad en nuestro sistema por el principio de especialidad, llevando el Registro por la unidad de finca, bajo cuyo número se ve o puede verse el historial del inmueble.

Nuestros hipotecaristas, menos el primer comentarista de la ley, D. Pedro Gómez de la Serna, se han distraído con el artículo 34 de la ley para concentrar en él la fuente total de la eficacia de la inscripción, fijándose sólo en la fe pública registral y nada en el principio de prioridad u oponibilidad, prescindiendo del artículo 23 (hoy 32), de más amplitud que el 34, pues en aquél caben uno y otro principio, y de cuyo contenido emana o puede emanar toda la protección que se le confiere al tercero hipotecario, entendiendo por éste no sólo el que resulta del artículo 34, sino el concebido con la pauta del artículo 23 de la ley anterior, que viene a ser todo titular inscrito, que puede, por efecto de la inscripción, oponer su título a los contratos o actos inscribibles que no fueron registrados y a toda situación jurídica sobre inmuebles que no conste en el Registro, desconocida del inscribiente al tiempo de adquirir.

Este artículo 23 fué preterido por los autores de la ley de la reforma, hasta que los redactores de la nueva ley le dieron un puestecito en el artículo 32. Si no fuese rehabilitado este precepto que-

daría coja la Ley Hipotecaria y habría que acudir al Código civil en sus artículos 606 y 1.473.

Es decir, que del artículo 32 de la ley actual derivará la eficacia especial de la inscripción a nombre del tercero hipotecario, basado en la publicidad del Registro, bien por el silencio que se refleja en el mismo de los otros títulos no inscritos, dando *ocasión* a que se inscriban otros (efecto negativo de la publicidad), bien fundándose en la inscripción, que figura a nombre del transferente con facultad de transmitir, o sea por la fe pública registral propiamente dicha (efecto positivo de la publicidad). Queremos decir que hay casos en que la eficacia de la inscripción del tercero no deriva del artículo 34 porque no cabe en su contenido, sino del artículo 32, que tiene más amplitud. Ejemplo de un caso que no está comprendido en el artículo 34 y sí en el 32: Sucede, y con frecuencia, que el transferente en una venta o permuta se presenta con el adquirente en la Notaría con su título, pendiente de inscripción; razón por la que no podrá el adquirente acogerse a la eficacia de la fe pública registral propiamente dicha porque el transferente no figuraba en el Registro con facultad de disponer en el momento de la perfección del contrato, y proceden a otorgar la escritura, no obstante, y luego se llevan las dos al Registro para inscribir a nombre del transferente, y luego a favor del adquirente. En este caso el adquirente no es tercero comprendido en el artículo 34, sino en el 32, quien puede oponer su título oneroso contra cualquier tercero que no hubiese inscrito basándose en el principio de prioridad y en la fe del silencio del Registro, relativo a cualquier título referente a la finca o derecho del adquirente inscrito.

Veamos lo que dice la exposición de motivos de la ley de 1861 respecto a los efectos de la inscripción relacionados con la tradición, y cómo lo interpreta el comentarista D. Pedro Gómez de la Serna en 1862. En la exposición de motivos, después de hablar del sistema romano, del sistema del Código de Napoleón y de «las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se consideran constituídos o traspasados, en cuanto conste la inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el de-

recho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque tenga la posesión, será dueño con relación al vencedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

La Serna dice, comentando el artículo 23, que el proyecto del Código civil del 51 ya procalmó el principio de este artículo, limitando los efectos de la inscripción a los que no han sido parte en el acto o contrato, y que decía en su artículo 1.858: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público.» Y dice el artículo 1.859 de este proyecto que cuando el propietario enajena unos mismos inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenecerá la propiedad al que primero inscriba su título. Y decía La Serna que respecto al dominio de lo enajenado hay un cambio grande entre la antigua legislación y la nueva. Las leyes de Partidas—dice—aceptaron el principio romano de que la tradición en las cosas muebles y la posesión en los inmuebles transfería la propiedad... «Veamos la innovación que en ella (la ley de Partidas) ha introducido el artículo que estamos comentando: Si el primer comprador inscribió su derecho *oportunamente*, nada hay que alterar; la ley de Partidas conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo, dando lugar a *que otro, engañado por el silencio del Registro*, comprara la finca, *creyendo que el dominio existía aún en el que lo vendió*, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior.»

Es de observar que La Serna comentaba los artículos 17, 23, 25 y 26 de la ley, atento al principio de prioridad, en el sentido de *oponer* el título inscrito a los títulos que no lo fueron y que tuvieron la oportunidad de serlo, y entre las legislaciones extranjeras que cita como concordantes menciona para los cuatro artículos la ley de Transcripciones francesa de 23 de marzo de 1855, que dice en su artículo 3.º: «Los derechos que provengan de los actos y sentencias sujetos a inscripción no pueden oponerse mientras no sean transcritos a un tercero que tenga derecho sobre el inmueble, conformándose con las leyes.» La palabra «oponerse» se emplea también en la exposición de motivos de la ley de 1861, y La Serna, en

cambio, no alude para nada a la ley de Transcripciones en el comentario del artículo 34; lo cual indica que este comentarista veía principalmente en los artículos 17, 23, 25 y 26 el principio de prioridad o de oponibilidad, fundamental en el sistema francés, viendo solamente en el artículo 34 el principio que hoy llamamos de fe pública registral.

La Serna, en su obra, transcribe un párrafo del ilustre jurisconsulto francés Troplong, que dice: «... es, a mi entender, el establecimiento de una formalidad intrínseca, vehículo de una publicidad, cuyo objeto sea traspasar la propiedad con relación a un tercero. El haberse abandonado el sistema de la ley de Brumario del año VII, acerca de la enajenación de derechos reales, es causa verdadera de la perturbación que se observa en el sistema hipotecario del Código de Napoleón y de la incoherencia que reina en muchas de sus partes.» La ley de Brumario fué restablecida por la de Transcripciones de 1855.

Nuestro artículo 23 de la ley del 61 recogió, pues, influencias del sistema de transcripción, sin excluir el sentido predominante del sistema germánico, y, por tanto, traemos a colación también la interpretación de los efectos de la transcripción que hacen los tratadistas franceses Colin y Capitant con la claridad que les caracteriza, y dicen que «entre las partes la transmisión es válida; pero respecto a terceros el acto no transcrito es ineficaz. Ejemplo: Primo vende sucesivamente el mismo inmueble a dos compradores, Segundo y Tercio. ¿Cuál será preferido? No será, como si se tratase de un mueble corporal, aquel de los dos compradores que primero haya tomado posesión (art. 1.141); no será, como se deducía del artículo 1.138, antes de la ley de 1855, el que presentase escritura de venta más antigua; será aquel de los dos compradores que primero haya transcrito el título de su adquisición».

Estos civilistas tratan en su obra de Derecho civil de los medios empleados para poner en conocimiento de los terceros la transmisión de los derechos reales, y dicen que el sistema del Código de Napoleón de que surge la transmisión del derecho real únicamente de la convención, «que puede traer graves inconvenientes por la clandestinidad del acto traslativo». Dicen que estos inconvenientes serían menores si se hubiera conservado el sistema romano, pues con él eran informados los terceros por un hecho ex-

terior visible, que era la posesión; pero añaden a continuación que este sistema romano exponía también a los terceros a inconvenientes importantes: primero, porque el sistema romano admitía la tradición ficticia, y en ella los terceros continuaban expuestos a los inconvenientes de la clandestinidad de la transmisión; segundo, que aunque se hubiesen suprimido estas tradiciones ficticias y se exigiese rigurosamente la tradición efectiva, el sistema sólo podrá aplicarse a los derechos que al verificarse la transmisión permiten la entrega inmediata de la cosa, pero no respecto de ciertos derechos reales, como la hipoteca, en los que no es posible aplicar el sistema de la tradición material, y la clandestinidad sería inevitable, y tercero, que no conviene perder de vista que el sistema de la tradición, en el que las transmisiones de la propiedad se manifiestan por medio de un cambio en la posesión (sistema del señor Sanz), expone a los terceros a constantes confusiones, pues nada diferencia al exterior un propietario de un simple detentador precario, usufructuario o colono. Y expresan seguidamente que el único remedio posible para los inconvenientes indicados consiste en una organización de una *publicidad* eficaz, que puede poner al público en situación de apreciar las eventualidades a que se somete tratar con tal o cual individuo. Fué el Derecho moderno—dicen—el que en gran parte y de un modo aun imperfecto realizó la publicidad de las transmisiones. Quieren decir Colin y Capitant respecto de la tradición que ésta está inspirada en la necesidad de dar publicidad a la transmisión del dominio y demás derechos reales, pero que la publicidad que lleva consigo la tradición es muy incompleta y equívoca, y que del Derecho moderno surgió otro sistema de publicidad categórica, concentrada en el registro de la finca, proclamando como el más perfecto el sistema alemán; y desde luego, si se refiere a la publicidad que proporciona el sistema francés de la transcripción, tiene razón en decir que el sistema moderno es aún imperfecto, pero no así en nuestro sistema, en que se lleva el registro por fincas con los principios de especialidad y legalidad, y conociendo en todo momento el historial de la finca y la situación jurídica de la misma, es como se les puede conferir eficacia a los principios de prioridad y de fe pública registral.

VI. — PARECE SER QUE LOS AUTORES DEL ARTÍCULO 36 QUIEREN QUE SE SOBRENTIENDA QUE LA ACCIÓN REAL, DERIVADA DEL DERECHO INSCRITO, SE EQUIPARE A LA ACCIÓN INTERDICTAL.

Alude el artículo 36 a una prescripción adquisitiva, que puede consumarse dentro del año siguiente a la adquisición del tercero del artículo 34, que puede prevalecer contra éste si ha contratado con conocimiento de tal prescripción o con culpa lata, o si no ha tenido tal conocimiento ni tal culpa relativos a la posesión de hecho, el adquirente inscrito la consiente expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición. Y dice también el cuarto párrafo del artículo que la prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito si éste no la interrumpiere en el plazo de un año.

Nos dice el Sr. Sanz que el artículo 36 no protege al titular registral contra la «posesio ad usucapionem», sino que se limita a señalar la posibilidad de adquirir la posesión en el plazo de un año, que es el que señala el artículo 460, número 4.º, del Código civil. Parece que adivinamos que el Sr. Sanz nos quiere decir: Primero, que la posesión que corresponde al dueño de un inmueble inscrito (el «jus possidendi») se pierde por la posesión de otro durante más de un año; segundo, que no obstante haber perdido esta posesión el titular inscrito, si surge un adquirente con arreglo al artículo 34, en tal caso el artículo 36 le concede a este adquirente un plazo de un año para que interrumpa la prescripción, según el artículo 36, y para que pueda adquirir la posesión, dice el Sr. Sanz.

El número 4.º del artículo 460 no se refiere a la pérdida del «jus possidendi» o derecho a obtener el poder jurídico que corresponde al dueño de una cosa; no se refiere a la facultad de goce que corresponde al titular del dominio; se refiere a la pérdida de la posesión como «jus possessionis», como una relación de hecho, como un derecho de puro ejercicio. Por virtud del número 4.º del artículo 460, el nuevo poseedor prescribe la posesión en cuanto prescribe respecto del anterior poseedor la acción interdictal, según el número 1.º del artículo 1.968 del Código. Como dice Manresa, el artículo 460 se refiere a la pérdida de todo derecho *para lo sucesivo*

que esté fundado exclusivamente en la posesión, y el derecho de cualquier titular inscrito, respecto de su facultad de goce, no está fundado, ni mucho menos, exclusivamente en la posesión. Es titular del dominio, y, por tanto, tiene las facultades que le atribuye el artículo 348 del Código, que le confiere la acción reivindicatoria para ir contra el tenedor y el poseedor de la cosa, y si a la posesión en concepto de dueño se le atribuyen tales facultades del dominio es con carácter provisional, en tanto no surja y actúe un titular del dominio, desde entonces el poseedor tendrá que apoyarse en los derechos que derivan exclusivamente de la posesión y no del dominio. Se trata, además, del dominio inscrito, cuyo titular tiene a su favor la presunción de que está en poder de la facultad de goce o del «jus possidendi» (art. 38 de la ley), y tiene como tal titular inscrito una *acción real* que le confiere el artículo 41 de la ley, ejercitada mediante un procedimiento especial establecido en este artículo, sin más excepciones que las determinadas en el mismo, y en él no aparece la excepción de la prescripción de posesión o de la acción interdictal, sino la de la prescripción adquisitiva del dominio o de los derechos reales, que llevan aneja la facultad de disfrute, a que se refiere el artículo 36.

Por tanto, es inadmisibile lo que dice en la *Revista de Derecho Privado*, en el número de junio de 1946, el catedrático de Derecho civil Sr. García Valdecasas, de que la acción real del artículo 41 no se puede ejercitar contra un poseedor que lleve más de un año y un día en la posesión. Esta afirmación es otra bomba atómica contra la inscripción. ¿Dónde ve este civilista en el artículo 41 la excepción de la posesión de año y día? ¿La confunde con la prescripción consumada del dominio? Para que sea excepción la posesión de año y día es preciso que esa posesión que tenga el contradictor derive de un contrato o de otra cualquiera relación jurídica, contraída directamente con el último titular inscrito o con causantes anteriores, si el titular no es tercero hipotecario respecto a estas relaciones anteriores con el contradictor; pero en tal caso la excepción no se fundará en la posesión de año y día, sino en el contrato o relación que dió lugar a la posesión, la cual podría en tal caso servir de base para oponerse, aunque no hubiese transcurrido el año y un día. Esta posesión de año y día no era obstáculo tampoco para la aplicación del artículo 41 de la

Ley Hipotecaria de 1909, ni siquiera después de la reforma del mismo, en 1927, según insinúa Roca Sastre.

VII. — EL ARTÍCULO 36 FUÉ DEFENDIDO POR LOS AUTORES MANEJANDO TÓPICOS, QUE A MÁS DE NO SER EXACTOS RESULTAN ANACRÓNICOS EN LO QUE SE REFIERE AL CARÁCTER SOCIAL CON QUE QUIEREN DEFENDER AL POSEEDOR PRESCRIBIENTE.

En primer lugar hemos de decir a los defensores del «prescribiente» que resulta fuera de tiempo aplicar, como dicen, al artículo 36 las palabras del preámbulo del decreto-ley de 13 de junio de 1927 por dos razones: una, porque aquel decreto no tuvo éxito alguno; no gustó a nadie porque fué rebuscado en su confección para avenir la fuerza decisiva y excluyente que debe tener la inscripción en un sistema inmobiliario perfecto para que haya completa seguridad en la titularidad en que el sujeto del dominio y de los derechos reales inscritos cifra sus facultades y obligaciones, que hacen relación a los mismos con el clamoreo de los labradores de la aldea de San Nicolás, que por virtud del artículo 41 de la ley de 1909 iban a ser desahuciados en masa; y si aquí, en este caso, resultaba injusta la interpretación que entonces se le daba al artículo 41, no lo era en la casi totalidad de los demás casos, y otra razón es que si entonces resultaba necesario y justo amparar al cultivador del suelo en la interpretación de dicho artículo, aunque fuese en merma de la eficacia de la inscripción, pero sin ser admisibles ni entonces ni hoy aquellas expresiones demagógicas vertidas en el preámbulo del decreto, hoy existen leyes de carácter social que defienden al cultivador del suelo, y están con ellas aseguradas las relaciones entre el llevador de la tierra y el dueño de ésta, sin que éste merezca censura por el hecho de que tenga asegurado su derecho «en la almohada de la inscripción en el Registro». Existe la legislación de arrendamientos rústicos, que protege al colono suficientemente, y no había necesidad, como no sea para proteger a los cultivadores intrusos y a los renuentes a toda buena o mediana titulación, de establecer en la reforma de la Ley Hipotecaria precepto alguno que fuera contra los principios de la ordenación inmobiliaria moderna, tendente a dar seguridad categórica a la propiedad inscrita, y así, con el artículo 36 todo adquieren

te de una finca no puede cifrar, como antes, y cual sucede en todo buen sistema hipotecario, la seguridad absoluta de su adquisición en el Registro de la propiedad, sino que, lo mismo que antes de nuestra ley Hipotecaria, tiene que *investigar* antes de la perfección del contrato, y valiéndose de todos «los medios racionales», y estar al tanto de «los motivos suficientes», si hay algún prescribiente que esté en posesión de la finca y se la haya ganado por prescripción o esté a punto de prescribirla; en tal caso ya sabe el adquirente a qué atenerse; ya sabe que el Registro no le garantiza totalmente la adquisición, y solamente la ley le conceptúa dueño, liberándole de la prueba, que estará a cargo del contrario.

Por una parte, los autores de la ley de la reforma han establecido preceptos muy importantes, dirigidos a mejorar el Derecho inmobiliario español con una técnica más segura, que acerca nuestro sistema a los regímenes inmobiliarios más perfectos, suprimiendo el casuismo y la vacilación de los preceptos de la ley anterior, según se ve en los artículos 34, 38 y 41, nuevamente redactados; y por otra parte se establece el artículo 36, de contenido mucho más vacilante que el 35 de antes, y que con merma del principio de la fe pública registral puede dar lugar a un semillero de pleitos si la jurisprudencia no reduce su sentido a los casos en que se pruebe que el adquirente inscrito *tuvo evidente conocimiento o que pudo tenerlo* de la prescripción, ordinaria o extraordinaria.

Con el artículo 36 se ha dado un salto atrás en el ordenamiento inmobiliario, concediendo a la prescripción y, por tanto, a la posesión aquella importancia que tuvo en épocas lejanas como institución admitida por el Derecho para determinar la pertenencia de fincas poseídas durante bastante tiempo. Pero el Derecho moderno instauró el Registro para evitar la inseguridad de los derechos reales sobre inmuebles; finalidad que se cumple con tanta más eficacia cuanto más perfecto sea el sistema hipotecario, sin que sea precisa ahora la prescripción adquisitiva. Y así dicen los comentaristas del Derecho alemán, como Wolff y Nussbaum, que «en el moderno Derecho inmobiliario la posesión ha perdido su virtud de representar y hacer notorio el derecho real, quedando sustituida a este efecto por la inscripción en el Registro inmobiliario». ¡Ah! Pero los autores del artículo 36 se han sentido obligados a defen-

der la posesión y al prescribiente, obligando al adquirente a tener conocimientos de Derecho para poder deducir de un estado de hecho, de una posesión material, una inexactitud del registro de la finca, y el no tener este conocimiento de Derecho supone, por lo visto, culpa lata. Pero dicen los autores del artículo 36 que la situación del poseedor es la realidad sobre la forma, la vida sobre la ficción, que mantiene viva y constante su relación con la tierra y la trabaja y la cultiva. Yo me permito decir a los señores que le defienden y le ponen como símbolo del labrador español que estas frases hubieran tenido una nutrida salva de aplausos en Extremadura cuando el Frente Popular; pero carecen de la suficiente verdad para emplearlas en la discusión de una ley. No se puede admitir que el labrador español esté simbolizado por el ganador de fincas por prescripción, poseedor que no es un símbolo, sino una persona real, viva, existente. Los señores de la Comisión que le defendieron parece no le conocen; pueden no haber pisado el pueblo donde vive, y él no va a las grandes capitales porque es muy bruto. Yo le conozco mucho y le trato. Es un granuja, un ganador de dominios por la posesión, que generalmente tiene una mala causa de origen. Es un ducho litigante. Yo le conocí varios pleitos, ganando unos y perdiendo otros. Conviene hacer referencia de algunos:

Hace más de treinta años quedaron huérfanos de padre y madre unos chicos de corta edad, que vivían con sus padres en la capital, teniendo éstos varias fincas arrendadas en un pueblo; el arrendatario no sé cómo se las pudo arreglar para que el tutor de los menores, muy amigo suyo, le vendiese en documento privado unas veintitantas tierras de las varias que los menores habían heredado de sus padres, y sin mediar subasta. Pasaron muchos años, y el comprador había venido poseyendo en concepto de dueño las fincas compradas al tutor. Los chicos llegaron todos a la mayoría de edad, e ignorando que el tutor había vendido las fincas, formalizaron la testamentaria de la herencia de sus padres, incluyendo, claro está, en el inventario las fincas vendidas, que figuraban inscritas a nombre de los padres, y las inscribieron a su nombre en el Registro, y así las tuvieron unos cuantos años, quienes venían percibiendo la misma renta que antes cobraba el tutor. ¿Será justo que a los que están en estas circunstancias se les llame titulares de

cadáveres jurídicos insepultos, fósilizados en los libros registrales, y que se crea que es más respetable y preferida la situación del comprador porque haya éste mantenido viva y constante su relación con las fincas aludidas, mal compradas o estafadas, siquiera las haya trabajado y cultivado? ¿Parece preferible esta realidad a la titularidad registral, a la que se llama ficción? Digamos de paso que, según el criterio del Sr. Sanz, y que lo cree recogido en el artículo 36, se pueden suprimir las instituciones autenticadoras de las relaciones jurídicas inmobiliarias, las Notarías y los Registrós, porque la realidad es preferida a la forma, aunque aquella sea fruto del robo, y la vida a la ficción, aunque la vida se lleve a tumbos con el deporte de los pleitos. El caso es que fueron los titulares inscritos al pleito; se alegó de contrario la prescripción extraordinaria y se ganó esta por aplicación del último párrafo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria anterior, ya que no había tercero hipotecario, y hoy, aunque lo hubiera, se alegaría el artículo 36, protector de prescribientes de toda estofa.

Otro caso fué: Un patrimonio que pertenecía *pro indiviso* a tres hermanos, que comprendía varias tierras, inscritas a nombre de los mismos. Dos de los hermanos residían en América y el otro, que estaba aquí, se permitió vender en documento privado tales tierras al poseedor, por sí y, además, diciendo que tenía la representación verbal de los otros dos hermanos, por un precio tan bajo como se merecía la ilegitimidad de la transmisión. Pasados algunos años, el hermano vendedor murió, habiéndole heredado los hermanos de América. Estos dieron poder a un amigo para que formalizara la testamentaria de la herencia del hermano fallecido y luego que procediera a la venta de las fincas. El comprador llevaba poseyendo las fincas mal compradas más de treinta años, y al enterarse de que iban a poner en venta tales fincas promovió una información de dominio, pidiendo al Juzgado que se librara mandamiento al Registro ordenando la anotación preventiva que acreditase la incoación de la información de dominio y destruir así la buena fe del futuro comprador de las fincas que se iban a poner en venta por el mandatario, y de esta manera la experimentada habilidad del prescribiente de dominios no dejó surgir el tercero, y tramitado el correspondiente juicio declarativo se falló a favor del comprador poseedor.

Otro pleito fué el siguiente: Una viuda, que tenía una cuantas tierras, viéndose necesitada de dinero, acudió a un prestamista para que le prestara una cantidad; pero éste, echando el ojo a la mejor tierra de las que tenía la viuda, le propuso que le vendiese aquella finca, con la reserva conveniente, y para hacer menos ruido en el pueblo, se fueron a la capital de la provincia a otorgar la escritura de venta por un precio conveniente para el prestamista. El Notario de la capital se encargó, como siempre, de llevar la copia de la escritura adonde hubiera que llevarla, y luego la presentó solamente en la Abogacía del Estado, sin mandarla al Registro de la Propiedad correspondiente. Pasados unos dos meses, el interesado fué a recoger la escritura a la Notaría y se la llevó para casa, creído de que estaban ultimados todos los trámites para una segura adquisición. A los ocho años, la viuda, que vivía con el hijo en otra parte, confirió a éste poder para vender todas las fincas de su madre, que figuraban en la hijuela de ésta, inscritas en el Registro, y entre ellas estaba la que había comprado el prestamista; y como las comprase todas un señor de otro pueblo, éste procedió a inscribir la compra inmediatamente. Pero al querer tomar posesión de las fincas compradas, tropezó con el prestamista respecto de la mejor finca, quien, muy ufano y parsimonioso, le ha enseñado al segundo comprador su escritura de compra, y el otro comprador le dijo que tal escritura no podía figurar inscrita en el Registro, ya que, de lo contrario, no se hubiera podido inscribir la segunda compra; y entonces fué cuando el poseedor se dió cuenta, sin manifestarlo, de que su escritura no había sido mandada al Registro por aquel Notario de la capital. ¡Cómo le maldecía el prescribiente! De todas maneras, éste se resistió a entregar la finca y continuó llevándola unos tres años más, hasta que el segundo comprador le demandó cuando ya estaba vigente el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Y el poseedor alegó en la contestación a la demanda la prescripción ordinaria, apoyándose también en el contenido del artículo 36; pero el Juez falló desestimando la prescripción ordinaria, porque cuando el segundo comprador inscribió a su nombre la finca objeto del litigio sólo llevaba poseyendo ocho años, y como desde la inscripción a nombre del segundo comprador se le estima al prescribiente como po-

seedor de mala fe, no cabe la prescripción ordinaria, y perdió el pleito el poseedor.

No podrá negar nadie que el Derecho moderno tiende a crear un orden inmobiliario adaptado a la naturaleza de la propiedad inmueble. Tal orden está basado en unos principios conducentes a la seguridad de tal propiedad, y si en algunos casos puede parecer injusta la aplicación rígida de tales principios, debe sostenerse su validez en aras de la seguridad jurídica, y, por ende, tanto el ordenamiento inmobiliario como la administración de justicia habrán de evitar cuanto pueda dar lugar a litigios y al casuismo de la interpretación. Por esto decimos que el artículo 36 resulta diametralmente contrario a aquellos principios; y esa realidad y vida a que se refiere el Sr. Sanz, y que dice es superior y preferida a la ficción y a la forma, es generalmente fruto de la rebelión contra las formas que desenvuelven tales principios y que el ordenamiento prefija para disciplinar las relaciones jurídicas, o la vida jurídica sobre bienes inmuebles, que podríamos llamar relaciones legítimas. Y la prescripción viene a ser como el reconocimiento de situaciones bastardas, nacidas fuera o en contra de aquellas formas prefijadas; y esta realidad bastarda, si la ley admite que algún día puede ser legitimada, conduce *incontinenti* a aquel estado caótico de la propiedad inmueble que expresa el preámbulo del Decreto de 8 de agosto de 1855.

MANUEL VILLARES PICO.
Registrador de la Propiedad.

Algunos preceptos nuevos en el Reglamento Hipotecario

I

DEL MODO DE LLEVAR LOS REGISTROS.

Este nuevo Reglamento, que en general sólo alabanzas merece, ha presentado la materia que le es propia perfectamente ordenada y dosificada, con epígrafes marginales, lo cual permite que la busca de las disposiciones pueda hacerse con gran facilidad y ahorro de tiempo. Será de desear que del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, cuya publicación se anuncia, y que está mucho más necesitado que el Hipotecario de esa reforma, podamos decir lo mismo.

De todos modos, aunque con un criterio reformador y acertado generalmente, el Reglamento no puede invadir ni menos suplantar el campo de la Ley, y ello ha obligado seguramente a frenar iniciativas y a paliar reformas en aquellas materias en que la Ley es tímida o poco afortunada.

En trabajos profesionales diversos se había señalado ya la conveniencia de modificaciones que más el Reglamento que la Ley atiende.

El primer apartado del título IX, que es el destinado a la materia que nos ocupa, trata de la oficina del Registro, y en él figuran dos artículos nuevos por la doctrina que contienen: uno es el 359, que autoriza el empleo de la escritura a máquina en todos los documentos destinados a mantener las relaciones de los Registradores con las demás oficinas públicas y los particulares y aun para la expedición de las certificaciones. Este precepto no es realmente nuevo, porque esta práctica estaba ya legalmente autorizada para

Registros y Notarías, pero por primera vez se incluye en el Reglamento Hipotecario, y ello es digno de elogio. El Reglamento ha tomado este artículo del número 2.º de la Real Orden de 6 de diciembre de 1919.

El otro precepto, el del artículo 360, sí que constituye una innovación en las disposiciones y prácticas hipotecarias desde la primitiva Ley. Es la reducción de las horas en que la oficina del Registro ha de estar abierta al público, a cuatro señaladas en el mismo artículo, desde las diez a las catorce, si bien, en razón a las necesidades del servicio, el Registrador podrá ampliar a una hora antes o después o a ambas; es decir, dejando subsistentes las seis horas del Reglamento anterior, sin más requisitos que ponerlo en conocimiento de la Dirección general, y por edictos fijados en el local de la oficina, en el del público.

Claro es que los Registros de mucho movimiento precisan bien las seis horas de apertura, y así se hará en ellos seguramente; pero la reforma tiende a evitar este exceso de horas de guardia en las oficinas rurales en que apenas se aportan títulos para su inscripción. Con ello queda en olvido aquella famosa disposición que obligaba a cerrar los despachos a las trece y media, lo cual ocasionaba no pocos inconvenientes. Aun con el nuevo enunciado será inútil ese ahorro de horas de oficina en aquellas que tengan también a su cargo la liquidación del impuesto de Derechos reales, pues el párrafo segundo del artículo 106 de su Reglamento está terminante y exige que la oficina esté abierta al público durante seis horas todos los días laborables.

En el segundo apartado del mismo título, referente a los libros del Registro, se enumeran en el artículo 362 los que necesariamente se deben llevar en cada oficina; ni ese artículo ni el siguiente dicen nada de la forma y tamaño de tales libros, cuyo detalle dejan a las prescripciones y modelos que señale la Dirección general; pero nosotros insistimos en lo ya manifestado anteriormente (1), de que tales circunstancias debieran constar en el Reglamento, sin dejarlo a las mudanzas de un criterio que pudiera ser circunstancial, y que si una cosa que admite tantas posibles redacciones y variaciones de estilo como la inscripción de un derecho, queda su-

(1) Número 169 de esta REVISTA.

jeta á los modelos que acompañan al Reglamento, con mucha mayor razón debieran señalarse en éste las circunstancias de los libros.

Y ahora que su coste es enorme y que eso coincide precisamente con la reducción de los modelos de inscripciones, valía la pena de acometer la reforma del tamaño y formato de los libros, que, mucho más reducidos, han dado excelente resultado en el Registro Mercantil.

Establécé también el artículo 367 la plausible novedad de que puedan encuadernarse los libros dentro de la misma oficina, sin más requisitos que el de que las tapas, planos, lomos y puntas sean semejantes a la encuadernación destruida, y que se ponga en conocimiento de la Dirección general, cuya autorización sólo será precisa en el caso en que, por circunstancias especiales, no sea posible hacerlo en esa forma. Este precepto sustituye al del artículo 239 del Reglamento anterior, que por su excesivo hermetismo estaba realmente en desuso.

El artículo 368 da mayores facilidades para la división en secciones de los libros de un término municipal, y contiene, además, la novedad de poderse autorizar por la Dirección general la apertura de más de un libro corriente en un mismo Ayuntamiento. Es una disposición acertadísima, cuya necesidad hemos experimentado más de una vez en el curso de nuestra carrera. La venta de parcelas segregadas de una sola finca para edificar, en un período de expansión de una gran urbe, acumula en un Registro gran número de escrituras que sólo puedan inscribirse en un libro y; como es consiguiente, por un solo empleado, con la necesaria espera de las que vayan llegando después; este o parecido caso es el que trata de prever esa disposición.

Seguimos creyendo en la inutilidad del libro de Anotaciones de suspensión de mandamientos judiciales dictados en causa criminal y de embargos administrativos por débitos a la Hacienda, y ello por las razones que ya expusimos oportunamente (1), y también por las otras razones concretadas en el mismo lugar, entendemos que de las dos numeraciones que llevan los libros del Registro: la del archivo y la del Ayuntamiento, debía indicarse cuál es la principal y cuál la secundaria, para que ello se reflejara

(1) Número 123 de esta REVISTA.

en el modo de colocarlos en el archivo y en las notas puestas al pie de los títulos y al margen de los asientos del Diario, porque la disparidad existente entre el artículo 244 de la Ley Hipotecaria anterior y el 289 del Reglamento también anterior, sigue igual entre los artículos 250 y 253 de la nueva Ley y el 431 de este Reglamento, toda vez que los dos primeros artículos hablan del tomo, folio, finca e inscripción, sin decir nada de la numeración del Ayuntamiento, y el del artículo reglamentario no se refiere para nada al tomo del archivo y habla sólo del término municipal. Entendemos que todo esto es incompleto y que en las notas debe constar, como se hace en la práctica, tanto el tomo del archivo como el del Ayuntamiento a que la inscripción se refiera.

El artículo 375, al permitir que se expresen en guarismos las cantidades que se mencionan en los asientos de presentación y notas marginales y aun los referentes a números, cantidades o fechas de asientos anteriores al que se practique en el Registro, corrige el hermetismo del artículo 270 del Reglamento anterior, en aras de la facilidad y seguramente del ahorro de papel.

Constituye también una novedad la doctrina del artículo 382, que en el caso de que un título que comprenda varias fincas situadas en un mismo término municipal haya sido inscrita sólo en cuanto a algunas de ellas, si vuelve a presentarse después para inscribir otra u otras, la inscripción o inscripciones que se practiquen serán concisas, con referencia a la extensa que antes se practicó. Novedad plausible en pro de la brevedad y abaratamiento de la inscripción.

El artículo 283 deja sentado que para la inscripción de bienes inmuebles aportados a sociedades mercantiles, debe preceder la inscripción de éstas en el Registro Mercantil respectivo. doctrina que, aunque resuelta por Real Orden de 28 de abril de 1925, debe constar en el Reglamento Hipotecario.

En el trabajo publicado en esta REVISTA, de que ya hemos hecho mérito, nos ocupamos extensamente de los índices, que son la llave del Registro de la Propiedad. El nuevo Reglamento no puede corregir las enormes deficiencias anteriores, pero sus disposiciones tienden a remediarlas o aminorarlas para en lo sucesivo. Dos de éstas son importantísimas: una, la de que en los índices de fincas rústicas se han de consignar los cuatro linderos, en lugar de los

dos que determinaba el Reglamento anterior; otra, la de que los índices podrán ser llevados *además* por fichas.

¿Que se quiere decir con la palabra *además*? ¿Que en el caso de que se lleven por fichas, esto no obstará para llevarlos también en forma corriente? Ese parece ser el sentido de la palabra empleada, pues en otro caso se habría dicho «podrán ser llevados *también*»; pero, si es así, se obliga a un doble trabajo al funcionario que quiera emplear este más moderno, limpio y seguro método. Somos entusiastas impenitentes del uso de fichas para los índices de nuestras oficinas, porque producen ventajas que no tiene el otro sistema: son más cómodos, limpios y manejables, y sobre todo, como se eliminan las fichas correspondientes a fincas muertas (agrupaciones, segregaciones, etc.) y a personas que por muerte o enajenación dejan de tener derechos inscritos, no hay que arrastrar en ellos la balumba de historia inútil que es carga permanente del viejo sistema.

Por lo demás, el exigir los cuatro linderos en los índices de fincas rústicas nos parece muy bien, como ya hemos dicho, y así se llevan en muchos Registros, y también nos parecería bien que se exigieran dos linderos en los de fincas urbanas, uso también corriente en la práctica, ante la inseguridad que sin ese dato ofrece la falta de numeración o el frecuente cambio de ella en las edificaciones urbanas.

No dice el artículo en cuestión los datos que deben contener las fichas, pero suponemos que serán los mismos que se exigen para la hoja indicial, y creemos que además deben tener espacio suficiente o renglones en blanco para que se hagan constar las variaciones de lindero, rectificaciones de medida, etc., sin necesidad de extender ficha nueva.

La reconstrucción de los Registros destruidos ha ofrecido una espléndida ocasión para iniciar este sistema; pero en los demás Registros, ante la dificultad de trabajo, tiempo y coste para hacer fichero completo, pudiera empezarse por fichar todas las fincas nuevas y todas aquellas en las que se practicara alguna operación. Así se ha hecho en algunas oficinas de importancia, con un muy halagüeño resultado.

Pero, además, hemos de decir que en los Registros en que son muchas las fincas registradas, el índice de las rústicas, aun por

Ayuntamientos y con los cuatro linderos, es punto menos menos que imposible la busca e identificación de una finca; por ello, en varias oficinas, sobre todo en las que se han rehecho los índices, dentro de cada letra se agrupan los predios por sitios, pagos o partidos, y ello hace más fácil la identificación. Hemos visto más de unos índices en esa forma y hemos hecho también algunos.

El artículo de los legajos sigue tan firme como inútil; 260 antiguo ó 410 moderno es igual, y el hecho de que algunos puedan destruirse o enviarse a un archivo (artículo 415), no varía el aspecto de la cuestión. No todo es culpa del Reglamento, puesto que éste no ha podido ir en contra de lo dispuesto en los artículos 256 y 257 de la Ley, que mandan archivar las cartas de pago y un ejemplar de los mandamientos, respectivamente.

De esos cuatro legajos, el único realmente necesario es el de documentos privados, puesto que no tienen matriz ni constancia alguna en otra oficina; pero las cartas de pago, de las cuales queda en Hacienda o en la oficina liquidadora del Impuesto la matriz o cargareme, el asiento en el libro de liquidación y la nota en el título, ¿qué objeto puede tener y qué fin llenar el que conserven en el Registro? Los mandamientos judiciales, aparte del original que se devuelve con la oportuna nota, en el Juzgado queda el pleito o la causa de que proceden; y en cuanto a los documentos públicos, todos tienen matriz, libro o expediente de que son copia y de donde arrancan. De todos ellos queda en la respectiva inscripción lo necesario al caso que la motiva, y en consecuencia, habría sido muy bueno que, rompiendo con la farragosa tradición de llenar primero y acumular después papeles inútiles, se hubiera prescindido de esos tres legajos.

El último párrafo del artículo 430 está muy bien; la firma del presentante para nada es precisa, como no lo es en el Registro Mercantil, y relegarla en los dos casos especiales que señala, que se darán muy raramente, es virtualmente suprimirla.

Muy bien, asimismo, el artículo 434. El derecho del presentante a que se le devuelva el documento sin más que extender el asiento de presentación, aunque ya tenía siempre lugar en la práctica, debe consignarse en el Reglamento; pero los dos párrafos siguientes, mediante cuya doctrina podrá inscribirse un documento sin consignar en la inscripción las estipulaciones que no deban tener

acceso al Registro (por ejemplo, las de carácter puramente personal), sin más requisito que la aquiescencia del interesado, es una innovación acertadísima y plausible.

II

INSPECCIÓN Y PERSONAL.

La parte que el Reglamento dedica a la inspección de los Registros y al personal es extensísima, y aquí sólo hemos de ocuparnos de algunas de las disposiciones que juzgamos más interesantes.

En orden a la inspección de los Registros de la Propiedad, el Reglamento se atiene estrictamente a la pauta marcada en la nueva Ley. Esta ha tenido en cuenta las opiniones de escritores y tratadistas y el deseo unánime expresado siempre por los funcionarios del Cuerpo, y en tal sentido se han redactado los artículos de que hablaremos, desenvueltos por los correspondientes del Reglamento.

En consonancia con el número 5.º del artículo 260 de la Ley que señala la inspección y vigilancia de los Registros de la Propiedad como función propia de la Dirección general, el 267 dispone que esa función podrá ejercerla la Dirección directamente o por medio de los Presidentes de las Audiencias Territoriales, del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad o de los mismos Registradores, añadiendo el 279 que los Presidentes podrán ejercer las facultades que les corresponden en los Registros de su territorio por sí o por medio de otros Magistrados o Jueces de Primera Instancia de carrera. Esta última parte del artículo desvanece aquella ridícula versión del labrantín o menestral casi analfabeto, haciendo la visita trimestral al Registro de la Propiedad, en funciones de Juez Municipal suplente.

Los artículos 466 y siguientes del Reglamento desenvuelven y puntualizan los expresados preceptos, disponiendo que la función inspectora y de vigilancia la ejercerá el Subdirector con el carácter de Inspector central, con las posibles delegaciones a los Presidentes de las Audiencias Territoriales, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y a los propios Registradores.

Quedan muertas y enterradas por omisión, tanto en la Ley como en el Reglamento, la visitas trimestrales de los Registros

de la Propiedad. La abundante literatura coincidente en la aplicación de tal medida nos excusa de todo comentario; esas visitas eran inútiles, ineficaces y molestas para el visitador y para el visitado, y por ello están perfectamente suprimidas, como lo están igualmente las extraordinarias que se hacían o debían hacerse en los casos de vacante de los Registros, conforme al artículo 353 del Reglamento anterior.

¿Cómo se ha sustituido la inspección más o menos nominal que esas visitas representaban? 1.º Con las visitas que para casos concretos acuerde el Centro directivo, con instrucciones también concretas para cada uno (artículo 267 de la Ley y 466 al 481 del Reglamento), y las que puedan acordar los Presidentes de las Audiencias Territoriales, conforme a los artículos reglamentarios 469 al 471. 2.º Con los partes semestrales que los Registradores deben remitir a los Presidentes de las Audiencias, y al anual que éstos deben, a su vez, enviar a la Dirección general, conforme a los artículos 269 al 271 de la Ley y a los reglamentarios ya expuestos.

El hecho de reducir las visitas de inspección a casos concretos y con disposiciones especiales para cada uno, es el único admisible y eficaz; debe inspeccionarse toda oficina en la que la Dirección general o el Presidente de la Audiencia sepan que sucede algo anormal o que las cosas no marchan debidamente, y esa visita debe llevarse a cabo con criterio de corregir y enmendar, y aun proponer sanción, si fuere procedente.

En relación con el ingreso en el Cuerpo, hace muchos años echamos a volar la especie, recientemente iniciada también por un distinguido conferenciante, de que las oposiciones en nuestras carreras pudieran ser sustituidas por unos estudios superiores universitarios, algo así como un doctorado agrupado en secciones de disciplinas afines: Judicatura y Ministerio fiscal. Notariado y Registros de la Propiedad, etc. Es una idea que podrá alguna vez ser puesta en marcha y dar sus frutos.

El armazón de las oposiciones ha variado poco desde que el que esto escribe hizo las suyas, y ya ha llovido en todos estos años: aumento o supresión de algún ejercicio; variación de procedencia de los Vocales del Tribunal; redacción de nuevos programas más o menos apropiados, algunos menos, al caso en cuestión, y nada más. Pero la verdad es que, por el enorme volumen de las mate-

rias que forman el programa, el gran número de opositores que suelen concurrir y la multiplicidad de ejercicios, las oposiciones suelen ser de una aplastante pesadez para los que la padecen, Tribunal y opositores, y que todo lo que tienda a darlas más elasticidad sería seguramente bien recibido.

Concretándonos a las nuestras, a las de Registradores de la Propiedad, quisiéramos ver en el Tribunal que establece el artículo 506 del Reglamento Hipotecario algún Registrador más, aunque no figurara alguno de los otros vocales que tampoco figuraron en oposiciones anteriores, y quisiéramos, además, que los dos Registradores que se le asignan desempeñaran uno Registro Mercantil y otro Oficina Liquidadora del Impuesto, cosa de mucho más interés e importancia que la categoría personal de ellos.

El siguiente artículo 507 establece que los ejercicios serán tres. Suprime el segundo del Reglamento de oposiciones anteriores agrupándole al primero para formar uno solo teórico, pero conserva el de defensa de la nota, a nuestro juicio absolutamente innecesario; defender una nota si para ello, como es consiguiente, se facilitan al opositor los textos legales, es tarea que realiza fácilmente cualquier abogado, sin necesidad de previa preparación. Optamos resueltamente por los dos ejercicios, uno teórico y otro práctico, pero teniendo este último la importancia debida y diluyendo el programa para el primero en forma de que todas las preguntas puedan contestarse sin agobios de tiempo, ni menos distribuyéndole en forma que el primer párrafo de dicho artículo lo hace, sin tener en cuenta que los opositores son hombres y no máquinas y que ni la cabeza ni la palabra reacciona en todos con igual celeridad.

Pero si lo que se quiere es que el opositor demuestre conocimiento extenso y profundo sobre las materias que le toque en suerte desarrollar, sería quizá preferible que los temas del programa fueran menos en número y mayores en extensión e importancia y que en ese mismo espacio de tiempo se contestara sólo a uno de cada una de las materias fundamentales. Derecho civil, Derecho inmobiliario e Impuesto de Derechos reales y a otro a suerte de entre las otras disciplinas a que se extiende el programa.

Igualmente hemos de insistir en la idea ya expuesta no sólo de

trabajos profesionales, sino en ocasión oportuna en el Centro Directivo, de que no siendo el de Registrador de la Propiedad cargo en que el titular haya de informar ni dictaminar oralmente en ningún asunto, no parece justificado el que el primer ejercicio de las oposiciones sea oral necesariamente. Si no se quiere hacerle obligatoriamente escrito, pudieran formarse dos grupos de opositores, a voluntad de ellos expresada en la solicitud para opositar. Cada uno haría su ejercicio en la forma que le pareciera mejor, y con ello ingresarían en el Cuerpo muchachos muy competentes, pero que carecen de facultades oratorias o que se coaccionan ante el Tribunal, y de ello todos conocemos no pocos ejemplares.

Entendemos también que tanto este ejercicio si se quiere escrito como el práctico que lo es necesariamente deben llevarse a cabo separando individualmente a los opositores.

La admisión de las mujeres a ingreso en los Cuerpos de índole jurídica del Estado es punto que requiere mucha reflexión y que no puede autorizarse o denegarse sin razón alguna, ni menos adoptar criterios distintos para unos y otros Cuerpos. La concesión o denegación de este derecho debiera hacerse en una disposición de carácter general. En todo caso hay un tope que siempre creímos no se podía salvar: el de las mujeres casadas; entendemos que las que se hallan en tal estado no debieran ser admitidas al ingreso, y que si le contraían después, era forzosa su excedencia mientras permanecieran en él, y ello por razones jurídicas y prácticas en las que no es necesario profundizar.

No ha podido el Reglamento suprimir las fianzas, porque la nueva ley las conserva, a pesar de que todos hemos convenido en que son una cosa anacrónica que en modo alguno responde, por su insignificancia, a garantizar los enormes intereses que tienen su defensa en los Registros de la Propiedad, y que si para Notarios y Registradores son obligatorias, más debieran serlo para otros funcionarios en cuyas manos quedan intereses particulares de una importancia mayor.

No nos convence demasiado el criterio de que la fianza corresponda al titular según el número que ocupe en el Escalafón, pues si cualquiera de los que ocupan los doce primeros desempeña un Registro de cuarta clase, es evidente que la fianza no estará en relación con los intereses que ha de manejar. En cambio está muy

bien la disposición del artículo 533 respecto a la devolución de dicha fianza. Conforme a las prescripciones del Reglamento anterior, la lenta tramitación del expediente con la publicación de tres edictos por tres meses cada uno hacía imposible conseguir la devolución antes de un año de solicitada. Con la reducción de esos tres edictos a uno solo, el problema queda simplificado enormemente, y ello es digno del mayor elogio.

Lo referente a licencia de los Registradores de la Propiedad se desenvuelve por los artículos 548 al 558 del Reglamento conforme a normas que responden a un criterio de gran ecuanimidad y a los deseos en todo tiempo expresados por dichos funcionarios.

La obligación de residencia durante los días no feriados nos recuerda a aquel pintoresco personaje que entendía que aun en esos días había que estar de guardia custodiando libros y papeles. Desaparece el informe del Juez (artículo 439 del Reglamento antiguo) que para las peticiones de licencia es sustituido (art. 549 del moderno) por incluir los datos que ese informe contenía en la propia solicitud del Registrador; cabe interrumpir y reanudar la licencia (artículo 550) y, por último, la ausencia de ocho días por asunto o necesidad urgente que autorizaba el Juez Delegado (art. 297 de la Ley antigua) podrá utilizarse sin otro requisito que ponerlo en conocimiento de la Dirección General, así como la fecha de reintegrarse al cargo.

Todo este apartado responde a una idea de confianza en el funcionario y en su propia dignidad, desechando ese viejo espíritu de desconfianza y desvío tan corriente en nuestras leyes.

En este mismo título va incluido lo fundamental de la organización del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, pero esta materia necesitaría mucho espacio para desenvolverla, tarea que por ahora no nos decidimos a emprender.

III

HONORARIOS.

Convencido de la necesidad de reformar el Arancel vigente, en abril de 1942 el autor de este pequeño trabajo expuso las razones, ni nuevas ni desconocidas por los compañeros, pero si convincent-

tes y lógicas, que imponían la necesidad de su total reforma (1). Quien podía hacerlo no quiso o no consideró oportuna esa variación, y aquellas razones y las otras muchas expuestas en diversas gestiones por la legítima representación del Cuerpo han quedado desoidas y olvidadas.

A pesar de ello cada vez aumentan de peso y de volumen y habrán de imponerse sobre los obstáculos que se les opongan. Todos los factores que señalábamos como integrantes de la medula del problema no sólo subsisten, sino que, como acabamos de decir, han crecido extraordinariamente. Concretándonos a sólo dos de ellos, el coste de la vida y el mantenimiento de la oficina registral, no hace falta demostración alguna de su enorme elevación; todo lo preciso para vivir ha aumentado de una manera aterradora en estos cinco años sobre lo que aumentó ya desde 1920 en que el Arancel comenzó a regir: la comida, el vestido, calzado, vivienda y salario de la servidumbre, y en cuanto al material de oficina, decíamos allí que los libros que en principio los dió el Estado y que cuando empezaron a cobrarlos costaban 8,75 pesetas los de inscripciones y los diarios muy poco más. costaban entonces (en 1942) unas 60 pesetas. Pues bien, con la última subida del 50 por 100, costarán 155,60 pesetas los Diarios y 137,40 pesetas los libros de Inscripciones.

La redacción de la nueva Ley Hipotecaria fué una ocasión propicia para obtener la reforma del Arancel, concediendo la oportuna autorización en una disposición adicional, pero esa ocasión se ha desaprovechado y Dios sabe cuándo podrá acometerse tal empresa.

Porque es curioso considerar la facilidad con que en cualquier ley de presupuestos se incluyen aumentos de sueldo a funcionarios retribuidos en esa forma, sin protestas y sin que nadie se considere alarmado por ello y, en cambio, los Aranceles, con los que se retribuye a otros servidores del Estado, igualmente dignos, son una especie de «tabú» ante el que se detienen las energías de los más valientes.

Es de observar, además, que de los dos problemas de que antes hablamos, el coste de la vida es carga que pesa por igual sobre

(1) Número 167 de esta REVISTA.

todo el mundo y que, por tanto, afecta del mismo modo a los que cobran sueldo y a los que devengan honorarios de Arancel; pero el segundo problema, esto es, los gastos de oficina, sueldos de personal, local, material, luz, calefacción, etc., sólo afecta a esta última clase de funcionarios, y, por consiguiente, su situación es peor que la de los otros, a quienes el Estado facilita gratis todos esos servicios.

No hemos de insistir más sobre este punto, en el que seguramente estamos todos de acuerdo

El Reglamento no podía variar este estado de cosas, pero en lo posible ha dictado reglas, nuevas algunas y aclaratorias otras, y todas muy estimables, complementarias de las disposiciones generales del Arancel y derogatorias de algunos de los preceptos contenidos en el título XII del Reglamento anterior.

Marcan los artículos 589 y 590 con toda claridad cuáles son los asientos que deben cobrarse de los practicados en los libros del Registro y cuáles otros no devengan honorarios de ninguna especie. El siguiente artículo 591, al fijar que la palabra *de oficio* en relación a los honorarios que se devenguen por operaciones registrales, no equivale a la de *gratis* si no existe una disposición legal en que así se ordene, pone un dique a las peticiones de trabajos *de oficio* a los Registradores de la Propiedad que todos los centros y oficinas del Estado se creen con derecho a decretar.

El talonario a que se contrae la regla 16 del Arancel en relación con el artículo 484 del Reglamento anterior, había quedado desplazado de hecho por el nuevo talonario que creó la Reforma Tributaria y que, como ya dijimos en el trabajo a que antes hemos hecho referencia, es completamente inadecuado y de difícil aplicación para el trabajo de nuestras oficinas; el artículo 592 del nuevo Reglamento dice que los honorarios devengados por operaciones en el Registro deben consignarse al pie de la certificación o de la nota y dando recibo, si el presentante o el interesado lo pidiere. No dice si este recibo ha de ser el de ese talonario, pero, aun en caso afirmativo, no resulta obligatoria su expedición si no se pide, y hay que decir que no se pide nunca, o casi nunca.

Como ejemplo de la ecuanimidad que ha presidido a la redacción de estos artículos, el párrafo segundo del 593 niega el derecho al cobro de honorarios por las anotaciones preventivas tomadas por

defecto cuando el Juez o Tribunal declare infundada la negativa del Registrador a inscribir o a anotar un título, y aun obliga a la devolución de esos honorarios, si ya se hubiesen satisfecho.

Es perfectamente justo el enunciado del artículo 598; la agrupación o segregación de fincas constituye un acto y supone un trabajo independiente de la inscripción de los contratos que pueden serle subsiguientes, aunque todo ello se realice en el mismo asiento. Así, es lógico y natural, pero está muy bien que reglamentariamente se precise.

La nueva disposición del artículo 611 es tan justa como importante; a la autorización del último párrafo del artículo 20 de la ley anterior, copiada textualmente en el de igual número del actual, contiene para hacer constar en una sola inscripción varias transmisiones hereditarias cuando en una participación de herencia verificada después del fallecimiento de algún heredero se adjudiquen a los que lo fueren de éste los bienes que a aquél correspondían, había dado lugar a no pocos abusos, en perjuicio casi siempre del Registrador, que se veía obligado a inscribir diversas sucesiones en un solo asiento, con el consiguiente estudio de una variada documentación, sin poder cobrarlas, no obstante, más que por la inscripción de un solo derecho. El artículo que comentamos, al disponer que por la última transmisión, esto es, por la que queda vigente, se cobren los honorarios que corresponda y por los demás el 50 por 100, sin que en ningún caso puedan cobrarse más de tres, pone algún freno a tales abusos, defienden los derechos del funcionario, y lo hace con medida tan equitativa, que lleva también la defensa del interesado en la inscripción.

El párrafo primero del artículo 612 corrige una deficiencia del número 18 del vigente Arancel. Este sólo admitió el cobro por la busca de fincas para hacer la manifestación cuando no se determinase el tomo y folio de los respectivos asientos, y por la que se practica, para inscribir al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria los documentos anteriores a 1.º de enero de 1939, después modificado por la Ley de 21 de junio de 1934. Quedaba fuera de la posibilidad del cobro, no sólo los casos en que los datos suministrados lo fueran equivocadamente, sino la busca necesaria en toda clase de documentos presentados a inscripción, cuando no se expresara el tomo y folio de los asientos o se expresara también

equivocadamente; esta omisión era injusta, puesto que en estos casos el trabajo es el mismo, y también la responsabilidad. El artículo en cuestión remedia la omisión en el primer caso, es decir, cuando los datos para la busca previa a la manifestación estén equivocados, pero no en el segundo; cuando la falta de datos de inscripción o el error de ellos se produce en un título presentado a inscribir o a anotar, si en un documento de cualquier clase se dice que las fincas que se transmiten o gravan están inscritas en el Registro de la Propiedad a favor del transmitente, sin expresar dónde, o se citan tomos y folios que no son los que contienen la inscripción en cuestión, y esto no es tan raro como pueda suponerse, sobre todo en los registros rurales, no hay razón alguna para no cobrar esas buscas ni para que esa posibilidad no se haya tenido en cuenta al hacer la reforma.

El párrafo segundo del propio artículo 612 es también un freno y una fijación de criterio muy acertada.

El artículo 613 contiene dos variaciones importantes sobre la doctrina de la regla 12 del Arancel: es la primera la de que, en el caso de que el Registrador solicite de los interesados cuyos títulos no contengan el valor individual de las fincas, nota firmada en que conste dicho valor, si no lo tuviere en término del tercer día, podrá optar o por la capitalización en la reforma expresada en dichas reglas del Arancel o por tomar como base el valor declarado de las inscripciones precedentes. Desaparece, pues, la arbitraria limitación de los cinco años a que aludía el párrafo primero de la repetida regla 12.

La segunda variación está redactada en favor de los interesados en los documentos presentados a inscripción, toda vez que se exige que se les notifique el valor obtenido, el medio empleado para ello y el derecho a impugnar los honorarios en el caso en que por entender el Registrador que el valor obtenido por los otros medios (declaración del título, nota de los interesados, capitalización del liquido imponible) no es el verdadero de la finca, opte por acudir a otros medios que para tal fin señala el Reglamento de Derechos Reales.

Los artículos 618 y 619, que se ocupan de la impugnación de honorarios, contienen asimismo varias novedades de interés: una, la de que el recurso se entablará ante el propio Registrador. el

cual, en el plazo de diez días, podrá ratificar su minuta o reformarla, y aun pedir informe previo al Colegio de Registradores, en cuyo caso, el plazo quedará prorrogado por quince días más. Si mantiene su minuta, tendrá por interpuesta la impugnación, remitiendo los documentos al Centro Directivo en el término del tercero día.

Se establece, pues, aquí una especie de recurso de reposición o reforma análogo al que para impugnar la calificación señalan los artículos 65 al 67 del Reglamento del Registro Mercantil, y que por cierto ignoramos por qué no se ha utilizado en los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, pues aunque los artículos 115 y 116 del actual Reglamento Hipotecario establecen algo parecido, ya la petición y rectificación han de hacerse a través del Presidente de la Audiencia Territorial, cosa más complicada y más molesta para el funcionario contra cuya calificación se entabla el recurso.

Por último, el artículo 119 establece una reforma por todos aspectos conveniente y loable, la de que, satisfechos los honorarios, puedan éstos impugnarse por el procedimiento señalado en el artículo anterior, siempre que no haya transcurrido un año desde la fecha del pago. Con ello desaparece la absurda disposición del artículo 486 del viejo Reglamento, tan desagradable como innecesaria.

No renunciamos a seguir examinando el enorme volumen de trabajo que para los redactores del Reglamento Hipotecario representó el estudio y redacción de sus 624 artículos, disposiciones transitorias, adicionales y derogatorias, con la numerosa modelación que le acompañan. Todo ello, como obra humana, tiene sus deficiencias y defectos, pero, en general, merece toda clase de alabanzas, representa un notable progreso sobre lo anterior y es un timbre de gloria para los compañeros que en él han puesto mano.

JULIÁN ABEJÓN.

Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral

I

Decía Angel Sanz Fernández (1) que en las inscripciones practicadas sin título «no se puede presumir la existencia de un título cuando precisamente se parte de la idea de que no lo hay, al menos en forma adecuada para llegar al Registro. Que en estas inscripciones son precisos dos requisitos: 1.º Los trámites propios del expediente de dominio y el acta de notoriedad y, con referencia al Derecho anterior, de la información posesoria; 2.º La publicidad registral por un espacio de dos años. En tanto no se hayan cumplido estos requisitos y no haya transcurrido, por consiguiente, el plazo de dos años, no debe entrar en juego la legitimación registral, especialmente en cuanto se refiere a sus enérgicas repercusiones procesales».

Notemos que Sanz escribió lo transcrito estando vivo el párrafo final del artículo 347 de la Ley de 30 de diciembre de 1944, párrafo que ha sido suprimido en el texto de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero último, al volcarse el contenido del referido artículo 347 de aquella en los artículos 199 y siguientes de ésta.

Con tal supresión parece habrá desaparecido el requisito 2.º, que exigía Sanz en los renglones antes repetidos. Sólo lo hemos transcrito porque interesa a los efectos del comentario que hace en el párrafo siguiente de la misma notabilísima obra, que dice:

«En las inscripciones practicadas al amparo del artículo 352

(1) «Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria», p. 189.

(205 actual), el carácter dudoso que la Ley da al título inscrito lleva necesariamente a la misma consideración del caso anterior» (1).

En cambio, asegura que se aplica la legitimación registral «a las adquisiciones en virtud de herencia o legado, a pesar de la limitación de sus efectos (art. 14), ya que son inscripciones practicadas en virtud de título» (2).

II

Es sabido que en nuestro sistema hipotecario la inscripción no es ni constitutiva ni abstracta. Se funda en un título material (compraventa, herencia, etc.) y se inscribe mediante un título formal (escritura pública, generalmente). La inscripción se realiza sobre la base del título formal (documento), pero por la legitimación registral lo que se presume es la verdad y existencia del título material (razón concreta justificativa de la adquisición). Este título material, que consta y ha de constar en toda inscripción, llega al Registro tanto a través de los títulos formales en sentido estricto (escritura pública, sentencia firme) como por conducto de un medio supletorio (expediente de dominio).

Por otra parte, el título formal que es inmatriculado al amparo del artículo 205, notarialmente ha de ser tan perfecto como cualquier otro; y, en el aspecto civil, no hay razón para que *a priori* se le dé menos eficacia que a los demás.

Por ello concluimos: que si la legitimación registral se presume, *prima facie*, exacto el título material referido en la inscripción, no hay ni puede haber diferencia, por razón del mismo, entre ninguna clase de inscripciones, pues en todas consta la existencia de un título material (dejamos aparte las practicadas en virtud de información posesoria). Y que si el título formal que se inmatricula al amparo del artículo 205 es civil y notarialmente de idéntico valor que los que provocan inscripciones posteriores, no puede ser tampoco la diferencia de título formal lo que justifique el distinto trato que entre ellos propugna Sanz, en cuanto al principio de legitimación registral.

(1) Ob. cit., p. 190.

(2) Ob. cit., p. 189, nota (11).

Si la diferencia ésta existe (nosotros creemos que sí), no se fundará, contrariamente a lo que dice Sanz, ni en la existencia o inexistencia de título formal propiamente dicho, ni en su naturaleza o certeza. Ha de fundarse en una razón determinada expresamente por la Ley Hipotecaria, que, sin duda, podrá valorar la naturaleza del título formal que provoque la inscripción y la confianza que le inspire, según el entronque registral que tenga. Pero la naturaleza de aquel título, por sí sola, si expresamente no lo dispone la Ley, nada nos dirá.

Sanz se fija en que «uno de los efectos de la legitimación, la facultad de disponer con plena eficacia, se limita expresamente por la Ley». Ahí está precisamente el «quid» de la cuestión. Eso es lo que trataremos de comprobar, no sólo respecto a los efectos sustantivos, sino también para los procesales, de la legitimación registral. Tal es el objeto de estas líneas.

III

Pero antes tenemos que recoger un cabo que acabamos de dejar suelto. Se trata de las inscripciones de posesión que, practicadas en virtud de informaciones que, inscritas, concluidas o iniciadas antes de 1.º de enero de 1945, no hayan vivido tabularmente los diez años que exigía el antiguo artículo 399 de la Ley reformada (que, respecto a las informaciones practicadas e inscritas, entendemos hay que considerar en vigor) para que quedasen transformadas en inscripciones de dominio.

Durante este lapso, mientras dichas inscripciones sean sólo de posesión, según decía en su párrafo tercero el antiguo artículo 396 (que para ellas también ha de entenderse sigue vigente): «Las inscripciones de posesión perjudicarán o favorecerán a tercero desde su fecha, pero solamente en cuanto a los efectos que a la posesión se atribuyen en esta Ley.»

Esta disposición, por sí sola, demuestra que tales inscripciones no pueden surtir la presunción de propiedad derivada del principio de legitimación, establecido en el párrafo primero del artículo 38 (24 de la Ley de 30 de diciembre de 1944), ni gozar del procedimiento regulado en el vigente artículo 41, pues éste sólo se da para el ejercicio de las acciones reales derivadas del derecho inscrito;

que, por lo tanto, no protege a la posesión inscrita, la cual demostrado está que ni siquiera es verdadera posesión.

IV

Antes de entrar en la interpretación de los artículos 28 y 207, aun vamos a detenernos con otra digresión.

Pregunta Azpiazu (1), discutiendo las afirmaciones de Sanz, que hemos transcrito más arriba: ¿Para qué servirán estas inscripciones si, además de la fe pública, se les niega la legitimación?

Contestemos (sin prejuzgar la cuestión que trataremos de dilucidar) que no nos parece objeción de peso esta pregunta:

Primero. Porque aunque a estas inscripciones, durante el período de dos años de suspensión de efecto respecto a tercero, las considerásemos como inscripciones a plazo, como hace González Palomino (2), ciertamente no producirían ningún efecto (sustantivo y procesal, por lo menos) mientras durase los dos años en cuestión, pero siempre servirían para algo. Por lo menos, como camino ineludible para conseguir la plena eficacia registral a los dos años. Y, a la vez, como aviso y jactancia para conocimiento de terceros interesados.

Segundo. Siempre producirían, por lo menos, como demostraremos, los efectos puramente formales (adjetivo-registrales). Esto es, los del artículo 17 (3). del 20 en su aspecto adjetivo, del párrafo segundo del artículo 38 (4) y del artículo 82, también en su aspecto formal.

V

Decía el párrafo segundo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1909: «La inscripción de las fincas y derechos reales adquiridos

(1) «A un libro notable, un breve comentario». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 211, p. 861.

(2) «La adjudicación para pago de deudas», recogida en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. I, p. 295, nota.

(3) Que, como indica Roca Sastre (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, primera edición, t. II, p. 134), no es más que el corolario adjetivo de los artículos 1.473 del Código civil y 23 antiguo de la Ley Hipotecaria.

(4) Que podría justificarse, sin necesidad de acudir al principio de legitimación, sin más que considerarlo como una simple exigencia de la Ley a fin de procurar el paralelismo entre el Registro y la realidad.

por herencia o legado no surtirá efecto, en *cuanto a tercero*, hasta después de transcurridos los dos años desde la fecha de la misma: Exceptúanse...»

. Y el párrafo cuarto del artículo 20 de igual Ley: «Estas inscripciones no surtirán efecto *contra tercero* hasta después de transcurridos dos años, etc....»

El artículo 11 del R. D. de 17 de abril de 1925 también habla de que «no surtirán efecto *contra tercero*, etc....»

En la Ley de 30 de diciembre de 1944 rezaban:

Artículo 14, párrafo último. Reprodujo, casi literalmente, el párrafo 2.º del artículo 23, con la importante diferencia del momento inicial para el cómputo de los dos años, que pasa a serlo la fecha de la muerte del causante. Sigue hablando de efectos *en cuanto a tercero*.

Artículo 347, párrafo último: «Las inscripciones de inmatriculación no surtirán efecto *contra terceros adquirentes* hasta transcurridos dos años a partir de su fecha.»

Finalmente, en el *texto refundido de la ley Hipotecaria de 8 de febrero último*, se lee:

Artículo 28. Reproduce el último párrafo del artículo 14 de la Ley de 30 de diciembre de 1944.

Artículo 207: «Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores, no surtirán efecto *respecto de tercero* hasta transcurridos dos años desde su fecha.»

VI

Veamos cómo Morell y Terry explicaba el párrafo 4.º del artículo 20 y el párrafo 2.º del 23 antiguos.

Decía (1), comentando el párrafo 4.º del artículo 20 y refiriéndose a las inscripciones practicadas en virtud del párrafo 3.º del mismo artículo: «Envuelve, pues, a estas inscripciones y a las que de ellas derivan una especie de condición resolutoria, pues cabe que dentro de los dos años se inscriba la finca o derecho a nombre de distinta persona, o sea del *tercero cuyo derecho no se perjudica*. Transcurridos los dos años, la inscripción se hace firme y eficaz

(1) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. II, p. 413.

contra todo tercero, afirmándose igualmente los derechos fundados en la misma.

Ahora bien: el Registrador no es el llamado a apreciar el mejor derecho que pueda asistir a un tercero sobre los mismos bienes mediante la simple presentación de los títulos en que se apoya. El derecho de tercero consiste en reclamar contra la inscripción practicada dentro de los dos años expresados...

Como vemos, para Morell, el tercero aludido en el texto comentado era el *titular con derecho no inscrito sobre la finca inmatriculada*. Los efectos en cuanto a tercero, suspendidos según esta interpretación, eran los *perjudiciales* para dicho tercero.

Hasta aquí nada había de perturbador en tal interpretación. Pero la consecuencia, gravemente en discordancia con el sistema, era la deducida después, al tomar demasiado literalmente la afirmación de la Ley: «Transcurridos los dos años—dice—, la inscripción se hace firme y eficaz contra todo tercero...» Esto es, contra los mismos antes excluidos del perjuicio y sin necesidad de que el titular inscrito traspasase la inscripción a tercer adquirente. Grave olvido de que para gozar del beneficio de la fe pública que el artículo 34 concedía era y es, cuando menos, preciso haber adquirido de «persona que en el Registro aparezca con derecho a ello».

VII

Sobre el párrafo segundo del artículo 23, el propio Morell Terry (1) pregunta: ¿Quién es ese tercero que no puede ser perjudicado por la inscripción hecha a favor del heredero voluntario?

«Se ha convenido por los expositores y la jurisprudencia—consta—que esos terceros a que se refiere el segundo párrafo del artículo 23 son los herederos de mejor derecho que los que inscribieron primero y las personas que de ellos puedan haber adquirido algún inmueble o derecho real después». Y al efecto cita los términos clarísimos de la sentencia de 13 de febrero de 1911.

Tampoco esta interpretación en sí resulta heterodoxa dentro del sistema.

Pero también la interpretación literal vuelve a colocarle en terreno peligroso. «El artículo 23—prosigue—dice que la inscrip-

(1) Ob. y loc. cit., pág. 612.

ción de las fincas y derechos reales adquiridos por herencia y legado no surtirá efectos en cuanto a terceros. Literalmente, el artículo habla solamente de las inscripciones de herencia y legado, no de las transmisiones de fincas por los herederos. En esta parte, sin embargo, se ha considerado, con razón, que si el precepto había de ser eficaz era indispensable entender que esas transmisiones tampoco perjudicarían a tercero dentro de los dos años.» O sea, pese a no apartarse de la línea ortodoxa, se tambalea y justifica indirectamente algo que, como veremos, queda claro sin acudir a rodeos alguno.

Mas donde por culpa también de la ya pasada de moda interpretación literal y de la confusión que siempre ha reinado en nuestro sistema hipotecario en la interpretación del término tercero, llega a perder la línea, pese a repugnar a su buen criterio, es en igual punto del en que se desvió al comentar el párrafo cuarto del artículo 20. Si los bienes continuán inscritos en el Registro a favor de los herederos voluntarios—pregunta—, «¿pueden reclamarlos o inscribirlos los de mejor derecho después de los dos años? La acción de petición de herencia, en este caso, ¿no tiene el plazo de prescripción fijado en el Código, y queda a dos años reducida?»

«Escosura—añade Morell—cree que no puede entenderse así. Mientras las fincas continúen inscritas a nombre de los herederos voluntarios, entiende que los herederos de mejor derecho pueden reclamar en cualquier tiempo y anular el derecho inscrito sin base, porque las relaciones entre ellos no son de tercero, y las fincas aparecen como si aún continuasen inscritas a favor del causante, representado por su heredero voluntario, vencido en la cuestión sobre el mejor derecho a la herencia.» Morell llega a reconocer «que así debiera ser»; pero la perturbación que le produce la palabra «tercero» es demasiado fuerte, y concluye: «Pero el artículo 23 dice otra cosa, y la jurisprudencia, al dar al heredero de mejor derecho la consideración de tercero respecto al que inscribió, no puede negar a ésta la consideración de tercero respecto a aquél.»

VIII

Veamos ahora la opinión superautorizada de Roca Sastre (1). Sobre el párrafo cuarto del antiguo artículo 20 dice: «Este ter-

(1) Ob. cit., t. I, p. 185.

cero, de que habla el artículo 20 de la ley, no es, como varios autores opinan, el titular de mejor derecho real frente al titular inmatriculante o aparente, sino al adquirente del titular inscrito que lo sea por título oneroso, de buena fe y haya registrado su adquisición.»

Y añade: «Desconfiándose de que este medio inmatriculador manifieste el verdadero titular de la finca, se compensan los trámites fáciles para obtener la inscripción con una paralización o vacación durante dos años de los efectos protectores de la fe pública registral en cuanto al punto concreto de dicha titularidad.»

Y concluye: «En lo demás, estas inscripciones producen todos sus efectos.»

IX

Respecto al párrafo segundo del artículo 23, Roca Sastre (1) dice que es insostenible que el tercero, a que se refiere tal precepto, fuera el heredero real o de mejor derecho, y aquel que de éste hubiera adquirido. Para Roca, el tercero, en cuanto al que no surtirán efecto en el plazo de dos años las inscripciones a favor del heredero voluntario, es el que adquiriere a título oneroso del heredero aparente inscrito. Y los efectos que dejan de producirse son «los derivados de la fe pública registral, y aun dentro de ésta en cuanto se refiera al punto concreto de la titularidad hereditaria; sólo en este aspecto limitado la Ley Hipotecaria se inhibe, dejando el problema al imperio del Derecho común. En consecuencia, el heredero aparente inscrito y los terceros adquirentes del mismo son mantenidos registralmente, aunque de un modo provisorio, pues el heredero real que los ataque deberá atemperarse a lo dispuesto en los artículos 17, 20, 24, 41 y 82 de la ley Hipotecaria. Además, como la fe pública actúa en beneficio del tercer adquirente en cuanto no se refiera a la titularidad hereditaria del transferente, en lo que no sea esto quedará protegida...»

X

Los artículos 347 y 352 de la ley de 30 de diciembre de 1944 conservaron las palabras *efectos contra terceros*, empleadas en el

(1) Ob. cit., t. II, ps. 166 y cif.

párrafo cuarto del artículo 20 de la ley anterior. Pero el artículo 347 complica más la interpretación al hablar de «... *contra terceros adquirentes*.»

Angel Sanz (1) critica la expresión «no surtir efectos contra terceros», que dice «o ha de considerarse como una lamentable equivocación o como un olvido de adaptación con el artículo 34, o sólo se puede interpretar como referida a terceros inscritos, lo que llevaría a consecuencias absurdas».

Y añade: «Esta frase no tiene interpretación posible. No puede referirse a los posteriores adquirentes, protegidos por la fe pública, porque la inscripción no puede surtir efectos nunca contra ellos, sino en favor de ellos. Menos puede pensarse aún que se refiere a terceros no inscritos, entendiendo por tales a los verdaderos dueños, porque entonces resultaría que éstos no podrían hacer efectivos sus derechos contra el titular del asiento de inmatriculación pasados los dos años, y esto es inadmisibile, ya que equivaldría a conceder la protección de la fe pública a estos asientos, lo cual es imposible.»

XI

Sin duda, movido por estas críticas, el texto refundido de 8 de febrero del corriente año, en su artículo 207, ya no habla de efectos «*contra terceros*», sino de efectos «*respecto a terceros*».

No obstante, pretenderemos demostrar que la redacción anterior del artículo 352 de la ley de 30 de diciembre de 1944 y del antiguo párrafo segundo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria no sólo no era desastrosa, sino que es incluso la más correcta. Y que lo desastroso fueron las interpretaciones a que gran parte de la doctrina llegó, como hemos visto, por el apego a la interpretación literal, con olvido absoluto de la sistemática, y por culpa de la configuración del tercero como un personaje maravilloso, protegido por definición por la fe pública.

Creemos que el temor a estas consecuencias, realmente absurdas, por una parte, y por otra, la preocupación de querer armonizar el concepto del tercero de estos preceptos con el del artículo 34, han sido las causas de que un importante sector de la doc-

(1) Ob. cit., p. 245.

triña (entre la que hemos citado a Roca Sastre y a Sanz Fernández) buscase el tercero de los preceptos que estudiamos entre los adquirentes del titular inscrito.

Frente a ellos intentaremos demostrar:

1.º Que además del subadquirente existen otros terceros, que no pueden ser considerados como *penitus extraneus*. Y que la ley no siempre que habla de tercero se refiere al subadquirente, del que se ocupa especialmente el artículo 34.

2.º Y que con la interpretación, que podríamos llamar clásica, del párrafo cuarto del artículo 20 y segundo del artículo 23 antiguos se debe llegar y llega a resultados totalmente correctos, y además más precisos que los obtenidos con la acepción defendida, entre otros, por Roca Sastre y Sanz Fernández. Aquella vieja interpretación no tuvo la culpa de los despistes a que llegaron algunos de sus sostenedores.

XII

Sin duda, ha sido Roca Sastre quien más ha contribuido a desenmarañar el concepto de tercero, simplificando el revuelto rompecabezas que en torno al mismo se había llegado a formar.

«El Derecho hipotecario—ha escrito (1)—no altera en lo más mínimo el concepto de tercero. Se limita a regular la posición jurídica del mismo desde el punto de vista registral. Hay que distinguir netamente en esta materia entre el concepto de *tercero* en sí y la posición del mismo en lo relativo a la *afección* que pueden desenvolver sobre él los negocios jurídicos en que no ha sido parte. Allí se trata del personaje; aquí, de su situación jurídica. Así, con vistas a los efectos de la fe registral, una cosa será el tercero, y otra, su protección.»

Por ello comienza el propio Roca por estudiar el concepto civil de tercero como «el que no es parte en un acto o contrato». Y dice que dentro de esta noción hay que distinguir dos tipos de terceros (2). El tercero simple o *penitus extranei*, «que es el completamente extraño o ajeno al contrato en cuestión, y el tercer adquirente o subadquirente, que es el que entra «en relación jurí-

(1) Ob. cit., t. II, p. 183.

(2) Ob. cit., t. II, p. 186.

dica con algunas de las partes de un contrato y respecto a lo que es materia u objeto del mismo».

Creemos que esta bipartición debe ser sustituida por la siguiente tripartición:

1.º Los *penitus extraneus* o terceros, totalmente ajenos a la relación dada.

2.º Los terceros adquirentes o subadquirentes, que son los que posteriormente adquieren con carácter derivativo algún derecho de los originados en aquella relación jurídica dada, de la que no fueron partes.

3.º Los terceros con un derecho anterior sobre el objeto de la relación jurídica dada, en la cual tampoco actúan como parte. De este tipo son: el verdadero propietario de una finca que otro inmatricula en virtud de título no derivado de aquél; el heredero de mejor derecho frente al heredero aparente (cada uno de ellos es ajeno a la relación que el otro pudiera tener con el causante) o a los adquirentes del mismo; el acreedor hipotecario frente al tercer poseedor, etc., etc.

La exposición de motivos de la ley de 30 de diciembre de 1944 dice que: «A los efectos de la fides pública, no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa.»

Pero esto, que determina claramente el concepto de tercero del artículo 34, no implica que la ley Hipotecaria en otros artículos pueda usar la palabra tercero sin referirse al tercer adquirente. Así creemos sucede en los artículos 28 y 207, que, a nuestro parecer, emplean el término tercero, referido no al subadquirente, sino al titular de un derecho anterior a la relación inscrita.

La fe pública, al tiempo que juega, favoreciendo al tercer adquirente, actúa a la vez, perjudicando al tercero, titular de un derecho anterior a la relación inscrita (si tal derecho no está a su vez inscrito). Los artículos 28 y 207 representan una excepción a esta regla. El tercero titular de un derecho anterior y no inscrito sobre la cosa objeto de una relación inscrita deja de ser perjudicado por la fides pública. Y en tal medida, en la que no sufre perjuicio, y como consecuencia de ello, el tercer adquirente de la relación inscrita deja de ser favorecido.

Pero además de la exclusión en perjuicio de ellos, de la fe pública, y previamente a ello, es también eliminada la legitimación registral, en tanto en cuanto les perjudicaría. Esto es lo que trataremos de demostrar a continuación.

XIII

La *ratio* de los artículos 28 y 207 (señalada espléndidamente en las líneas de Roca Sastre antes transcritas) nos determina quiénes son los terceros no perjudicados durante el plazo de dos años por la inscripción a favor del heredero aparente y por la del titular de la inmatriculación.

Lo son, en el primer caso, el verdadero propietario, el titular de un derecho real sobre la finca inmatriculada y los que de ellos deriven su derecho.

Y en el segundo, el heredero real y los adquirentes y sucesores del mismo.

XIV

¿Qué perjuicios deja de causarles la inscripción? En principio, ésta no puede producirles ningún perjuicio. Porque la ley habla de «no surtir efectos», sin distinción.

Consecuentemente, y en primer término, ha de dejar de jugar contra ellos la legitimación registral, puesto que es el primer efecto que normalmente produce la inscripción. No podrá actuar, pues, contra el verdadero dueño de la finca inmatriculada ni contra el heredero real en sus respectivos casos, la presunción de exactitud registral, ni, por lo tanto, será utilizable el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Bastará, por lo tanto, en cada caso, alegar este carácter, o por lo menos demostrar su posibilidad para que se suspenda el procedimiento iniciado. Sólo así podrá cumplirse totalmente lo preceptuado en los artículos 28 y 207. De lo contrario podría causarse perjuicio, en forma a veces difícil de reparar.

Pero además de excluirse la consecuencia procesal del principio de legitimación se elimina con dicho principio su consecuencia sustantiva; esto es, la base de la adquisición a *non domino* del tercer adquirente, o sea el juego de la fe pública registral. Como

el titular inscrito no está legitimado en el período de suspensión (por lo menos en perjuicio en sus respectivos casos del verdadero dueño o del heredero real), quien de él adquiriera no gozará de la fe pública. Al faltar la presunción *iuris tantum* a favor del transmitente no podrá convertirse en presunción *iuris et de iure* a favor del adquirente.

En cambio hay una tercera clase de efectos, derivados tanto del principio de legitimación como del hecho formal de la inscripción que sí se dan en perjuicio (que más que verdadero perjuicio sólo será molestia o contratiempo) de los favorecidos por los artículos 28 y 207. Son los efectos puramente adjetivoformales de la inscripción; esto es, los de los artículos 17 y 20 (en su aspecto adjetivo), párrafo segundo del 38 y 82.

Ello es en virtud de que, como dice Morell, el registrador no puede por sí mismo comprobar quién es el heredero real ni el verdadero dueño. Por esto no puede cancelar la inscripción a favor del heredero o titular aparente sin los requisitos del artículo 82. Y no habiéndose cancelado dicha inscripción no podrá dar entrada, en contra a los artículos 17 y 20, a ningún título en el Registro.

Y respecto a los efectos del artículo 38, párrafo segundo, porque en realidad ningún perjuicio se causa al reclamante, dada la forma en que es interpretado. Otra cosa sucedería si la inscripción tuviese carácter abstracto, y la legitimación presumiese la existencia del derecho de abstracción hecha del título. Pero tal como es y debe ser entendido, no supone más que un requisito simultáneo, que el demandante ha de llenar al entablar la demanda reclamando contra el derecho inscrito, y que es el de tener que extender dicha demanda al pedir la nulidad o cancelación de la inscripción. En el fondo, o mejor, en su resultado práctico, tal disposición no pasa de ser un requisito exigido por la ley con el fin de procurar mantener el paralelismo entre el Registro y la realidad.

c

XV

¿Qué efectos se producirán, pasados los dos años de suspensión, entre el inmatriculante y el verdadero dueño o entre el heredero aparente e inscrito y el real?

Desde luego, transcurridos los dos años en cuestión, la inscripción producirá plenamente los efectos normales de toda inscripción. En primer lugar, actuará la legitimación registral entre ellos. Y con ella, su juego de presunciones *iuris tantum* y el procedimiento del artículo 41 (sin perjuicio de que el titular o heredero real pueda hacer jugar alguna de las excepciones admitidas, si puede alegarlas).

Pero sólo se producirán los efectos relativos a la inscripción. Pues el derecho en sí de cada cual, mientras no surja un tercer adquirente, permanece igual y regulado exclusivamente por el Derecho civil.

Ciertamente que tanto el heredero real como el aparente, por un lado, como el propietario verdadero y el titular de la inmatriculación, por otro, son terceros entre sí, usando este término en sentido amplio. Pero no son terceros protegidos por la fe pública, que es cosa distinta. Pues al titular inscrito (inmatriculante o heredero aparente) le falta, por lo menos, el requisito de haber adquirido a título oneroso, si se trata del heredero aparente, o el de haber adquirido de quien en el Registro aparece con derecho, en el caso del inmatriculante.

Por lo tanto, la fe pública sólo podrá actuar (en perjuicio del heredero real y del propietario verdadero o de quienes derive su derecho de ellos): primero, a favor del que adquiera a título oneroso y de buena fe, sea, en sus casos, del inmatriculante o del heredero aparente inscrito; segundo, si además el adquirente inscribe su derecho, y tercero, si han transcurrido o transcurren los dos años de suspensión.

XVI

Creemos haber demostrado que con la interpretación que propugnamos se llega a resultados hipotecariamente correctos. Ahora trataremos de probar que esta interpretación es, además, la que resulta más adecuada al texto de los artículos 28 y 207. En efecto:

1.º Dicen estos artículos que «no surtirán efectos respecto (o «en cuanto») de tercero», precisamente las inscripciones a que alude. Luego, al practicarse éstas, dichos terceros deberían existir ya. Porque ninguna inscripción por sí sola surte efectos a favor del

adquirente futuro, pues respecto a éste será la inscripción a su nombre practicada la que los producirá, aunque se surtan conforme al contenido de las anteriores vigentes sobre la misma finca.

2.º Hablan de «no surtir efectos», sino especificar la clase de éstos. Por lo tanto, y dentro de la ratio del precepto, los efectos deben ser totalmente negativos. Así sean los de la legitimación como los de la fe pública.

3.º Especialmente. Tanto si orientamos el tercero, de que hablan los artículos 28 y 207, hacia el titular real como hacia el subadquirente, dejarán de producirse efectos respecto a ambos. Los que dejen de producirse en contra del primero, dejarán de surtir-se a favor del segundo. Ahora bien; son los efectos que dejen de jugar contra el heredero real o contra el verdadero propietario (o de quien de ellos derive) los mismos que dejarán de gozar tanto el titular inscrito como el tercer adquirente de éste. En efecto; el titular inscrito y sus adquirentes gozarán plenamente de los derechos registrales correspondientes según su situación, aun dentro del plazo de suspensión, respecto a cualquier otra persona que no sea, respectivamente, el heredero real y sus adquirentes o bien el propietario verdadero y los suyos o el titular de un derecho real anterior a la inmatriculación (1).

Es, pues, el perjuicio dejado de sufrir por los titulares reales no inscritos lo que determina el módulo y medida de estos dos artículos. Por lo tanto, parece que lo más lógico es orientarlos en torno a este perjuicio evitado.

XVII

Para concluir, vayan unas palabras sobre la redacción de estos preceptos.

Cada vez son más numerosas y enérgicas las voces y plumas que proclaman resulta perturbador el empleo del término tercero en nuestra ley Hipotecaria, y que éste debería ser suprimido de la misma. Se ha afirmado que el artículo 34 debería hablar simplemente del *adquirente*.

(1) Por esto, sólo respecto de estos últimos podemos aceptar la afirmación de González Palomino (loc. cit.) de que se trata de inscripciones a plazo. Pero no respecto de las demás personas.

Nosotros, desde luego, creemos que de dónde indiscutiblemente debiera ser borrada la palabra tercero es de los artículos 28 y 207.

Deberían decir, respectivamente, que «...no surtirán efectos contra el heredero real y sus causahabientes...» y «...contra el verdadero propietario y sus causahabientes, ni contra el titular de un derecho real en la finca inmatriculada y anterior a la inmatriculación...»

Los efectos dejados de surtir no habría por qué especificarlos, pues serían simplemente los que normalmente y en su caso debería producir la inscripción en sí. Como hemos dicho antes, en primer lugar faltaría la legitimación registral, y como consecuencia de este fallo no podría actuar la fe pública. Trátase de los efectos puramente hipotecarios, reducidos a los de matiz sustantivo y procesal producidos por la inscripción, siguiendo bajo la órbita del Derecho civil lo relativo al derecho en sí, hasta tanto no jugase la fe pública registral.

JUAN VALLET DE GÓYTÍSOLO.

Notario.

El usufructo vidual universal en el Derecho civil común español

Es una cuestión de siempre viva actualidad la posibilidad de admitir en el Derecho civil común español el usufructo sobre todo el patrimonio relicto, establecido por el cónyuge premuerto a favor del viudo, y en concurrencia con legitimarios, sobre todo en aquellas regiones españolas en donde, rigiendo el Código civil, son frecuentes los testamentos o los cuadernos particionales, en que por unos u otros procedimientos se establece aquel derecho de usufructo universal.

Antes de ahora, plumas más autorizadas que la nuestra han tratado más o menos ampliamente de esta cuestión, bien admitiendo la posibilidad de establecer dentro de nuestro Derecho común el usufructo vidual universal en concurrencia con herederos forzosos, como la del culto Notario de Madrid Sr. González Palomino («El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado*, núm. 272, págs. 160 y siguientes, y «Estudio de arte menor sobre Derecho sucesorio». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, páginas 549 y siguientes), o bien negando aquella posibilidad, como la del también Notario de Madrid Florencio Porpeta («Naturaleza jurídica de la legítima». Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona en el año 1945). Ultimamente, en las contestaciones al programa para oposiciones entre Notarios, que actualmente se celebran, publicadas bajo la dirección del insigne jurista Roca Sastre, se aborda también esta cuestión al contestar el tema de aquel programa en que se plantea el problema, y lo hace en el sentido propugnado por González Palomino, si bien enfocando la cuestión desde otro punto de vista, como más adelante veremos.

Creemos que la solución a que llegan González Palomino y las contestaciones citadas no se ajusta estrictamente a la legalidad impuesta por el Código civil español, y menos aún al espíritu que lo informa en materia de legítimas de ascendientes y descendientes, y por ello tratamos de demostrar en las líneas que siguen que, conforme a la legislación civil común de España, no es posible admitir el usufructo vidual universal en concurrencia con ascendientes o descendientes legítimos del causante de la herencia.

Estimamos que para llegar a la solución afirmativa, como llegan los autores citados, sería preciso admitir que el testador, dejando herederos forzosos que sean ascendientes o descendientes legítimos suyos, tuviese facultad plena para *imponer* a tales legitimarios el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, que quiere o desea establecer para después de su muerte, sin que sea necesario, una vez ocurrida ésta, la concurrencia de tales legitimarios para mostrar su conformidad o disconformidad con la voluntad del testador. Es decir, que la voluntad del causante valga por sí sola como soberana, sin necesidad de que sea completada con la de sus herederos forzosos para declarar que aceptan la carga del usufructo que se les impone o que la rechaban. Ahora bien; ¿es esto posible dentro de nuestro Código civil? ¿No choca con preceptos expresos de dicho cuerpo legal que contradicen aquella facultad, que los autores citados pretenden atribuir al causante testador, y con el carácter que tienen en nuestro Derecho las legítimas de ascendientes y descendientes en relación con la especial naturaleza del usufructo vitalicio?

En las repetidas contestaciones, dirigidas por Roca Sastre (ignoramos si este conocido hipotecarista ha redactado personalmente la parte en que se ocupa del problema de que tratamos), se llega a concluir, según se ha dicho, que es posible en nuestro Derecho común establecer el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en concurrencia con legitimarios. Se llega a esta conclusión a través de la cláusula o cautela llamada de *Socini*, cuya legalidad, dentro del Derecho español, admiten.

Sin embargo, nosotros no vemos de un modo claro cómo de la legalidad de la cláusula *Socini*, establecida en un testamento—cuestión ésta que es discutible, y de hecho discuten muchos tratadistas—, pueda concluirse la facultad del testador para imponer

a sus ascendientes o descendientes legítimos un usufructo vitalicio sobre todo el as hereditario a favor del cónyuge viudo.

Sabido es que la llamada cláusula Socini consiste, en términos generales, en aquella por la cual el testador deja a los legitimarios bienes de mayor valor de lo que por legítima les corresponda, pero imponiéndoles un gravamen, una condición, un fideicomiso, etcétera a favor de tercera persona; y para el caso de que los legitimarios no quieran admitir la carga impuesta, les deja solamente la legítima estricta. Por consiguiente, el testador, como dice Roca, otorga su testamento en el sentido de establecer dos vocaciones hereditarias alternativas a favor de la misma persona, o sea el legitimario. Una consiste en disponer a su favor de una parte de la herencia de mayor valor que el importe de lo que por legítima le correspondería, si bien sujeta totalmente a la carga de un usufructo, pensión, fideicomiso, etc. Otra vocación consiste en la legítima estricta, si bien libre de toda limitación, carga o gravamen. Muerto el testador se produce esta doble vocación alternativa, o sea que surgen a favor del mismo legitimario dos delaciones o llamamientos, de los cuales puede escoger libremente uno u otro de ellos.

Se deduce de todo esto que la voluntad del testador no actúa como decisiva, ya que es el legitimario quien, en último término, ha de optar por uno u otro de los llamamientos, haciendo una declaración de voluntad, bien en el sentido de aceptar la herencia con la carga que el testador le impuso, bien rechazando ésta y aceptando la legítima estricta.

El número 3.º del artículo 820 del Código civil, que fué tomado del artículo 917 del Código civil francés y del 810 del italiano, no es una consagración legal de la cláusula Socini en su totalidad; pero al permitir a los herederos forzosos elegir entre el cumplimiento de la manda o legado cuando éste consista en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, o entregar al legatario lo que el testador podía disponer libremente, viene a sancionar una fórmula parecida a la de la cláusula Socini sólo en los casos en que la carga establecida por el testador consista en un usufructo o una renta vitalicia, sin aplicación extensiva a otros.

Por de pronto, y sin perjuicio de insistir más adelante sobre ello, hemos de poner de manifiesto que esta fórmula legal expresa

de un modo claro que es al legitimario a quien se le concede la facultad de aceptar o rechazar la carga del usufructo o renta vitalicia que el testador estableció en su testamento, y, por tanto, niega a éste la de imponer su voluntad sin intervención de aquél, y ello indudablemente porque, dada la incertidumbre que acompaña al usufructo y a la renta vitalicia, su estimación nunca podrá ser acertada, quedando únicamente como cierto el aspecto de gravamen o carga que tales derechos representan para los legitimarios, y con ello su contraposición evidente con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 813 del Código civil, al establecer éste que no se podrá imponer sobre la legítima gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en el mismo Código sobre el usufructo del viudo.

González Palomino, en el trabajo ya citado, publicado en la *Revista de Derecho Privado*, llega a la conclusión de que «siempre que el viudo tenga más de cincuenta años en concurrencia con descendientes es admisible el usufructo universal vitalicio de la herencia del cónyuge premuerto que hubiese sido por éste establecido a su favor». El mismo autor, en los «Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio», dice: «El legado de usufructo universal, en concurrencia con descendientes, es admisible, sea cualquiera la edad del futuro usufructuario al otorgarse el testamento, y directamente ejecutivo al hacerse la partición, salvo que los legitimarios ejerciten su derecho de opción legal, entregando al viudo la parte libre en pleno dominio. Lo primero, porque el viudo puede tener cumplida cuando la sucesión se abra, aunque no la tuviera al otorgarse el testamento, una edad que haga que la valoración del usufructo, sumada a la de su cuota usufructuaria, sea igual o inferior a la de la parte libre. Lo segundo, porque los legitimarios tienen un derecho de extinguir el usufructo con un pago; esto es, tienen la facultad alternativa de realizar una prestación u otra; pero esto no implica que de ello dependa la eficacia del legado, sino la forma de pago.»

Para llegar a estas conclusiones, dicho autor parte de la base de que «las legítimas son una cuota o parte matemática del valor del haber hereditario, y de que los problemas de fijación, garantía y complemento de legítima son problemas de valor respecto al valor total de la herencia»; y teniendo en cuenta la valoración que del

usufructo vitalicio hace el Reglamento del impuesto de derechos reales, según la edad del usufructuario, resultará que cuando la edad de éste pase de cincuenta años, el valor del usufructo será, a efectos fiscales, el 30 por 100 del de los bienes; por lo que pudiendo disponer el testador casado que tenga hijos de un tercio de su herencia con entera libertad, esto es, de un 33,33 por 100, tiene margen, dice González Palomino, en aquel caso, o sea cuando el viudo pase de cincuenta años, para operar sin que se mengüen ni afecten los dos tercios de la legítima.

Sin embargo, no puede afirmarse de un modo absoluto y general que la legítima, en nuestro Derecho común, sea sólo una cuota o parte del valor del haber hereditario. De la combinación de los artículos 806, 813, 815 y 817 del Código civil parece deducirse otra cosa. Estimamos que la legítima de los ascendientes y descendientes legítimos, que es la que ahora nos interesa, representa la porción de bienes que éstos tienen derecho a recibir de su causante, precisamente sin gravamen, condición ni sustitución alguna, salvo la del usufructo vidual legal, en los casos en que proceda; o sea que dicha porción la han de recibir en pleno dominio y no de otra forma, salvo, claro está, cuando el as hereditario está constituido por derechos de menor categoría que el dominio pleno.

Son varios los civilistas que coinciden con este criterio. Mucius Scaevola, en sus conocidos *Comentarios al Código civil*, dice: «La legítima es un derecho a una porción cuantitativa de la masa hereditaria; porción que varía económicamente (cantidad) y jurídicamente (cualidad). Respecto de unos herederos forzosos (ascendientes y descendientes legítimos), el derecho de legítima es un derecho de propiedad en sentido estricto, porque los herederos hacen suyos los bienes que constituyen la herencia.» Roca Sastre, en el trabajo intitulado «Naturaleza jurídica de la legítima» (*Revista de Derecho Privado*. Año 1944, págs. 203 y 204), se expresa en los siguientes términos: «El causante, en conformidad con el artículo 815, puede libremente elegir la forma jurídica de cumplimiento de su deber legitimario, tanto respecto a su configuración (institución de heredero, legado, donación) como en cuanto a la expresión objetiva del valor que destina o asigna a los legitimarios (inmuebles, valores, metálico, etc.). La única limitación que en este punto tiene el causante (aparte de la imposibilidad de

gravar la legítima) es que el valor económico fijado por la ley debe ser atribuido, en general, a los legitimarios en sustancia, o sea no desdoblado en usufructo y nuda propiedad.» Y por último, Venezian, en su trabajo sobre «Usufructo, uso y habitación», dice: «Los legitimarios tienen asegurado el derecho a recibir en pleno dominio su parte de bienes de la herencia y no una prestación equivalente. El derecho a la legítima, es, pues, antes que nada el derecho a una cierta cantidad de bienes, y en segundo término, el derecho a una parte de bienes. El derecho de los legitimarios nace al abrirse la sucesión, y consta de un derecho personal respecto de los beneficiarios que tuvieran parte superior a la de libre disposición, y un derecho de propiedad plena y libre de cargas...» O sea que, según este autor italiano, para determinar la legítima ha de atenderse no sólo a la cantidad, sino que también a la cualidad de los bienes. Por ello, «el legado de usufructo—sigue diciendo Venezian—, así como el legado de nuda propiedad y el de renta vitalicia, ofrece una particularidad frente al derecho de los legitimarios: que mediante aquél el derecho «personal» de los legitimarios a una cierta cantidad de bienes sólo es infringido si el valor capital del usufructo, de la renta vitalicia o de la nuda propiedad superan a la parte de libre disposición; y el derecho «real» de los legitimarios, el derecho a la propiedad plena y libre de una parte del caudal, queda infringido siempre que el legado de usufructo o de nuda propiedad se extienda a una parte o a todos los bienes que constituyen la parte destinada a legítimas, o si todos los productos de estos bienes son absorbidos por la carga de la renta, *aun cuando el valor del usufructo, de la renta o de la nuda propiedad no superen al de la parte libre.»*

Finalmente, el propio González Palomino, después de sentar la conclusión a que antes hemos aludido, dice: «No parece justo el pago de las legítimas de los descendientes en nuda propiedad, que pudiera representar para éstos un desamparo económico efectivo, frustrando el fin que el legislador se propuso al organizar el sistema legitimario.» Reconoce, pues, dicho autor que su conclusión choca con la naturaleza de la legítima, tal y como nuestro legislador se propuso organizarla dentro del Código civil. Y es que evidentemente el párrafo segundo del artículo 813 de dicho cuerpo legal constituye un obstáculo insuperable para la conclusión a que

el referido Notario quiere llegar. Dicho artículo, así como el 806, el 815 y el 817 claramente expresan que la intención de los autores del Código, al organizar el sistema legitimario, fué, en lo que respecta a los ascendientes y descendientes legítimos, la de que éstos recibieran una porción de bienes íntegramente, con sus productos y con la plena y libre disposición de aquélla, sin limitación, condición ni gravamen, salvo la del usufructo legal a favor del viudo. Y es evidente que una legítima gravada en su totalidad con un usufructo vitalicio, aun cuando el valor que se le haya asignado a la nuda propiedad no sea inferior al valor de la porción de lo que por legítima deba corresponder al legitimario, no es la legítima que quiso organizar y en efecto organizó. De otra forma se llegaría en muchos casos a resultados de verdadera injusticia, que fácilmente pueden imaginar los lectores, e incluso se podría pagar la legítima de los ascendientes y descendientes legítimos con un usufructo, una pensión u otro derecho semejante cuando el valor en que se estimase éste en el momento de abrirse la sucesión fuese igual o superior al de la porción hereditaria que, según el Código, corresponde a aquéllos herederos por legítima, lo cual resulta verdaderamente absurdo, pero que es una consecuencia de representar la legítima únicamente como una cuota o parte matemática del haber hereditario; es decir, de atender solamente al aspecto cuantitativo de la legítima, sin poner miras en el cualitativo, tan claramente distinguido por Venezian en los párrafos de su obra, que hemos transcrito más arriba.

Por otra parte, y en segundo término, el valorar el usufructo vitalicio según las normas del artículo 66 del Reglamento del impuesto de derechos reales no es seguir un criterio de valoración seguro, pues tal norma es de escaso valor dogmático, como reconoce González Palomino, sin que tenga carácter vinculante por sí misma, aunque prácticamente sea recomendable tal criterio. Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo abunda en esta misma opinión al negar fuerza sustantiva a las normas fiscales, y la sentencia de 5 de noviembre de 1913, citada por González Palomino, particularmente se expresa en los términos siguientes: «Si bien puede ser un criterio racional para el proyecto de partición la cuantía del 25 por 100 al capitalizar el valor de la porción usufructuaria, teniendo en cuenta la ley del Impuesto de derechos reales,

este precepto legal... no puede ser alegado como infringido, toda vez que no se halla en el caso segundo del artículo 6.º del Código civil, pues dicha ley, subordinada al mandato judicial del testador, está exclusivamente dictada para los efectos del impuesto, es de carácter fiscal, de suyo movedizo según las necesidades del Erario público, y constituye un organismo propio e independiente de los preceptos sustantivos, reguladores de las cuestiones particulares en la esfera del Derecho civil.» Por consiguiente, aunque el citado criterio de valoración del usufructo vitalicio sea *racional*, es evidente que no puede *imponerse* a los legitimarios ni por el testador ni por el contador testamentario, máxime si se tiene en cuenta que el usufructo vitalicio tiene un carácter aleatorio e incierto, y que su valor depende no sólo de la edad del usufructuario, sino también de su estado de salud, condiciones de vida, etc. Por eso la jurisprudencia francesa, con un criterio más acertado, ha atendido a todas estas circunstancias según cada caso concreto, estimando el usufructo de distinta manera en cada uno de ellos.

Como consecuencia de todo lo que dejamos consignado estimamos, en primer término, que el causante de una herencia no puede *imponer* a sus legitimarios que sean ascendientes o descendientes legítimos suyos, el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, sea cual fuere la edad de éste al abrirse la sucesión. Y, en segundo término, que si establece en su testamento dicho usufructo universal vitalicio, ya mediante la cláusula Socini, ya valiéndose de otra fórmula cualquiera, la escritura de partición de bienes hereditarios en la que se adjudique al cónyuge viudo el mencionado usufructo, de conformidad con lo dispuesto por el testador, no es ejecutiva y, por lo tanto, no es inscribible en el Registro de la Propiedad mientras que no se justifique que los legitimarios gravados con el usufructo han ejercitado el derecho de opción que les concede el número 3.º del artículo 820 del Código civil y han aceptado el cumplir la voluntad del testador.

Y no se diga en contra de esta afirmación que la partición hecha por el testador o por el contador testamentario crea un estado de derecho y ha de pasarse por ella mientras no se impugne judicialmente, según así lo establece el Código civil y confirman numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros, porque esto es verdad sólo en cuanto el testador no falte a los

preceptos de la Ley y el contador a éstos y a lo dispuesto en el testamento. Así opina, con acierto, Escobar de la Riva («Partición por comisario». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, julio de 1941) al decir: «La partición hecha por contador. . . crea un estado de derecho que es preceptivo para todos los interesados en cuanto aquél haya procedido conforme al testamento y tampoco haya faltado a la Ley.» Lezón abunda en este mismo criterio en su trabajo «Particiones de herencias practicadas por contadores nombrados por los respectivos testadores» (REV. CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1928, págs. 577 y sigs.). La Sentencia del Supremo de 21 de noviembre de 1899 y la Resolución de 22 de enero de 1896 declararon que lo realizado por el albacea-comisario en tanto es válido en cuanto no altere los derechos derivados del testamento, que es la ley primordial en la materia. Y, en general, si bien es cierto que la Jurisprudencia de la Dirección ha sentado la afirmación que la partición hecha por el contador testamentario crea un estado de derecho sólo impugnabile judicialmente, también lo es que la misma Jurisprudencia ha declarado que el contador está facultado para todo acto que se estime de partición, pero no para aquellos que no tengan tal carácter (Resoluciones de 10 de enero de 1903, 10 de enero de 1919 y, sobre todo, la de 23 de julio de 1925, entre otras). Ahora bien; resulta de todo punto evidente que el ejercicio del derecho de opción que regula el artículo 820 en su número 3.º compete solamente a los herederos, sin que éstos tengan obligación de recibir la legítima gravada con un usufructo vitalicio, que representa una carga, antes de haberlo aceptado, porque de otra forma se faltaría abiertamente no sólo al citado precepto, sino que también al contenido en el párrafo 2.º del artículo 813, al cual ni el testador ni el contador que éste haya nombrado pueden faltar. De la misma manera que no sería inscribible en el Registro una partición de bienes hereditarios, no obstante estar practicada por el testador o el contador testamentario, si éstos pagasen en aquélla al cónyuge viudo el usufructo legal asignándole una renta vitalicia o los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, sin que tal partición hubiese sido aprobada por los herederos y el citado cónyuge, porque conforme al artículo 838 del Código civil, la facultad de sustituir el citado usufructo corresponde a los herederos y al cónyuge de mutuo acuerdo

o, en su defecto, a mandato judicial competente, y en modo alguno al testador ni al contador testamentario; de igual forma, la partición practicada por éstos en que se graven las legítimas con un usufructo universal a favor del viudo, estimado por ellos en menos del valor de la parte libre, tampoco será inscribible en el Registro, porque la facultad de recibir las legítimas gravadas con un usufructo vitalicio corresponde solamente a los legitimarios.

A mayor abundamiento, según el Código civil, la partición hecha por el testador y, por tanto, también la hecha por el contador testamentario, puesto que ésta ha sido equiparada a aquélla por la Jurisprudencia del Centro Directivo, no puede perjudicar la legítima de los herederos forzosos, condición ésta que impone para que tal partición cree un estado de derecho. Ahora bien; en la partición de esta clase, en la que se impone un usufructo universal a favor del cónyuge viudo, no puede decirse que deje a salvo tales legítimas, puesto que el repetido artículo 813 expresamente prohíbe imponer sobre aquéllas gravamen, condición ni sustitución de clase alguna, y es evidente que una legítima gravada con un usufructo vitalicio es una legítima perjudicada, tanto si el valor en que se estime tal derecho sea superior al de la parte libre como si no lo es, porque, como ya hemos dicho, el usufructo vitalicio tiene un carácter de aleatoriedad tal que hace que toda valoración que del mismo se haga, sea cualquiera el criterio que para ello se siga, adolezca de falta de fijeza y seguridad, como sucede a todo lo que es aleatorio e incierto, quedando así sólo como hecho inconcuso el gravamen o carga que supone el usufructo de tal manera impuesto a los herederos forzosos, en abierta contradicción con lo dispuesto en la Ley, a la cual, repetimos, no pueden faltar ni el testador ni el contador testamentario.

Por consiguiente, sólo la aprobación de los legitimarios purgaría a la partición practicada en la forma indicada del vicio inicial de que adolece. Por ello precisamente tienen los legitimarios el derecho de opción a que hemos aludido, tanto si el valor del usufructo vitalicio que se lega se tiene por superior al de la parte libre como si no fuese así. Lo primero porque expresamente lo establece el tan repetido artículo 820, y lo segundo porque, como dice Venezian, la incertidumbre y dificultad de valorar el usufructo son las causas determinantes del artículo 810 del Código civil italiano, de donde

procede, como es sabido, el número 3.º de nuestro artículo 820, con lo cual se evita, por una parte, que tal incertidumbre pueda pesar sobre la suerte de la legítima, y, por otra, que aquella incertidumbre pueda servir para procurar a los legitimarios más de lo que la Ley quiere asegurarles. Lo mismo sostienen los civilistas franceses en general (Aubry y Rau, Colin y Capitant, Demolombe) al comentar a este respecto el artículo 917 del Código civil francés, paralelo del nuestro citado, fundándose en que la finalidad que el Código civil ha perseguido al establecer dicho precepto es esquivar los inconvenientes inherentes a la estimación del usufructo y de la renta vitalicia, dadò el carácter de incertidumbre que presentan, por lo que hay que conceder el derecho de opción que establece tanto si el valor del usufructo se estima en más que el de la parte libre como en el caso contrario.

Aparte de ello existe la posibilidad de que el legado de usufructo, aun estimándose de valor inferior al de la parte libre, concorra con otros legados de propiedad que entre todos cubran aquélla o la sobrepasen, en cuyo caso, y con mayor razón, los legitimarios podrán ejercitar el derecho de opción mencionada y aun proceder a la reducción de los legados según las normas del Código civil.

Ahora bien; el ejercicio del derecho de opción es, como con acierto dice González Palomino, un acto de disposición y requiere la capacidad propia de los actos de esta clase; por lo tanto, si todos o alguno de los legitimarios son menores de edad o incapaces, no es que resulte prácticamente imposible ejercitar aquel derecho, según dice dicho autor, sino que entendemos deben cumplirse los preceptos del Código civil que regulan la manera de suplir o completar la falta de capacidad plena de aquéllos. Así, tratándose de menores sujetos a patria potestad, éstos han de estar representados por su padre o madre, y en caso de existir intereses opuestos entre el incapaz y su representante, por un defensor judicial, pero requiriéndose, cuando en la herencia existan bienes inmuebles, la previa autorización judicial, conforme al artículo 164 del Código civil. Por consiguiente, en una partición de herencia en que, cumpliendo los deseos del testador, se haya adjudicado el usufructo universal al cónyuge viudo y existan legitimarios menores de edad representados por su padre o madre o por un defensor judicial, no basta, en el último caso, como es corriente hacerlo, la simple apro-

bación judicial del cuaderno particional, pues ésta, como es sabido, es puramente formularia, sino que debe obtenerse previamente la autorización judicial en expediente en que, a juicio del Juez, se justifique la necesidad y utilidad de las adjudicaciones que en nuda propiedad se hagan a los legitimarios menores, toda vez que el usufructo vitalicio en tal forma adjudicado supone una carga para la legítima o, si se quiere, una desmembración del dominio pleno, y si aquélla ha de estar constituida en su totalidad o en parte por bienes inmuebles se hace preciso cumplir lo que el artículo 164 del Código establece.

González Palomino cree que el ejercicio del citado derecho de opción requiere la unanimidad de los legitimarios, caso de ser varios los gravados con el usufructo vitalicio; no obstante, parece ser más conforme a derecho la opinión de Venezian y otros civilistas que estiman que la opción corresponde a los legitimarios individualmente considerados y que uno de ellos puede optar por el abandono de la parte que le corresponda en la porción libre y otro preferir la ejecución de la disposición testamentaria, porque, dice Venezian, no se pueden invocar las reglas de las obligaciones alternativas, en que el deudor o sus herederos no pueden obligar al acreedor a recibir parte de una y parte de otra de las cosas debidas, ya que aquí no hay obligación alternativa alguna, sino una obligación facultativa; lo adeudado por los herederos es sólo la prestación del usufructo, y el sustituirla con el abandono de la parte libre es una facultad consentida por la Ley a los deudores singulares, con cuyo ejercicio no se modifica la índole de la obligación originaria. Pero cuando el legitimario es uno solo y uno también llamado al usufructo, o varios conjuntamente, no puede aquél ejecutar parcialmente la disposición, dando una parte de la porción libre y soportando sobre una parte de la legítima la carga del usufructo.

Estas son las ideas que nos sugiere el estudio del número 3.º del artículo 820 del Código civil, en relación con la materia de que tratamos, y, en su consecuencia, estimamos que mientras el derecho de opción que tal precepto concede a los herederos forzosos en caso de haber sido gravados por el testador con un usufructo universal a favor del cónyuge viudo no sea ejercitado por aquéllos en forma legal, la partición no es ejecutiva ni inscribible en el Re-

gistro, pues lo contrario supondría, como dice Lezón en el trabajo citado, «abrir las puertas del Registro a operaciones particionales susceptibles de anulación, con todo el cortejo de daños y perjuicios para los directamente interesados y para terceros en quienes hayan aquéllos de repercutir, dejando incumplidos totalmente los altos fines de la Ley Hipotecaria de dar firme asiento a la propiedad inmueble en sus diversas fases y, como lógico e indeclinable corolario de ello, atender al amplio y eficaz desenvolvimiento del crédito territorial e hipotecario».

El usufructo vidual universal es una institución que tiene todas nuestras simpatías en muchos casos y es digna de que se le dé acogida legal en un futuro ordenamiento de nuestro Código civil, siempre que se establezca como una facultad del testador y no como un derecho del cónyuge viudo y tenga su campo de aplicación en las familias campesinas, en las que la continuidad en la explotación de las tierras que constituyen el patrimonio de la familia bajo una sola dirección reporta grandes beneficios, no sólo de orden económico, sino que también de orden moral y social. En dichas familias es muy corriente que, muerto uno de los padres, continúen los hijos y los maridos de las hijas casadas cultivando las fincas y laborándolas bajo la dirección del cónyuge sobreviviente, o al menos considerando a éste como el único señor de las fincas familiares, sin pedir la partición o disfrute particular por cada hijo o heredero de la parte que pudiera corresponderle, sin perjuicio de que el sobreviviente sufrague las necesidades de los hijos e hijas casadas con parte de los productos de las fincas. Pero esto no quiere decir que en la actualidad se pueda dar estado legal a dicho usufructo universal sin la aprobación de todos los herederos mayores de edad, o cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación vigente cuando éstos son menores o incapaces.

FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1946.— *Retracto de comuneros.*

La Sala de instancia deniega el derecho de retracto legal de comuneros, lo que motiva el recurso de casación presente. Para fundamentar la resolución recurrida, la Sala de instancia hace, entre otras, las siguientes alegaciones, tendentes a demostrar la improcedencia del retracto en razón al fin a que había de dedicarse lo adquirido (agua para el público abastecimiento) y la entidad adquirente (Ayuntamiento), ya que entre la colisión entre el interés público con el privado habrá de prevalecer el primero, y por otra parte, que por venir desde el año 1937 el Ayuntamiento en posesión de las aguas vendidas al mismo, había consolidado su dominio en el momento que aceptó la oferta que los vendedores le hicieron y resultó extemporáneo el ejercicio de la acción de retracto intentada por los retrayentes (recurrentes), a estas alegaciones alega nuestro Tribunal Supremo: en el caso presente el Ayuntamiento debía de haber aplicado la Ley de expropiación forzosa, y que el Ayuntamiento obró de tal manera que se situó en el mismo plano que las personas naturales, quedando sometido por tal determinación a las comunes normas de derecho privado, no pudiendo en su consecuencia alegar la colisión entre el interés público y privado, resultando evidenciado el error en que incurrió la Sala de instancia al razonar en este aspecto como lo hizo y la improcedencia de las citas de los artículos 349 y 1.636 del Código civil, por referirse el primero a la expropiación y el segundo a los censos. En cuanto a la segunda de las alegaciones de la Sala, la rechaza el Tribunal Supremo porque lo que contrató el Ayuntamiento fué el suministro de aguas, o sea una compraventa continuada y no siempre igual en la cantidad de dicho líquido, y en su virtud la posesión que cabe atribuir a la Corporación compradora es la natural de la cantidad de agua adquirida en cada momento desde la toma hasta su consumo en la población, pero sin que diera lugar a otro derecho, y la tal posesión no puede en modo alguno equipararse a la producida a causa de la compra, siendo rechazable la forma simbólica de tradición del *constituto posesorio* con el que la Sala de instancia pretende reforzar su razonamiento, porque, aparte de que sería inoperante a los fines del retracto, tal figura jurídica se produce, según la doctrina, cuando el titular de un dominio completo cede éste a otra

persona que pasa a ser dueño, quedándose el primero en virtud de otro título con la posesión meramente natural de la cosa transmitida, y en el caso del recurso se verificó lo inverso, el Ayuntamiento pasó a ser dueño y poseedor de lo adquirido por la forma romana de *brevi manu*. En cuanto al plazo para ejercitar el retracto declara el Tribunal Supremo debe contarse, no desde el momento de la perfección del contrato, sino desde la consumación del mismo.

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1946.—*Falta de personalidad. Retracto de comuneros.*

Es procedente desestimar la excepción de falta de personalidad alegada por la parte demandada, ya que está probado documentalmente en autos que el demandado tiene reconocida la personalidad fuera de este pleito al demandante, con el que ha mantenido constante relación en el transcurso de los años, y como este reconocimiento es un hecho evidente e indudable que en el presente litigio no puede el demandado impugnar la personalidad del demandante, ya que según constante jurisprudencia (Sentencias de 29 de noviembre de 1888, 22 de noviembre de 1902, 2 de junio de 1909 y 28 de febrero de 1913), y fundada en la índole de los procedimientos civiles y en la eficacia obligatoria de los actos propios, no puede alegar útilmente la excepción de falta de personalidad de un litigante quien se la tiene con anterioridad reconocida dentro del pleito y aun fuera de él de un modo indubitado, a no ser por causa y en virtud de cambios ocurridos con posterioridad al reconocimiento. En los siguientes considerandos se reconoce el derecho de retracto de comuneros contra el Ayuntamiento adquirente de una de las partes de la comunidad por haberse cumplido las prevenciones contenidas en los artículos 1.522 y 1.524 del Código civil.

SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1947.—*Artículo 324 Código de Comercio; nulidad absoluta; doble función del Corredor de Comercio; depósito y pignoración.*

La cuestión fundamental planteada en el recurso estriba en determinar si los valores cuya entrega se reclama no se hallan sujetos a reivindicación en tanto sus propietarios no satisfagan al Banco de España las cantidades que entregó a título de préstamo con la garantía de tales valores, o si la citada entidad debe ponerlos a disposición de los recurrentes sin que tengan éstos obligación de realizar el indicado reembolso y quedando a salvo las acciones que al Banco incumban contra los pignorantes de los repetidos valores o contra sus herederos.

En apoyo de la segunda de las indicadas soluciones se alega en el motivo 3.º del recurso que no medió contrato alguno entre los que aparecen como prestatarios-pignorantes de los valores y el Director de la Sucursal del Banco de España, quien se entendió solamente con el Corredor de Comercio, no autorizado para representar a aquéllos, añadiendo dicho motivo

que la sentencia recurrida al confundir el consentimiento de los supuestos contratantes con la póliza firmada en blanco por los mismos, infiere de esa confusión que es aplicable al caso el artículo 324 del Código de Comercio, sosteniendo además el recurrente que no fué válida, sino delictiva, la intervención del Corredor y que, por tanto, no se trata de anular o invalidar un contrato en perjuicio de tercero, sino de afirmar que la intervención del citado Corredor de Comercio no se ajustó a la Ley, fué nula y no puede producir las consecuencias de hacer irreivindicables los efectos pignorados en tanto no sea reembolsado el prestador y aduciendo el motivo 5.º que los aludidos contratos son simulados, inexistentes por falta de consentimiento, no pudiendo producir la irreivindicabilidad de los valores a que se refiere el citado precepto, porque ha de tenerse por no celebrado.

Si bien, según opinión corriente, la inexistencia o nulidad absoluta del contrato obra de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial por no producir el mismo efecto alguno, tal doctrina no siempre puede admitirse como exacta, pues al crear todo negocio jurídico una apariencia de validez, se hace indispensable destruir tal apariencia si constituye obstáculo para el ejercicio de un derecho, principio éste que viene inspirando la jurisprudencia de esta Sala, de la que constituyen ejemplo las antiguas sentencias de 28 de octubre de 1867 y 17 de diciembre de 1873 y las más recientes de 19 de febrero de 1894 y 18 de enero de 1904, habiendo declarado también la aludida jurisprudencia que en los casos de simulación absoluta—vicio éste que es el adecuado por el recurrente en los contratos origen de las pignoraciones—pueden ejercitar la acción de nulidad los terceros perjudicados (sentencias de 8 de julio de 1916, 12 de noviembre de 1920 y 11 de enero de 1928), y sobre la base de esta doctrina preciso es tener en cuenta, frente a la argumentación contenida en dichos motivos 3.º y 5.º, que los contratos de préstamo con pignoración tachados de inexistencia en el recurso aparecen consignados en pólizas autorizadas por Corredor de Comercio, pólizas las indicadas que, a tenor del artículo 93 del Código Mercantil, en relación con los 1.218 del Código Civil y 596, número 2.º, de la Ley Procesal, tienen el carácter de documentos notariales y hacen prueba, por tanto, aun contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, siguiéndose en consecuencia que al revestir las referidas pólizas aquel carácter, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 324 del Código de Comercio, constituyen, mientras no se declare su invalidez, un obstáculo infranqueable para la reivindicación de los títulos sin el reembolso previo a que este precepto alude, si bien, con arreglo al párrafo último del artículo 545 del últimamente citado Código, quedan a salvo los derechos y acciones del legítimo propietario contra las personas responsables según las leyes por los actos que le hayan privado de la posesión en dominio de los valores; y como en la demanda no se solicitó la declaración de inexistencia de los contratos origen de las pólizas ni consta que tal inexistencia haya sido declarada con anterioridad al presente litigio, y como de otra parte, la acción deducida en éste no se dirige tampoco contra

las personas que aparecen realizando las operaciones de que se trata—requisito indispensable para llegar a aquella declaración, que no puede ser obtenida a espaldas de los contratantes—, no cabe dudar de que las tantas veces citadas pólizas tienen en el momento actual la eficacia suficiente para amparar al Banco demandado en cuanto exige como previo a la entrega de los valores el reintegro de las cantidades por él desembolsadas, tesis que vienen a confirmar las sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 1895 y 29 de marzo de 1902, según cuya doctrina la irreivindicación establecida en el número 3.º del artículo 545 del Código Mercantil alcanza lo mismo a los efectos públicos negociados en Bolsa con intervención de Agente de Cambio que a los negociados donde no hubiere Bolsa, con intervención de Notario o Corredor de Comercio concurriendo las formalidades debidas.

Esta conclusión no se desvirtúa por las alegaciones contenidas en el motivo 4.º del recurso, en el cual se sostiene que el Director de la sucursal del Banco al concertar las operaciones no se entendió con los que aparecen suscribiendo las pólizas como prestatarios, sino solamente con el Corredor de Comercio, cuyo carácter de depositario de la fe pública mercantil le vedaba, en opinión del recurrente, proceder en tal forma; pero, aparte de que es preciso admitir tanto la legitimidad o validez de las firmas que aparecen autorizando las pólizas como la realidad de las operaciones consignadas en las mismas, en tanto no se declare la inexistencia de los contratos a que se refieren, debe tenerse en cuenta además que la función notarial atribuida en el artículo 93 del Código de Comercio a los Corredores colegiados puede ir unida a una actuación mediadora, como aparece del artículo 106, en relación con el 95, número 2.º, ambos del mismo Código, dualidad de actividades admitida por la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 1926, que distingue entre la intervención del Agente mediador como comisionista responsable del contrato pactado en cumplimiento de la comisión y la dimanada de su carácter de Notario mercantil, diferenciación de funciones que igualmente admite el Reglamento de los Colegios de Corredores de Comercio de 26 de julio de 1929 según cuyo artículo 50 aquella intervención consistirá, por regla general, en aproximar a las partes contratantes, mediar en el concierto de las operaciones y dar fe de que éstas se realizan, apareciendo también la aludida compatibilidad de actividades de lo dispuesto en los artículos 1.º, 18 y 49 del citado Reglamento; y aun llegando a admitir, cual sostiene el antes indicado motivo 3.º, que en el caso origen del presente recurso hubiese omitido el Corredor la anotación de las operaciones en sus libros y llegando a admitir del mismo modo como cierta la afirmación del motivo 6.º en cuanto sostiene que el Director de la Sucursal del Banco al hacer las operaciones prescindió de lo dispuesto en los artículos 83, 84 y 85 del Reglamento de dicho Banco, alegaciones una y otra en oposición con las declaraciones contenidas en el Considerando 2.º de la sentencia recurrida, que no aparecen debidamente impugnadas, es incontrovertible que no pedidas, según queda dicho antes, la declaración de inexistencia de los contratos origen de las pignoraciones, se hace preciso

atenerse a las terminantes normas contenidas en los artículos 324 y 545, párrafo último, del Código de Comercio, cuya aplicación al caso determina la desestimación de los citados motivos 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del recurso, sin que en relación con este último pueda ser acogida tampoco su alegación de que la sentencia interpreta erróneamente el artículo 348 del Código Civil y los 97 y 324 del Mercantil al declarar en el 8.º de sus Considerandos que pueden existir en el caso controvertido dos responsables civiles de la situación creada, a pesar de que en el litigio no se trató de determinar responsabilidades, sino de decidir si el Banco demandado tiene derecho a acogerse al citado artículo 324, y no puede estimarse eficaz el expresado argumento, porque aparte de que la casación se da contra el fallo y no contra los Considerandos, debe recordarse que en el primero de los de la sentencia recurrida claramente se plantean los dos problemas a resolver, haciendo constar al efecto que son el de la reivindicación sin reembolso previo y el de si, caso de ser éste exigible, procede la acción de indemnización subsidiariamente ejercitada contra los herederos del Corredor de Comercio que intervino en las operaciones.

En el motivo 2.º de los invocados se acusa la infracción de los artículos 353, 354 y 355 del Código Civil, sosteniendo que declarado en la sentencia haber lugar a la acción reivindicatoria en favor de los demandantes, a quienes se reconoce su cualidad de propietario de los valores, la condena del Banco demandado debería comprender también los intereses que los mismos hayan devengado, ya que dicha entidad los posee a título de depositaria, razón en cuya virtud estima el recurrente que, a tenor del artículo 306 del Código de Comercio, deben ser devueltos aquéllos con sus aumentos, o sea con el importe de los cupones, máxime teniendo en cuenta que el artículo 308 del mismo Código impone al depositario la obligación de realizar el cobro de los intereses de los valores depositados; pero frente a la indicada tesis—y además de lo dicho antes al hacer aplicación al caso del artículo 324 del repetido Código—debe recordarse que el Banco demandado no es en el caso del pleito un mero depositario de los valores, sino un acreedor pignoraticio y, como tal, titular de un derecho real; sobre ellos, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 320, 325 y 918 del Código de Comercio, tiene la condición jurídica de poseedor, según establece el artículo 1.863 del Código Civil, y le corresponde, a tenor del 1.868 de este Código, el derecho a compensar los intereses que perciba con los que se le deban y en cuanto excedan imputarlos al capital; de donde se sigue que en el extremo relativo al percibo de intereses los derechos de los recurrentes están sujetos también a la norma contenida en el párrafo último del artículo 545 del Código de Comercio, precepto que les otorga acción contra los que les privaron de la posesión de los valores, no contra el Banco demandado, siguiéndose de las razones expuestas que no puede prevalecer el citado motivo 2.º del recurso.

SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1947. — *Competencia en el mandato.*

La acción que tenga el tercero que contrató con el mandatario puede ser, contra el mandante, cuando el mandatario ha obrado dentro de los límites del mandato (art. 1.727 del C. c.), y contra el mandatario cuando éste ha actuado en su propio nombre o se ha excedido de sus facultades, con la excepción de que aun habiendo obrado el mandatario en su propio nombre obliga al mandante, en caso de que se trate de cosas propias de éste (artículos 1.717 y 1.727 del C. c.). Claro es que cuando el mandatario haya obrado, en parte dentro de los límites del mandato y en otra parte excediéndose de esos límites, la obligación contraída será mancomunada entre ambos, de la primera parte será responsable el mandante y de la segunda el mandatario, siendo acumulables por disposición del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como nacidas del mismo contrato las acciones que contra uno y otro correspondan al que contrató con el mandatario.

En cuanto a la competencia territorial, es la del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sean uno o varios los demandados, el lugar de cumplimiento de la misma, sin tener en cuenta el domicilio de los demandados, el del mandante, Barcelona, y el del mandatario, Madrid. Y a la misma conclusión se llegará si, prescindiendo del lugar del cumplimiento de la obligación, se atendiese, para resolver la cuestión, al derecho de elección que el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concede al demandante cuando la demanda se dirija contra dos personas que residan en pueblos diferentes y estén obligadas mancomunadamente, como se supone ocurre con lo demandados.

SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1947. — *La proposición del seguro, la póliza y el riesgo.*

El asegurado suscribió una póliza de seguro con la Compañía aseguradora; al quedar imposibilitado físicamente el primero, reclama de la Compañía la contraprestación del seguro, ésta se niega, alegando que ni en la proposición del seguro, ni al serle presentada la póliza para su firma, hizo el asegurado otras declaraciones sobre los riesgos que trataba de prevenir que las relacionadas con la índole de su profesión de tratante de ganados, omitiendo toda referencia a sus actividades deportivas y de organizador de becerradas, en las que actuaba como lidiador.

Pero en la póliza del seguro pactado, aunque no en la proposición del mismo, quedaron expresamente comprendidos los accidentes corporales que pudieran sobrevenir al asegurado por el ejercicio de la caza ordinaria, esgrima, gimnasia, prácticas de equitación, ciclismo y motociclismo, automovilismo, balompié, tenis y caza a caballo, por lo que determina la Sala que para apreciar el riesgo asumido y calcular el importe de la prima del seguro se tuvo en cuenta aquellas actividades, por lo que se ha de admitir como cierto que fueron mencionadas en la póliza y no ocultas por el asegurado, sin que contra esta conclusión quepa conceder efi-

cacia al aserto de que se omitió la declaración de ellas en la proposición del seguro, porque es evidente que la mera proposición (acto preliminar del contrato) no puede confundirse con el contrato mismo, ya que requiriendo éste para su existencia una aceptación correlativa por parte de la persona a quien aquélla se dirige (aceptación que puede ser modificativa de la proposición, envolviendo una nueva oferta que implique limitaciones o ampliaciones a la recibida), al ser aceptadas las mismas por el primitivo oferente es cuando surge el contrato y nace la relación obligatoria, como consecuencia de las conformes declaraciones de voluntad; e inspirándose sin duda en este criterio, el artículo 7.º del Reglamento de 2 de febrero de 1912 declara que la firma estampada en la proposición o adhesión por el presunto contratante asegurado ni obliga a ésta ni al primero en tanto no se formalice el contrato mediante la expedición de la póliza y su aceptación por el asegurado estampando en aquélla su firma.

La lesión producida en el asegurado y motivo de su invalidez, fué como consecuencia de la apertura de una caja de botellas, si bien días antes se había producido otra lesión en una becerrada en la que actuaba de lidia-dor, por lo que la entidad aseguradora se niega al pago del seguro mientras que no se demuestre que la lesión producida en la becerrada se hallaba completamente curada y cicatrizada; apreciando la Sala que la lesión provino de la apertura de la caja de botellas y rechazando la tesis de la Compañía aseguradora, que la omisión de las actividades de lidia-dor del asegurado eran causa de nulidad del contrato de seguro, porque el mero hecho de exponerse el asegurado a un «periculum» distinto de los previstos en el contrato de seguro, no produce la nulidad de éste.

SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1947.—Cosa juzgada. Capacidad para arrendar.

Que la sentencia por la que se resuelve un negocio civil sólo produce excepción de cosa juzgada en otro cuando entre ambos hay la identidad a que se refiere el artículo 1.252 del Código civil, y la misma exposición del recurrente demuestra la falta de esa identidad entre el negocio actual y los resueltos por las sentencias que alega para fundar el error de hecho en que se apoya el recurso, falta que ya había demostrado con sus propios actos, pues si existiese la identidad que ahora supone le hubiese bastado al recurrente pedir la ejecución de aquella sentencia para conseguir el fin que se propuso al interponer la demanda actual de desahucio. Y faltando esa identidad, y por consiguiente el efecto de cosa juzgada en el todo de lo discutido y resuelto en su pleito, no puede desarticularse su sentencia para que produzca tal efecto en parte, sólo respecto a un hecho o extremo declarado probado en aquélla, evidenciando supuesta equivocación del juzgador del pleito posterior, en que con tal artificio se daría la presunción de cosa juzgada en parte a la desarticulada sentencia, todo lo cual impide que prospere el recurso.

También el recurrente basa su recurso en la infracción del artículo 3.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, el cual regula la capacidad para arrendar,

pero no la del administrador, como en el presente caso, sea éste voluntario, legal o judicial, y cuya falta de capacidad ha de provenir, o de la de aquel en cuya representación arriende, lo que no es supuesto del recurso, o de defecto en el mandato, o nombramiento, faltas que podrían impugnarse en casación por infracción de las disposiciones que regulen el mandato; pero no por la citada de la Ley de 1935.

SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1947.—Juicio sumario de desahucio.

Se aduce por los demandados, en juicio de desahucio por precario, que la finca objeto del desahucio no existe, siendo distinta la ocupada por ellos a la de la demanda, declarando la sentencia recurrida hallarse acreditada la identidad de ambas, añadiendo que, no obstante, como frente al título de dominio del actor oponen, además, los demandados haber adquirido por usucapión el predio objeto del desahucio, no puede ser decidida la contienda en un juicio de esta naturaleza, sino en el declarativo correspondiente.

El Tribunal Supremo, y de conformidad con las sentencias de 4 de marzo y 24 de mayo de 1941, determina que tiene la posesión en concepto de dueño, a los efectos del desahucio, quien adquiera la finca mediante escritura pública debidamente inscrita, sin que quepa ventilar en dicho juicio alegaciones contradictorias de derecho, a su vez la de 13 de octubre de 1942, que no es lícito pretendiendo un supuesto derecho desprovisto de adecuado título remitir a un juicio declarativo al demandante que acredite los requisitos exigidos para obtener en el de desahucio la protección de la Ley.

En el presente caso, inscrita la finca a nombre del demandante (recurrente) y obtenida por éste la posesión de la finca, resulta manifiesto, con arreglo al artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que si bien la demostración de la falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica constituye una cuestión a dilucidar en el correspondiente juicio ordinario, también es cierto que en el procedimiento de desahucio no puede impugnarse la realidad del dominio inscrito ni, por tanto, la alegación del demandado de usucapión es bastante para destruir la presunción del citado artículo 41, por ello se casa la sentencia recurrida.

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1947. — Promesa de venta y contrato de opción.

Los demandados herederos de los arrendadores sobre cumplimiento de dicho contrato, condenados a su cumplimiento y habiendo alegado como primer motivo del recurso de casación por infracción de Ley entablado contra dicha sentencia al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de diversos artículos del Código civil, principalmente de los 1.450 y 1.451 relativos el primero al perfeccionamiento del contrato de compraventa y el segundo al alcance de la promesa de comprar y vender en relación con la jurisprudencia de este

Tribunal contenida en diversas sentencias, entre ellas la de 11 de noviembre de 1943, en el sentido de que cuando en el contrato últimamente citado el promitente se resiste a la realización de la venta no cabe compelerle al otorgamiento de la venta, aunque sí condenarle al pago de la indemnización correspondiente, dicho motivo no puede prosperar, porque prescindiendo de la novedad de la cuestión planteada, por no aparecer alegación alguna en tal sentido en el pleito, parte el recurrente de una confusión fundamental entre el contrato de promesa de venta y el de opción de venta, cuya diversa naturaleza aparece claramente definida en la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1945, en la que se determina que «la bilateralidad constituye su característica común (la de las promesas bilaterales de venta) y puede por ello conducir a la resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, al paso que la opción, rectamente entendida, aparte su carácter consensual, es generalmente de condición unilateral, salvo el supuesto de que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga», sometiendo aquélla al régimen específico del artículo 1.451 del Código civil, y la opción a las disposiciones generales relativas a las obligaciones y contratos, dependiendo la perfección del contrato de opción de venta por modo exclusivo de la aceptación del optante, que «realizada como fué dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente la recíproca obligación que sobre esa base han de exigirse después, pero no precisamente en el plazo establecido, que atañe sólo a la necesidad de formalizar la aceptación en su transcurso», y siendo así, es claro que no es posible admitir que la Sala haya infringido los preceptos que se citan, y que no son aplicables al contrato de opción de venta.

Por idéntica razón es de desestimar el motivo segundo donde, apoyándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se sostiene la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 1.451, citado en el motivo anterior, 1.466, según el cual no hay que entregar la cosa si no se ha pagado el precio, 1.166 y 1.177 relativos a la consignación, y 1.124 del Código civil, por estimar fundamentalmente no fué suficiente el requerimiento notarial hecho por el aceptante de la opción para el otorgamiento de la escritura sin la entrega del precio, puesto que, como ya se indica en el anterior considerando, tales artículos no son aplicables a la opción de compra ni se estima necesaria la consignación del precio por el optante, que no es forzoso tenga lugar hasta el momento de ser otorgada la escritura, que no llegó en el caso presente por voluntaria resistencia de los demandados al cumplimiento del pacto de opción, ni pueden tener aplicación las disposiciones relativas a la consignación, cuando no se estima al actor obligado al pago, por lo que procede la desestimación del motivo.

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1947. — *Sumisión expresa.*

El demandante acompaña a la demanda una nota de pedido que le hizo el demandado, al margen de cuyo documento y en su anverso, se consigna

que para todo asunto que deba resolverse por vía judicial, se reconoce como única jurisdicción a los Tribunales de Barcelona, cuyos términos constituyen una sumisión expresa, y como la nota aparece firmada, en su anverso también, por el representante del actor y por el demandado, quien ha reconocido la realidad del pedido y la de la suscripción de la nota por ambos contratantes y únicamente niega la existencia de la sumisión, que por lo expuesto, resulta expresamente establecida en el aludido documento, procede resolver la competencia en favor del Juzgado de Barcelona, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 56 y 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1947.—*Casación*.

Basa el recurrente su recurso en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre hechos que se reconocen probados en la sentencia, aceptada también por la Audiencia, rechazando el Tribunal Supremo tal recurso, por no haber sido impugnada tal estimación de hecho probado, ni la apreciación de la prueba del mismo, en la forma que autoriza el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, única en la que debe hacerse en casación.

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1947.—*Usufructo de acciones y casación*.

Al aumentar su capital social una entidad bancaria concede el derecho a los antiguos accionistas de suscribir acciones nuevas en proporción con el número de antiguas y mediante la entrega de un cupón determinado; sobre las antiguas acciones gravita un derecho real de usufructo, siendo el demandante usufructuario y el demandado nudo propietario, presentándose en el transcurso del juicio las siguientes tesis: que el derecho a la suscripción de acciones y a la plena propiedad de las nuevas corresponde al usufructuario; que el derecho citado, así como las acciones adquiridas por virtud de su ejercicio pertenecen al nudo propietario y, por último, que el derecho de suscripción corresponde a quien tenga en su poder los títulos sin alterar el derecho del otro, siendo la propiedad de las nuevas acciones del propietario de las primitivas y el usufructo de éstas del que ostentaba el mencionado derecho a aquéllas, esta última tesis ha sido la recurrida y la mantenida en la sentencia apelada.

Por el Tribunal Supremo se determina que el fruto es algo producido por la cosa que lo da y es evidente que las acciones nuevas no pueden estimarse generadas por las acciones antiguas, cuyo fruto o producto son los dividendos repartidos a los accionistas o prestaciones que tengan análogo carácter, pero las acciones nuevas dependen de su nacimiento de un acto de los órganos estatutarios sociales, responden a un aumento acordado en el capital de la sociedad que se lleva a efecto mediante desembolso de los accionistas y por ello no cabe estimar que en este caso concreto sean consideradas como fruto de las acciones primitivas, y aunque si bien la

suscripción de las nuevas se verifique contra la presentación del cupón de las antiguas, puesto que éste interviene aquí, no como un título frente a la sociedad para percibir el dividendo, sino como justificante de la cualidad de accionista y dicho cupón no tiene otra finalidad que la de ser utilizado para la suscripción y no el de fruto o beneficio social. Se alegan en la sentencia principios de equidad, buscándose el equilibrio entre las ventajas y los riesgos, y si la Sociedad derrama un dividendo pasivo sobre el capital, éste lo soporta el propietario y no el usufructuario, y si la acción se pierde, para aquél y no para éste, en cuanto es representación del capital, por lo que parece natural atribuir al propietario la ventaja que da la propiedad de las acciones nuevas o de que siendo los antiguos accionistas los primeros en arriesgar su propio capital, resulta lógico conferirles el aumento de ese capital representado por las nuevas acciones y, por tanto, el derecho a suscribirlas, y ello aparte de que, significando el usufructo una limitación indudable de la propiedad, el alcance del mismo debe interpretarse restrictamente. Se declara como en la sentencia recurrida, el derecho del usufructuario a percibir los dividendos correspondientes a las nuevas acciones, y si para adquirirlas ha sido preciso que el propietario entregase determinada cantidad en metálico, es natural que el usufructuario abone el interés legal del importe de lo desembolsado por el nudo propietario para la adquisición de las acciones nuevas. El Tribunal Supremo, una vez más, determina que el recurso de casación sólo puede darse contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra los Considerandos.

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1947. — *Sumisión alternativa.*

La norma preferente que establece para determinar la competencia de los Jueces municipales la Ley de 21 de mayo de 1936, reguladora de esta materia, es la de sumisión expresa de las partes a Juzgado determinado, pero ésta no existe en el caso presente, porque no puede estimarse como tal el contenido de la condición impresa en la carta de pedido presentada por el demandante y suscrita por el demandado de renuncia por éste de su fuero propio y sumisión a los Tribunales de Madrid o de la localidad donde resida la persona que posea el mentado documento, caso de que fuera transferido el mismo por el demandante, pues en esta forma no quedan sometidos a un Juzgado determinado expresamente por voluntad de ambos contratantes y la inseguridad para el comprador, si tuviese que ejercitar alguna acción nacida de tal contrato, de que pudiera la parte contraria recabar la competencia en virtud de ese derecho de elección para Juzgado distinto del en que había sido demandado como ha declarado este Tribunal Supremo en sentencias de 6 de febrero de 1943 y 8 de junio del mismo año.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1946.

LA EXENCIÓN DE LOS BIENES DE LAS INSTITUCIONES BENÉFICAS, A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO DE PERSONAS JURÍDICAS, ESTÁ CONDICIONADO A QUE DIRECTA E INMEDIATAMENTE, Y SIN INTERPOSICIÓN DE PERSONAS, SE HALLEN ADSCRITOS A LA REALIZACIÓN DE UN OBJETO BENÉFICO, Y QUE EN ÉL SE EMPLEEN DIRECTAMENTE LOS BIENES MISMOS O SUS RENTAS, Y ELLO SE CUMPLE AUNQUE LOS VALORES MOBILIARIOS NO ESTÉN CONVERTIDOS EN LÁMINAS NOMINATIVAS INTRANSFERIBLES.

Antecedentes.—Cierta señora dispuso en su testamento que los bienes constitutivos de la herencia de su esposo se destinaran a crear una fundación, encargada de repartir anualmente 12.000 pesetas, en premios de 1.000 pesetas cada uno, a inválidos del trabajo, viudas pobres, estudiantes pobres, etc.

El capital fundacional estaba constituido por valores del Estado, y pedida la exención del impuesto de personas jurídicas, la Dirección General de lo Contencioso del Estado denegó la exención, por estimar que si bien el objeto fundacional era esencialmente benéfico, faltaba el requisito de ser intransferibles dichos valores al no haberse convertido en láminas intransferibles, conforme a las instituciones sobre fundaciones benéficas y benéfico-docentes, de 14 de marzo de 1899 y 27 de septiembre de 1912, y, además, porque al estar exento el Patronato de la Fundación de la fiscalización del protectorado del Gobierno puede disponer de los bienes sin traba alguna y sin responsabilidad, con lo cual se dan las características, según la jurisprudencia y el criterio del mismo centro directivo, de existencia de persona interpuesta.

La Sala tercera dice en su sentencia, al conocer del correspondiente recurso contencioso administrativo, que ni el artículo 44 de la ley del Impuesto ni el número 8.º del artículo 264 del Reglamento exigen el requisito que la resolución impugnada echa de menos, y que tampoco cabe afirmar la ausencia de fiscalización por el mero hecho de que el Patronato se halle exento de rendir cuentas, porque las instrucciones citadas, en sus artículos 5.º y 6.º, respectivamente, permiten a la Administración, no obstante eso, exigir la justificación del cumplimiento de las cargas fundacionales. Además—termina diciendo—, la admisión de la tesis impugnada conducirá a admitir una causa de denegación de exención no permitida por la ley, o lo que es lo mismo, a introducir en ésta un requisito nuevo, convirtiéndose así la Administración en legisladora.

Comentarios.—La doctrina sentada con la sentencia está, a no dudarlo, fuera de razonable discusión, y por lo mismo es innecesario insistir en ello, y no hace más que insistir en doctrina de la misma Sala, como, por ejemplo, en la sentencia de 6 de junio de 1945.

Una breve referencia hemos de hacer, no obstante, al argumento apuntado por la Dirección General de lo Contencioso como refuerzo a su negativa de la exención pretendida, cuyo argumento, si bien no fué recogido por la Sala en sus considerandos, merece alguna apostilla. Nos referimos a la afirmación de que la amplia libertad del Patronato de la institución para disponer de los bienes fundacionales, y la exención de fiscalización por parte del protectorado del Gobierno puede señalar o facilitar la existencia de persona interpuesta, y a ello hay que oponer que esas facultades están permitidas por las instrucciones de 1899 y 1912, antes citadas, las cuales al mismo tiempo dejan a salvo la alta inspección gubernativa, incluso en el caso de que «por disposición del fundador quedase a salvo el cumplimiento de su voluntad a la fe y conciencia del patrono administrador», en cuyo caso, sigue diciendo el artículo 6.º de la instrucción de 1899, del que tomamos el entrecomillado, «sólo tendrán éstos la obligación de declarar dicho cumplimiento, acreditando que es ajustado a la moral y a las leyes».

Por consiguiente, no se comprende cómo de una facultad expresamente concedida o permitida por la ley puede deducirse la exis-

tencia de persona interpuesta, tanto más cuanto que el concepto de ésta, expresado en la sentencia de fecha 6 de junio de 1945, está muy lejos de nacer de una simple sospecha. Según esa sentencia, la amplitud de facultades administrativas concedidas a los gestores de una institución benéfica, con tal que tiendan y se desenvuelvan en relación con los fines de la institución, no suponen la existencia de persona interpuesta, y no pueden ser obstáculo para que se concedan los beneficios fiscales correspondientes, los cuales, como es sabido, son la exención si se trata del impuesto de personas jurídicas, y el tipo beneficioso en cuanto al de derechos reales.

Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 28 de enero de 1947.

LAS CAJAS DE AHORRO, AUN SIENDO INSTITUCIONES RECONOCIDAS OFICIALMENTE COMO BENÉFICAS, NO DISFRUTAN EN SUS ADQUISICIONES DEL TIPO DE TRIBUTACIÓN DE LA BENEFICENCIA OFICIAL, SINO DEL APLICABLE A LA BENEFICENCIA PARTICULAR.

Antecedentes.—Por escritura pública, autorizada en 13 de febrero de 1946, la Caja de Ahorros de Vigo compró varios inmuebles, cuyo documento fué presentado a liquidación junto con una instancia del presidente de la entidad adquirente, en la que solicitaba la exención del impuesto, invocando el artículo 3.º de los Estatutos de las Cajas Generales de Ahorro Popular, de 21 de enero de 1929, el cual atribuye a esas Cajas las mismas exenciones fiscales que las que disfruten las entidades benéficas.

La oficina liquidadora, lejos de aplicar la exención, aplicó el tipo del 2 por 100, conforme al número 9.º de la tarifa, como beneficencia particular, y la liquidación fué recurrida, alegando que la compradora era una entidad de beneficencia pública y no de beneficencia particular, y que, por lo tanto, el tipo aplicable era el del 0,20 por 100, número 8.º de la tarifa.

Razona su tesis diciendo que el tipo del 2 por 100 de beneficencia particular está reservado para las instituciones cuyo patrimonio es exclusivamente privado y no para las de carácter público, como lo son las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, costeadas con fondos del Municipio, como ocurre con la reclamante, según el

decreto de 23 de junio de 1928, ya que, de conformidad con el decreto-ley de 21 de noviembre de 1929, es Caja General de Ahorros de carácter municipal, sostenida con fondos de ese mismo origen.

En el expediente se justificaron esos extremos, y, además, que la institución estaba oficialmente considerada como benéficosocial, y en definitiva, el Tribunal provincial confirmó la procedencia de la liquidación impugnada.

El Tribunal Central insiste en el criterio ya sentado en resolución de 14 de junio de 1932, dictado para análoga reclamación de la misma entidad recurrente. Según él, ésta está comprendida entre las instituciones benéficas enumeradas en el artículo 2.º del Real decreto de 14 de marzo de 1899; pero ello no obstante no le es aplicable el tipo beneficioso del 0,20 por 100, porque el Reglamento exige en el artículo 28, de acuerdo con el 1.º de la instrucción de 27 de enero de 1885, que se trate de establecimientos públicos de beneficencia costeados por el Estado, la Provincia o el Municipio, y esta circunstancia no se da en la reclamante, la cual se desenvuelve con sus propios medios, como lo acredita la misma importante adquisición de que se trata, sin que eso se desvirtúe por los posibles auxilios municipales, los cuales, a mayor abundamiento, son reintegrables.

La única apostilla que el caso merece por nuestra cuenta es que no son confundibles reglamentariamente, a efectos fiscales, aquellos establecimientos benéficos que se nutren con fondos públicos fundamentalmente de aquellos otros que, sin perjuicio de su índole benéfica, atienden a su sostenimiento con fondos propios.

Resolución de 28 de enero de 1947.

EL ARTÍCULO 61 DEL REGLAMENTO, AL DETERMINAR QUE AL PRECIO DE LA SUBASTA SE SUME EL IMPORTE DE LAS CARGAS NO DEDUCIBLES, NO ENCIERRA CONTRADICCIÓN CON EL 5.º DE LA LEY AL DETERMINAR ÉSTE CÓMO SE FIJA LA BASE LIQUIDABLE EN LAS TRANSMISIONES REALIZADAS POR AQUEL MEDIO.

Antecedentes.—En autos ejecutivos, seguidos por el procedimiento sumario del artículo 131 de la ley Hipotecaria a nombre de don F. S., para hacer efectivo un crédito de 105.000 pesetas se adjudicó al Banco X en 202.500 pesetas la casa hipotecada, y se or-

denó la cancelación de la hipoteca que originó el procedimiento y la de las inscripciones posteriores. Como cargas anteriores figuraban dos hipotecas por valor de 197.000 y 15.000 pesetas a favor de otro Banco, y como gravamen posterior, un derecho real de anticresis, en garantía de un préstamo de 12.000 pesetas.

A la Oficina liquidadora se presentaron el testimonio de cancelación de cargas y el de adjudicación, liquidándose por el concepto de cancelación de hipotecas con la base de 150.200 pesetas, y el segundo, por el compraventa sobre la de 415.000 pesetas.

Ambas liquidaciones fueron recurridas, diciendo en cuanto a la de hipoteca que su base debe ser la de las 202.500 pesetas, precio de la adjudicación, porque así lo impone el artículo 5.º de la ley del Impuesto, regla segunda, cuando manda que la base en las adjudicaciones en subasta sea el precio de adjudicación, salvo que el Centro directivo, en casos especiales, acuerde la comprobación, sin que a ello obste que el artículo 61 del Reglamento adicione el texto legal cuando dice en su apartado 3) que al precio de subasta se adicione, como ordena el artículo 100, el importe de las cargas que hayan de quedar subsistentes, puesto que—dice el recurrente—ese precepto reglamentario está en contradicción con la ley.

Tanto el Tribunal provincial como el Central dejan de tratar del primer problema, y sólo estudian el segundo, fundados en que reglamentariamente cada reclamación no puede referirse más que a un acto administrativo, y son dos, y originados en documentos distintos, los discutidos.

En cuanto al segundo, dice el Central que la contradicción que el reclamante acusa entre el Reglamento y la Ley no existe, puesto que ésta, al disponer que se deduzcan las cargas y gravámenes que disminuyen realmente el valor de los bienes, ordena también implícitamente que no se rebajen las que no lo disminuyan, y además porque el coste de la adquisición está indudablemente representado por el precio de la adjudicación y por lo que ulteriormente tendrá que abonar a los acreedores hipotecarios.

Comentarios.—Haremos primeramente breve referencia a la equivocada argumentación del recurrente cuando dice que la base de liquidación para la cancelación son las 105.000 del principal de la hipoteca que originó la ejecución más las 12.000 del préstamo garantizado con el derecho de anticresis; equivocada, decimos,

porque olvida que ese gravamen era posterior a la inscripción de la hipoteca dicha, y por lo mismo, como inscripción posterior, se cancela de oficio y en nada afecta al que adquiere la finca en la subasta; todo ello por aplicación de la norma décimoséptima del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Por lo que hace a la tesis que en la Resolución comentada se sienta con referencia al artículo 23 del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo, según el cual cada reclamación no puede referirse más que a un acto administrativo, nos parece que no admite tanta generalización, porque no nos ofrece duda que si un documento causa varias liquidaciones como consecuencia de otros tantos actos, todas esas liquidaciones pueden ser discutidas en un solo expediente. Es decir, que el artículo 23 quiere decir que lo que no se puede acumular en un expediente son resoluciones o actos causados con independencia los unos de los otros y en distintos documentos. Tan es así que la práctica enseña que, ésa es la realidad y que cuando en un documento se aprecian varios actos y se practican otras tantas liquidaciones que son después objeto de discusión y recurso, no se ventila la contienda en un expediente para cada acto y cada liquidación, sino en un solo expediente.

La tercera y última cuestión que el recurso plantea sobre la contradicción entre el artículo 5.º de la Ley y el 61 del Reglamento no lo es en realidad, como muy bien dice la Resolución que comentamos, aunque otra cosa parezca deducirse de una somera lectura de ambos textos.

Ese artículo 5.º, después de sentar en el párrafo primero que el impuesto recae sobre el verdadero valor de los bienes, añade que de él se deducirán las cargas o gravámenes que disminuyen realmente su estimación, y completa el pensamiento diciendo en la regla 2.ª que en las adquisiciones mediante subasta la base liquidable será el precio de adjudicación, salvo que el Centro directivo acuerde la comprobación. Esto, si bien se mira, en nada afecta a aquella norma general que a esas reglas precede, porque una cosa es la comprobación, que es de lo que la regla 2.ª trata, y otra la valoración que los contratantes dan, a la que el aludido párrafo primero se refiere, y ello es por demás claro si no se olvida, como la Resolución apunta, que el valor que el adquirente admite

como bueno, independientemente de toda comprobación fiscal, está constituido por la cantidad que de presente entrega más la que en su día, al cancelar la hipoteca que queda subsistente, tendrá que entregar al acreedor hipotecario.

Esto y no otra cosa es lo que los dos apartados 2) y 3) del artículo 61 del Reglamento desenvuelven con congruente referencia al artículo 100 del mismo Reglamento, en el que, como es sabido, se desenvuelve la teoría de las cargas deducibles y sus efectos, según se trate de transmisiones gratuitas u onerosas; todo lo que en definitiva lleva a la conclusión de que entre los aludidos textos del artículo 5.º de la Ley y 61 del Reglamento no hay antinomia.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de febrero de 1947.

SI AL DISOLVERSE UNA SOCIEDAD NO QUEDAN MÁS BIENES QUE LOS NECESARIOS PARA PAGAR LAS APORTACIONES SOCIALES Y LAS DEUDAS CONTRA LA SOCIEDAD, LAS LIQUIDACIONES PROCEDENTES SON LAS QUE CORRESPONDAN POR EL CONCEPTO «DISOLUCIÓN» Y POR LAS DE ADJUDICACIÓN EN PAGO O PARA PAGO, SEGÚN LOS CASOS.

Antecedentes.—Se constituyó una Sociedad de responsabilidad limitada formada por dos únicos socios, aportando uno de ellos 450.000 pesetas en mercaderías y efectos y el otro 50.000 pesetas; total, 500.000 pesetas, y al cabo de algún tiempo ambos otorgaron escritura de disolución, adjudicándose el primero los efectos por él aportados y valorados en la suma dicha, y el segundo las 50.000 pesetas que en metálico había aportado.

Exigida la presentación de balance social, apareció de él que el haber total era de 2.318.015,35 pesetas, y que fuera de las 500.000 pesetas aportadas, el resto, hasta aquella cifra, estaba contrapesado con cuentas con saldo deudor a favor de los dos socios, del Banco de España y de la contribución impagada de Usos y Consumos.

En su consecuencia fueron giradas las siguientes liquidaciones: una a cada uno de los socios por el concepto de adjudicación de muebles en pago de sus respectivos créditos; otra por adjudicación, también de muebles, para pago de la contribución dicha y del crédito del Banco de España, y otra a cada uno de los dos

socios por disolución de Sociedad, con la base de sus respectivas aportaciones.

Las liquidaciones por el concepto de adjudicación fueron objeto de reclamación, con base en que el concepto jurídico de adjudicación se caracteriza por su finalidad fiduciaria, que atribuye la propiedad de una cosa a un sujeto activo en interés ajeno, de donde deduce el recurrente que como en el caso no se atribuyen a los socios para saldar deudas, no puede existir acto liquidable, como lo corrobora—dice—el apartado 10) del artículo 9.º del Reglamento, al establecer que el concepto de adjudicación en pago o para pago nace, en relación con los socios de una Sociedad, cuando el que sea adjudicatario del activo haya de satisfacer el pasivo resultante; y como se deduce—sigue diciendo—del apartado 19) del artículo 19 del Reglamento, al establecer que a los liquidadores de la Sociedad se les liquidará el concepto de adjudicación solamente cuando se les haga expresa adjudicación de bienes en pago o para pago; de donde saca la consecuencia de que lo procedente es que se aplique el apartado 15) del citado artículo 19, en relación con el número 61 de la Tarifa, que previenen que cuando no se haga adjudicación expresa del capital a los socios o a terceras personas habrá de liquidarse sobre el total nominal al tipo especial que esos preceptos determinan.

Tanto el Tribunal Provincial como el Central desestimaron la reclamación por análogos razonamientos, que son: En cuanto al tipo especial del 1,20—que era el aplicable conforme a la tarifa de 1941—, porque la aplicación de ese tipo está supeditada al supuesto de no acompañarse el último balance, y aquí se presentó a requerimiento de la Administración y fué tenido en cuenta en unión de la escritura de disolución, deduciéndose de ambos documentos claramente la verdadera situación de la Sociedad, que consistía en que después de pagados los haberes o aportaciones de los dos socios quedaba en el activo un capital sin adjudicar y un pasivo equivalente.

Esto supuesto, como después de pagadas las aportaciones sociales queda un pasivo que absorbe el activo restante, está claro que no resta líquido social partible entre los socios, y que el activo restante que los socios se adjudican tiene que servir para pagar los créditos existentes a su favor y los demás de terceros; de donde

se desprende con la misma claridad que es de aplicación el apartado 18) del artículo 19, en relación ambos con el apartado 10) del artículo 9.º del Reglamento, que disponen que si al disolverse las Sociedades se traspasa a uno o más socios el activo social se exigirá, con independencia de lo que corresponda liquidar en razón de la disolución, el impuesto que proceda por el concepto de adjudicación en pago o para pago de deudas, si hubiere pasivo.

Después de éstos puntos sustanciales de la reclamación, el Tribunal se ocupa de otros dos, que son incidentales y no merecen mención especial, como son el relativo a determinar si las adjudicaciones liquidadas son en pago o para pago y si la liquidación en este último concepto debió girarse a nombre de uno solo de los socios o de los dos. Prescindimos de ambas porque ni una ni otra merecen especial mención.

Comentarios.—La aludida cuestión fundamental del recurso estudiado bien pudiera calificarse de bizantina, porque, en definitiva, plantea una cuestión de las elementales dentro del Reglamento del Impuesto.

En primer lugar tienen en su contra los dos socios reclamantes la realidad, por ellos reconocida y sancionada en la escritura de disolución, en la que se adjudican como tales socios todo el haber social, sin reparar en que su condición de socios no les da más derecho en el haber social que la parte que representan sus aportaciones, y añadida a ella lo que reste después de cubrir el pasivo que la Sociedad tenga por todos conceptos.

Supuesto eso, y en segundo lugar el argumentar como se hace en el recurso que comentamos, equivale a desconocer algo tan elemental como esto: Si los dos socios no tienen derecho, según el pacto social y según lo que del inventario resulta, más que al montante de sus aportaciones, puesto que el resto del haber social lo absorben los créditos de los mismos socios y de terceros que pesan sobre la Sociedad, y, sin embargo, ellos dos se hacen cargo de todo ese resto del haber social, ¿cómo desconocer que esa adquisición, de ser resto, tiene que tributar?

Esto, que es incuestionable, trae como ineludible consecuencia esta otra: Esa adquisición no la realizan como pago de sus aportaciones ni como haber social líquido partible, después de cubiertas las restantes atenciones sociales; luego no lo pueden recibir

más que en pago de sus propios créditos, no como socios, sino como acreedores personales o en el concepto de adjudicatarios para pagar a los otros acreedores extraños. Y desde el momento en que el montante de esos créditos está definido concretamente en el balance, bien claros están los dos conceptos de adjudicación en pago y para pago y bien clara y justificada la procedencia de las dos liquidaciones giradas por tales conceptos.

Todo ello con independencia de la rectificación hecha por el Tribunal Central, en cuanto a que la liquidación por adjudicación para pago se gire no a nombre de uno solo de los socios, sino a nombre de los dos, puesto que la adjudicación no se hizo nominalmente a uno de ellos.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

V A R I A

LORENZO CARNELLI: *La acción procesal*.—Revista *La Ley*, Buenos Aires, diciembre de 1946.

La teoría egológica, cuyo principal representante es Cossío, se va imponiendo entre los juristas hispanoamericanos. Lorenzo Carnelli reivindica para la ciencia procesal el derecho a su fundamentación filosófica, con el fin de destruir el lastre oneroso de nociones hechas, que gravitan sobre las concepciones jurídicas con autoridad de cosa juzgada. Exponíamos nosotros, en la reseña de la obra «Las garantías constitucionales del proceso civil», de Eduardo J. Couture, la necesidad de no apartarse totalmente del estudio de los problemas filosóficos y políticos que entrañan los conceptos fundamentales de todo ordenamiento jurídico. Por eso, el afán que guía a Carnelli en este trabajo nos parece excelente. Es indudable que a la filosofía jurídica corresponde el estudio de ciertas instituciones necesarias y fundamentales para la ciencia procesal. Pero no es menos indudable que si los filósofos del Derecho no aportan su ayuda, los procesalistas habrán de invadir su campo en busca de los materiales necesarios para no caer en el peligro de construir el proceso como una mera fantasía jurídica, sin base metafísica ni política.

Divide Carnelli su estudio en cuatro partes. En la primera estudia el Derecho y las acciones que lo constituyen, siguiendo en su análisis este itinerario: el Derecho es acción; la acción que es Derecho como objeto o conducta, con un breve paréntesis en el que estudia el hombre que comprende y en el que trata de hacer sentir cómo no hay *testigos*, en el clásico entendimiento, cuyos testimonios sean como reproducciones fonofónicas. Menos aún: jueces en deshumanizada abstracción, que los anularía para su oficio, ya que

escaparian en ese estado a su conciencia las realidades de sentido, como escapan a las facultades auditivas las ondas ultrasonoras.

A continuación estudia la acción que es el Derecho como concepto, o, mejor dicho, como normación, y a continuación la acción procesal, acción a cargo de la parte, como nota característica del proceso civil.

En la segunda parte recoge en síntesis las concepciones de Coviello, Pekelis y de Kelsen, las objeciones de García Maynez, y realiza un profundo estudio de la acción declaratoria como argumento contra la tesis de la unimismidad de los derechos subjetivo y objetivo. Para Coviello hay dos acciones, y la que se llama procesal no se confunde o fusiona con el Derecho sustantivo; tan así es, que puede ejercitarse aun sin que ésta exista, consistiendo, como todavía se admite, en una invocación a la autoridad para que tenga efecto la jurisdicción.

- Pekelis entiende que a la acción primitiva sucedió la acción procesal; al poder (facultad o derecho) de obrar directamente, el poder de hacer obrar a la sociedad; por eso, a la licitud de quien cumple se asigna una situación ventajosa, quedando la acción sustituyente librada a la voluntad del individuo a quien pertenecía la acción suplantada. El derecho de acción se torna entonces en el nexo entre dicha voluntad privada y la actividad del Estado; nexo cuyo fundamento, *regnorum fundamentum*, es la justicia. Así, pues, ese derecho y el derecho objetivo coinciden al fin, no siendo el primero, sino este último subjetivado en el momento de la dependencia producida por el querer individual.

Para Kelsen todos los derechos, objetivo y subjetivo, material y procesal, se reducen a una sola esencia normativa.

En la parte tercera expone la acción procesal en la doctrina moderna, y recogiendo las definiciones de Windscheid, Muther, Wach, Mortara, Chiofenda, Calamandrei, nuestro excelente procesalista Prieto Castro, Lascano, Alsina, Bartoloni Ferro y Sartorio, llega a la conclusión de que, según la doctrina que actualmente impera en Derecho procesal, la acción tiende a obtener o promover la jurisdicción. Sin embargo, Carnelli niega en su trabajo la existencia de una acción estrictamente procesal. «Se trata de una ficción. Menos que un concepto vacío, como decía Kant del concepto sin intuición. En este caso falta el objeto. Buscamos en la ley,

en la jurisprudencia, en toda realidad jurídica, y no hemos encontrado tal acción (ni siquiera la necesidad que se invoca para afirmarla). No la encontramos aunque fuimos con ese espécimen racionalista preguntando de puerta en puerta, por decirlo así, para ajustar los hechos a su medida, menos afortunados que el personaje de Perrault con su *petite pantoufle de vair*.

En la cuarta parte expone su concepto sobre la acción. Para Carnelli, el proceso es una estructura y emerge de un hecho especial. La Voluntad humana lo decide libremente; mas el hecho no es lo que pretende ser si esa voluntad, tomada su decisión, no lo ajusta a *ciertas* formalidades fijadas para el caso. «Todo señorío es un hacer lo que se quiere dentro de lo que se debe» (Cossío). El *interesado* puede o no demandar, pero su demanda obligará al juez sólo cuando reúna los «presupuestos de validez formal».

La estructura que es el proceso no impide conceptuar a éste en diversas normas componentes, engranadas en persecución de un fin común. El sentido que caracterice al hecho dirá jurídicamente de qué se trata: endo o perinorma.

La acción formalizada en la demanda es conducta humana por obra de una facultad de señorío. La facultad como facultad pura, abstracta, no es Derecho, pues no llega a ser conducta. Pero la demanda existe; luego constituye un hecho. Y si respeta las imposiciones que legalmente se han decretado para que adquiera existencia jurídica, será conducta del actor en interferencia con la conducta del juez, dando comienzo a una norma, o mejor dicho: una endonorma.

En síntesis: es facultad de señorío la que mueve la acción con que se inicia el proceso; la facultad de esa acción iniciadora pertenece en materia civil únicamente al individuo; conceptuamos dicha acción como una endonorma previa y necesaria dentro de la estructura procesal. El Derecho positivo ha dispuesto que de esta acción sea *dueño absoluto* el individuo, a quien le ha confiado con carácter de exclusividad la iniciativa procesal. Pero al propio tiempo ha reglamentado la participación que tendrá en el proceso mismo.

El trabajo que reseñamos aporta indudablemente sugerencias muy estimables para una revisión del tradicional concepto de la acción. Como decíamos al principio, su entronque filosófico señala

el verdadero camino a seguir. La teoría egológica de Cossío deberá ser tenida muy en cuenta para el estudio de cualquier institución jurídica.

PEDRO ARAGONESES ALONSO.

Juez Comarcal.

LUIS GÓMEZ MORÁN, Secretario de Gobierno de Audiencia Territorial y Notario: *La posición jurídica del menor en el Derecho comparado*. Tesis doctoral de las Universidades de Madrid y Coimbra.—Instituto Editorial Reus. Madrid.

Esta obra, de excelente presentación y abundante doctrina, está distribuida en forma que puedan encontrarse por el lector con facilidad las materias que desee estudiar; va precedida al efecto de tres índices: uno, de las leyes que se citan; otro, de orden de materias; el tercero, alfabético, de autores, y un cuarto, inserto al final de la obra, referente a las materias en ella comprendidas. Lleva, además, un prólogo explicativo.

Siete capítulos comprende la obra. En ellos se trata, respectivamente, de la clasificación de los hijos y de los nacidos dentro o fuera de los términos legales; de los hijos legitimados, de los naturales y de la adopción y el acogimiento español. De la investigación de la paternidad y de la maternidad. De la patria potestad, incluidos los casos en que la madre puede ejercerla aun en vida del marido. De la emancipación, matrimonio de la viuda, mayoría de edad y reserva viudal. De la capacidad jurídica del menor y del emancipado. Peculios, testamentificación, matrimonio, donaciones, etc. Contenido de la patria potestad y sus efectos personales y en relación con los bienes de los hijos, así como de los derechos sucesorios de los mismos según su carácter. Desheredación, preterición y colación. Todo tratado desde el punto de vista del Derecho romano, Derecho español histórico y vigente, Derecho francés, italiano y portugués, con alguna referencia a Derechos hispanoamericanos.

Es un estudio cuidadoso que llega al fondo de las instituciones, ocupándose aun de las que funcionan con carácter circunstancial o transitorio, como el acogimiento de niños abandonados a que hace relación la Orden de 1.º de abril de 1937; que compara con

juicio ponderado y sereno las de las mismas materias de los distintos países, y que en el examen de la jurisprudencia no regateó en muchos casos el criterio adverso, por entender unas veces que las disposiciones legales no han sido acertadamente aplicadas, y otras que la resolución ha parecido mirar sólo concretamente el caso sometido a ella, olvidando el carácter general de aplicación, que tan altos juicios llevan en sí.

El estilo, claro; bien sistematizada la materia y concreta la doctrina de cada epígrafe, a veces con demasiada concisión por temor a un excesivo desarrollo. La jurisprudencia, abundante, precisa y reciente, con alguna omisión que consideramos de interés, como la de la sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1934, que trata del prohijamiento de expósitos, su diferencia con la adopción y derechos sociales de los prohijados, materia a la que tampoco alude el autor y que es de tanto interés en las nuevas legislaciones y digna de ser tratada en obras tan inteligentemente concebidas y tan bien realizadas como la del señor Gómez Morán, merecedora de figurar en todas las bibliotecas de profesionales del Derecho como síntesis de problemas que cotidianamente se presentan en nuestros despachos, y como libro de consulta obligado en tales casos por las sugerencias que motiva y las cuestiones que aborda, que pueden servir de guía para un estudio que agote las soluciones de los puntos dudosos.

Sin embargo, notamos una omisión importante. No se nos dice el lugar donde consta el trabajo que se menciona en el índice de autores, ni en el texto hay referencias que permitan una rápida confrontación de la cita correspondiente. No es aconsejable este sistema en las monografías, sin que esta pequeña censura signifique poner en duda la escrupulosidad del autor en recoger fielmente la doctrina del texto citado. Simplemente, que muchas veces conviene confrontar la referencia para ampliar y aclarar la cuestión debatida o para el examen completo del trabajo citado, cuya busca se hace muy dificultosa para quien no posea un fichero de autores o materias con perfectas indicaciones, y más dificultosa aún si el artículo aparece inserto en alguna revista profesional. En modo alguno significan alarde de erudición las frecuentes llamadas de las páginas del libro, y aunque el trabajo es fatigoso, facilita la consulta y orienta al lector.

Quedan fuera de la obra las instituciones tutelares, cuyo estudio nos promete el autor y deseamos lleve a efecto con tanto acierto como el logrado con la presente tesis doctoral.

EDUARDO MARTÍNEZ MORA, Registrador de la Propiedad de Liria: *La sociedad mercantil como objeto de otras sociedades*. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 6 de abril de 1946:

Se trata de un trabajo completísimo en el que, con fina observación, se estudian y agrupan las diversas formas sociales que presuponen la existencia de otras. Estas formas sociales las recoge el autor en tres grandes grupos:

1.º Sociedades cuya finalidad es facilitar o contribuir a la creación de otras sociedades mercantiles propiamente dichas. *Presociedades*.

2.º Supuesta la creación de una sociedad mercantil. Sociedades cuya existencia depende de la primera por estar implicadas en ella. *Subsociedades*.

3.º Sociedades formadas de otras o con otras. *Postsociedades*.

Las particularidades de cada uno de estos grupos y los problemas que surgen de su estudio ofrecen, a través de una prosa sobria y limpia, el más destacado interés.

LA REDACCIÓN.