

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXII

Agosto-septiembre 1946

Núm. 219-220

Publicidad y forma en los negocios jurídicorreales

SUMARIO.—La voluntad individual y los contratos de trascendencia real.—
Conceptos tangenciales: a), el tercero; b), la publicidad; c), la forma.—
La doctrina española.—Huber y el ZGB.—La publicidad en el ordena-
miento español.—La doctrina legislativa alemana.—La trilogía tradicio-
nal.—La inscripción constitutiva forzosa.—Negocio abstracto y relación
jurídicorreale.—La oposición germanosuíza.—La forma y la economía
contractual.—Síntesis.

Cuando hablamos de tercero en la relación contractual la idea es extremadamente difusa. Pero cuando nos referimos a tercero en el terreno de los contratos de trascendencia real, cabe una mayor precisión. No es nuestro tercero el de nuestros 1.257 ó 1.259 C. C., porque aquí domina una idea de interés personal, individualizado si cabe en las estipulaciones del contrato mismo. La idea del tercero en las convenciones jurídicorreales está directamente relacionada con la doctrina de la publicidad. Tercero es cualquier posible causahabiente de las partes que contrata sobre lo que reputa cierto en virtud de estar revestido de unas formalidades reflejadas en forma reputada auténtica. Es el que contrata de buena fe sobre lo que la Ley presume, cuando no afirma ser cierto. El concepto, nos apresuramos a aclararlo, es puramente provisional: tiene un carácter genérico que nada tiene que ver con lo que específicamente trata la doctrina jurídicoinmobiliaria bajo el vocablo "tercero". Nuestro propósito, generalizador se encauza por límites más amplios que los que el rigor especialista impone a aquélla. El concepto

de tercero sirve únicamente para puntualizar la significación constitutiva o formal de la publicidad, porque si es evidente que los contratos de trascendencia jurídicoreal tienden a crear derechos absolutos reales, no lo es menos que el carácter esencial de estos derechos es su función *erga omnes*, aunque en determinados casos se personifiquen en un sujeto pasivo más directamente obligado a una prestación (1).

Pero para que sea posible, en buena lógica, la exigencia total del derecho real nacido, precisa de la publicidad, que no puede ser sustituida—carácter voluntario de su origen—por la presunción de no ignorancia aplicable a derechos de aquella especie de origen exclusivamente legal (2). No es otra la función que la doctrina le atribuye. “Desde dos puntos de vista puede examinarse el principio de la publicidad..., como legitimación registral y como emanación de la fides pública. Como principio legitimador..., reemplaza a la misma propiedad en su forma jurídica y la protege en sus apariencias, mediante una presunción *iuris tantum* suficiente para la vida práctica... La técnica moderna concede a la inscripción, respecto a los inmuebles, las mismas funciones legitimadoras que a la posesión corresponden en orden a los muebles... Es más, profundizando en la doctrina de las presunciones, los juristas alemanes, después de haber separado las *presumptiones homini seu facti* como eslabones racionales que enlazan, en el ánimo del legislador, la prueba de un hecho a la demostración de otro (3), distinguen en el grupo contrapuesto de las presunciones legales *presumptiones iuris*, dos clases, un tanto confundidas en nuestro 1.251 del Código civil español: Primero, las que apoyan una conclusión de hecho en otro hecho..., y segundo, las que partiendo de un hecho acreditado inducen la existencia de “una relación jurídica o un derecho subjetivo”. Verbigracia: De la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas de un mismo propietario, pasa el artículo 541, caso de enajenación, a estimar que la servidumbre continúa

(1) Vid. sobre este punto, además de los tratados generales y la conocida monografía de Rigaud, un artículo del Sr. Ossorio Morales en *Revista de Derecho Privado*: «Las servidumbres *in faciendo*».

(2) Vid. en este sentido art. 680 ZGB: «Las restricciones legales de la propiedad existen sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Su extinción o modificación por acto jurídico exigen, para ser válida, de un documento público y de la inscripción en el Registro.»

(3) Vid. nuestro 1.253 del Código civil.

activa o pasivamente. Pues bien, la presunción hipotecaria que estudiamos pertenece a esta última clase y ostenta, como otras muchas que deben su origen a los órganos de la jurisdicción voluntaria, la *garantía del Estado* otorgada procesalmente en virtud de los supuestos aducidos y de la documentación aportada ("*Narra mihi factum, dabo tibi ius*"). Y más adelante, sintetizando las ideas, acude al razonamiento de Turnau-Forster (1). "En el supuesto de que aparezca como propietario en el Registro el demandado, no puede desvirtuarse la presunción de que la finca le pertenece probando tan sólo que el título de adquisición es ilegal" (2). Y es que la publicidad tiene un tan alto valor legitimador en materia de inmuebles que, sin llegar a las prescripciones constitutivas del derecho que encierra en la legislación germánica (3) funciona, como dice el Sr. González, como presunción que sustituye en defecto de mejor título, al título mismo de la adquisición (4). Desde un punto de vista análogo llega un ilustre escritor suizo a las *conclusiones mismas*. "Es preciso preguntarse para qué fin establece formas el legislador (I), y cuando se haya contestado a esta pregunta, ver qué formas prescribe así (II), y, finalmente cuando esto ha sido puesto en claro, surgirá aún la cuestión de la significación del valor jurídico que las formas tienen (III) ... Los fines que sirven de base a las formas son muy variados. Es posible que el derecho establezca formas para fines que nada tienen que ver con la significación del acto de derecho privado de que se trate. Se establecen requisitos de forma para fines secundarios, pudiendo citarse como ejemplo principal el del levantamiento de un impuesto. Las más de las veces los preceptos sobre timbre significan directamente un impuesto. A la obtención de impuestos sirven inmediatamente otras formas como la homologación de las donaciones y de las disposiciones de última voluntad, que está muy extendida, para que no se escape al Estado el impuesto sobre donaciones y herencias. De este fin no nos ocupamos. Cercano a él está

(1) *Das Liegenschaftsrecht*, I, com. al art. 891 del Código civil alemán, página 239, 3.ª ed. Paderborn-Schöninghe, 1906.

(2) E. González: *Principios Hipotecarios*, Madrid, Sáez, 1931, páginas 143 y 146.

(3) Art. 656 ZBG: «La inscripción en el Registro es necesaria para la adquisición de la propiedad inmueble.»

(4) Vid. arts. 23 y 25 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 51 del Reglamento, y aun, para la posesión, con el 41 de la Ley Hipotecaria, donde se evidencia más precisamente esta presunción.

también un segundo fin, según el cual se prescriben formas para el procedimiento, con la idea de que ciertos actos sólo sean llevados en determinadas formas a los Tribunales o que éstos los tengan por inexistentes cuando aquéllas no hayan sido observadas (1). En contra de tales preceptos, bastante extendidos en la Suiza occidental hasta la vigencia del ZGB, se ha colocado éste al determinar en el artículo 10 que donde el derecho de la Confederación no establezca ninguna forma para la validez de un acto jurídico, no debe, para su prueba, exigir ninguna el derecho cantonal. Tampoco nos ocuparemos más de esta significación procesal de la forma. También se presentan formas con el fin de crear una cierta ordenación y producir con ello al mismo tiempo ciertos medios de prueba. Desde este punto de vista se prescribirá que los nacimientos y las defunciones deben ser inscritos en el Registro (ZGB, 48, 46) (2), o que la legitimación de los hijos habidos con anterioridad al matrimonio se realice mediante el de los padres, pero que los hijos tienen que ser declarados e inscritos en el Registro civil y otras disposiciones análogas... En otro sentido existen formas establecidas para el fin de publicidad, o sean *aquellas que deben dar a conocer de modo general ciertas relaciones de derecho* en interés de la contratación. Estos preceptos de publicidad no tienen por sí mismos una relación necesaria con la validez del acto jurídico de que se trate, sino que, ordinariamente, vienen más bien a añadirse al acto válido para darle cierta publicidad y al mismo tiempo *una eficacia más general* o conformada de cierto modo. En este sentido encontramos muy distintas especies de publicidad, y podemos representarnos ya claramente la diferencia que existe entre las dos tendencias principales de la publicidad mencionada, comparando la inscripción de un mandato en el Registro mercantil, con la enajenación inscrita en el de la Propiedad. En el primer caso... el apoderamiento es perfecto, con independencia de su inscripción en el Registro, adquiriendo mediante ésta sólo un efecto especial (3), mientras que la segunda, por el contrario, no es perfecta antes de la inscripción, y el derecho real no se constituye para el adquirente hasta la inscripción del cambio de titular. A la inscripción, sin embargo, se une a la vez un cierto efecto de publicidad.

(1) Vid. arts. 596, 597 y 600 de la Ley de Enjuiciamiento civil española.

(2) Art. 327 del Código civil español.

(3) V. arts. 1.725, 1.734 a 36, 1.738-39 del Código civil español, y 26-29 del Código de Comercio.

Este efecto más elevado de la publicidad lo encontramos también en ciertos derechos para los que se extienden documentos, en los cuales puede confiar en el tráfico, cualquiera de buena fe (1). Y para destacar el carácter finalmente constitutivo que la publicidad tiene para terceros, concluye: "Con arreglo a esto pueden distinguirse tres grados de publicidad: Primero, en los registros públicos, con el fin de que sean conocidos (los actos) ... y con la intención de dar un medio de prueba; segundo, en los registros públicos con el fin de ligar a todo el mundo al conocimiento de lo inscrito, excluyéndose la excepción de ignorancia; tercero, publicidad en el sentido de que cualquiera de buena fe pueda confiar en lo publicado. Finalmente encontramos formas establecidas para el fin de que precisamente, y en absoluto, la validez de un acto se haga depender del cumplimiento de aquéllas" (2).

A toda esta doctrina no era, en absoluto, ajena nuestra legislación hipotecaria del vetusto 1861, tan meditada y precisa, y aunque acudir a los textos expositivos sea siempre enojoso y poco científico, la excepcional importancia del que precedió a nuestra Ley Hipotecaria primitiva y la trascendencia que para nuestro estudio tiene, nos llevan a transcribir algún punto que reputamos esencial: El concepto y valor de la publicidad en el derecho inmobiliario español. "Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión, cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no puedan perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe el Registro se franquee a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar los derechos

(1) Eugenio Huber: «Abhandlungen zum Schweizerischen Recht», colección Gmür, núm. 54, 1914, en el artículo «Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo», publicado juntamente con las otras dos conferencias del mismo autor: «División de la propiedad en el Derecho privado suizo» y «Los derechos reales en el Derecho privado suizo». Hay traducción española del primero y último, de E. R. Ramos, Madrid, 1919.

(2) Huber, op. cit.: «Los preceptos de forma...», traducción española, página 66.

que pudieran corresponderle, y... al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes" (1).

Vemos, pues, como ocurre que, en determinados negocios jurídicos, los de trascendencia real, el principio de la autonomía de la voluntad, limitado en otros sentidos (doctrina del *numerus clausus* del derecho germánico), no puede adquirir por sí solo virtualidad y eficacia frente a los terceros que van a adquirir, no sobre lo pactado entre las partes, sino sobre lo que el Registro público—en aplicación del principio de la fides—presume cierto y ajustado a la legalidad. Pero aún hay más; cabe, llegados a este punto, que observemos las distintas posiciones legislativas adoptadas en torno al valor de esa fides pública. ¿Le es atribuida a los asientos del Registro como simple presunción *iuris tantum*, o tiene el valor de lo absolutamente cierto e incontrovertible?

El B. G. B. sienta en el artículo 891 la doctrina de la veracidad absoluta, en virtud de la cual se entiende que los asientos reflejan siempre la situación jurídica real de los inmuebles y hacen fe lo mismo cuando se declara la existencia de derechos que cuando proclaman su extinción. Y el 892 del mismo Código declara que, si las facultades de disponer de un propietario sufriesen una limitación en beneficio de alguien, esa limitación sólo producirá efectos respecto del que adquiera derechos, cuando esté inscrita en el Registro cuando tenga el adquirente conocimiento de esa limitación. Es decir, se sienta la afirmación de que el contenido del Registro es cierto y que sólo el contenido del Registro es lo cierto, o sea, que el Registro agota la realidad jurídica: principio que no tiene más excepción que la de la discordancia entre el Registro y la realidad conocida del adquirente. Como consecuencia es la declaración de que son imprescriptibles las acciones resultantes de los derechos inscritos (2). Y es que, en la doctrina alemana, compartida con el derecho inmobiliario suizo (3), reconocen al consentimiento un valor constitutivo incluso para las partes, desde su manifestación en

(1) Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Madrid. Góngora, sin fecha, pág. 11 y sig.

(2) Enrique Giménez Arnau: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Ediciones españolas. Madrid, 1941, pág. 16, tomo I.

(3) Art. 658 ZGB, ya citado, en relación con el 657, 1.º, 680 y tangencialmente—por referirse a un aspecto puramente personal que no desvirtúa en absoluto la doctrina expuesta—el 665. Criterio ratificado en el 221 y precedentes del Código revisado de las Obligaciones.

el Registro, y tal como aparece en ella. Las consideraciones de orden público que dominan toda la materia de la propiedad inmueble se imponen también aquí, limitando en un nuevo sentido la tan ingenuamente formulada libertad contractual.

En nuestra doctrina la posición es más débil. Los primeros autores de derecho hipotecario que enfocaron el problema, por exigencias de los cuestionarios de oposiciones se contentaron con citar los precedentes de los derechos alemán y suizo, añadiendo discretamente: "En este sentido, el consentimiento, si ha de considerarse como base de nuestro sistema hipotecario, es en cuanto va implícito en el acto jurídico, sin que aparezca con la independencia con que se presenta en los países citados, refiriéndose directamente a la inscripción, sino como un acuerdo tácito de la voluntad del transferente y adquirente para que dicha inscripción se verifique." El problema es menos modesto. No se trata solamente de saber si en las adquisiciones por negocio jurídico debe necesariamente exteriorizarse la voluntad de inscribir o de pedir la inscripción. Se trata de averiguar y fijar el valor de manifestaciones de voluntad en los actos jurídicos encaminados a la constitución, transferencia o modificación de los derechos reales (1).

Así, de la trilogía tradicional, acto causal, acuerdo de inscribir e inscripción, va a perder relevancia el primero y, por el contrario, a adquirirla el segundo y último, en vista del interés que, al rebasar la órbita de los particulares de las partes, tiende a la protección de los terceros que contraten sobre lo que la Ley reviste de una auténtica fides pública. Para esto sólo había un camino; declarar la sustantividad absoluta de la inscripción y—como supuesto previo—hacerla obligatoria. Tal es la síntesis a que llega el profesor Casso (2) como resultado final de la grave discusión planteada en torno al problema entre nuestros tratadistas. Gómez Rodríguez (3) destacaba el perjuicio que por la no inscripción forzosa pueden experimentar las partes "desconociendo la conveniencia de la inscripción", dando lugar a que al no hacerla "se perjudiquen derechos legítimos por impericia de los contratantes". Es

(1) J. González, op. cit. *El principio de consentimiento*, pág. 209.

(2) I. de Casso: *Notas de Derecho Hipotecario*, 1918, cuyo capítulo dedicado a la «Movilización de la propiedad inmueble» recoge inspiradas ideas en torno a la reforma inmobiliaria en España, desgraciadamente sin trascendencia legislativa hasta ahora.

(3) Citado por Galindo y Escosura: *Comentarios*, Madrid, 1880, I.

sin duda, en este sentido en el que inspiraron algunas de nuestras disposiciones legislativas que llegaron a establecer la nulidad de los actos registrables "de que no se tomase razón" (1), pero que no llegaron a tener aplicación práctica estimable. A este criterio respondía también la pragmática de 1539, disponiendo que en cada lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción existiese una persona que en el correspondiente libro llevara un Registro de todos los contratos de imposición de tributos, censos, hipotecas y ventas de bienes inmuebles, sin cuyo requisito "no podrían hacer fe, ni se juzgara conforme a ellas ni fuera obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor aunque trajera causa del vendedor". El Rey Felipe V, en 1713, reiteraba la disposición haciéndola extensiva a todos los lugares fueran o no cabeza de jurisdicción. Pero sin eficacia también y sin mayor resultado práctico. Y es Carlos III quien en la Pragmática de 31 de enero de 1768, al ratificar el precepto creando los Oficios o contaduría de hipotecas, quien inspira toda nuestra posterior dirección publicística en materia de inmuebles, sancionando la inscripción de todos los actos relativos a los mismos y de interés para terceros. El movimiento codificador había de sostener un criterio vacilante en torno al problema. En las Bases 50-52 del proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1843 se niega eficacia a las acciones hipotecarias, a los actos constitutivos del dominio, ni a los derechos reales limitativos, si no se toma razón de los mismos en el Registro de la Propiedad. Pero el criterio de esta publicidad absoluta no llega a triunfar definitivamente, y en la legislación de 1861 y sus posteriores reformas se adopta un criterio ecléctico contenido esencialmente en los antiguos artículos 25, 23 y 34, especialmente este último, complementado con el 96 del Reglamento, de tan dudoso y criticable contenido. Pero el examen de estos preceptos rebasaría nuestro propósito limitado a la trascendencia de los pactos concordados en los negocios jurídicos reales en general, y no específicamente aplicados a la doctrina hipotecaria, donde factores de otros tipos otorgan un especialísimo perfil a las instituciones. Recordemos únicamente, para terminar la referencia legislativa, el valor constitutivo absoluto que tiene la inscripción de la hipoteca según el artículo 146.

(1) Entre otras, Instrucción de 29 de julio de 1830, art. 8.º; R. D. de 23 de mayo de 1845, art. 40, y R. D. de 26 de noviembre de 1852, arts. 15 y 25.

L. H. y la inscripción forzosa que en determinados casos impone nuestro ordenamiento inmobiliario (1).

Resumiendo, pues: Olvidando la doctrina clásica del derecho subjetivo se ha tratado de elevar el contenido de los contratos a fuente misma del derecho objetivo. Se ha ignorado para ello la existencia de una norma trascendente que le sirve de fundamento, y de la cual deriva su legalidad y su efectividad (2); y como consecuencia se ha querido reconocer al poder de la voluntad una fuerza vinculatoria excepcional, no sólo entre las partes mismas, sino también en cuanto a terceros. Tal era el sistema romano de publicidad apoyado en los conocidos textos de la doctrina del título y el modo, y tal el confusionismo como consecuencia del mismo creado en los contratos de trascendencia real. Tal vez la insinuación de ciertas donaciones pudiera representar un asomo de inspiraciones publicitarias, pero tan limitado y débil que en nada desvirtúa esta tesis ya histórica.

Consideraciones nacidas de la vida misma obligaron a dotar de cierta publicidad a este tipo de convenciones. Los terceros contratantes no podían ignorar la verdadera situación jurídica de los inmuebles que compraban o recibían en garantía de obligaciones principales; y nace, como una nueva y solemne limitación del principio de la autonomía de la voluntad, la doctrina de la forma y su consecuencia inmediata, de la publicidad. El camino—de iniciativa enteramente germánica (el sistema Acta Torrens nada contraindica por su misma juventud)—se bifurca, no obstante, frente a la trilogía tradicional de contrato causal, acuerdo de inscripción e inscripción misma. En el derecho alemán se parte de la base formal de que es ante el Registrador el contrato abstracto, el acto real que contiene el verdadero consentimiento trascendental. Con ello, toda posible discrepancia entre la voluntad y su externa declaración queda prácticamente anulada y los vicios rescisorios devienen inexistentes. En el derecho suizo se opera menos radicalmente y es el consentimiento causal el determinante de la inscripción que, tamizada por la calificación registral, tendrá la trascendencia real absoluta a que el sistema español no llega. La oposición entre ambos es, pues, en este como en otros aspectos, evidente, aunque la finalidad

(1) Vid., entre otros, arts. 7.º y 172 de la Ley Hipotecaria y las medidas complementarias del 208 del Reglamento y sigs.

(2) Georges Renard: *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, París, Sirey, 1925, pág. 6 y nota 1.

Cotitularidad y comunidad

Gesammte Hand o comunidad en mano común (*)

III. LA COMUNIDAD CONYUGAL DE BIENES.

Sería impropediente, y excedería los límites de este trabajo (al par que carecemos de espacio material para ello); hacer aquí un estudio crítico de todas las teorías propuestas para explicar la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial de bienes.

En realidad, la doctrina actual suele coincidir en considerar los gananciales y demás formas de comunidad de bienes como situaciones de patrimonio común. Desechada, por no necesitar siquiera ser refutada, la teoría que atribuye al marido la propiedad de las cosas comunes (1),

(*) Véanse los núms. 214, 215 y 217 de esta REVISTA. Aprovechamos la ocasión para dar la siguiente fe de erratas:

Número 214, marzo de 1946:

Página 154, líneas 25-26; dice: «en igual modo y en desigual medida a varios sujetos»; debe decir: «en igual modo, y en igual o desigual medida, a varios sujetos».

Página 156, línea 28; dice: «no sólo la mano común, sino la comunidad romana y la solidaridad»; debe decir: «no sólo la mano común, la comunidad romana y la solidaridad».

Número 217, junio de 1946:

Página 384, líneas 26-27; dice: «y así lo estiman gran número de autores»; debe decir: «y así lo estima gran número de autores».

Página 388, líneas 28-29; dice: «en nueve millones de hispanorromanos»; debe decir: «en nueve millones el número de hispanorromanos».

(1) Cfr. Roca Sastre: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, marzo 1930, pág. 162; Hernández-Ros Codorníu: «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transfieren a la mujer?», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1943, página 508; vid. Messineo: *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1921; págs. 5-8.

sólo restan las que construyen la comunidad cónyugo-patrimonial como una sociedad civil o como una persona jurídica distinta de los esposos.

No puede prosperar la tesis que califica la comunidad entre cónyuges de persona moral o jurídica distinta de éstos (1), pues—como nos enseña Ferrara (2)—si la comunidad matrimonial fuese persona jurídica, el patrimonio común sería la exclusiva garantía de los acreedores (3), porque *quod universitas debet singuli non debet*.

Y por lo que se refiere a la teoría que considera la comunidad matrimonial como una sociedad civil (4), son tantas y tan profundas las diferencias que separan ambas instituciones que no parece pueda ser seriamente sostenida (5). Y afirmar que se trata de una sociedad espe-

(1) Con notorio error de técnica sostiene nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 1915, que la sociedad de gananciales constituye una entidad jurídica distinta de la persona física de la mujer. Por el contrario, y con mejor tecnicismo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 11 de octubre de 1941, afirma que «en nuestro sistema hipotecario no existen inscripciones practicadas expresamente a favor de la sociedad de gananciales como persona jurídica, sino que los bienes y derechos aparecen inscritos a nombre del marido o de la mujer, con ciertas circunstancias o datos que permiten su atribución a un grupo patrimonial de fines peculiares y régimen característico» (véanse, en el propio sentido, resoluciones de 12 de mayo de 1924 y 3 de diciembre de 1928). Pone mejor de relieve la naturaleza de dicho régimen el párrafo primero del art. 218 del Reg. Hip. al disponer que «los bienes que, con arreglo a fueros y costumbres, pertenezcieren a la comunidad conyugal, podrán inscribirse como propios de ambos cónyuges». Precepto éste que, en realidad, debiera hacerse extensivo a toda clase de comunidades conyugales.

(2) Ferrara: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 446.

(3) Por el contrario, del art. 1.362 del Código civil, bien claramente resulta que los acreedores de la comunidad, luego de haber hecho excusión de los bienes gananciales, podrán dirigirse contra los bienes del marido y, finalmente, contra la dote inestimada de la mujer.

(4) Esta es, sin embargo—al decir de Castán («Dogmática de la sociedad de gananciales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre de 1929, pág. 230)—, la más difundida en la doctrina francesa e italiana, no menos que en la patria. Puede verse la cita bibliográfica en el propio autor, ob. y lug. cit., pág. 230, notas 1 y 2.

(5) Numerosos autores se han preocupado de señalar minuciosamente las destacadas diferencias que separan la sociedad civil de la comunidad de gananciales; por ello, nos creemos relevados de hacerlo. Vid., por ejemplo, Hernández-Ros, ob. y lug. cit., pág. 509.

cial es de una vaguedad y una indeterminación tan grandes que para nada puede servir (1).

En verdad, y para el objeto que nos proponemos, la cuestión queda concretada a si la comunidad existente lo es de tipo romano o germánico (2). Y un estudio objetivo e imparcial del problema lleva al convencimiento de que la mal llamada sociedad de gananciales no es, en el fondo, sino un supuesto específico de la *gesammte Hand*, y que se aleja en sus trazos fundamentales de las características que definen y matizan el condominio romano.

En la moderna doctrina francesa e italiana hay una cierta tendencia favorable a configurar la comunidad conyugal bajo el molde de la *gesammte Hand* (3). Y, asimismo, no faltan en España autores, como Roca Sastre (4), Castán (5) y Hernández-Ros (6), que sustentan idéntico punto de vista.

Si bien, es cierto, tampoco han faltado contradictores de esta tendencia (7), y entre ellos destaca especialmente Messineo, quien, en su conocida monografía *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, ha señalado minuciosamente ciertas diferencias entre la *gesammte Hand* en su forma originaria y la comunidad económico-conyugal. La resistencia a admitir la figura de la comunidad en

(1) Pérez y Castán: *Notas a Kipp-Wolff, Derecho de familia*, volumen I, pág. 417.

(2) Vid. Pérez y Castán, ob. cit., I, pág. 417; y Castán: *Derecho civil*, III, pág. 556.

(3) Así, principalmente, Ferrara: *Teoría de las personas jurídicas*, páginas 440-447; Cicu: *Il Diritto de famiglia*, Roma, 1914, pág. 101; Chironi: «Comunione degli utili fran coniugi», en *Studi e questione di Diritto civile*, III, 1915, págs. 492-499; Masse: *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, París, 1902.

(4) Roca Sastre: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, marzo, año 1930.

(5) Castán: «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1929; *Derecho civil*, III, págs. 544-547, y Pérez y Castán: *Notas a Kipp-Wolff*, ob. cit., I, pág. 416.

(6) Hernández-Ros: «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transfieren a la mujer?», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1943.

(7) Vid. De Ruggiero, ob. cit., II, págs. 816 y sigs.

mano común lleva a este autor a elaborar una confusa teoría que ha merecido escaso favor en la dogmática, resultando ser "una composición híbrida, indefinida en sus líneas y de utilidad discutible" (1), y "demasiado abstracta y complicada" (2) y (3).

Pero, como ya hemos dicho, un estudio analítico de la comunidad matrimonial de bienes nos revela en ella la concurrencia de las notas que suelen reputarse difinitorias de la *gesammte Hand*.

a) En la comunión conyugal *no hay cuotas*, entendidas éstas en el propio sentido del término. El patrimonio pertenece conjuntamente a los cónyuges, éstos son cotitulares del mismo. El Código civil parece, sin embargo, dar a entender lo contrario cuando dispone en su artículo 1.414 que "el marido no podrá disponer por testamento sino de la mitad de gananciales". La literalidad de dicho precepto da por sentado que el marido tiene un derecho actual, o sea, una cuota en los gananciales. Más, en realidad, esto no es así, pues el marido lo único que puede hacer es disponer testamentariamente del derecho indeterminado e incierto que tiene sobre lo que en su día pueda corresponderle en los gananciales al operarse la disolución de la sociedad. En el fondo, el referido artículo 1.414 responde a la característica función que a la cuota-parte está atribuida en la *gesammte Hand* y que ya pusimos antes de manifiesto: es decir, ser una simple determinación hipotética establecida eventualmente en previsión de que la comunidad llegue a disolverse. Por otro lado, si efectivamente se tratara de un cuota, considerada en su sentido romanístico, o sea como porción fija y determinada, constituiría un derecho que formaría parte integrante del patrimonio particular de cada uno de los cónyuges (como ocurre en la *communio romana*), los cuales podrían disponer del mismo (disposición entendida como transferencia real actual), incluso por actos *inter vivos*;

(1) Son palabras de De Ruggiero, ob. cit., II, pág. 819, nota 1.

(2) Así la llama Castán: *Dogmática de la sociedad de gananciales*, página 230.

(3) Rechaza Messineo la tesis de la *gesammte Hand* por estimar que en la comunidad conyugal hay cuotas ideales. Mas esto, sobre ser un error, está en patente contradicción con la indisponibilidad de las mismas. Por su parte, Bonelli (en la recensión crítica a la obra de Messineo, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1920, vol. I, págs. 422 y sigs.), considera absurdo en Messineo admitir la unidad jurídica del grupo patrimonial y negarle la personalidad. Vid. Ferrara: *Trattato di Diritto civile italiano*, página 451, nota 2.

y esto no es así, puesto que hasta el mismo disfrute se efectúa en forma colectiva e indiferenciada (1) y (2).

b) La comunidad de gananciales y, en general, las comunidades matrimoniales de bienes, *son indivisibles*, de modo que los cónyuges, mientras no desaparezca el vínculo que los une, no pueden pretender la disolución de la sociedad y la división del líquido ganado partible (3).

c) Del mismo modo que los comuneros en la *gesamnte Hand*, los cónyuges están ligados por un *vínculo personal y estrechísimo* de economía única, de vida común, de cohabitación, de unidad espiritual y sexual, que los liga íntimamente y los erige en titulares personalísimos y conjuntos del patrimonio comunal (4). Se da aquí aquel especial

(1) Cfr. Pérez y Castán, ob. y lug. cit., pág. 417; Roca Sastre, ob. y lugar cit., pág. 170; Hernández-Ros, ob. y lug. cit., pág. 510-512; Castán, obra y lug. cit., págs. 234-235.

(2) Ha puntualizado la Dirección general de los Registros, en su notable resolución de 30 de junio de 1927, que «entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro Derecho positivo la que admite una especie de *mancomunidad* de bienes entre marido y mujer, *sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división* mientras dura la vida en común y con atribución de los poderes de disposición a título oneroso y en ocasiones a título lucrativo, al mismo marido, como jefe económico de la familia, y, excepcionalmente, a la mujer», situación ésta que «es esencialmente distinta de la *propiedad proindiviso romana*, con cuotas definidas, sujeción al voto de la mayoría y acción para pedir la división de la cosa común».

Criterio que el Centro directivo reitera en resolución de 12 de mayo de 1924, al decir que los gananciales «pertenecen al marido y a la mujer en común, es decir, *sin asignación de cuotas*, durante el matrimonio, cualesquiera que sean las facultades que, en orden a su gravamen y enajenación, correspondan a los cónyuges». Vid. también resoluciones de 19 de octubre de 1927, 12 de diciembre de 1935 y 8 de noviembre y 22 de diciembre de 1944.

(3) Así dice el ilustrado Centro que «la *extinción* de la sociedad de gananciales se halla regida por el *carácter personal y de orden público de la unión*, en tanto que la *acción para pedir la división de la cosa común* es característica de la *comunidad romana* de bienes» (resolución de 13 de septiembre de 1922). Insisten en dicha característica de la indivisibilidad las resoluciones de 30 de junio de 1927, 12 de diciembre de 1935 y 8 de noviembre de 1944, entre otras.

(4) Cfr. Roca Sastre, ob. y lug. cit., pág. 170.

carácter de la *gesammte Hand* de ser, preferentemente, una comunidad personal que repercute y trasciende a la esfera patrimonial. Los cónyuges realizan una vida común de afectos, de sentimientos y de relaciones sexuales: lógico es, pues, que esta completa comunidad de vida en el orden moral y personal se amplíe al ámbito de lo patrimonial, originándose así una comunidad económica por consecuencia y repercusión de una comunión personal preexistente (1).

d) Ha dicho Messineo (2), que la comunidad entre cónyuges no es una *gesammte Hand*, porque en ella no se da el carácter, fundamental en esta última, de *poder no disolverse por muerte de uno de los miembros*. Pero esto que es cierto respecto al Código italiano de 1865, al francés y al español, no puede igualmente afirmarse con relación a nuestras legislaciones forales y ciertos Códigos extranjeros, como el alemán y el suizo, entre otros (3).

Si bien dentro de nuestro Código civil la comunidad conyugal no puede continuarse después del fallecimiento de un cónyuge, en Derecho foral, por el contrario, la sociedad continuada tiene importantes manifestaciones de gran abolengo histórico. Así, en Aragón, la sociedad conyugal no se extingue por el solo hecho de la muerte de uno de los esposos, sino que continúa por ley (4) entre el supérstite

(1) La resolución de 13 de septiembre de 1922 dice que «aunque los bienes de la sociedad conyugal pertenecen al marido y mujer conjuntamente, no es posible confundir la comunidad de gananciales con una copropiedad de tipo romano; en primer lugar, porque la *relación personal de los cónyuges* es, en aquel supuesto, *tan íntima que modifica su estado civil*, mientras que en la copropiedad por cuotas los partícipes se hallan ligados por una relación patrimonial; en segundo término, porque el régimen jurídico del matrimonio impone normas de disposición, uso y administración de los bienes, así como especiales relaciones de responsabilidad, subrogación y distribución que no tienen razón de ser en la copropiedad ordinaria, y, en fin, porque la extinción de la sociedad de gananciales se halla regida por el carácter personal y de orden público de la unión, en tanto que la acción para pedir la división de la cosa común es característica de la comunidad romana de bienes.

(2) Messineo, ob. cit., pág. 170.

(3) Vid. Castán: *Derecho civil*, III, pág. 607; Kipp-Wolff: *Derecho de familia*, vol. I, págs. 44 y sigs.

(4) Dice el artículo 54 del Apéndice foral: «El fallecimiento de un cónyuge, si el matrimonio ha sido válido y no está decretada la separación de bienes, no obsta para que la sociedad continúe entre el supérstite y los he-

y los herederos del difunto; e, igualmente, en el campo de Tarragona se admite que la *associació a compres i millors* subsista en ciertos supuestos (1), no obstante el fallecimiento de algunos de los miembros que la componen; y en la propia Navarra el régimen de conquista puede continuar (y ello constituye su más acusada diferencia frente a los gananciales castellanos) entre el cónyuge viudo y los hijos o herederos, aun en el caso de ulteriores nupcias de aquél.

Este sentido conservador de la comunidad conyugal en nuestras legislaciones forales se explica, sobre todo, por ser un medio que contribuye eficazmente a mantener la cohesión del grupo familiar, a evitar la desmembración del patrimonio, perpetuándolo íntegro e indiviso a través de las generaciones, e impidiendo que venga a menos la *casa*, institución que es el todo del Derecho de familia en las regiones de Fuero (2).

e) "Ciertamente—dicen Pérez y Castán (3)—, el Código civil no recoge la propiedad en mano común en su forma más pura y genuína, que exigiría la *gestión conjunta de los dos cónyuges*; pero esta circunstancia no basta para excluir la figura jurídica de que se trata. La titularidad del patrimonio común reside en la cabeza de cada consorte, si bien el ejercicio está condicionado por la existencia de un órgano de gestión, que ordinariamente desempeña el marido (ar-

rederos del finado, siquiera quede circunscrita a los bienes comunes existentes y a los aumentos que con ellos y los peculiares de cada partícipe se obtengan, trabajando en familia.»

(1) Si la asociación a compras y mejoras se ha constituido por los consortes y sus padres, termina cuando se disuelve el matrimonio de los jóvenes por muerte de la mujer. Si, en la misma hipótesis, mueren los padres, la asociación no se disuelve. Tampoco se disuelve por muerte del marido, salvo en los casos en que muera sin hijos, o que la viuda se separe de la casa; pues en otro caso la asociación continúa entre la viuda, los herederos del marido y los padres de éste. Mas si la asociación o acogimiento se ha pactado sólo entre los cónyuges, se disuelve por muerte de cualquiera de ellos. Vid. Borrell y Soler: *Derecho civil vigente en Cataluña*, IV, Barcelona, 1944, págs. 318-319.

(2) Vid. la maravillosa y sugestiva monografía de Martín-Ballesteros y Costea: *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944. Para la casa navarra, vid. la interesante memoria de Yaben y Yaben: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916.

(3) Pérez y Castán: *Notas a Kipp-Wolff: Derecho de familia*, I, pág. 417.

título 1.412), y excepcionalmente la mujer o ambos, si así se pacta. Conjuntamente corresponde también a ambos cónyuges la gestión en cuanto exceda de las facultades legales o convencionales concedidas a dicho órgano de disposición y administración (tal es el caso, por ejemplo, de las donaciones que excedan, en el régimen legal de la sociedad de gananciales, los límites taxativamente marcados en el artículo 1.415)."

Y no debe, además, dejarse en olvido que, como se dijo con anterioridad, no es incompatible con la *gesammte Hand* la existencia de un órgano de gestión. El marido, en principio (1), no tiene en la comunidad más derechos que la mujer, pues las facultades que ejerce lo son por delegación, como titular de una función representacional o de un cargo de gestión.

Finalmente, y ello revela una admirable y plausible intuición de nuestras legislaciones forales, el sentir jurídico popular en algunas regiones de Fuero es el de la *necesidad de concurrir ambos cónyuges en cualquier acto de gestión de los bienes comunes* (2). En Aragón fué entre los fueristas opinión bastante generalizada, aunque no unánime, la de haber de intervenir imprescindiblemente la mujer para que el marido pudiera enajenar los bienes comunes (3). La ley IX, título XX, del Fuero de Vizcaya dispone que, constante la comunidad, por existencia de la prole, el marido no puede enajenar los bienes sin el consentimiento de la mujer (4). Y en Navarra, el capítulo XIV,

(1) Roca Sastre, ob. y lug. cit., pág. 170.

(2) Roca Sastre, ídem, pág. 167, nota 1.

(3) Incluso en la actualidad es muy discutido, y nada cabe afirmar en forma concluyente si en Aragón, a partir de la publicación del Apéndice, es aplicable o no el art. 1.412 del Código civil, es decir, si el marido por sí solo puede enajenar a título oneroso los bienes comunes. Los artículos 49 y 63 del Apéndice parecen negar al marido dicha facultad; pero, sin embargo, quizá la opinión más segura, acorde además con el Derecho común y el criterio de la Dirección de los Registros con anterioridad al Apéndice, sea la afirmativa. Vid. el trabajo de López Romero: «Bienes gananciales. ¿Rige en Aragón el artículo 1.413 del Código civil?», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril, 1928; también Isábal: «El artículo 1.413 del Código civil y las legislaciones forales», en *Revista de Derecho Privado*, 1919, págs. 197 y sigs.

(4) Ley IX, tit. XX del Fuero de Vizcaya: «Que el Marido no pueda vender sin otorgamiento de la mujer.—Otrosí, dijeron: Que harían de Fuero, y establecían por Ley, que constante matrimonio, el Marido no pueda ven-

título XII, libro III, del Fuero general parecía exigir el consentimiento de ambos esposos para disponer de lo conquistado durante el matrimonio (1). Incluso esta misma era la práctica consuetudinaria seguida en los pueblos extremeños donde rige el Fuero del Baylío hasta que el Tribunal Supremo, y después la Dirección de los Registros, vinieron a sentar doctrina contraria, interpretando erróneamente dicho Fuero en términos tales que—como dice Martínez Pereda (2)—más hubiera valido estimarlo no vigente. Y, finalmente, aunque sea algo que ya sólo pertenece a la historia jurídica, cabe recordar que en el antiguo Derecho foral valenciano, según prácticas consuetudinarias, para enajenar los bienes que integraban la *germania* se exigía el concurso de marido y mujer (3).

Y ciertas legislaciones extranjeras, mucho más progresivas y que han sabido recoger mejor la esencia de la comunidad matrimonial de bienes, requieren la intervención de la mujer para los actos de carácter dispositivo sobre los bienes comunes (4).

IV. LAS COMUNIDADES O CONSORCIOS FAMILIARES DE LAS REGIONES DE FUERO.

La dureza del suelo en ciertas comarcas de algunas provincias españolas aforadas, al par que el sentido conservador y tradicional que inspira la vida familiar de las mismas, imponen como necesidad ineludible la de conservar indivisos y unidos los bienes que componen la hacienda secular de la familia y que han sido poseídos por ésta de

der bienes algunos raizes, muebles y semovientes, que no sean ganados durante matrimonio, pertenecientes en la su mitad a la Muger, sin otorgamiento de la Muger, aunque los bienes provengan de parte de el Marido.»

(1) Capítulo XIV, tit. XII, lib. III del Fuero de Navarra: «... *empero si fuese casado, non puede vender las arras de su muyller, a menos de otorgamiento, nin lo que comprare o ganare con eylla, nin lo que viene de parte deylla.*» Vid. Isábal: «El artículo 1.413 del Código civil y las legislaciones forales», en *Revista de Derecho Privado*, 1919, págs. 204-208.

(2) Martínez Pereda, ob. y lug. cit., pág. 359.

(3) Castañeda: *Estudios sobre la historia del Derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar*, Madrid, 1908, pág. 34.

(4) Así, el Código alemán (§§ 1.442, 1.444 y 1.519) y el Código civil suizo (arts. 216 y 239). Igualmente el Código portugués, si bien sólo respecto a los bienes inmuebles (art. 1.119).

generación en generación con un cierto carácter vinculatorio. De ahí que, para lograr esta transmisión unitaria de la *casa*, manteniéndola en su más alto valor moral y económico, han surgido ya desde antiguo, y se mantienen aún con extraño vigor, numerosas instituciones jurídicas, extrañas algunas de ellas, anómalas otras, al parecer inconexas y sin ilación entre sí, pero obedientes, en realidad, a una común finalidad, a un solo objetivo: mantener íntegros y unidos los bienes inmuebles que componen el añejo y tradicional patrimonio de una familia, evitar su disgregación y conservar el prestigio y rango de la *casa*, impidiendo su pulverización y el desperdigamiento de los miembros que la componen (1). Nacieron así, y viven aún, los heredamientos catalo-aragoneses, las donaciones *propter nuptias* vasconavarros (que tienen un sentido equivalente al de aquéllos), los fideicomisos familiares, la viudedad aragonesa y el usufructo foral navarro, la sociedad legal continuada, el casamiento en casa, el acogimiento o casamiento a sobre bienes, la dación personal, los consorcios forales, la sociedad familiar y los petrucios gallegos, la legítima reducida de Cataluña y las legítimas *fictas* o puramente formales de Navarra, Vizcaya y Alava, la figura del heredero distributivo y la delegación en la facultad de nombrar heredero, etc., etc.

El estudio y desarrollo de las mismas en su actuación tutelar de la *casa*, el examen de la función trascendente que ésta viene a desempeñar y el peculiar sentido del Derecho de familia de los territorios aforados, darían lugar a ulteriores desenvolvimientos que nos alejarían del tema, teniendo en cuenta, además, que se trata de extremos que ofrecen de por sí materia más que suficiente para estudios independientes.

Por ello, y al objeto concreto de este trabajo, baste con lo indicado.

De todas las instituciones referidas nos interesan especialmente las comunidades domésticas del Alto Aragón, norte de Cataluña y Navarra

(1) Para estos extremos, vid. Martín-Ballester y Costea: *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944; Yaben y Yaben: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916; Palá Mediano: «Los señores mayores en la familia alto-aragonesa», comunicación en la Segunda Semana de Derecho Aragonés, celebrada en Jaca en 1943. Zaragoza, Lib. General, 1943, págs. 141 y sigs.; Costa: *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*; vid. también Prieto Bances: «La casería asturiana», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1941 y 1942.

y ciertas comarcas de Vasconia, la sociedad o compañía familiar gallega y el consorcio foral aragonés.

Las dos primeras puede decirse son nombres distintos de una misma institución: compañía gallega, y comunidad doméstica del Pirineo son los últimos restos de las primitivas agrupaciones gentilicias de la España indígena anterromana: lo que en Cataluña y Aragón es el heredamiento y en Navarra y Vizcaya la donación *propter nuptias*, en Galicia lo es el petrucio. Ambas constituyen una unidad familiar integrada por los padres e hijos, simplemente, o incluso los cónyuges de los hijos: o bien, después de muertos los padres, por el hijo nombrado heredero—el *hereu*—y su esposa, los demás hijos no herederos—segundones, *cabalers*—, los *tiones*, otros parientes, criados, donados, etc. Dicha asociación o agrupación doméstica se encuentra bajo la gestión y administración del jefe de la casa—el *señor*—, que recibe el nombre de *señor mayor* cuando hay nombrado heredero—*señor menor*—, y es quien ejerce todas las funciones directivas y representacionales, actuando personalmente en defensa de los intereses de la casa.

El consorcio foral aragonés es la comunidad en mano común (1) existente entre hermanos y sobre los bienes inmuebles heredados de algún ascendiente, o colateral o consanguíneo, de tal suerte que ninguno de los consortes puede señalar su parte conocida y determinada, estando únicamente autorizada la colectividad para ejercitar los poderes dispositivos y dándose el derecho de acrecer (2) entre los coparticipes si al morir uno de ellos no deja hijos legítimos que le sucedan (3).

(1) Así la consideran Roca Sastre (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1.^a edic., I, pág. 456) y Palá Mediano y Martín-Ballesterio («El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés», ponencia oficial en la Segunda Semana de Derecho Aragonés, de Jaca, 1943. Lib. General de Zaragoza, 1943, págs. 87 y sigs., especialmente 94-96). Si bien es innegable no se dan en el consorcio con toda su pureza las líneas genuinas de la *gesammte Hand* en su forma primitiva, ya que las rentas de los bienes indivisos se reparten entre los consortes a prorrata del importe de sus respectivas cuotas, y existe siempre la amenaza disolutoria de la *actio familiae erciscunde*. Pero esto no basta a negar su sustancial coincidencia con la *gesammte Hand*.

(2) En realidad—como hace notar Roca Sastre, ob. cit., I, pág. 456—no se trata de un verdadero derecho de acrecer.

(3) Sobre el consorcio foral, vid. Azpeitia: *El consorcio foral, la sociedad tácita familiar y la sociedad legal continuada*, Zaragoza, 1904; Isábal: «El consorcio foral», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1918; Nicolás S. de Otto: *Derecho foral*, Bosch, Barcelona, 1945, págs. 459-462; y Giménez

Se llama foral dicho consorcio porque nacía de Fuero (es decir, por obra de la ley—*ex foro*—, sin necesidad de estipulación alguna), siempre que se daban las condiciones requeridas (1). El vigente Apéndice aragonés, haciéndose eco de la tendencia desfavorable que hacía dicha institución existía (2), la silencia totalmente; pero, no obstante —al decir de Martín-Ballesteró (3)—, sigue viviendo en la práctica y costumbres de gran número de comarcas aragonesas.

Sustancialmente, esta situación de comunidad es análoga a la existente cuando se nombra un hijo heredero. La única diferencia es que en ésta todas las funciones gestionales y representativas quedan conectadas en el jefe de la casa, en el *hereu*, y en aquélla, por el contrario, dichas facultades o poderes de dirección, administración y disposición se ejercen conjunta y mancomunadamente por todos los comuneros o copartícipes.

Pero, tanto en unas como en otras, se dan en ellas como en ninguna las notas conceptuales de la *gesammte Hand*, en su forma más pura. No es que afirmemos, simplemente, que son manifestaciones de la comunidad en mano común, sino, lo que es más: que son por excelencia las manifestaciones de la misma en nuestro Derecho; constituyen las formas más conspicuas por las que se pone de relieve en nuestro sistema jurídico la propiedad mancomunada; son las representaciones más exactas de la *gesammte Hand* en su forma originaria y primitiva, estando integradas por los mismos elementos y esculpidas por la misma mano, respondiendo a fines idénticos y acusando iguales caracteres. Se da en ellas el vínculo o relación personal, la no extinción de la comunidad por la muerte de uno de los consortes o comuneros, la atribución colectiva de los bienes al mancomún de sujetos, la ausencia de cuotas concretas, transmisibles y enajenables, de tal modo que sólo la colectividad puede disponer, el derecho de acrecimiento, la vida en común

Arnau: *Tratado de Legislación Hipotecaria (Notarias)*, I, Madrid, 1941, página 122.

(1) En el Derecho aragonés anterior al Apéndice estaba regulado por los Fueros *De communi dividundo* y *De consortiebus eiusdem rei*; para el estudio de los mismos, vid. Isábal, ob. y lug. cit., págs. 290-330.

(2) Vid. Isábal, ob. y lug. cit.,

(3) Martín-Ballesteró, ob. cit., pág. 135. Considera este autor que ese ataque al consorcio foral es totalmente injusto, y lo estima fruto de las concepciones individualistas de nuestro Derecho común, trasunto del romano-francés.

la economía única, el cohabitar bajo un mismo techo y hogar, el sentarse a una propia mesa y manteles y comer de un mismo pan, el ser una comunidad de trabajo, de explotación y de consumo, de ganancias y de pérdidas, la imposibilidad de pedir la división mientras dura el vínculo de sangre, de familia, de parentesco o de trabajo, su estabilidad y permanencia y, en suma—como diría Ferrara—, el *abrazar la entera esfera jurídica del sujeto*.

JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ.

(Continuará.)

Más sobre los artículos 24 (38 Ley unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria (1)

En mi deseo de contribuir al esclarecimiento y fiel interpretación del artículo 41, envié a la Redacción de esta REVISTA, en el mes de abril de 1945, un trabajo sobre dicho artículo, publicado en el mes de febrero de este año. Después de aquella fecha, una pléyade de compañeros y juristas de alta alcurnia científica, con su prestigio, se han ocupado, iluminándola, de la materia.

Reconozco que la reforma de 1944 es la más trascendental y técnica que ha sufrido nuestro régimen hipotecario desde su implantación en 1861; pero, a pesar de ser tal reforma tan interesante y progresiva, mucho me temo que todo quede en vistosos fuegos artificiales que deleitan un momento, pero que después sólo son humo que se evapora, sin imprimir un nuevo rumbo real a los hechos sociales o jurídicos. Y esto podría ocurrir con la reforma si las brillantes y perfectas declaraciones de los principios sustantivos de legitimación y fides pública no llevan consigo, en la realidad de la vida, ante los Tribunales de Justicia las necesarias repercusiones procesales. De aquí la trascendental importancia que concedo a los artículos de este tipo (artículo 41, artículos 313, 314 y 315), y sobre todo al primero, que debe conceder al titular inscrito, cuando no se formule demanda de contradicción, una defensa efectiva y eficaz por los trámites sencillos y expeditivos que, en mi opinión, se regulan en dicho artículo. Por ello me preocupa que dejemos bien aclarado el alcance legal y práctico de dicho artículo, para que los Juzgados y Tribunales encuentren un camino recto y despejado, sin la encrucijada de

(1) Siempre que en este trabajo citemos artículos de la Ley Hipotecaria, nos referiremos al texto refundido de 28 de febrero de 1946.

varias direcciones; y para dejar llano y único este camino, sería un precedente muy funesto el que *los de casa* no formáramos una especie de «communis opinio».

Como dice muy bien Romero Vieitez refiriéndose a los *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, de Angel Sanz, publicados por la Academia Matritense del Notariado, prologados por nuestro querido director, D. Eduardo López Palop (1), «para la teoría vigente de nuestra Ley Hipotecaria es aportación valiosa esta obra de Angel Sanz», juicio que lo ratifico y lo elevo al cubo, pues he quedado admirado ante la profundidad de su saber y la claridad de su juicio y de su exposición. Pero, por lo mismo que Angel Sanz se nos ha revelado como un valor completo y extraordinario, sus opiniones pesan ya mucho, y por ello es necesario que, ante sus posibles errores, busquemos entre todos la verdad, la entraña auténtica de la Reforma, que es lo fundamental y lo que interesa a la Institución del Registro y a todos nosotros, único fin que justifica y me mueve a terciar, a pesar de mi modestia en esta materia tan fundamentalísima.

EL CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38

Afirmé en mi anterior trabajo, y ratifico en éste, que tal contenido es el *jus possidendi*.

Se apoya esta afirmación:

a) *En las palabras de la exposición de motivos de la Ley de 1944 sobre tal facultad dominical*.—Habrá en ellas, y en esto estamos de acuerdo con Angel Sanz (2), inexactitud o error de terminología al calificar el *jus possidendi*, simple facultad dominical, de Derecho real autónomo, pero la afirmación sustancial que encierran es exacta y lógica. Como consecuencia de tales palabras, la Ley quiere destacar, en el primer párrafo del artículo 38, junto a la presunción jurídica de la existencia del derecho (en estado estático), la presunción de su ejercicio (actividad, vida, fecundi-

(1) *Revista D. P.*, año 1946, pág. 142.

(2) Véase los *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, de Angel Sanz, página 194, nota 19.

dad, goce), que se concentra fundamentalmente en el derecho de poseer, y así entendida la presunción posesoria sirve de complemento a la presunción jurídica y deja de ser redundante o superflua.

b) *En la naturaleza especial de tal facultad dominical.*—La facultad de disponer, reivindicar, etc., tienen una consistencia jurídica fuerte y enérgica no apta para ser vulnerada fácilmente por otra persona; por el contrario, el *jus possidendi* puede ser y es sumamente frágil y sensible, pues basta la perturbación posesoria de más de un año (artículo 460, número 4.º, Código civil) para que la posesión se pierda. Y si bien es cierto que esto no quiere decir que se pierda con tal perturbación el derecho de dominio, ya que éste puede reaccionar enérgicamente con la acción reivindicatoria, sí es cierto que el titular del dominio pierde con aquella perturbación la acción interdictal, y no le queda, frente a ella, otro medio de defensa que el caro y dilatorio de la acción declarativa. Para evitar esta situación deprimente para el titular inscrito, la nueva Ley, mejorando al legislador de 1909 y 1927, protege no sólo la presunción jurídica, sino también la presunción del ejercicio del derecho, abriendo nuevas facilidades con el procedimiento especial del artículo 41, en el que no caben cuestiones sobre el hecho de la posesión, como después veremos. Si no se acepta que el contenido de la presunción posesoria del artículo 38 es el *jus possidendi*, la única posición lógica y técnica, en mi opinión, es la de Roca Sastre, figura consolidada del máximo prestigio entre los modernos hipotecaristas, que estimando fenecida y sin finalidad la presunción posesoria, califica su supervivencia de absurda y perturbadora, juicio que en el fondo coincide con el mío, pues si la presunción posesoria no es el *jus possidendi*, no es nada (1). Estima, por el contrario, Angel Sanz que el conte-

(1) «También subsiste en este artículo 24 la antigua presunción posesoria del artículo 41 anterior, al disponer que igualmente, a todos los efectos legales, «se presumirá» que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la *posesión de los mismos*». Esta persistencia en nuestra Ley de dicha presunción posesoria—por no querer morir, continuará como pesadilla de juristas y abogados—la consideramos sencillamente absurda, tanto más cuanto que el artículo 41 reformado viene a satisfacer la finalidad que persiguió el legislador de 1909 al introducirla.

»Aquella presunción posesoria—que se enquistó en nuestra Ley Hipo-

nido de la presunción es el señorío de hecho (1). No puede aceptarse, ni por sus fundamentos, ni por sus efectos.

1.º *Por sus fundamentos.*—Se apoya:

a) Que el legislador puede presumir no sólo derechos, sino también hechos, como lo revela la clasificación de las presunciones en *presumptio juris* y *presumptio facti*.

b) En las palabras de la exposición de motivos—«pues—dice—de las diversas acepciones en que por ella se recoge la institución (*jus possidendi*, *possessio ad interdicta* y *possessio ad usucapionem*), sólo en estas dos últimas cabe situar la presunción posesoria», añadiendo, por nota, que equivale a ignorar el

tecario por imitación de una norma semejante, aunque no equivalente, del Código civil suizo—tenía como objetivo proporcionar al titular inscrito un proceso simplificado de reivindicación, aunque aquí le dimos malamente una regulación procesal de tipo interdictal, carácter que acentuó la reforma hipotecaria de 1917, la cual complicó el problema mediante el juego prelatorio del artículo 445 del Código civil.

El artículo 41, en su nueva redacción, ha recogido el juego reivindicatorio que en el fondo de la cuestión se debatía y lo ha resuelto en forma bastante aceptable, lo cual ha dejado sin finalidad adecuada dicha presunción posesoria, que, por perturbadora e inconsistente, hubiera debido desaparecer. Se dirá que tal presunción es útil aun a los efectos del juicio de desahucio, pero creemos que no debería serlo, si bien no dejamos de reconocer que así como la reivindicación por el titular inscrito ha de ser objeto de una tramitación procesal especial, por lo rápida o expedita, así también el desahucio promovido por el titular según el Registro debía de haber sido objeto de normación específica, cosa que no ha hecho la reforma.

»La solución dada por este artículo 41 al problema que pretendió resolver la reforma hipotecaria de 1927 creemos que se estimará acertada, pues armoniza, en lo posible, los intereses en conflicto del título registral y del poseedor de la finca en cuestión, el cual continúa, bajo ciertas garantías ineludibles, en la posesión durante el proceso de ejecución de la acción reivindicatoria, lo que demuestra que la presunción posesoria a favor del titular registral es inoperante aquí, cosa lógica, puesto que en la realidad posee quien posee.» («Breve examen informativo-crítico de la nueva Ley de Reforma Hipotecaria», trabajo publicado por D. Ramón María Roca Sastre en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en marzo de 1945, pág. 25 del folleto editado por Reus.)

(1). Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, págs. 195 a 199.

concepto del *jus possidendi* atribuir éste como contenido de la presunción posesoria—.

Es indudable que existen presunciones legales de derechos y hechos, pero estas últimas no se admiten en general en nuestro régimen hipotecario, por lo que mal pueden protegerlas la inscripción, y en cuanto al hecho concreto de la posesión física, lo repudia expresamente en las conocidas palabras de la exposición de motivos que transcribo por nota (1).

¿Cuál es la entraña y significado de tales palabras de la ex-

(1) «Atención especial se ha dedicado a las relaciones de la posesión y la prescripción con el Registro. Los arduos problemas que en todos los sistemas hipotecarios ha suscitado esta controvertida materia, alcanza mayor gravedad en un régimen como el nuestro, en que los derechos nacen fuera de los libros registrales. Para resolverlos se ha partido de la clásica distinción entre el *jus possidendi* y el *jus possessionis*. El derecho a poseer, como parte integrante del dominio, es un derecho real que el Registro debe reflejar y proteger. El mero hecho de poseer, en cambio, si bien trasciende jurídicamente, con dificultad alcanza la integridad de un derecho real. Aunque no se admita el principio *res facti non juris*, es obligado reconocer que, por lo menos, las consecuencias dimanantes del *jus possessionis* están subordinadas a una situación de hecho que, como tal, escapa del área de protección del sistema.

»Registro, tutela de derecho y posesión de *facto* se mueven en campos distintos. De ahí que si el derecho de poseer y las acciones reivindicatorias, negatorias y confesorias corresponden en principio al titular registral, la posesión de hecho permanece completamente desconectada del Registro, de forma que quien ostente el señorío efectivo podrá siempre defenderse contra todo perturbador, cualquiera que sea el contenido de aquél. Llevar al Registro el simple señorío de hecho equivaldría a introducir confusión en el sistema e intentar una protección jurídica en absoluto extraña a su naturaleza y fines. No se desconoce con ello el valor de la posesión. Sus dos especies fundamentales, la *possessio ad interdicta* y *possessio ad usucapionem*, continúan en vigor.

»La *possessio ad interdicta* subsiste con plena virtualidad al no venir condicionada por las declaraciones del Registro. Derivada de la necesidad de mantener la paz pública o de la conveniencia de conservar la continuidad en las relaciones de la vida, se desenvuelve con independencia de la institución registral.

»La *possessio ad usucapionem* tiene claramente regulados sus efectos en los artículos 35 y 36, y, en general, en el título XIII, llegándose a reconocerle en muchas ocasiones un valor predominante, incluso contra el mismo titular.» (Palabras de la exposición de motivos.)

posición de motivos? A mi juicio, éste: El Registro sólo protege situaciones jurídicas, y cuando éstas confieren al titular el derecho de poseer, presupone, con presunción *juris tantum*, que el derecho existe (presunción jurídica), y, además, que su titular inscrito lo ejerce poseyendo físicamente la cosa como base económica del derecho (presunción posesoria). Por ello, la nueva Ley sólo establece la presunción posesoria en dos artículos: el 38 (para la hipótesis de que el derecho inscrito sea perfecto: *jus possidendi*), y el 35 (para el supuesto de que el derecho inscrito sea inexacto: *possessio ad usucapionem* «*secundum tabulas*»).

La posesión como simple poder físico está desconectada del Registro y sería absurdo la protegiera desde sus asientos con ninguna presunción; ahora bien: tampoco la estrangula, como hacía la Ley de 1909, como institución sustantiva, dejando sus problemas fuera del área del Registro; y así la *possessio ad interdicta* nada tiene que temer del Registro, pues el titular inscrito y el poseedor extrarregistral están en absoluto pie de igualdad ante el derecho sustantivo y el adjetivo, y la *possessio ad usucapionem contra tabulas*, a diferencia de la anterior, puede ingresar, además, en el Registro cuando en la realidad extrarregistral haya engendrado un derecho real perfecto, incluso cuando perjudica a tercero hipotecario en las condiciones que establece el artículo 36.

2.º *Por sus efectos*.—Si examinamos a fondo los dos aspectos sustantivos y el procesal que Angel Sanz da a la presunción posesoria, observamos que quedan en la nada. Veámoslo:

a) Efectos de presunción de tradición: El mismo Angel Sanz reconoce lo precario de este valor, absorbido en la casi totalidad de los casos por el artículo 1.462 del Código civil. Únicamente le concede importancia en las inscripciones por expediente de dominio cuando se alegue título que requiera tradición.

Contra esto alegamos: 1.º Que, en la generalidad de los casos, el expediente de dominio se iniciará sin título, en base a la prescripción, es decir, a una posesión cualificada, que excluye y es incompatible con la idea de tradición como elemento constitutivo del derecho real. 2.º Que, en los poquísimos casos que se alegue título que exija tradición, la posesión real tiene que ser base fundamental del expediente, ya que sin ella no se concibe a nadie incoándolo, dadas las garantías que el procedimiento ofrece a ter-

cero, sobre todo la citación de colindantes y poseedores de hecho del inmueble (párrafo 3.º de la regla 3.ª del artículo 201).

Con lo dicho bastaría para dejar destruido, en el orden práctico, el valor de la presunción en cuanto a la tradición. Pero aquí apunta un problema doctrinal de gran envergadura, que pone de manifiesto lo frágil y trágico de la reforma al querer armonizar y defender la supremacía de la teoría del título y el modo contra el sistema de inscripción registral. Los auténticos principios de legitimación y fe pública y sus efectos sustantivos y procesales no pueden convivir con aquella anticuada teoría del título y el modo, ni mucho menos estar supeditados a ésta. O régimen de tradición o de inscripción: es imposible compatibilizar y armonizar, en caótica amalgama e interferencias, dos sistemas que por su naturaleza se excluyen radicalmente el uno al otro, como se excluyen la luz y las tinieblas. Así se evitaría la posición ultracivilista de Angel Sanz (como veremos más adelante, deja al titular inscrito protegido por el artículo 34 en situación precaria y le niega la acción reivindicatoria), cuyo valor reconocemos y proclamamos noblemente y muy alto, tanto, que gracias a él he aprendido muchas cosas que ignoraba y he añañado conocimientos que me colocan por completo frente al sistema de adquisición de derechos reales aceptado por la nueva Ley. Así lo reconoce también Romero Vieitez, con frases más suaves, pero que, al parecer, reflejan la misma convicción (1).

Yo había aprendido con el maestro por antonomasia que la inscripción era constitutiva cuando no mediaba la tradición (2). Y

(1) «Entretanto, el Derecho privado habrá de continuar preocupándose de precisar los distintos momentos obligacionales, dispositivos y registrales del proceso creador y transmisivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles; pero no cabe reconducir la equívoca bipartición de título y modo.» (M. Romero Vieitez, *R. D. P.*, año 1946, pág. 142, *in fine*.)

(2) «Ni el Código civil, ni, por descontado, las legislaciones forales, ni la Ley Hipotecaria, requieren la inscripción como requisito *sine qua non* para la transferencia de la propiedad.

»El párrafo segundo del artículo 609 del Código civil sanciona la técnica de la tradición romana, de tanto arraigo en la Península, y su concordante el artículo 1.095, después de preceptuar que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, declara netamente que no adquirirá *derecho real* sobre ella hasta que le

esta postura, a pesar de ser la más lógica y única posible, al menos, con el principio de legitimación, choca hoy abiertamente con lo que dice Angel Sanz en sus *Comentarios* sobre el contenido de la presunción legitimadora (1).

Buena prueba de ello es este valor denigrante para el principio de legitimación registral que da a la presunción posesoria del artículo 38. Nosotros concebimos que ésta complete el derecho inscrito refiriéndose al ejercicio del mismo, pues así la presunción jurídica se refuerza, completa y armoniza con la posesoria y el artículo 41; pero nos parece equivocado que junto a la presunción de que el derecho existe y pertenece al titular inscrito, exista otra presunción que se refiera, no al derecho perfecto, sino a algo imperfecto y en embrión, o sea a uno de los elementos constitutivos de éste, la tradición. Desde el punto de vista civilista de Angel Sanz, fija la mirada en la teoría del título y el modo, es lógico que se completen y armonicen la presunción jurídica (título) y la posesoria (modo); pero desde el punto de vista hipotecario, a la luz del principio de legitimación registral, no se concibe tal postura. Además, nos parece peligroso involucrar el valor de la posesión como señorío de hecho (*jus possessionis*), con el que tiene como elemento exteriorizante del derecho real (instrumento de publicidad).

b) Efectos de la presunción adquisitiva *secundum tabulas*: Por mucho que hemos meditado, no hemos podido comprender qué servicio o efectos pueda suministrar la presunción posesoria del artículo 38, concebida, como *presumptio facti*, al artículo 35 de la nueva Ley. Parte éste del supuesto de hecho de una posible

haya sido entregada. Podrán discutirse las formas de la tradición y sus clases: natural, real, simbólica, *presunta, ficta, longa manu, brevi manu, constitutum possessorium*...; pero cuando no existan los problemas, se resolverán aplicando las reglas del Derecho de obligaciones. La inscripción del título adquisitivo, sin embargo, *transformará* la situación obligatoria en real, aunque en este supuesto los textos citados nada digan, mientras en el de tradición reconocerá el derecho real constituido. Es decir, será constitutiva o declarativa, según los casos.» (Jerónimo González: «El principio de inscripción en el Derecho hipotecario», R. C. D. L. 1925, página 773.)

(1) Véase *Comentarios* citados de Angel Sanz, pág. 188, letra C).

inexactitud registral, pero atribuye al titular, con presunción *juris tantum*, la posesión de hecho del inmueble, que de no ser destruida de contrario, acabará por concordar el Registro con la realidad exterior; pero ¿qué falta le hace al titular inscrito, ni para qué le puede servir la presunción posesoria del artículo 38? Le basta con el artículo 35, que le protege en forma sustantiva y autónoma y en grado mucho más enérgico y eficaz.

c) Efecto procesal: Ya reconoce el mismo Angel Sanz que es muy débil; pero, aun siéndolo tan débil, es también muy discutible que lo admitan los Tribunales de Justicia. El interdicto se regula exclusivamente por la Ley de Enjuiciamiento civil, y la nueva Ley Hipotecaria se inhibe de las cuestiones posesorias, que deja abandonadas al Código civil y a aquella Ley riuaria.

Si el titular inscrito entabla el interdicto, no podrá apoyarse en la presunción posesoria del artículo 38, para evitarse la prueba que exige el artículo 1.659 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ni el demandado tiene por qué destruir esta presunción mediante la prueba en contrario. Ambos contendientes están en pie de igualdad y, por tanto, sujetos a las mismas normas sustantivas y procesales en materia de posesión. Precisamente nuestra convicción de que la presunción posesoria del artículo 38, ó lo es de *jus possidendi* (tesis mía), o es inútil, absurda y perturbadora (tesis de Roca Sastre), radica en que la nueva Ley no da norma procesal hipotecaria, como lo hacía el legislador de 1909 y 1917, para las cuestiones posesorias, sino para el ejercicio de las acciones reales, en el artículo 41.

ALCANCE DEL ARTÍCULO 41

Con lo que llevamos dicho creemos haber despejado el camino para entrar con base firme y paso seguro ante el examen de los importantísimos problemas que tal artículo plantea.

Fundamentalmente se pueden reducir a tres: naturaleza del procedimiento, cuestiones que pueden plantearse y discutirse y su eficacia.

a) *Naturaleza*.—Este punto se halla aclarado por la doctrina, sobre todo por los fundamentales trabajos de D. Manuel de la

Plaza (1) y de D. Enrique del Valle Fuentes (2). Aceptamos, sin vacilación alguna, la opinión coincidente en el fondo de éstos.

El texto refundido, influido, sin duda, por la crítica señalada, sustituye la frase «proceso de ejecución» consignada en la Ley de 1944, por la de «el procedimiento que señalan los párrafos siguientes». Se trata, pues, de un procedimiento híbrido, intermedio, *sui generis*, típicamente hipotecario, establecido para la defensa de los derechos reales inscritos y derivado del principio de la legislación registral en su aspecto procesal, que no cabe encuadrarlo de una manera pura en los tipos de juicios conocidos, pero dotado, indudablemente, de la energía precisa para que los asientos del Registro no sean meras declaraciones formularias sin repercusión en la vida real.

Pero es indudable que dentro de las reglas procesales del artículo 41, tal y como queda redactado, no caben más que dos fases: una ejecutiva, si, provocada la oposición, ésta no se produce; otra contenciosa, sumaria y de efectos limitados. Esto es lo que afirma también D. Manuel de la Plaza (3), a mi juicio.

La fase ejecutiva, en la que nosotros vemos la más eficaz protección del derecho inscrito y que expresa o tácitamente se acepta por cuantos hasta la fecha se han ocupado de la materia, no aparece en los *Comentarios* de Angel Sanz, que, al contrario, la sustituye con una frase de jurisdicción voluntaria, con efectos muy limitados.

(1) En la nueva Ley Hipotecaria «se ha llegado a articular un proceso que no es ciertamente de cognición pura, que tampoco puede reputarse de pura ejecución, sino que, como suele decirse, está montado a dos vertientes, ni más ni menos que los procesos de intimación; por eso, cuando la oposición en potencia no se formule, los Tribunales actuarán ejecutivamente por la *sola virtud del título*, y entonces estaremos en presencia de un proceso de ejecución propiamente denominado así, aunque resulte un tanto matizado por la previa intimación en forma de emplazamiento. En los demás casos se tratará de un proceso de cognición abreviada, ni más ni menos que lo eran aquellos en que la alegación de excepciones quedaba limitada a los supuestos de *fácil demostración*». (D. Manuel de la Plaza: «Los principios fundamentales del proceso de ejecución», en *R. D. P.*, año 1945, pág. 84.)

(2) R. C. D. I., año 1946, pág. 8 y siguiente.

(3) Trabajo antes citado.

Estimamos, por el contrario, que esa fase de jurisdicción voluntaria no existe, ni puede existir, ni en el espíritu ni en la letra del artículo 41, ni mucho menos en las palabras sobre este particular de la exposición de motivos.

La fase de jurisdicción voluntaria, como la ejecutiva, sólo puede producirse por un hecho común a ambas tesis: la falta de oposición. Cuando ésta no surge, en el artículo 41 sólo quedan en pie, aparte del párrafo 2.º, que es neutral, los párrafos 1.º y 5.º, que reconocen y declaran la fuerza ejecutiva de los asientos del Registro. El párrafo 1.º, que concede al titular una acción real, que ha de apoyarse en el contenido de su derecho inscrito, y el párrafo 5.º, que ordena al Juez acuerde la práctica de cuantas diligencias exija la plena efectividad del asiento registral.

¿Cómo, pues, con estos materiales, hijos del principio de la legitimación registral, puede extraerse y formularse un acto de jurisdicción voluntaria con los limitadísimos efectos de tipo posesorio e interdictal que Angel Sanz le señala? ¿No implicaría ello un claro y lamentable retroceso al estado legal de 1927? Ahora el procedimiento no se inicia, como en 1927, por ningún acto de jurisdicción voluntaria; ni la oposición, si surge, se tramita interdictalmente, como dice el artículo 100 del Reglamento Hipotecario virtualmente derogado por la reforma, sino mediante el ejercicio de una *acción real* y por las reglas procesales del artículo 41.

Bien está negar a los asientos del Registro el valor de una sentencia judicial firme; pero negarle la fuerza ejecutiva, en los casos prudentes que prevé el artículo 41, equivaldría a desnaturalizar uno de los puntos más básicos de la reforma hipotecaria llevada a cabo. ¿Dónde, sino en esta fase, pueden tener entronque las palabras del Ministro de Justicia? (1).

(1) «El artículo 41 (se refiere a la Ley de 1909) de la misma Ley se propuso, según sus autores, atribuir al titular una protección más decidida; pero al orientarla hacia una situación de hecho ajeno al Registro, como ocurre con el derecho de posesión, dió lugar incluso a alteraciones de orden público de todas conocidas y a una nueva organización legislativa. Sin embargo, cualquiera que haya sido el resultado de dichas normas, han servido como antecedente y forjaron una aleccionadora experiencia de preciado valor para elaborar la reforma actual. Como reza el preámbulo, tratándose del ejercicio de acciones reales inscritas, no es preciso formar la convicción del Juez. La naturaleza, condiciones y efectos de los derechos

b) *Cuestiones que pueden plantearse y discutirse en la fase contenciosa.*—Es un acierto de Angel Sanz haber puesto de manifiesto que el titular extrarregistral puede reaccionar contra el Registro por tres medios (1). Pero aquí nos limitamos sólo al procedimiento contencioso del artículo 41. Y como dice también dicho eximio compañero, con frase técnica y precisa, «todo hecho, acto o conducta que pueda suponer una perturbación, lesión u oposición al derecho inscrito y que pudiera fundar el ejercicio de la acción reivindicatoria, negatoria, confesoria o cualquiera otra de naturaleza real, da lugar al procedimiento del artículo 41».

Pero téngase en cuenta que el titular registral se ha limitado a iniciar el ejercicio de la acción real, señalando los hechos en que consiste la perturbación, lesión u oposición a su derecho inscrito y a solicitar que se adopten medidas que el Juez estime necesarias para asegurar la sentencia que recayese, y que el que ejercita realmente la acción de contradicción es el titular extrarregistral, que ha de fundamentarla exclusivamente en las cuatro causas que señala el mismo artículo 41, añadiendo a ellas, con acierto, Angel Sanz la inexactitud de los hechos alegados en su escrito por el titular según el Registro.

Mirando, pues, a esas causas, y *desde el plano del titular extrarregistral*, hay que centrar la naturaleza jurídica de las cuestiones que puedan plantearse y discutirse. Y basta una simple lectura de las mismas para darse cuenta que van dirigidas contra situaciones jurídicas constantes en el Registro; es una demanda de contradicción contra el Registro y, por tanto, es rotunda y terminante la afirmación de que no cabe plantear ni discutir cuestiones posesorias,

que sirven de base al procedimiento aparecen claramente definidos en los asientos registrales que, por ministerio de la Ley, deben presumirse exactos e íntegros, mientras no se demuestre lo contrario. De ahí que la nueva redacción del artículo 41 preceptúa que las acciones reales podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución, con los requisitos que taxativamente se señalen. De este modo, el titular, según el Registro, gozará de la adecuada y eficaz protección que exige su propia condición jurídica, evitándose que, al socaire de pretendidos derechos, resulte poco menos que irrisoria la protección debida al que de buena fe contrató al amparo del Registro.» (Párrafo del Excmo. Sr. Ministro de Justicia, D. Eduardo Aunós, en su discurso de defensa del proyecto de reforma ante las Cortes.)

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 326.

ya que actualmente el Registro no puede reflejar ni recoger en sus asientos nada de tipo posesorio, como ocurría antes de la reforma.

Las causas de falsedad, doble inscripción contradictoria y falta de identidad del objeto, se refieren a inexactitudes registrales relacionadas con meros hechos; causas bien explicadas por Angel Sanz, y no ofrece su comprensión y alcance dificultad alguna.

Los problemas cruciales y candentes surgen en la causa segunda. Con arreglo a ella, el demandante ha de fundar su demanda en una *posesión con título*, no en el hecho de la posesión, sino en un mejor derecho de posesión derivado de «contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción».

¿Es posible que haya quien dude de que en el artículo 41, ni por las reglas procesales de éste, ni por la naturaleza jurídica de las causas de oposición que admite, no cabe nada de tipo posesorio ni de jurisdicción voluntaria?

Examinemos ahora por separado los dos supuestos que caben en la causa segunda: posesión con título no inscrito y usucapión.

1.º *Posesión con título no inscrito.*

Al fundamentar el titular extrarregistral la demanda de contradicción en una posesión con título no inscrito, éste podrá ser de dominio o de algún otro derecho real que lleve aneja la posesión. Claro es que también podrá ser un derecho personal, pero esto no tiene importancia para el tercero hipotecario, ya que la posesión arrendaticia goza de una enérgica protección legal que hoy nadie desconoce.

Podría pasar, por parecer justa, la interpretación extensiva de Angel Sanz a la frase «relación directa con el último titular o con titulares anteriores», aun cuando tal interpretación, por empeorar la situación del titular inscrito, parece ser dudosa y discutible. Ahora bien: donde la posición civilista de Angel Sanz resulta asaz apasionada, perturbadora y despectiva para la doctrina hipotecaria es al afirmar rotundamente que el poseedor con título no inscrito, con su simple oposición, enerva y paraliza el procedimiento del artículo 41 y obliga al titular inscrito a que sea éste el que accione en juicio declarativo (1). Todavía refuerza más esta posición equi-

(1) «Esta posición del legislador parece, a primera vista, quebrantar

vocada al fijar el alcance de los efectos de la fe pública registral, pues niega eficacia al artículo 41 para tomar posesión de la cosa, obligando al titular inscrito a entablar la acción reivindicatoria si existe un poseedor con título no inscrito (1).

Resulta, pues, que contra todo lo que llevamos dicho y razonado, apoyado en razonamientos fríos y objetos tomados del texto y espíritu de la nueva Ley y de su exposición de motivos, en el procedimiento del artículo 41, según Angel Sanz, no cabe discutir cuestiones jurídicas (salvo la usucapión y las que derivan de las tres restantes causas del artículo 41), sino simples cuestiones de mera perturbación posesoria producidas por poseedores sin título o sin *animus domini*.

Ante esta interpretación, ya no me extraña que Angel Sanz vea en la presunción posesoria del artículo 38 una presunción del hecho de la posesión, que perciba una fase de jurisdicción voluntaria en

duramente la fe pública registral. El artículo 23 (hoy 32), derogado establecía expresamente que los títulos inscribibles no inscritos no surtían efecto en cuanto a tercero, aunque, suprimido este artículo, es indudable la vigencia de la misma doctrina. Pues bien: la posibilidad de que el opositor del artículo 41 invoque frente al titular estos títulos no inscritos, parece ser opuesto a ella. Sin embargo, no es así; debe observarse que mientras el artículo 34 es de carácter sustantivo y general, el 41 es de carácter puramente procesal y sus reglas son especialísimas, pues se limita al procedimiento de ejecución que en él se regulan. Con arreglo al primero, nunca pueden prevalecer contra el titular inscrito los títulos no inscritos *en perjuicio de su derecho*. Conforme al segundo, estos títulos pueden invocarse *en perjuicio del procedimiento especial ejecutivo*, es decir, al solo efecto de paralizar e impedir éste, sin detrimento del derecho del titular, que podrá ser invocado siempre en juicio ordinario. El alcance del artículo 41 es, pues, exclusivamente, privar al título no inscrito de esta fuerza ejecutiva frente al poseedor con título.» «El fundamento de esta solución es muy claro. Cuando el titular se encuentra frente a un poseedor que no lo es en virtud de título, la cuestión que se plantea es más de Derecho que de hecho, no es una simple y mera perturbación. La protección por el artículo 34 exige ciertos requisitos, cuya existencia debe ser apreciada judicialmente, lo cual, unido a que por este mismo medio debe determinarse si el título del poseedor tiene o no virtualidad suficiente para reaccionar contra el titular, plantea la cuestión en términos que exceden de los límites de este proceso especial y exige el planteamiento del juicio declarativo.» (Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 322.)

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 268.

el artículo 41 y que, cerrando su postura equivocada, dé a la resolución judicial que dicte el Juez, cuando no se formula oposición, en cumplimiento de lo ordenado en el párrafo 5.º del artículo 41, el valor de un acto de los comprendidos en los artículos 1.638, 2.058 y 2.059 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el que no cabe el lanzamiento directo, sino a través del rodeo del desahucio, previa conversión del poseedor en precarista, postura regresiva que, como hemos dicho antes, nos dejaría la reforma en el punto muerto del año 1927 (1).

Es otra muy distinta la interpretación que debe darse. La nueva Ley, en el artículo 41, para evitar los posibles abusos del titular inscrito y los peligros y perturbaciones que dicho artículo ocasionó en el pasado, protege también al titular extrarregistral dándole armas de defensa contra la inscripción. Por ello, puede alegar su posesión fundada en títulos no inscritos: en todo caso, sea su derecho real o personal, contra el titular inscrito que no tenga frente a él la condición de tercero hipotecario; con las limitaciones hipotecarias pertinentes, cuando se enfrente con un titular inscrito protegido por el artículo 34. Pero siempre el Juez admitirá la demanda de contradicción y la tramitará por las reglas procesales de los incidentes, fallando a favor de quien proceda con arreglo a Derecho, cosa muy distinta de enervar y paralizar el procedimiento del artículo 41, obligando al titular inscrito a entablar juicio declarativo. Y el Juez fallará siempre a favor del titular inscrito protegido por el artículo 34, porque, conforme al artículo 32 de la nueva Ley, ahora, como antes, los títulos no inscritos o anotados no perjudican a tercero, declaración legal absoluta y fundamental, viable, tanto en la vía declarativa como en la especial del artículo 41, que es un procedimiento para discutir cuestiones jurídicas, de juego reivindicatorio, como dice Roca Sastre, aunque de efectos menos enérgicos, ya que la sentencia que se dicte no produce excepción de cosa juzgada y deja abierta la vía declarativa. Si para tomar posesión material de la cosa, el titular inscrito recurre al procedimiento del artículo 41, poco importa que el perturbador tenga o no título, pues si lo tiene y no hace uso de su derecho de oposición, el Juez, ante la falta de ésta, pondrá al adquirente en posesión de la cosa,

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 325.

sin necesidad de que el titular inscrito tenga que irse forzosamente a la vía declarativa.

2.º *Usucapión* (posesión con título o sin el).

En el complejo juego de problemas espinosos y difíciles que plantea el examen de artículo tan fundamental como el 41, tócanos ahora tratar del punto importantísimo y vidrioso de las relaciones entre la usucapión *contra tabulas* y el Registro.

La materia, después de la reforma, ha sido bien tratada y con todo detalle por Angel Sanz, Núñez Lagos, Bérnago, Azpiazu, La Rica y otros, y esto nos desbroza mucho el campo. Por ello, yo, en gracia a la brevedad y para no hacer interminable este trabajo, me voy a limitar a articular en claras conclusiones mi posición sobre tan fundamental materia, englobando en ellas tanto el caso de prescripción sin título («extraordinaria»), como con título y buena fe (ordinaria). Son estas mis conclusiones:

1.ª Tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria se dan contra el titular inscrito: Interpartes siempre, con arreglo al Código civil; contra tercero protegido por la fe pública registral, cuando: a), la conozca (mala fe); b), haya tenido medios racionales y motivos suficientes para conocerla (culpa lata); c), la haya consentido expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición. Con la doctrina de la culpa lata es difícilísima la posición del tercero hipotecario, tanto, que casi equivale a negarle la protección registral.

No aceptamos la doctrina de Porcioles y Azpiazu de que contra tercero protegido por la fe pública registral no cabe buena fe y justo título; es más exacta la posición de Angel Sanz (1). En cuanto a la prescripción extraordinaria, de naturaleza jurídica idéntica a la ordinaria, mi posición doctrinal es la de que sólo debía perjudicar a tercero protegido en los mismos términos que la ordinaria; pero en el orden legal reconozco en este caso la fuerza de los argumentos de Angel Sanz (2); no obstante, no me extrañaría que el Tribunal Supremo, que tiene la puerta abierta ante el silencio del artículo 36, modificara su posición y recogiera la doctrina hipotecaria, justa y exacta, que defendemos.

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 296, nota 22.

(2) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 300, nota 22.

2.^a La usucapión en curso perjudicará también al titular inscrito protegido por el artículo 34, si éste no la interrumpe en la forma y plazo indicado, y sin perjuicio de que también pueda interrumpirla antes de su consumación total. Este aspecto lo trata magistralmente Angel Sanz (1). Pero, mirando a la situación del poseedor *ad usucapionem* extrarregistral que carezca de título (usucapión extraordinaria en curso), vemos que éste está privado de toda defensa por el artículo 41, pues hasta que consuma la usucapión no es dueño, y por carecer de título no podrá fundar su demanda de contradicción en la causa segunda; por tanto, como simple poseedor sin título, no le ampara el artículo 41.

3.^a El que ha adquirido por prescripción puede accionar contra el titular inscrito conforme a la causa segunda del artículo 41: La posición contraria de Azpiazu (2) era cierta antes de la reforma, hoy no. El artículo 41, en su causa segunda, le protege expresamente, y ya hemos demostrado que la naturaleza de tal procedimiento es apta para discutir estas cuestiones jurídicas. El usucapiente fundará su demanda de contradicción contra el Registro en la usucapión ganada, y en la tramitación del juicio tendrá que probar su perfecta adquisición (esta prueba será, por la difícilísima, lo más duro de su situación y lo que, en la realidad de la vida, dará casi siempre el triunfo al titular inscrito), y si así lo realiza, dictará el Juez sentencia a su favor. No hay por qué exigirle el requisito previo de tener declarada su usucapión por sentencia judicial anterior, porque no se lo exige el artículo 41, ni podría exigirlo, dada su finalidad de proteger a los titulares extrarregistrales que lo merezcan contra el Registro. No se deja a la mera afirmación del prescribiente que ha adquirido por prescripción, sino que ha de probarla judicialmente en el procedimiento, luchando con el titular inscrito, parapetado éste en su cómoda posición de demandado protegido por el juego de las prescripciones registrales. El que la sentencia no produzca excepción de cosa juzgada, ni sirva para rectificar el Registro, concordándolo con la realidad, no es obstáculo alguno para que con estas limitaciones triunfe, si ha lugar, en ese procedimiento contra el titular registral, siguiendo

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, págs. 297 a 299.

(2) Véanse artículos publicados por D. José Azpiazu Ruiz, en R. C. D. I., año 1945, págs. 328 y sigs., 430 y sigs.

tranquilamente en la posesión y disfrute de la cosa usucapida. En sus manos está, si quiere una sentencia firme que rectifique el asiento registral contradictorio de su derecho, reaccionar contra la provocación o intimidación del titular inscrito, no por la vía del artículo 41, sino por la declarativa en juicio ordinario, pidiendo anotación de la demanda.

Desde su plano, siempre civilista y sustantivo, sostiene Angel Sanz (1) que el medio procesal adecuado para desarrollarse la prescripción es la excepción, ya que la finalidad sustantiva de la usucapición es, más que hacer adquirir el dominio, hacer imposible el ejercicio de la acción reivindicatoria; y, en su consecuencia, niega al titular inscrito el ejercicio de dicha acción, porque, al faltarle la tradición (¡verdadera bomba atómica contra el Registro!), no es dueño. Pero al no dejarle al titular inscrito más medios que el del artículo 41 para oponerse a la usucapición y hacer cesar el estado posesorio y no caber en él que el dueño extrarregistral pueda excepcionar su propia adquisición por usucapición, en vez de reconocer a éste su derecho a fundar la acción de contradicción en la causa segunda del artículo 41, se limita a decir que podrá ejercitarla por la vía declarativa contra el titular inscrito.

Nuestra posición la estimamos más clara. El que ha adquirido por prescripción y es provocado por el titular inscrito, puede alegar (nunca excepcionar) su propia adquisición por usucapición, ejercitando la acción de contradicción que expresamente le concede la causa segunda del artículo 41; y si en este procedimiento es vencido, le queda el derecho de accionar de usucapición por la vía declarativa, o irse directamente a ésta, renunciando a su derecho a accionar por el artículo 41.

Los demás problemas de la prescripción no interesan a los fines de este trabajo.

c) *Eficacia del procedimiento.*—Como se deduce de cuanto llevamos dicho, para perfilar y coneretar la eficacia o efectos del procedimiento hay que partir, prescindiendo de calificaciones terminológicas, del contenido de las normas procesales que regula el artículo 41, y de ellas surge la imperativa necesidad de distinguir dos supuestos o fases, según se produzca o no la oposición: si

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, págs. 295 a 297.

ésta no se formula, si no hay controversia, por la sola fuerza de la inscripción surge la fase ejecutiva; en caso contrario, la sumaria contenciosa. Técnicamente hablando, la fase contenciosa por la vía declarativa no es tal fase, porque se da siempre y en todo caso por ser básica y fundamental para la defensa en toda colisión de derechos: encarna la suprema garantía procesal.

1.ª Fase ejecutiva: Surge directamente del párrafo 5.º del artículo 41, que textualmente dice: «En caso de incomparecencia, de no prestar caución o de no formular la demanda en el referido plazo, se dictará auto acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la *plena efectividad del derecho inscrito*.»

Para mi temperamento, enamorado de las ideas rígidas, sencillas y diáfanas, bastaría referirnos a todo lo que llevamos dicho en este trabajo, sin tener que añadir una palabra más; no obstante, cerramos con el siguiente último razonamiento:

A través de una lenta elaboración hemos llegado a la finalidad que viene persiguiéndose desde el año 1909, y hoy resulta fruto sazonado tener un procedimiento adecuado a la defensa de la propiedad inscrita, sin que exista ya la posibilidad de emplear los fusiles como mazas, con cuya imagen criticaba el maestro (1) a los reformadores de 1909, al querer resolverlo todo por la vía posesoria.

2.ª Fase contenciosa: Realmente, no necesita aclaración alguna el precisar sus efectos. El Juez dictará sentencia, apelable en ambos efectos, por el trámite de los incidentes, con arreglo a lo que proceda en Derecho. Firme esta sentencia, se ejecutará lo que

(1) R. C. D. I., año 1927, pág. 751, «La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400». «La posición radical del legislador de 1909, para el que todos los derechos reales son capaces de producir situaciones posesorias, y que, admitiendo la posibilidad de impugnar la inscripción, como inexacta, no permitía, según algunos, discutir la posesión en sus procedimientos característicos, ha de estimarse como uno de los episodios de la lucha de la inscripción contra la posesión. En el último cuarto del pasado siglo, la práctica hipotecaria ha tratado de responder a la vida real, y los Registros rurales de la propiedad se transformaron en Registros de la posesión. Ahora se intenta resolver el problema sustituyendo la protección hipotecaria por la posesoria. Nueva señal de impotencia: se adopta el uniforme y las armas del enemigo para introducir el pánico en sus filas, y la confusión es general.»

«El sistema hipotecario tiene medios adecuados a la defensa de la propiedad y gana poco empleando los fusiles como mazas.»

proceda ; no produce excepción de cosa juzgada, pudiendo cualquiera de las partes promover juicio declarativo sobre la misma cuestión, sin limitación de causa.

CONCLUSIONES

Primera. La presunción posesoria del artículo 38, ó se refiere al *jus possidendi*, o (caso de estimarse que esto implique una redundancia superflua, porque presumido el derecho en sí, se entienden presumidas todas y cada una de las facultades que lo integran) representa una supervivencia absurda y perturbadora.

Segunda. El artículo 41, con sus dos «vertientes», ejecutiva y sumaria-contenciosa, es un procedimiento especial, *sui géneris*, creado por la nueva Ley para la defensa exclusiva de la propiedad inscrita, sin que en sus normas procesales quepa discutir nada de tipo posesorio, interdictal o de jurisdicción voluntaria.

Tercera. La rígida eficacia o roqueña invulnerabilidad, según los casos, que debe tener el juego de las presunciones registrales, exigen con imperativo categórico, como cimiento básico e ineludible, un sistema de adquisición de los derechos reales que sustituya la tradición por la inscripción, o al menos, como en el Anteproyecto de Porcioles, que deje a la propiedad inscrita y a la no inscrita en compartimientos estancos nítidamente separados, sin interferencias posibles, o de haberlas, que dé preferencia en todo caso al Registro sobre la tradición.

La «consolidación y ratificación del sistema hipotecario español», en que se inspiró la Comisión del Proyecto de reforma aprobado (*Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 30), y que, en la forma que lo interpreta éste, destacado miembro de aquélla, deja reducida la presunción legitimadora del Registro, no al derecho en sí, sino sólo a uno de los elementos constitutivos de éste — título — (página 188) ; que en forma «aguada» reconoce el efecto procesal de la inscripción respecto al ejercicio de la acción reivindicatoria (página 192) ; que obliga al tercero hipotecario, cuando tropieza con un poseedor con título no inscrito, a entablar la acción reivindicatoria para poder tomar posesión real de la cosa (pág. 268), y que, además, le niega la acción reivindicatoria frente al dueño extra-

registral por usucapión (págs. 295 a 297); todo esto, aparte las demás irregularidades señaladas en el desarrollo de este trabajo, creo son, no palabras, sino hechos y razones suficientes para estimar equivocada y retrógrada la reforma en este punto básico y para volver la mirada con añoranza, cuando menos, al Anteproyecto de Porcioles. Solamente tenemos en pie para fortalecer la inscripción, a pesar de la modificación sufrida en la Ley unificada, el artículo 313. ¡Quiera Dios que los Juzgados y Tribunales lo interpreten rectamente, junto con el artículo 41!

JESÚS MARTÍNEZ-CORBALÁN.

Notario.

Sama de Langreo, 18 de mayo de 1946.

TEMAS DE INMATRICULACION

Generalidades sobre la inmatriculación en la Reforma Hipotecaria

SUMARIO:

- I) Literatura jurídica sobre inmatriculación que debe tenerse en cuenta para su examen.
- II) Visión rápida de la reforma.
- III) La inmatriculación como forma de adaptar el Registro a la realidad jurídica: a) Inexactitud registral negativa (carencia de inscripción); b) Corrección de esta inexactitud (inmatriculación).
- IV) Bases de la inmatriculación según la reforma.
- V) Procedimientos inmatriculatorios y requisitos comunes a todos ellos:
 - A) Derecho del transferente.
 - B) Publicidad a terceros interesados.
 - C) Examen del Registro.
 - D) Suspensión de efectos.

I) Como antecedente previo para la formación de un concepto claro de la gestación de la Ley de 1944 precisa evocar nuestro Derecho científico, reflejado en la literatura jurídica que sobre inmatriculación ha visto su luz en España.

Por no hacer este trabajo interminable citaremos sólo tres opiniones:

El Registrador Pozuelo y Lara, de inolvidable memoria, publicó en 1918 un Proyecto de Ley del Registro y Seguro de la Propiedad Inmueble, prologado por el Registrador Diego Pazos García.

En dicho proyecto atribuye a los Notarios y Jueces municipales la autorización del acta de dominio; admite la titulación supletoria de la posesión mediante la certificación del amillaramiento (hoy avance catastral) de manera idéntica a la Ley de 1869, derogada en este particular por la de 17 de julio de 1877; admite también las

actas posesorias notariales y ante el Juez municipal. Respecto a los títulos de adquisición de fincas no registradas a favor de persona alguna y otorgados con anterioridad al día en que empezara a regir la Ley, podrían inscribirse en el Registro, presentando los documentos fehacientes que acredite las dos últimas transmisiones y verificándose una sola inscripción. En cuanto a las adquisiciones anteriores a 1.º de enero de 1863, bastaba el último título otorgado antes de dicho día.

Los expedientes de dominio que este proyecto atribuía a los Notarios, y donde no lo hubiere, ante el Juez municipal, estaban regulados con tramitación análoga a las actas de notoriedad de la Ley de 1944. Así exigía la certificación previa del Registro, con la descripción de las fincas, cargas, título escrito o no de adquisición, relación de las tres últimas transmisiones, aun caso de ser segregada la finca, y nombre de los condueños. El acta se extendería a presencia de los interesados o apoderados de la persona de quien procedieran los bienes o sus herederos, de dos colindantes, de los condueños, del Fiscal municipal y tres testigos. Los edictos se insertarían en los sitios de costumbre del pueblo, en el local del Registro y en algún periódico de la localidad. El proyecto admitía también la inscripción de la posesión en la forma que queda antes dicha (1).

Como se ve, inicia o atisba modificaciones legales que luego han cristalizado en preceptos de la Ley de 1944, pero siempre con el pie forzado de la publicidad, citación de interesados e intervenciones que hicieran más asequible la inmatriculación.

Morell y Terry, al tratar la materia, se manifiesta contrario al sistema de admitir la inmatriculación de documentos en que no se justificara la adquisición, aun mediando una anotación previa no convertible hasta el transcurso de veinte años, y cree que esto redundaría en descrédito de la institución. Tampoco admite que se pudieran inscribir todos los títulos anteriores y posteriores a 1909, siempre que no estén inscritos los bienes a favor de persona alguna; esto es lo que luego admitió la Ley de 1924. Sin embargo, no deja de reconocer que mientras la inscripción sea voluntaria, éste sería

(1) Emilio Pozuelo y Lara e introducción de Diego Pazos García: *Proyecto de Ley de Registro y Seguro de la propiedad inmueble*. Madrid, 1918.

el precepto más lógico; pero, en definitiva, no lo admite por estimar que sería una anarquía completa que consentiría inscribir cuanto se quisiera y lo que se quisiera (1).

Con todos los respetos que la opinión de tan ilustre tratadista merece, la realidad jurídica es otra y no hay más remedio que reconocer que, mientras no se adopte el tipo de inscripción constitutiva, el único procedimiento inmatriculador fácil y con garantía jurídica no contradicha por la realidad es el procedimiento de inmatriculación notarial, absoluto, o el que luego llamaremos inmatriculación registral o ante el Registrador.

Villares Picó también ha publicado un proyecto de sistema inmobiliario que se basa en la inscripción de fincas no inscritas, acreditando el transferente, al Registrador, su pertenencia, mediante documento fehaciente. Admite, lo mismo que en los proyectos de otros Registradores, la necesidad de unos edictos en Ayuntamientos o en las parroquias. Reconoce la necesidad de que no tengan inmediata vigencia los efectos de estas inscripciones durante el plazo de un año. En cambio, es plausible porque, a diferencia de todo lo escrito y legislado, establece un procedimiento sencillo para suplir la falta de título por el transferente, mediante un escrito al Registrador expresando los nombres de los dueños en los últimos diez años y el del causante y coherederos si la adquisición fuere por herencia. Exige la presentación de certificación de amillaramiento y la declaración de testigos (colindante o contribuyentes) que digan bajo su responsabilidad si conceptúan dueño al titular del derecho al transferente. El Registrador, independiente de los otros edictos, dará también publicidad a esta información, y si no hubiera oposición, practicará la inscripción, que en este caso (falta de título escrito por el transferente) no perjudicará a tercero hasta transcurridos cinco años (2).

Nosotros, por no ser menos, en 1934 publicamos en REVISTA CRÍTICA un trabajo sobre la inscripción forzosa, y como notas destacables del mismo, al que nos remitimos, están:

- a) La simplificación de trámites para la inmatriculación;
- b) La economía en la misma; y

(1) Morell y Terry: *Legislación hipotecaria*.

(2) Villares Picó: *Efectos de la inscripción y nuevo sistema inmobiliario*.

c) La propugnación de las actas posesorias notariales (1).

II) Toda esta literatura que hemos citado, y otros muchísimos trabajos más y opiniones de tratadistas, llevaron su corriente reformatoria a las alturas y cristalizó en el nombramiento de una Comisión encargada de la reforma de la Ley Hipotecaria.

La Dirección de Registros remitió al Colegio de Registradores un proyecto de Reforma del Código civil y de la Ley Hipotecaria, que en lo relativo a la inmatriculación aspiraba a lograr el mejor paralelismo entre la realidad físicojurídica y el Registro, estableciendo y regulando un procedimiento general de inmatriculación ante Notario según las reglas de las actas de notoriedad.

Tiene la importancia este proyecto de dar estado oficial a la palabra inmatriculación.

Previo detenido estudio de los ilustres componentes de la Comisión, a los que desde aquí rendimos nuestro homenaje, cristalizó toda la labor en el proyecto de Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria remitido a las Cortes en 27 de abril de 1944.

Este proyecto de Ley, que a nuestro entender centraba con mejor sentido jurídico de indiscutible acierto el procedimiento inmatriculatorio que la Ley luego aprobada por las Cortes, estableció que la primera inscripción de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará mediante:

a) El título público de su adquisición, otorgado por persona que haga constar de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dicho título;

b) El acta de notoriedad, tramitada ante Notario sin intervención de ninguna otra autoridad; y

c) El expediente de dominio en audiencia verbal ante el Juzgado municipal si el valor total de la finca o fincas comprendidas en el expediente era inferior a 5.000 pesetas, y con audiencia ante el Juez de Primera instancia del partido en los que excediere de dicha cantidad.

Pero este proyecto, que tenía el indudable mérito de conservar el procedimiento inmatriculatorio del título público no comprendido en el primitivo de la Comisión y, además, daba flexibilidad a las actas de notoriedad y expedientes de dominio de escaso valor, no

(1) Ventura González: «La inscripción forzosa». REVISTA CRÍTICA, 1934.

fué conservado por las Cortes, y por razones que ningún técnico jurídico especializado en esta materia ha podido todavía comprender fué reformado, enrareciendo el ambiente de los dos medios inmatriculatorios del acta de notoriedad y del expediente de dominio en forma que podemos hoy afirmar, con la experiencia que veintisiete años de vida profesional nos confiere, de no haberse conservado el procedimiento inmatriculatorio del artículo 352, la inmatriculación sería hoy casi nula e imposible e inaccesible para la pequeña propiedad.

No es, sin embargo, nuestro pensamiento ceñirnos a un examen negativo de crítica, sino que, sin desconocer los defectos que pueda tener, hemos de procurar superarlos con una interpretación racional y humana que haga la labor más constructiva en orden al funcionamiento de los Registros, marcando a los profesionales del Derecho orientaciones y fórmulas que permitan en la práctica jurídica resolver los continuos casos que se presentan.

La reforma, ciertamente sería pueril desconocerlo, marca en nuestro sistema inmobiliario el comienzo de una etapa, en la que, sin pretender abominar del pasado, se sientan normas originales, se usa un moderno tecnicismo y se lleva a la vida jurídica preceptos también innovadores de desarrollo claro de los principios hipotecarios.

III) La inmatriculación, en la reforma de 1944, hoy la Ley de 8 de febrero de 1946, parte de la necesidad de armonizar la realidad con el Registro, sentando en su artículo 198 un principio básico que a nuestro entender eleva casi a principio hipotecario la inmatriculación. Dice así: «La concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral se realizará por la primera inscripción de las fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna.»

A *sensu contrario*, el artículo 39 entiende por inexactitud del Registro toda discordancia que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, inexactitud que cuando proviene de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria se rectificará por la toma de razón del título correspondiente cuando haya lugar a ello, según agrega el artículo 33.

Respecto a la persona que deba solicitar esta rectificación, el

artículo 40 dice que sólo podrá serlo el titular del derecho inmobiliario que no conste inscrito.

Una vez practicada la inmatriculación, se estima que el Registro coincide exactamente con la realidad jurídica; pues, como opina De Cossío, aunque parece más justo preferir la realidad a la apariencia, el Derecho se ve obligado a reconocer a esta última, que crea confianza en personas ajenas que hay que tutelar. Por ello los actuales sistemas de publicidad inmobiliaria dan preferencia a la titularidad aparente sobre la real, ya que favorece aquélla el tráfico de las fincas, sujetas a la ley de la oferta y la demanda (1).

Acorde con ello, el artículo 38 de la Ley reformada sienta la norma general de esta presunción de conformidad: Todo derecho inscrito tiene una existencia y una extensión que se presumen exactas. Todo titular es un poseedor presunto de hecho.

La reforma, es claro, tiene el indudable éxito de haber rectificado aquella inocente creencia del legislador de 1861, y sucesivos de 1909, 1922 y 1932, de que la inmatriculación era algo transitorio, y, como dice Uriarte, tiene el acierto, en su artículo 205, de proscribir en absoluto las inscripciones primeras por sí mismas, exigiendo que haya un fundamento anterior que sirva de título al transferente.

Como contrapartida es sensible que ni en las actas de notoriedad ni en los expedientes de dominio se haya dado satisfacción a lo que imperiosamente demandaba la realidad.

IV) De toda la materia expuesta se deduce, como lógica consecuencia, la existencia:

A) Que el principio general de la inmatriculación está comprendido en el artículo 7.º de la Ley reformada: la primera inscripción de los bienes inmuebles en el Registro será de dominio y se verificará con arreglo a los procedimientos regulados en el título VI de la misma Ley.

B) Que la posesión, como simple hecho de poseer, se expulsa del Registro y no puede, en lo sucesivo, ser objeto de inmatriculación registral, aunque, como dice Genovés, con ello se restablece la pureza de nuestro sistema hipotecario (2).

(1) Cossío: *Lecciones de Derecho hipotecario*, pág. 10.

(2) Genovés Amorós: *La posesión y el Registro de la Propiedad*, 1945.

C) Que hay bienes que no pueden, en ningún caso, ser objeto de inmatriculación, o sean aquellos que no están en el comercio de los hombres (los templos, los bienes de uso público, etc.). (Artículo 12 del Reglamento Hipotecario.)

D) Que al lado de la inmatriculación voluntaria cabe admitir otra forzosa en algunos casos, como la inmatriculación previa para la inscripción de los derechos reales, que deben inscribirse en el folio donde conste inscrito el dominio de las fincas (art. 13 de la Ley reformada).

E) Que el hecho de ser, hasta cierto punto, voluntaria la inmatriculación en nuestra patria hace que tenga que ser atractiva, esto es, rodeada de aquellas facilidades de orden legal y económico que la hagan asequible, debido sin duda al sistema ilógico de nuestro Código civil, que, en vez de fijar la inscripción constitutiva, única garantía seria de la publicidad de las transmisiones y consiguiente seguridad de los derechos inmobiliarios, no abandonó de modo absoluto la teoría del título y el modo, como hizo el Código civil francés, ni se adaptó a las legislaciones suiza, sueca, alemana y austríaca de inscripción en el Registro como elemento esencial.

F) Que como forma externa de la inmatriculación precisa la existencia de una prueba escrita y de una transmisión.

V) A nuestro juicio, la legislación española actual admite cinco procedimientos inmatriculatorios: el judicial, el estrictamente notarial, el registral (escritura complementada con prueba ante el Registrador), el mixto (escritura con acta de notoriedad) y a la virtud de documentación administrativa.

Pero si se analizan aquellos caracteres comunes que exige la legislación, tanto española como extranjera, y el derecho científico reflejado en los diversos proyectos que quedan expuestos, es fácil concluir en la coincidencia de cuatro elementos necesarios para la inscripción o inmatriculación en el Registro:

- a) El análisis del derecho del transferente.
 - b) La publicidad a terceros interesados.
 - c) El examen del Registro en un momento u otro del proceso inmatriculatorio; y
 - d) La suspensión de efectos de los asientos que se practiquen.
- A) *Derecho del transferente.*—Entre las obligaciones que Hil-

senrad llama precontractuales está la preparación del título del transmitente para efectuar luego la transmisión inmatriculable, constituyendo un acto preparatorio o negocio jurídico preparatorio (1).

Y es que como ya se admitía en el Derecho romano (Cód. Jus., libro IV, título XIX, ley 12), el dominio se prueba por el instrumento de su adquisición y por cualquier otro medio de prueba.

Esta justificación del título del transferente ha sido reconocida por nuestros tratadistas.

Para Sánchez Román hay que distinguir entre la adquisición de los personales y la de los derechos reales. Para adquirir los primeros basta la voluntad del transferente. Para adquirir los segundos precisa, además de la voluntad o acto jurídico (contrato, testamento, etc) un derecho anterior sobre la cosa por parte del transferente en las adquisiciones derivativas acorde con el principio *nemo dat quod non habet*.

Jerónimo González, en sus *Principios hipotecarios*, admite que la preexistencia del derecho que se transmite en el patrimonio del transferente es un requisito importante de toda sucesión intervivos o *mortis causa*, pero no una *conditio sine qua non* de la tradición.

Quedan fuera de la misma, con ese riguroso criterio, las transferencias del no dueño, que tiene un poder dispositivo o un derecho real en cuya virtud puede enajenar la cosa, y las adquisiciones de buena fe hechas por contrato con el marido, heredero aparente, etcétera, del derecho moderno, que más que de la preexistencia de la cosa en el patrimonio del transferente, se desenvuelven los efectos de la transmisión partiendo de la legitimación del poder dispositivo, y con relación a inmuebles, el principio *nemo dat quod non habet* ha sufrido importantes restricciones. La preexistencia del derecho queda en todos estos casos sustituida por la existencia de una facultad de disponer o de una norma adjetiva que convierte en dueño al adquirente, aunque el transmitente no lo sea.

Para Clemente de Diego, cuando una cosa viene ya poseída por otro, no nos bastará con el acto unilateral de la toma de posesión, porque ello sería una usurpación, y será menester que contemos con el dueño que quiera transmitírnosla y *que pueda* (2).

(1) Arthur Hilsenrad: *Las obligaciones precontractuales*.

(2) *Derecho usual*, en colaboración con Posada y otros. Ediciones de «La Lectura».

Pérez Pujol, en su carta al insigne hipotecarista Oliver (citada por Jerónimo González en sus *Principios hipotecarios*, pág. 112), afirmaba, con relación al derecho real cuando procede de un modo derivativo, que cuando este derecho real se adquiere de otro que lo posee de quien se deriva hay un sujeto activo, el adquirente, y dos sujetos pasivos, el cedente y todas las personas individuales y sociales. Pero en esta exposición, Pérez Pujol no entra en la entraña del título del transferente.

Y es que, en realidad, aun cuando el examen del título del transferente no deba ir precedido de una depuración absoluta e incluso, como ocurre en el procedimiento inmatriculatorio judicial, pueda ser sustituido por una citación o convocatoria a los anteriores poseedores o dueños para que puedan reclamar contra la inmatriculación pretendida, no hay que olvidar que para que el primer inscribiente tenga a su favor el aliciente de una garantía relativa de su inscripción precisa de un modo u otro darle un carácter de tercero civil no admitido por algunos tratadistas, pero que nosotros vemos claro en la relación entre el primer transferente conocido o tácito, el primer adquirente que al propio tiempo es segundo transferente y el segundo adquirente titular de la inmatriculación, quedando de esta forma dentro del ámbito registral la segunda transmisión y del área del Derecho civil las anteriores o antecedentes.

Y ello nos recuerda aquel individuo que, dedicado a presentar en calidad de invitados a sus amigos en determinada casa, fué interpelado por el dueño de la misma con la conocida frase: «¿Y a usted quién le presenta?» Si, pues, en la vida de relación se precisa una confianza en el que sirve de intermediario para facilitar la comunicación entre dos personas, con mucha mayor razón habrá de exigirse este conocimiento en el transferente que provoca la transmisión inmatriculable.

Cierto es que esta teoría de la inmatriculación de modo permanente, condicionada por lo expuesto, no ha estado siempre en vigor cuando se basaba en una fecha tope de documentos anteriores a ella en los que no exigía prueba alguna al transmitente, como lo fueron las Leyes de 1861, 1909, 1922 y 1932.

B) *Publicidad a terceros interesados*.—Podrá opinarse si los edictos deben o no insertarse en los periódicos oficiales o en los de determinada localidad, si la publicidad debe alcanzar hasta lugares

apartados, como las parroquias o concejos; si deben reducirse a los Juzgados municipales o a los organismos administrativos también municipales, y en todo caso, si deben o no exponerse en el Registro. Pero toda la legislación y todos los tratadistas coinciden, de modo absoluto, en la necesidad de que el asiento de la inmatriculación tenga, además de la publicidad normal del Registro, una publicidad extrarregistral que facilite el conocimiento de lo que se va a realizar por parte de cuantas personas pudieran estar interesadas, ya que de esta manera el asiento a practicar tendrá mayor garantía. Y no empece esto a que en algún caso extraordinario, cuando por la antigüedad del título no sean de temer tantas reclamaciones, se prescindiera de dicha publicidad extrarregistral, como ocurre en el caso previsto en el artículo 90 del Reglamento con relación a los documentos anteriores a 1.º de enero de 1932.

C) *Examen del registro.*—De nada serviría rodear el procedimiento inmatriculatorio de las mayores garantías si el derecho inmatriculable estuviere en contradicción con algún derecho ya inscrito, amparado por el principio de prioridad: *Prior tempore potior iure.*

El examen del registro ha sido, es y será inexcusable. Mas difieren los procedimientos inmatriculatorios en la fijación del momento para verificar la busca en los libros hipotecarios, pues mientras en el procedimiento judicial y en el de acta de notoriedad precisa, a semejanza de como se había venido practicando hasta ahora para la extramitación de los expedientes posesorios y de dominio, la expedición de una certificación negativa previa, en los demás procedimientos la busca se practica en el momento mismo que precede a la inmatriculación con el riesgo que ello lleva de haber confeccionado un título que no puede ser inscrito. Claro es que en la práctica es corriente un examen previo del registro antes de redactar el título a inmatricular.

Pero mayores dificultades que la fijación del momento ofrece el modo de practicar esta busca nada fácil.

Nosotros, en nuestro trabajo sobre la «identificación de fincas» (REVISTA CRÍTICA), fijábamos como regla general que para la identificación de fincas descritas en documentos de enajenación o gravamen con otras ya obrantes en los libros registrales, el criterio a seguir debe ser restrictivo en el sentido de considerar que no es la

misma finca aquella en cuya descripción se note alguna discrepancia sustancial, mientras que, a la inversa, cuando la busca se practica para inmatricular debe sentarse la presunción de que puede ser la misma finca aquella finca inscrita que coincidía en algunos detalles con la a inmatricular.

En ambos casos el Registrador se sitúa legalmente en un estado de duda, en el que le ampara la doctrina de la Resolución de 26 de marzo de 1927, digna de todo aplauso.

Y son causas de esta facultad discrecional del Registrador, según la aludida resolución:

- a) La falta de un Catastro perfecto.
- b) La deficiencia de los datos descriptivos consignados en las inscripciones.
- c) El desconocimiento oficial del Centro directivo (lo mismo que el registrador) de la topografía del lugar en que esté sita la finca.

Los medios ordinarios de busca son: los índices de fincas rústicas (debiendo considerarse no sólo el nombre de la partida o pago, sino el sitio), los índices de fincas urbanas (fijándose cuidadosamente en los cambios de nombre que hayan sufrido las calles y en los cambios de numeración) (1).

Aunque la Resolución de 27 de mayo de 1938 acuerda que la busca por el índice de personas no es necesaria para practicar la inmatriculación, nosotros, respetuosos con el Centro directivo, estimamos no debe cobrarse, pero, sin embargo, consideramos de indudable valor el examen del índice de personas que en multitud de casos nos ha dado la clave de la contradicción existente entre fincas ya inscritas y las que se querían inmatricular evitándonos la consiguiente responsabilidad.

No obstante no establecerlos la Ley, son medios supletorios de identificar las fincas: el conocimiento particular, bien directo del Registrador, bien por los oficiales, y así lo reconoció la Resolución de 17 de marzo de 1863, que facultó a los Registradores para cerciorarse de la identificación de las fincas acudiendo a las Secretarías de Ayuntamiento por persona de su confianza.

(1) Ventura González: «La identificación de fincas». REVISTA CRÍTICA, 1940.

El Catastro también puede ser un elemento útil para la identificación, y así lo resolvió la Dirección General en reciente Resolución de 23 de mayo de 1944.

De esta busca no está libre ni aun la inmatriculación administrativa de bienes que se suponen proceden directamente del Estado, como ocurre con las concesiones mineras. Y así lo aceptó la Resolución de 7 de mayo de 1913.

Como inciso, y a título de caso jurídico a estudiar y resolver, hemos de citar la Resolución de 25 de julio de 1936, inserta por don Odón Loraque, Notario de Córdoba, en su *Apéndice al Repertorio de Jurisprudencia Hipotecaria*, que plantea el problema de si extendida una anotación de suspensión de embargo por falta de la previa inscripción, pueden inmatricularse a favor de un tercero, que no sea el ejecutado, los bienes de que se trate.

La Resolución de 22 de octubre de 1945 resolvió el caso en el sentido de que la existencia de una anotación de suspensión de anotación de embargo por faltar la previa inscripción de dominio a favor del ejecutado, no cierra los libros hipotecarios para la posterior inmatriculación voluntaria del mismo dominio a favor de aquél. Luego, a *contrario sensu*, hay que deducir que sí los cierra cuando quien pretende inmatricular es un tercero. Parece apoyarse la Dirección General, para llegar a esta conclusión indirectamente, en el artículo 17 de la Ley tal cual aparece redactado en la reforma de 1944.

D) *Suspensión de efectos*.—Temeroso el legislador de que la inscripción practicada no fuere suficientemente conocida por las personas a quienes pudiera perjudicar establece, como norma general, la suspensión de efectos durante un lapso de tiempo.

Es materia íntimamente ligada con las consecuencias del asiento inmatriculatorio, que tendremos ocasión de analizar posteriormente, pero baste, para nuestra visión conjunta de la materia, apuntar el hecho, si bien en algún caso, como en la inmatriculación de documentos anteriores a 1.º de enero de 1863, éstos surten inmediatamente todos sus efectos (art. 90 del Reglamento).

ANTONIO VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ.

Registrador de la Propiedad.

La Nueva Ley Hipotecaria y el «tercero» ⁽¹⁾

A) En la nueva Ley Hipotecaria, interina hasta la definitiva, el legislador arrancó del binocular el lente de la izquierda, o artículo 23, párrafo 1.º, por medio del cual el legislador antiguo asignaba al titular inscrito los beneficios del sistema, implantando así el mismo sistema.

De dicho artículo había dicho el Ministro Fernández Negrete, al presentar al Congreso la Ley de 1861, que condensaba toda la Ley; y en la exposición de motivos de la misma podemos leer: «El principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una de las bases de la Ley.»

Suprimido quedó. ¿Ha ocurrido algo? Nada.

Por lo menos los *iniciados* no lo han percibido, cegados por su luz interior.

Y en realidad no ha ocurrido nada porque la clave, la idea, sigue viva en el artículo 606 del Código civil: «El titular inscrito detiene en su beneficio, en los términos y en la extensión que la Ley Hipotecaria determine al imponer el sistema registral, los efectos del sistema civil.»

Y como la Ley Hipotecaria antigua no determinaba nada, limitándose a repetir el artículo 606 del Código civil, *escamoteando el sistema*, ahora, suprimido el artículo 23, no se percibirá el escamoteo, ya de antemano realizado por los primitivos legisladores.

En cuanto a los no *iniciados*, habrá que exigirles que fuercen un poco sus dotes de credulidad. (Ahora, en la Ley definitiva, vuelve el artículo 23, reproducido en el 32.) Eso es todo.

(1) Véase el número 218 de esta REVISTA.

B) El mismo legislador, en la nueva Ley Hipotecaria interina, y en la definitiva, ha arrancado también del binocular el lente de la derecha, o artículos 25 y 27, mediante los que repetía la enunciación del pretendido sistema registral, duplicando su visión.

No ha pasado nada. Sencillamente, porque bastaba el otro lente del binocular. En esencia, este lente era innecesario, además de impropio.

Los *iniciados* ni siquiera percibirán su supresión.

Menos todavía los no *iniciados*, porque no lo utilizaban, sirviéndose tan sólo, con mayores o menores dificultades, de la más asequible y fácil visión que les brindaba el lente de la izquierda, o artículo 23, párrafo 1.º (ahora, 32 moderno).

Pero el legislador se refiere, sin duda alguna, al tercero vulgar o gramatical en los artículos 28 y 205 de la Ley definitiva, que son los mismos artículos 23, párrafo 2.º, y 20, párrafo 3.º, de la Ley anterior, que en ésta fueron dictados para excepcionar el sistema ordenado desde el punto de vista del tercero vulgar de los artículos 25 y 27. De este punto de referencia no ha quedado rastro en la nueva Ley y, por lo tanto, están montados en el aire los artículos 28 y 207 y carecen los terceros que invocan del punto de referencia—tercero vulgar—desaparecido de la Ley con aquella supresión y carentes, como antes, además, de significación científica jurídica.

Será difícil, hasta para la credulidad de los no *iniciados*, sustituir el peldaño eliminado—artículos 25 y 27—para saltar hasta los artículos 28 y 207, dando a éstos un significado que no tenía otro punto de apoyo que el peldaño suprimido—tercero gramatical o vulgar—, mediante el cual, de toda la masa de extraños «terceros» de los artículos suprimidos, favorecidos por el sistema, se extraían unos terceros especiales—los de los artículos 28 y 207 actuales—que, siendo tan extraños y vulgares como los otros, excepcionaban la regla de aplicación del sistema. Juego anticientífico y extraño de terceros vulgares, al que por faltar el punto de referencia, erróneo pero eficaz, anterior, desafía ahora todo intento de razonamiento lógico que permita su aplicación a los casos de excepción—28 y 207—en la forma antigua, que es, sin duda, la que los modernos legisladores desean continúe.

Y por estas razones, que impedirán a los *iniciados* invocar idealmente a un tercero anticientífico, en defecto de ley, les será difícil

dar a los casos de excepción examinados el valor pretendido por los legisladores, si por un momento se deciden a cortar la corriente de su iluminación interior, quedando frente a frente con la Ley.

En tan crítica posición se planteará el problema ante el Juez *iniciado*, que, no obstante, ha de sujetarse al articulado legal.

Veamos algunos supuestos:

1. El titular dominical inscrito es interpelado por un titular no inscrito de dominio o derecho real limitativo que alega su mejor derecho dominical o la existencia de un derecho real contrario al título inscrito.

En la legislación anterior era directamente defendido por el artículo 23, párrafo 1.º, corroborado por el 606 del Código civil.

En la Ley provisional, suprimido aquél, tendría que apoyarse en este precepto civil. (Y en la moderna definitiva, en el 32.)

2. Pretensión de ejercitar una acción de rescisión o resolución contra un contrato anterior cuya efectividad alcanzará a lesionar de rechazo al titular derivado inscrito.

En la Ley anterior el inscrito se defendía alegando que era el tercero designado por el artículo 36, ya que el 23, párrafo 1.º, demostraba que era sinónimo de titular inscrito el *tercero* enunciado por la Ley Hipotecaria.

En la nueva Ley provisional esta referencia al artículo suprimido se hacía imposible, obligando a entroncar la demostración refiriéndola al artículo 606 del Código civil. (En la moderna definitiva, la referencia se hará al 32, en relación al «tercero» designado por el párrafo 1.º del 37.)

En cuanto a los casos de excepción que señala el artículo 37, todos ellos son innecesarios, y una vez suprimido el mismo artículo de la Ley anterior, no hacía falta el del mismo número de la Ley nueva, evidentemente en cuanto a los dos apartados primeros y también en cuanto al tercero o enajenaciones en fraude de acreedores, porque sin el mismo tampoco excepcionaría el sistema de Registro al sistema civil en caso de gratuidad o mala fe, y los cuatro años del último párrafo del mismo son los mismos de la prescripción civil de la acción.

3. Ejercicio de acción de nulidad.

En la Ley anterior, como en la nueva, prosperaría la que se contrajera a los vicios y presupuestos del mismo contrato inscrito,

salvo el de la preexistencia, interpretando en tal sentido el artículo 33 y el párrafo 1.º del 34 nuevo.

Y en cuanto a la nulidad del título anterior o del titular de quien adquirió su derecho el posterior inscrito, había de dejar a salvo los de este inscrito, lográndose todo ello mediante al artículo 34 anterior con la perfección nacida sin duda de no utilizar la expresión tercero, si bien al darle su defensa debió exigir además que lo fuera de buena fe.

Así lo hace el 34 moderno, añadiendo esta nota a las anteriores, pero por contra usa el término tercero con indudable significado de titular inscrito, lo que obligará a identificarlo mediante referirlo al artículo 606 del Código civil, durante la vigencia de la Ley provisional, y refiriéndolo ahora al artículo 32 de la moderna definitiva.

4. Un titular no inscrito, tanto si es heredero no aparente como si es un titular de dominio o derecho real, que pudo alegar válidamente su derecho hereditario contra el heredero aparente inscrito, o su dominio o derecho real válido contra el causante de este heredero inscrito, o ejercitar sus acciones de nulidad, rescisión o resolución contra el título del causante, se halla ante la inscripción a favor de un heredero no forzoso de dicho causante. (Artículo 23, párrafo 2.º de la Ley antigua, 28 de la moderna definitiva.)

El juego del sistema registral, según los principios hipotecarios, y sin duda como resultado querido por el legislador al dictar la Ley en los artículos examinados, es el siguiente: a), el heredero aparente o titular hereditario inscrito, antes o después de los dos años, puede ser interpelado por aquellos otros titulares que se expresaron, en tanto no haya una inscripción derivada, porque, según el principio de onerosidad, el sistema de Registro le coloca en la misma posición jurídica que su causante, que pudo ser interpelado y vencido, y personalmente su título de heredero es también atacable en tanto no haya inscripciones derivadas del mismo; pero tan pronto como la inscripción de tal heredero se deriva otra, la interpelación contra la inscripción del causante o el ejercicio de las acciones contra la misma o contra la del heredero inscrito, no alcanzan al titular derivado a título oneroso, si han transcurrido dos años desde la fecha de aquella inscripción (o desde el fallecimiento del causante, según la Ley nueva); y b), salvo aquella

excepción, no obstante el plazo, y sea antes o después de los dos años, el sistema de Registro juega íntegramente respecto de los titulares derivados del heredero inscrito, entre ellos, perdiendo su fuerza el que de los mismos no inscribe su título frente al posterior que lo inscriba, etc., etc.

Bien se ve que para apresar estas ideas sutiles es insuficiente el término «tercero». Es curioso observar que se podrá dar el caso de que un titular derivado inscrito se oponga a la lesión con que le amenaza la alegación contra el aparente heredero inscrito o su causante después de los dos años, afirmando, por un momento, que él es el tercero o titular inscrito del párrafo 1.º del artículo 23 (hoy 32 moderno), no pudiendo ser perjudicado por el título no inscrito, y, seguidamente, añada que quien pretende aquella impugnación no tiene ese poder, porque pasado los dos años el pretendido impugnante es el tercero vulgar, a quien se eximió temporalmente (durante dos años) de ser el tercero perjudicable de los artículos 25 y 27 antiguos, que es el punto de referencia que argumentalmente se maneja para fijar el «tercero» del párrafo 2.º del 23, hoy artículo 28.

Todo esto, tan ilógico como necesario para lograr el fallo que reclama el sistema registral ideado, pudo hacerse, con violencia mental, en la Ley antigua. En la Ley provisional, la invocación del artículo 23, párrafo 1.º—de ser titular inscrito—, habría de sustituirse por la referencia al artículo 606 del Código civil, y ahora al artículo 32 de la moderna definitiva; y la referencia a los artículos 25 y 27 no podrá hacerse por desaparición de los mismos, quedando a cuerpo limpio la invocación a un sistema registral ideal.

5. Artículos 20, párrafo 3.º de la Ley anterior, 352 de la provisional y 207 de la definitiva.

Accionan con mayor delicadeza y finura: a), si el inscribiente lo es a título oneroso y existe un titular no inscrito que pudiera impugnar la realidad aparente del *título del transmitente* en que se basó la inscripción de inmatriculación (cuyas circunstancias fueron mencionadas en el asiento inmatriculador), o ejercitar acciones contra el mismo, podrá realizar la impugnación o ejercitar sus acciones tan sólo durante dos años desde su fecha en perjuicio del inmatriculante y de las inscripciones derivadas en su caso de la de éste;

pasado dicho plazo no hay impugnación ni ejercicio de acciones posible en su perjuicio, haya o no derivadas y, por lo tanto, ha actuado la inscripción del inmatriculador como una inscripción de titular derivado respecto del título antiguo que se menciona, con plenos efectos registrales después de los dos años; b), con esta excepción, aun antes de los dos años, rige para las inscripciones derivadas de la del titular de inmatriculación todo el sistema registral normal que nos es conocido; y c), si el inscribiente inmatriculador lo es a título lucrativo, ni antes ni después de los dos años goza de los beneficios del sistema, pues sigue ocupando la posición jurídica de su causante y para él no actúa el sistema aun pasados dichos dos años; pero si hay inscripciones derivadas, en éstas, antes o después de los dos años, actúa el sistema, con la salvedad de la posibilidad de impugnación, durante esos dos años, de la inscripción del inmatriculante o ejercicio de acciones contra su título, que hemos visto que les alcanzaría en sus consecuencias. Transcurridos los expresados años no caben en su perjuicio aquellas impugnaciones y ejercicio de acciones.

Y si estas ideas eran inapresables para las leyes anteriores, menos lo serán para los artículos 205 y 207 modernos, teniendo en cuenta que el término «tercero» utilizado por éstos, como por el artículo 20, párrafo 3.º, antiguos, han sido dictados y no tienen otro punto de referencia que el significado asignado a dicho término en los artículos 27 y 25 de las Leyes antiguas, suprimidos en la nueva.

6. Buena fe y onerosidad.

Estas notas, necesarias al titular registral para el goce de las ventajas del sistema, carecían de expresión directa en la Ley anterior, como sabemos, del mismo modo que conocemos los caminos seguidos para su admisión.

En la nueva Ley tampoco hay una imposición general de tales principios, limitándose a exigir tales notas al titular en los casos fundamentales; suprimido en la Ley provisional el artículo 23 con que pudieron ser referidas en términos generales al titular que enunciaba, habría de ser flexionada la mente hasta deducirlas impuestas con carácter de generalidad al titular registral que se hiciera surgir al invocar en su sustitución el artículo 606 del Código

civil, y actualmente reproducido aquel artículo por el 32 de la Ley definitiva, la invocación habrá de hacerse a éste.

* * *

Resulta de las líneas anteriores un a modo de instantánea jurídica de uno de los momentos más curiosos de la Ley Hipotecaria: aquel en que en la misma faltan los dos terceros básicos que sustentan el juego del sistema registral de terceros, los artículos 23 y 27, o cristales a través de los que debía ser visto el sistema mismo e incluso los demás artículos de la Ley que se sirva del término «tercero»: artículos 36 y 37, visibles en realce por el cristal de la izquierda o artículo 23, y artículos 20, párrafo 3.º, y 23, párrafo 2.º (205, 207 y 28 modernos), totalmente invisibles, a menos de mirar por el cristal de la derecha o artículo 27.

Momento en que queda un sistema íntegramente montado al aire, de neta iluminación interior.

Ello, sin que se haya percibido reacción alguna en los *iniciados*.

Traídos a la realidad, invocarán tal vez el artículo 606 del Código civil en el lugar del desaparecido artículo 23, sin percibir que ello implica el triunfo pleno del Ministro Negrete, puesto que aquél es la transcripción literal de éste, sin más secreto jurídico que el que expresa D. Bienvenido Oliver en el capítulo XVI de su obra.

O tal vez pretenderán ilusoriamente ver el juego pleno del sistema de tercero en el artículo 34.

O imaginarán sustituir aquella básica eliminación poniendo en juego por vez primera el llamado principio de legitimación o presunción de realidad de la inscripción del artículo 24 provisional, hoy 38.

Y llegados a este punto, señalaremos que en ese pretendido e iniciado juego de presunciones sufren los legisladores modernos el mismo fenómeno que los primitivos al servirse del término «tercero»: no implantan directa y netamente el sistema mediante señalar el diferente valor presuntivo de las inscripciones, determinando cuándo son *juris tantum* y cuándo son *juris et de jure*. Y al no hacerlo así, dejando imprecisa la idea en la Ley, crean una nueva *clave jurídica*, esta vez emplazada en el campo de presunciones. Consistente la clave en el mismo término de expresión, ahora «pre-

sunción» (como antes «tercero»), que tendrá el valor convencional y vario (de *juris tantum* o de *juris et de jure*) que, por no estar precisado en la Ley (aunque lo esté en la mente de los legisladores), constituye una incógnita en tal valor convencional.

Motivado el deslumbramiento por la luz mental, en aquéllos prepotente, de los «principios hipotecarios».

Y debiendo hallar la solución de la clave o despeje de la incógnita en ese mismo foco lumínico de *principios*, centrado en el de *publicidad*, subdividiéndolo en el de *legitimidad*, para la presunción *juris tantum*, y en el de *fides publica*, para la de *juris et de jure*; pero no en la ley.

Con las consiguientes dificultades y molestias, por otra parte evitables con sencillez, para los no *iniciados*.

LEY SIN «TERCERO» Y CON SISTEMA

Puestos en la pendiente, nos deslizaremos hasta delinear una Ley Hipotecaria sin «tercero» y con sistema.

OBJETO DEL REGISTRO

Si es preciso señalarlo en la Ley, diremos que es el instrumento jurídico del sistema registral (art. 1.º).

S U C O N T E N I D O

Se inscribirán todos los derechos reales, puesto que en otro caso los que no pudieran ser inscritos serían eliminados por el mismo sistema que les negaba su defensa o inscripción. No serán inscribibles los personales, que no trascienden con la cosa, y si se inscriben no por ello ganarán categoría trascendente.

(Acoplaríamos a ello el artículo 2.º. Sobre todo el artículo 11.)

La doctrina de las prohibiciones de disponer está en elaboración aún, así como las llamadas causas de resolución, reservas, etc.; pero entretanto se forma, éste será el lugar adecuado para el artículo 26 moderno y el 27.

Menciones. No deben encubrir derechos reales, ni, por lo tanto, admitirse (así el art. 29 moderno). En los casos de excepción será éste el lugar indicado para enunciarlos. Así, el artículo 15 moderno; pero la determinación de derechos sustantivos no tiene relación con el sistema del Registro, ni es efecto de la inscripción;

han de imponerse y regularse en la ley civil, y al ser mencionados resultarán defendidos por el Registro.

ASIENTOS. CLASES. MODOS DE HACERLOS

Proveen a ello, en general, los artículos 3.º y siguientes: 199, 205, 206, expedientes de dominio y actas de notoriedad. Sin perjuicio de ordenar en otro lugar el procedimiento del artículo 200 y siguientes.

MECANISMO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Está constituido por los artículos 17 y 20 modernos, de que son excepción a señalar aquí el expediente de reanudación de tracto sucesivo, que después se determina en toda su amplitud en el artículo 200 moderno y las inscripciones de matriculación que luego veremos.

VIGENCIA EN EL TIEMPO

A los efectos de la ley, quedará desde la inscripción a la cancelación en relación a la fecha del asiento de presentación, artículos 24, 25 y 76 modernos.

EFFECTOS DEL SISTEMA, ARTÍCULO X

A. A favor del titular registral a título oneroso, de buena fe, que ha inscrito su título en el Registro de la Propiedad, se impone la presunción *jurist et de jure* de que los anteriores asientos inscritos, de que deriva el suyo, reflejan en su contenido la realidad jurídica y la agotan. No podrá perjudicarle el ejercicio de las acciones de nulidad, rescisión o resolución de aquellos títulos anteriores de que el suyo deriva, si no constan inscritas las causas o títulos de que nacen.

Son excepciones:

a) La posible existencia de hipotecas legales tácitas en la extensión regulada por la ley.

b) Las inscripciones derivadas a título oneroso, de buena fe, de una inscripción a favor de heredero no forzoso tendrán la limitación, en cuanto a los efectos de la presunción *juris et de jure* antes expresada y al ejercicio de acciones, de la posible impugnación y ejercicio de acciones en su perjuicio, que efectúe, durante dos años

desde la fecha de defunción del causante, quien civilmente tuviere tales derechos contrarios a la inscripción de dicho causante o el título hereditario de su heredero no forzoso inscrito.

c) Igual limitación tendrán las inscripciones derivadas de la de inmatriculación del artículo 205 moderno, durante dos años desde la fecha de ésta, respecto de la posible impugnación de la presunción de realidad del título de quien adquirió su derecho el inmatriculante, que se menciona en la inscripción de inmatriculación, y del ejercicio de las acciones contra aquéi.

B. Se presume con presunción *juris tantum* a favor de su titular, sea de inmatriculación o derivado, que su inscripción refleja la realidad jurídica en los extremos a que no alcance la presunción *juris et de jure* antes expresada.

C. El titular que lo sea por título lucrativo tendrá, a los efectos de esta ley, la misma consideración jurídica que su causante.

Estimamos que en este artículo queda despejada la incógnita, resuelta la clave e impuesto el sistema, abarcando los artículos 23, 25, 27, 33, 34 y 20, párrafo tercero, de la ley antigua; 32, 28, 33, 34, 207 y 38, párrafo primero, modernos, y el 37 moderno, innecesario, según vimos, una vez suprimido el 37 antiguo.

Y que es suficiente para lograr los fines pretendidos por el sistema registral, dentro de su más pura ortodoxia, accionando con sencillez a los más complejos problemas que puedan ser sometidos a su aplicación.

INSCRIPCIONES DE INMATRICULACIÓN. EFECTOS

Nos remitimos a la idea general que expusimos en relación a las inscripciones previas, primeras y derivadas, en los números 95 y 96 de esta REVISTA CRÍTICA.

Son inscripciones primeras en la nueva ley: a) Certificados, artículo 206; b) Mixtas de primera y derivadas, artículo 205; c) Escrituras antiguas por sí solas, artículo 90 del Reglamento; d) Expediente de dominio y acta de notoriedad, artículo 199 y siguientes.

Sus efectos. Su fijación obliga a determinar ahora el valor convencional del término *presunción* (clave moderna) que se pone en juego por la ley. Entendemos que el artículo 38 enuncia una presunción *juris tantum*, que se convierte en *juris et de jure* al conjuro de

inscripciones derivadas en beneficio del titular derivado inscrito, utilizándose para ellas el término «tercero» (clave antigua). De esta valoración hemos partido al enunciar el artículo 10.

Por lo tanto, las inscripciones de inmatriculación, que no pueden ser derivadas de otra anterior, puesto que son de inmatriculación, sólo deberán gozar, en principio, de una presunción *juris tantum*, hasta que de ellas se deriven otras inscripciones que pondrán en juego el sistema registral de derivados.

Este juego será el siguiente: 1) En las inscripciones de expedientes de dominio y actas de Notoriedad la presunción *juris tantum* se elevará a *juris et de jure* al inscribirse la derivada, sea antes o después de los dos años (obsérvese la supresión en la ley definitiva, de la suspensión de efectos que imponía la provisional, durante dos años); 2) Lo mismo ocurrirá en las inscripciones del párrafo primero del artículo 90 del Reglamento; 3) La de los artículos 205 y 206 de la ley, y del párrafo segundo del artículo 90 del Reglamento, actuarán en la forma que expresamos en el artículo X. Son en realidad inscripciones especiales, mixtas de primera y derivada, cuyo proceso histórico quedó expuesto por nosotros en el trabajo que citamos, en relación a las del artículo 205, siendo su idea general aplicable directamente a las del artículo 206, y por analogía a las del párrafo segundo del artículo 90 del Reglamento.

LEGITIMACIÓN Y REGISTRO

Que el Registro de la Propiedad ha de tener un efecto legítimo es indiscutible.

Cuál sea este efecto ha de resultar, en primer término, del contenido mismo de la Ley Hipotecaria que desenvuelve el sistema. En uno de presunciones será el que resulte de la imposición de las mismas en la ley.

La imposición legitimadora ha de tener, primaria y necesariamente, una doble dirección: registralmente será dirigida al Registrador de la Propiedad (Abogado del sistema), y procesalmente a los Tribunales. La inicial manifestación de ambas direcciones la hallaremos en los artículos 17 y 20, párrafo tercero del 1.º y párrafo primero del 38.

Pero, sin duda, el principio de legitimación ha de ser estudiado a fondo si se quiere reflejarlo en la ley con alguna garantía de acier-

to. Antes de ello, tal vez fuera prudente, o bien limitarse a enunciar escuetamente el juego de presunciones en la forma que vimos en el artículo X, dejando su defensa al Registrador de la Propiedad, sin siquiera imponerlo a los Tribunales, de quienes en última instancia le defendería el sistema registral mismo, o bien, en la redacción actual, suprimir la expresión «a todos los efectos», que por no estar determinados por la Ley evidencia, cuando menos, la ligereza de la misma.

La presunción *juris tantum* entra de lleno en el campo de la actuación del principio de legitimación. Este principio, para salir del estado de nebulosa presente, requiere una labor prolongada por parte de los estudiosos, y todo nos anuncia que la legitimación registral será tan sólo una faceta, una pequeña parcela del extensísimo campo de actuación de la legitimación tan extenso como que alcanzará a todas las manifestaciones del derecho. Y llegados a la meta, sin duda se patentizarán las notas de precisión y diversidad en la imposición de la legitimación registral a los Registradores de la Propiedad, Tribunales, oficinas, Notarios y particulares, y la diversidad de sus matices según los supuestos y casos, diferenciados sus efectos, desde los elementales y primarios (en los que estamos ahora) a los más complejos y perfectos hasta llegar tal vez a los que impliquen la coactividad de la inscripción.

El salir al presente de esta realidad, que nos obliga casi en absoluto a ceñirnos en la Ley Hipotecaria al propio cuerpo de la misma Ley, en torno a los netos efectos presuntivos de la inscripción a favor del titular inscrito, nos expone a desorbitarla en el horrendo y fugaz artículo 355 de la Ley provisional, como tenemos lo esté en el 313 de la definitiva como consecuencia de la enigmática expresión nueva en su primer párrafo: «Si tales derechos hubieren tenido...», etcétera.

Por el contrario, será tal vez altamente expresivo y sugeridor su último párrafo, que en los expedientes de expropiación forzosa rompe el poder legitimante de la inscripción, cediendo ante la posesión, *poder de legitimación de la posesión sin duda*, capaz de truncar la norma registral de la legitimación que los legisladores reconocen siquiera excepcionalmente (sospechamos la razón práctica que les movió a la excepción e intuimos la científica que no tuvieron en cuenta y les impidió generalizar la excepción permi-

tiendo ejercitar toda acción contra el poseedor aun en posible perjuicio del titular registral, previa citación y conformidad de éste o restablecimiento, en su caso, de la realidad jurídica por aquel ejercitante), hallarán los estudiosos la necesidad de un examen a fondo del problema, en una visión amplísima y general, que tal vez les lleve a la meta señalada hace ya más de cuatro lustros por el agudo talento de Vázquez Campo en su «Ideario Notarial», meta que, por otra parte, parecen conducir los nuevos senderos y veredas que con pretensión de carreteras reales se nos ofrecen en recientes estudios del poder legitimador de escrituras públicas y ventas con autorización judicial apoyándose en recientes criterios jurisprudenciales.

Y para esa posible culminación del estudio a realizar en una definitiva construcción de la «legitimación» como poder esencial del Estado, proclamada por Vázquez Campo, aconsejamos la iniciación del esfuerzo tomando por base aquellas ideas, tan profundas como bien expresadas como suyas, que son: «La acción legitimadora no es nunca constitutiva, creadora de los derechos. La acción legitimadora es siempre declaratoria de un estado jurídico preexistente. Lo único que puede crear—mejor, asegurar—es el respeto a una *situación declarada*. Pero este respeto lo impone, precisamente, como consecuencia del derecho mismo cuya existencia declara.»

JOSÉ UÑARTE BERASÁTEGUI.

Notario.

(Continuará.)

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

PERSONALIDAD DEL NOTARIO PARA INTERPONER RECURSO GUBERNATIVO. CONSIGNÁNDOSE QUE AMBOS OTORGANTES—VENDEDOR Y COMPRADOR—DEL DOCUMENTO ACEPTAN EL CONTENIDO DEL MISMO Y SOLICITAN DEL REGISTRADOR LA INSCRIPCIÓN AL AMPARO DEL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA, HA DE CONCEDERSE AL NOTARIO AUTORIZANTE FACULTAD PARA INTERPONER EL RECURSO, TODA VEZ QUE LA NOTA DEL REGISTRADOR, BASADA EN NO ESTIMARSE SUFICIENTE LA MANIFESTACIÓN VERBAL EN CUANTO A LA ADQUISICIÓN DE LA FINCA QUE HACE EL TRANSFERENTE, A LOS EFECTOS DE LA REGLA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 87 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SE APOYA EN MOTIVOS QUE, POR HABER SIDO CONOCIDOS Y TENIDOS EN CUENTA AL REDACTAR LA ESCRITURA, PUDIERAN DAR LUGAR A LA CREENCIA DE QUE DICHO FEDATARIO NO SABÍA APRECIAR EL ALCANCE DE LAS RELACIONES O PARTICULARIDADES JURÍDICAS DEL CASO, AL PROVEER A LA REMOCIÓN DE LOS OBSTÁCULOS QUE EN LA REALIDAD SE OPUSIERAN A LA VOLUNTAD DE LOS OTORGANTES.

Resolución de 12 de febrero de 1946. "B. O." de 28 de mayo.

El Notario de Beas de Segura, D. Daniel Beunza Sáez, autorizó el 8 de agosto de 1944 una escritura de compraventa con pacto de retracto y arrendamiento, en la que comparecieron, como vendedora, doña M. M., y como comprador, don J. R., y en la que se hizo constar que la señora M. era dueña de una casa señalada con el número 8 de la calle de las Heras, que había adquirido, según manifestó, por herencia de su padre, don J. M., según partición practicada con sus coherederos en documento privado de fecha 22 de octubre de 1912, que no estaba inscrita a su nombre ni al de otra persona

alguna en el Registro de la Propiedad, y se hallaba libre de cargas; que la señora M. vendía a don J. R., que compraba la finca, por el precio confesado de 3.175 pesetas, reservándose el derecho a retraer dicha finca durante el plazo de tres años, reembolsando al comprador el precio, los gastos de la escritura de compraventa y los necesarios y útiles hechos en la casa vendida; y que ambos otorgantes solicitaron del Registrador inscribirse a favor del adquirente, al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, la finca transmitida con el derecho de retraer a favor de la vendedora, según resulta de las estipulaciones contenidas en el mismo documento.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Villacarrillo, fué suspendida la inscripción, por no estimarse suficiente la manifestación verbal que en el mismo hace la transferente, a los efectos de la regla segunda del artículo 87 del vigente Reglamento Hipotecario.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, y habiéndole negado personalidad el Registrador, la Dirección, con revocación del auto presidencial que había dado lugar a la excepción, ordena la devolución del expediente a la Territorial para que se resuelva en cuanto al fondo, por las razones que, en extracto, figuran como encabezamiento.

INSCRIPCIÓN AL AMPARO DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA: PARA FACILITAR EL ACCESO AL REGISTRO DE LOS TÍTULOS AUTÉNTICOS QUE SOLEMNICEN LA TRANSFERENCIA DEL DOMINIO, DEBE EXIGIRSE COMO GARANTÍA DE LA "TRADITIO", SI NO LA PRUEBA DE LA PREEXISTENCIA DEL DERECHO TRANSFERIDO EN EL PATRIMONIO DEL TRANSFERENTE, POR LO MENOS LA CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS LEGITIMADORAS QUE RECOJAN LA AVERSIÓN DE NUESTRO DERECHO CLÁSICO A LAS ENAJENACIONES POR UN DUEÑO APARENTE ("A NON DOMINO").

Resolución de 10 de marzo de 1946. "B. O." de 14 de junio.

Los antecedentes de esta resolución son los de la de 2 de noviembre de 1943, que aparece extractada en el número 188 (enero 1944) de esta REVISTA.

Devuelto el expediente al Presidente de la Audiencia, éste revocó la nota del Registrador en el sentido de considerar suspendible y no

denegable el defecto señalado por aquél. criterio que ratifica la Dirección.

Considerando que la dificultad de armonizar los verbos *constar* y *justificar*, empleados en el párrafo segundo de la regla segunda y en el número primero de la regla cuarta del artículo 87 del Reglamento Hipotecario, sobre todo al ponerlos en relación con los párrafos tercero y sexto del artículo 20 de la Ley, ha sido analizada y discutida por distinguidos especialistas en la materia, y para superar el debate gramatical, en cierto modo infructuoso, es necesario enfocar los fines perseguidos por la Ley de 21 de junio de 1934 con la vista puesta en dos principios fundamentales: primero, facilitar el acceso al Registro de los títulos auténticos que solemnizan la *traditio* o transferencia del dominio; y segundo, exigir como garantía de la misma transmisión, si no la prueba de la preexistencia del derecho transferido en el patrimonio del transferente, por lo menos la concurrencia de circunstancias legitimadoras que recojan la aversión de nuestro Derecho clásico a las enajenaciones por un dueño aparente (*a non domino*);

Considerando que en este campo coinciden las opiniones que exigen una prueba, más de presunciones que de manifiesta incontrovertibilidad, con las que imponen una depuración seria o una selección adecuada a los privilegios otorgados por la inscripción, y, en general, con todas las que intentan cerrar las puertas del Registro a situaciones ambiguas, a títulos de sospechoso valor y a los manejos de personas poco escrupulosas, sin dejar en el olvido que la presunción legal arranca de la vida jurídica (*sumitur ex eo quod plerumque fit*), refleja la buena fe con que los contratos corrientemente se desenvuelven y cumplen y reserva al Derecho penal las infracciones de tipo criminoso;

Considerando que en el caso ahora recurrido el Notario autorizante de la escritura formalizada el 14 de enero de 1941 hace constar, de un lado, que el 28 de enero de 1888 se había otorgado una escritura pública de capitulaciones en que constaba la donación hecha por los padres don F. A. y doña A. A. a don J. A. A. de varias fincas que no son objeto del recurso, y de otro lado, que con igual título de donación hecha por los mismos padres don F. A. y doña A. A., y en la propia fecha, don J. había adquirido el monte llamado Urrumuru, "y se carece, en cuanto a esta finca, de título escrito e inscribible", por lo que no hay inconveniente en admitir, como el Notario indica, que en el mismo día se extendieron dos documentos, uno público y otro pri-

vaño; pero como este último no se ha reseñado más que de un modo ambiguo, hasta el extremo de hacer incurrir al Registrador en un error de calificación, ni se acompaña al recurso por no haber sido presentado, ni se estima necesario para la resolución demandada, procede atenerse al criterio del Presidente de la Audiencia, que, revocando la nota del Registrador, reputa subsanable el defecto.

ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE VENTA DE UN SOLAR OTORGADA POR EL AGENTE EJECUTIVO DE HACIENDA EN VIRTUD DE PROCEDIMIENTO DE APREMIO POR EXACCIÓN DE CONTRIBUCIÓN SOBRE LA RENTA, AUNQUE EL REGISTRADOR CONSIGNE EN SU NOTA DENEGATORIA QUE DICHO SOLAR FUÉ ADQUIRIDO POR EL EJECUTADO EN ESTADO DE CASADO A TÍTULO ONEROSO, SEGÚN EL REGISTRO, Y SE HAYA HECHO CONSTAR EN ÉSTE POR INSTANCIA Y CERTIFICACIÓN DE DEFUNCIÓN LA VARIACIÓN DEL REFERIDO ESTADO CIVIL POR FALLECIMIENTO DE LA ESPOSA DEL MISMO, TODA VEZ QUE EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO, NI EL REPETIDO EJECUTADO NI NINGÚN OTRO INTERESADO FORMULARON DE MANERA ADECUADA SU OPOSICIÓN, FUNDÁNDOLA EN EL CARÁCTER GANANCIAL QUE SE INVOCA DE LA FINCA, AL PRESENTARSE POR EL ADJUDICATARIO DE ELLA LA ESCRITURA AL PRINCIPIO RESEÑADA.

Resolución de 22 de febrero de 1946. "B. O." de 8 de junio.

Seguido expediente de apremio por la Recaudación de Contribuciones de Almería, conforme al vigente Estatuto de Recaudación, por falta de pago de la cantidad de 20.817,82 pesetas, importe de la contribución sobre la renta correspondiente al año 1941, más 4.350 pesetas de recargos y costas, contra don M. C. F., se embargó, como de la propiedad del apremiado, un solar situado en la calle de la Crónica, número 6, de la citada capital, adquirido, en unión de otra finca, por el deudor a título oneroso durante su matrimonio con doña I. F. C., disuelto por fallecimiento de ésta el 30 de septiembre de 1932; del embargo se tomó la oportuna anotación preventiva en el Registro de la Propiedad con fecha 15 de marzo de 1943, y, expedida certificación negativa de cargas de la finca, celebradas dos subastas públicas y terminado dicho procedimiento con la adjudicación de la misma al mejor postor, por escritura otorgada en Almería el 1.º de mayo

de 1943 ante el Notario de esta ciudad D. Manuel de Oña Rodríguez, el Recaudador auxiliar de Contribuciones e Impuestos del Estado de la zona de la capital, D. José Valencia Santana, vendió la referida finca a don A. R. G., por rebeldía del deudor, siendo desestimadas las reclamaciones que entabló este último contra dicho procedimiento ejecutivo ante la Delegación de Hacienda de Almería, el Tribunal Económico-Administrativo Provincial y el Tribunal Económico-Administrativo Central, según decisiones de 9 de junio de 1943, 3 de septiembre de 1943 y 15 de diciembre de 1944.

Presentada primera copia de la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad de Almería, se extendió a continuación la siguiente nota: "Denegada la inscripción del título precedente, porque la finca que se anajena fué adquirida por el ejecutado en estado de casado a título oneroso, según resulta del Registro, habiéndose hecho constar en éste, por instancia y certificación de defunción presentada, la variación del referido estado civil por fallecimiento de doña I. F. C., esposa del ejecutado, sin formalizarse la liquidación de la sociedad conyugal, defecto insubsanable que no permite tomar anotación preventiva. No se practica tampoco operación alguna en cuanto a lo demás interesado por ser derivación de la transmisión de dominio que se deniega, no procediendo, en su virtud, dicha anotación preventiva."

Interpuesto recurso, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, que había confirmado la nota del Registrador, en méritos de la bien fundada y brillante doctrina siguiente:

Que el Agente ejecutivo que entabló el procedimiento de apremio contra don M. C. F., para el cobro de la cantidad adeudada por éste a la Hacienda en concepto de contribución sobre la renta, pudo y debió dirigirse precisamente, al tener que embargar bienes inmuebles, contra los que figuraban en aquel momento a nombre del titular responsable, ya que si el artículo 24 de la Ley Hipotecaria declara taxativamente que en el caso de procedimiento de apremio contra bienes determinados se sobreseerá el mismo en el instante en que conste en los autos, por manifestación auténtica del Registro de la Propiedad, que dichos bienes figuran inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se sigue el procedimiento, de una manera implícita ordena que los mandamientos respectivos se anoten sobre los bienes y derechos reales inscritos a nombre del deudor ejecutado:

Que son de cargo de la sociedad de gananciales todas las deudas

y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, conforme a lo establecido en el número primero del artículo 1.408 del Código civil, y éste tiene especial importancia en la legislación relativa a la Contribución general sobre la Renta, puesto que el artículo 17 de la Ley de 20 de diciembre de 1932, según la nueva redacción que le dió el 54 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, dispone que los ingresos pertenecientes a la sociedad conyugal se acumularán a los del cónyuge que tenga la administración legal de la misma y, aun en el supuesto de separación de bienes, a los del marido capaz, por lo que, si bien en el caso del presente recurso la cantidad reclamada por el Estado corresponde a un período contributivo posterior a la fecha en que, al parecer, tuvo lugar la disolución de la expresada sociedad, como aún no se había realizado la liquidación de ésta, debe estimarse, según declaró el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de mayo de 1932, que mientras no esté demostrado que entre los cónyuges está liquidada o disuelta la sociedad conyugal, las deudas contraídas por el marido se presumen a cargo de la sociedad de gananciales:

Que los artículos 7.º a 13 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1.º de julio de 1911 fijan la tramitación que debe seguirse cuando en los procedimientos administrativos se opusieren reclamaciones en concepto de tercerías, o por otra acción de carácter civil, por persona que ninguna responsabilidad tenga para con la Hacienda pública en virtud de obligación o gestión propia o transmitida, y establecen los privilegios y medios que se conceden al Estado para el cobro de sus diferentes créditos, lo que está confirmado por la doctrina sostenida por esta Dirección General en sus Resoluciones de 20 de mayo y 24 de junio de 1944, la última de las cuales reconoce que el interesado "pudo y debió interponer la correspondiente tercería de dominio que autoriza el artículo 257 del vigente Estatuto de Recaudación, paralizando con ello el curso de las actuaciones, pero desde el momento en que permitió con su inactividad que las mismas continuasen...", es forzoso amparar el derecho privilegiado de la Hacienda y llevar hasta sus últimas consecuencias el procedimiento incoado":

Que el carácter legal del inmueble embargado debió acreditarse en tiempo oportuno por el deudor durante la tramitación del expediente de apremio, como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo

de 6 de febrero de 1912, la cual declara que es doctrina reiteradamente sostenida, interpretando el artículo 9.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, que para que cese en un pleito la representación del Procurador por muerte de su poderdante es preciso que este hecho se haga constar debidamente en los autos, siendo válidas mientras tanto las diligencias que en los mismos se practiquen, y que, igualmente, las personas interesadas en justificar que un menor ha llegado a la mayor edad han de apresurarse a hacerlo constar en los autos, por ser ellas las obligadas a conocer y manifestar tal circunstancia, no pudiendo, si no lo hicieren, invocar la nulidad de las actuaciones, pues ésta perjudicaría al otro litigante y sería contraria a los principios de equidad y de justicia, sin que, por otra parte, se opongan al embargo y ejecución de bienes los artículos del Código civil referentes a la manera en que procede liquidar la sociedad de gananciales ni los que señalan el modo y términos en que ha de hacerse la partición de la herencia:

Que el embargo de la finca vendida fué notificado al deudor el mismo día en que se verificó, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 151 del Estatuto de Recaudación, y que, asimismo, se le notificó la providencia en que posteriormente se acordó la enajenación del inmueble, según lo acredita su firma en el expediente, sin que ni él ni ningún otro interesado se preocuparan entonces, que era el momento procesal oportuno, de comparecer en debida forma y formular de manera adecuada su oposición, fundándola en el carácter ganancial del inmueble embargado que ahora se invoca y en no hallarse sujeto a las responsabilidades que se hacen efectivas, a fin de que la Hacienda pudiera entender sobre tales extremos:

Que, por el contrario, dejaron transcurrir todo el procedimiento ejecutivo y, terminado éste, pretendieron impedir la inscripción de la finca a favor del comprador, presentando en el Registro de la Propiedad una instancia y una partida de defunción de la esposa del deudor, acreditativas de haber variado la situación legal del titular de la sociedad de gananciales por estar la misma disuelta, y en dichos documentos está basada la decisión del Registrador, a pesar de que el asiento de presentación que ellos originaron, cancelado por haber transcurrido el plazo legal, no puede servir de fundamento a la calificación hipotecaria y carece de toda eficacia a tales efectos.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1946.

LA RESCISIÓN DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO POR ACUERDO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CONTRATANTE, FUNDADA EN EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES POR EL CONTRATANTE FISCALMENTE OBLIGADO AL PAGO DEL IMPUESTO, NO DA LUGAR A LA DEVOLUCIÓN DE ÉSTE, AUNQUE EL CONTRATO NO HAYA PRODUCIDO EFECTOS LUCRATIVOS, Y LA ADMINISTRACIÓN PUEDE RESOLVER CON INDEPENDENCIA DE QUE EL CONTRATO SEA CIVIL O ADMINISTRATIVO. LA PERSONA OBLIGADA REGLAMENTARIAMENTE AL PAGO ES LA QUE TIENE ACCIÓN PARA RECURRIR, AUNQUE SE HAYA PACTADO QUE EL IMPUESTO LO SATISFAGA EL OTRO CONTRATANTE.

Antecedentes.—La Dirección de la Exposición Internacional de Barcelona arrendó por un tanto alzado la recaudación de entradas en la Exposición, entregando de presente al arrendatario un millón y medio de pesetas y quedando aplazado el resto del precio, en cuantía de diez millones y medio, cuyo pago afianzó una Casa de Banca.

El contrato causó dos liquidaciones, una a cargo del arrendatario, como tal, y otro al de la Exposición, por el concepto de fianza, que se giraron en enero de 1930, aunque la escritura de arriendo era de fecha 23 de abril de 1929.

Ambas liquidaciones fueron recurridas por el arrendatario, fundado en que la Dirección de la Exposición se incautó de las taquillas y en 9 de enero siguiente acordó la rescisión del contrato, devolviendo a aquél la diferencia entre la cantidad por él entregada por precio y la realmente recaudada, que era menor, de donde deducía el reclamante que el contrato había quedado nulo y sin efecto la liquidación, según el artículo 58 del Reglamento del impuesto. Fuera de esto, fundamentaba la reclamación diciendo que, en todo caso, no procedía calificar

el contrato de arrendamiento sino de concesión, por ser la Exposición Internacional una Corporación oficial, y que la base liquidable debía ser la suma recaudada y no el precio convenido.

El Tribunal provincial, primero, y después el Central, desestimaron el recurso, y éste segundo dijo que la rescisión del contrato, ocurrida mucho después del momento de la presentación del documento a liquidación, no podía producir otros efectos que los de la devolución o rectificación a que el mismo precepto se refiere, si en el caso concurrieron las circunstancias previstas en él.

Paralelamente a esta reclamación, el arrendatario y la Banca fiadora instaron ante la Abogacía del Estado la nulidad de las liquidaciones y que se propusiese al Delegado de Hacienda la devolución de los depósitos efectuados, en cuantía igual al total liquidado.

El Delegado de Hacienda rechazó la reclamación, porque no era posible la devolución de cantidades no percibidas por el Tesoro, porque era inadmisibles la tramitación de dos reclamaciones simultáneas sobre el caso y porque no se trataba de rescisión acordada por la autoridad administrativa o judicial, sino acordada por una de las partes.

Recurrido ese acuerdo ante el Tribunal provincial por el arrendatario, éste alegó, sobre lo alegado anteriormente, que el contrato no había producido lucro alguno y que el acuerdo rescisorio fué tomado por Organismo administrativo y quedó firme, y, en su consecuencia, debía aplicarse el artículo 58 del Reglamento.

Fueron acreditados documentalmente los hechos alegados, y el Tribunal provincial desestimó el recurso; y, acumulado al anteriormente entablado y resuelto, conoció de ambos el Tribunal Central, desestimándolos, por las razones siguientes, en la parte sustancial que a nuestro objeto interesa: en cuanto a la devolución de la cantidad liquidada, porque el contrato de que se trata, rescindido por el Director de la Exposición de Barcelona, no tiene carácter administrativo, sino civil, y por ello su interpretación y cumplimiento es de la competencia de los Tribunales ordinarios, sin que tampoco pueda acordarse dicha devolución atendiendo al artículo 58 citado, puesto que no existe resolución firme judicial ni administrativa acordando la rescisión, y sin que, por otra parte, pueda reconocerse a la Entidad fiadora acción y personalidad para recurrir, porque ni a su nombre aparece girada la liquidación, ni ostenta la representación de la Exposición Internacional de Barcelona.

Planteado el tema ante el Tribunal Supremo, el Fiscal alegó primeramente las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de falta de personalidad, y se opuso, en cuanto al fondo, a la demanda.

Respecto a la incompetencia, que el Fiscal deduce de la naturaleza del contrato, al que califica de civil, dice la Sala que, "sin negar la indicada naturaleza ni compartir tal criterio", ha de desestimarse la excepción, porque el artículo 58 del Reglamento faculta a la Admi-

nistración para conocer de los efectos de la rescisión de los contratos civiles en cuanto a la devolución del impuesto, que es de lo que aquí se trata, mientras que la jurisdicción ordinaria no puede decidir si la devolución pedida procede o no; y en cuanto a la falta de personalidad de la fiadora, la estima indudable, desde el momento en que la Casa de Banca acciona en su propio nombre.

Entra después en el fondo del asunto y dice que desde el momento en que el artículo 58 del Reglamento establece como condición para que el contribuyente tenga derecho a la devolución del impuesto satisfecho que el contrato no haya producido efectos lucrativos y que el contribuyente no sea culpable de la rescisión, no es necesario entrar a analizar la naturaleza del contrato y basta con examinar si alguna de esas circunstancias concurre. En su consecuencia, analiza la Sala las relaciones de hecho entre los contratantes y deduce la culpabilidad del arrendatario, y en todo caso entiende que originaron pactos adicionales libremente convenidos, todo lo que obsta a la pretendida devolución.

Respecto a la alegada falta de acción de la Casa de Banca al litigar juntamente con el arrendatario, entiende el Tribunal que carece de ella, porque la liquidación que se giró por el concepto de fianza lo fué a nombre de la Exposición, como adquirente del derecho de garantía, y a ello no se puede oponer el pacto de que el obligado al pago fuese, ya el arrendatario, ya la Banca fiadora, como previene el artículo 59 del Reglamento, puesto que, con arreglo al primer apartado de ese artículo, el pacto que los contratantes puedan establecer sobre cuál de ellos ha de satisfacer el impuesto en nada influye para que la Administración lo exija al que adquiera los bienes o derechos de que se trate.

Por fin, dice la Sala que si estimara, como lo estiman el Fiscal y el Tribunal Central, que el contrato es de naturaleza civil, ello impediría también la devolución pretendida, ya que no consta esa declaración judicial de rescisión.

Comentarios.—Algunas consideraciones merece la precedente sentencia, y vamos a hacerlas, salvando de antemano la reconocida y acatada respetabilidad de la Sala sentenciadora.

Y la primera y más importante es la de que no vemos con la claridad con que ella parece ver el problema de la indiferencia de que el contrato sea civil o administrativo, al efecto de acordar o no la devolución. Nosotros creemos que éste era un problema indispensable de resolución previa para entrar en el fondo de la cuestión, y el argumento nos lo da hecho el último considerando de la sentencia, al que acabamos de hacer referencia en el párrafo que precede a estos comentarios: si el contrato es civil, falta, efectivamente, la declaración judicial de rescisión; pero si no lo es, será administrativo y habrá que dilucidar si el acuerdo de rescisión lo produjo el órgano administrativo llamado a producirlo, puesto que de no ser así la declaración de res-

cisión sería completamente ineficaz, aunque la acatase el otro contratante, y prácticamente, y también legalmente, nos encontraríamos en el mismo caso de una rescisión por mutuo acuerdo de las partes, la cual, a tenor del apartado 5.º del citado artículo 58, no da derecho a la devolución del impuesto pagado.

Además de esta consideración, somos de parecer que el verdadero sentido del artículo 58 es que el derecho a la devolución se produce, en principio, con la base previa de una declaración administrativa o judicial firme de rescisión, y que ante ella, a la autoridad económica —el Delegado de Hacienda—y, en su caso, los Tribunales económico-administrativos y los contencioso-administrativos en apelación de aquél, no les corresponde otra misión que la de aclarar y decidir estos dos extremos: si el contrato produjo efectos lucrativos y si la declaración de rescisión atribuye la responsabilidad del incumplimiento del contrato al contratante obligado al pago del impuesto, con el fin de apreciar las dos causas que, junto con la rescisión por mutuo acuerdo, hacen improcedente la devolución del impuesto, con arreglo a los apartados 1.º, 2.º, 4.º y 5.º del mencionado artículo 58.

De aquí parece, por consiguiente, lógico deducir que ni el Delegado de Hacienda, al resolver en primer lugar sobre la devolución, ni los Tribunales que sucesivamente conozcan del acto que él dicte accediendo a la devolución o rechazándola, tienen por qué entrar a dilucidar si hubo o no incumplimiento culpable por parte del que se considera con derecho a la devolución pretendida, como entró la sentencia que examinamos al esgrimir ella por sí ese argumento sin deducirlo del acuerdo rescisorio.

Ello equivale a discutir la procedencia del acuerdo rescisorio, lo cual no puede hacerse en el expediente y sucesivos trámites y recursos de la devolución, puesto que, como va dicho, se parte de que es firme, y solamente cabe hacerlo en el procedimiento administrativo o judicial en el que la rescisión se acuerde.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL,

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

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1946.—*Arrendamiento ; posesión ; prueba ; incongruencia.*

En el segundo de los motivos se aduce que, como los actores habían dejado de cumplir su obligación de pago de la renta, el proceder del recurrente al apoderarse de las fincas arrendadas significaba el ejercicio de la facultad de resolución concedida por el artículo 1.124 del Código civil para el supuesto de incumplimiento de obligaciones recíprocas, conducta amparada además (según este motivo de casación) por los artículos 1.100, 1.556 y 1.563 del citado Código y sosteniendo que al no reconocerlo así vulnera el fallo los citados preceptos ; pero frente a tal doctrina, a cuyo tenor la falta de pago de la renta autoriza al arrendador para incautarse por propia autoridad de las fincas arrendadas, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que si bien el citado artículo 1.124 establece la regla general aplicable a la resolución de las obligaciones recíprocas en el caso de incumplimiento por una de las partes, es igualmente cierto que con relación al arrendamiento formula el citado Código una regla especial contenida en el artículo 1.556, disponiendo que si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones derivadas del contrato podrán pedir la rescisión del mismo y la indemnización de daños y perjuicios o sólo esto último, dejando el contrato subsistente, términos de redacción los del aludido precepto de los que se infiere que la rescisión que menciona presupone una declaración judicial que no consta hubiese solicitado el ahora recurrente, y además es de advertir que, si bien la falta de pago de la renta faculta al arrendador para ejercitar la acción de desahucio, ni el artículo 1.124 ni el 1.100, que también se dice infringido, le

faculta para incautarse por mero acto propio de la cosa arrendada en el caso de incurrir el arrendatario en mora ; ni bajo distinto aspecto puede admitirse tampoco que, por no haber ofrecido resistencia los actores, el artículo 441 del Código civil autorizaba al recurrente para despostrarlos de las fincas sin otro requisito que la propia decisión, pues—aparte de que los recurridos protestaron ante la autoridad gubernativa—la resistencia del poseedor a que alude el citado artículo 441 no significa un acto de fuerza que pueda realizar frente al que pretende privarle de la posesión, bastando que la incautación se realice sin la voluntad de aquél, consecuencia a que conduce el texto del artículo 446, en cuanto dispone que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y, por lo que hace al supuesto quebrantamiento del artículo 1.563 del repetido Código, declarado en la sentencia que los daños producidos en las fincas son imputables al recurrente, sin que tal afirmación se impugne en el recurso, resulta indudable que no es de aplicación a la cuestión litigiosa dicho precepto, que se limita a establecer una presunción de responsabilidad del arrendatario en el caso de deterioro de la cosa arrendada, presunción desvirtuada por aquella declaración de la sentencia siguiéndose de lo expuesto que respecto a la prueba de inspección personal del Juez, procede recordar que, como ya declaró la antigua sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1897, los citados artículos no formulan normas sobre la fuerza probatoria del reconocimiento judicial que queda subordinada al criterio del sentenciador, salvo en el caso de haberse dado eficacia a la inspección contra las prohibiciones expresadas en aquellos preceptos, doctrina corroborada por la sentencia de 15 de febrero de 1934, en la que, y refiriéndose al artículo 1.240, estableció también esta Sala que el indicado precepto no contiene una norma de inexcusable observancia, y sí tan sólo el fundamento y finalidad de uno de los medios probatorios establecidos en la Ley, siendo de advertir igualmente, por lo que hace a la impugnación de la prueba pericial, aducida en dicho motivo tercero, que también constituye norma de jurisprudencia—sentencias de 25 de mayo de 1925, 20 de abril de 1934 y 15 de abril de 1942, entre otras—la de que el artículo 1.243, relativo al valor de la prueba de peritos, contiene una regla formal que no puede citarse en casación como Ley infringida ; y, finalmente, no constando que el Juzgado de instancia hubiese estimado oportuno oír las

observaciones del práctico que concurrió a la diligencia de reconocimiento, llevada a cabo simultáneamente con la prueba pericial, faltaba el supuesto necesario para poder consignar en el acta tales observaciones, con arreglo a lo ordenado en el artículo 634 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Las razones que acaban de exponerse conducen a la desestimación del tercero de los motivos del recurso, por no aparecer acreditado el supuesto error de derecho en la apreciación de las pruebas. Tampoco puede prosperar el cuarto de los invocados, que acusa de incongruente el fallo recurrido, sosteniendo al efecto que, no reclamada una cantidad concreta y habiéndose relegado en la demanda la fijación del importe de los daños y perjuicios a lo que se determinase en período de prueba o en el de ejecución de sentencia, aparece (en opinión del recurrente) que los actores dejaron para este último período la fijación de dichos daños, no obstante lo cual, la Sala sentenciadora decidió en su fallo lo que los actores habían sometido a un trámite ulterior; pero, frente a esta tesis, debe tenerse en cuenta que solicitada por los actores, en la indicada forma alternativa, la fijación del importe de los daños, la sentencia que estima la demanda y, aceptando la primera de las indicadas fórmulas de fijación, señala las cantidades a satisfacer por el demandado, no sólo no puede ser tachada de incongruente, puesto que se acomoda a las peticiones oportunamente deducidas, sino que además se ajusta a lo dispuesto en el artículo 360 de la Ley procesal, a cuyo tenor, cuando hubiere condena de daños y perjuicios se señalará su importe en cantidad líquida o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe practicarse la liquidación, y sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro se dictará la condena, a reserva de señalar el importe de aquéllos y hacerlos efectivos en ejecución de sentencia.

SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1946.— *Contrato de cuenta corriente y contrato de Debe y Haber.*

El recurrente confunde el contrato normativo de cuenta corriente con la figura jurídica afín de situación en cuenta corriente, llamada de Debe y Haber, caracterizado el primero por la exis-

tencia de un pacto que, a base de la recíproca concesión de crédito, aspira a mantener unidos los elementos integrantes de la cuenta, sin posibilidad de que sus partidas puedan ser hechas efectivas hasta el cierre y liquidación previstos y determinantes del saldo final reclamable, al paso que en la cuenta por Debe y Haber, muy generalizado en el Comercio, se opera una compensación aislada de las partidas de cargo y abono, de la que puede surgir un saldo exigible durante el curso de la cuenta, sin esperar el cierre de la misma, que es precisamente el caso sometido a litigio, en el que no hay constancia alguna de pacto referente a no exigibilidad de saldos parciales de la cuenta, antes bien, está reconocido por demandante y demandado la existencia de la liquidación practicada, de conformidad, en el año 1935, y la expedición de unas letras de cambio representativas del saldo resultante en aquel momento, que pudo ser reclamada en el juicio ejecutivo por las razones anteriormente expuestas, aun cuando la relación comercial, con sus recíprocas prestaciones, continuase algún tiempo entre los interesados.

SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1946.—*Posesión del arrendatario.*

El motivo del recurso denuncia la violación del artículo 453 del Código civil, en cuanto éste faculta al poseedor de buena fe para retener la cosa poseída hasta que se le satisfagan los gastos necesarios que en la misma haya hecho. Mas el arrendatario sólo es poseedor civil de su derecho de arrendamiento y tenedor por el el dueño, según el artículo 432 del mencionado Código, de la finca arrendada para su disfrute temporal, por lo que, al terminar, extinguiéndose el arrendamiento, la retiene sin posesión, viciosamente, y así, cuando este supuesto se da, no es oponible con eficacia el citado artículo a la acción de lanzamiento que el arrendador ejerce para la recuperación material de su posesión, sin prórroga ni consideración de ningún género, como terminantemente dispone el artículo 1.599 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y sin que las reclamaciones de labores, plantío, mejoras, gastos o de cualquier otra cosa tengan eficacia para impedirlo, según se previene por la misma Ley en sus artículos 1.600, 1.604 y 1.605 y siguientes.

SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1946.—*Tercería de dominio.*

El Tribunal Supremo declara que la tercería de dominio ejerce una acción reivindicatoria, y que, por tanto, el tercerista debe ser propietario en el mismo momento de ejercitar su acción. Pero ello no quiere decir que el título justificativo de su derecho y que para garantía del procedimiento exige la Ley que se presente, haya de tener precisamente esa misma actualidad que el derecho a que sirve de expresión, ya que el dominio, una vez adquirido, se ostenta y mantiene por la fuerza propia de su naturaleza y eficacia, en tanto no se produzca su extinción o sea separado del patrimonio de su titular mediante algún acto jurídico de los reconocidos por la Ley.

LA REDACCIÓN.



MANUEL DEL PALACIO

MAQUINAS DE ESCRIBIR
SUMAR Y CALCULAR

TALLER DE REPARACIONES

PLAZA DE CANALEJAS, 6

TELEFONO 18435

MADRID

V A R I A

a fianza en los Registros de la Propiedad. Una sugerencia y una posible modificación.

A TODOS LOS COMPAÑEROS:

La fianza en el desempeño del cargo de Registrador de la Propiedad es legalmente ineludible. El artículo 282 de la Ley Hipotecaria preceptúa que no se dará posesión de su cargo a los que sean nombrados Registradores, sin que presten previamente una fianza en la forma y cuantía que fijará el Reglamento. Si el nombrado Registrador no prestare dicha fianza, deberá depositar en algún Banco autorizado por la ley, la cuarta parte de los honorarios que devengue, hasta completar la suma de la garantía. Y el artículo 283 de la misma ley añade: La fianza de los Registradores y el depósito, en su caso, quedarán afectos, mientras no se devuelvan, a las responsabilidades en que aquéllos incurran por razón de su cargo, con preferencia a cualesquiera otras obligaciones de los mismos Registradores. La fianza o el depósito, en su caso, no se devolverán a los Registradores hasta que hubieren cesado en el ejercicio de su cargo. Y los artículos 304 al 308 determinan los casos y la manera con que la fianza responde y se hace efectiva por los actos del Registrador que dieren a ello lugar. Y el Reglamento hipotecario, en sus artículos 398 a 413, regula el procedimiento por que la fianza y su efectividad se rigen.

La razón de la fianza de los Registradores la proclama elocuentemente la exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, cuando, refiriéndose a la misma dice: "Por lo mismo que los Registradores pueden causar graves perjuicios a los particulares, debe el Estado, con justa protección de éstos, prevenir el modo de que pronta y seguramente sean reintegrados, sin sujetarlos a las contingencias del estado

de fortuna del Registrador, a las dilaciones y molestias de un juicio ejecutivo y a las inciertas vicisitudes de un concurso de acreedores".

A estos razonamientos nada tenemos que oponer, y por ello estamos conformes en que las fianzas de los Registradores continúen en vigor. Sin embargo, creemos sinceramente que podrían ser susceptibles de algún cambio, de alguna modificación en la manera de prestarse, que, sin disminuir la garantía, antes bien, aumentándola, amenguaran o hicieran desaparecer en absoluto los inconvenientes y las molestias que más o menos se producen en su constitución, funcionamiento y particularmente en su devolución o extinción, acerca de los cuales no insistimos por ser de todo el Cuerpo de Registradores sobradamente conocidos.

A obviar estos inconvenientes y molestias se encaminan estas líneas, que sometemos desde la REVISTA al criterio y a la consideración de todos los compañeros, para que si el juicio que a éstos les mereciere fuere favorable, tras un minucioso estudio, pudieran ser implantadas, y, con las debidas colaboraciones, seguramente mejoradas.

Exponemos nuestra idea:

Cada Registrador, al ingresar en el Cuerpo, depositará en el Colegio y sin derecho a devolución, la cantidad de mil pesetas, la que como póliza de seguro liberada, permitiría asegurarle hasta cierto límite la responsabilidad de sus actos en toda su vida oficial.

Los Registradores, actualmente en ejercicio, dejaríamos en iguales condiciones y con el mismo objeto, en beneficio del Colegio, otras mil pesetas.

La garantía para cada Registrador, indistintamente, podría fijarse en diez mil pesetas.

El Colegio de Registradores reuniría de esta forma sobre quinientas mil pesetas, las que, convertidas en valores, inmovilizadas, y constituidas en depósito, servirían de garantía colectiva y particular de todos y cada uno de los Registradores.

Y esto para siempre, sin más papeleos ni expedientes. ¡Bien merece esta ventaja el desembolso de mil pesetas!

Claro está que para llevar a cabo esta modificación en el régimen de las fianzas, son requisitos indispensables y previos, que el Cuerpo de Registradores lo desee, que el Colegio de los mismos Registradores lo acepte y preconice y que la Dirección General y el Ministerio, definitivamente, lo consientan y autoricen.

Y con esto damos por terminado este trabajo, que sometemos a la consideración de todos los compañeros.

RAMÓN O'CALLAGHAN.

Registrador de la Propiedad.

Arenys de Mar, agosto de 1946.

PROBLEMAS DE LA PRACTICA

En torno a las inmatriculaciones al amparo del artículo 20 (hoy 352) de la Ley Hipotecaria.

Nos vamos a permitir llamar la atención sobre un problema, pequeño, pero de indudable importancia práctica, y que suele presentarse por falta en el Reglamento Hipotecario de una disposición adecuada. Y puesto que el Reglamento está en trance de reforma, por la adaptación que del mismo ha de hacerse al nuevo texto refundido de la Ley, que ya se anuncia, bueno será que si los encargados de realizar dicho cometido no se han presentado el problema originado por la laguna, se les llame la atención, con objeto de que busquen la solución más adecuada, ya que el interés de todos los profesionales coincide con el de los adaptadores en que la reforma resuelva las dudas anteriores y todos los puntos se regulen de la forma más acertada posible.

Y vamos con el problema, que es el siguiente:

Se presenta al Notario, para la redacción de una escritura, y como título anterior, un documento en el cual las fincas comprendidas han sido inmatriculadas al amparo del artículo 20, párrafo 3.º (hoy artículo 352) de la Ley Hipotecaria. A la vista de dicho documento, en el que al final existe la nota del Registro de la Propiedad reseñando las inscripciones primeras o inmatriculaciones de las fincas, el Notario redacta la escritura, y al reseñar los datos de la inscripción copia el cajetín puesto en el Registro; y en este momento surge la interrogación: ¿es indudable que el documento *está inscrito*? Porque de la nota se deduce que la inscripción se practicó y las fincas se inmatricularon; pero ¿y si luego resulta del Registro que no se acreditó oportunamente la publicación de los edictos y el Registrador de oficio ha efectuado la cancelación de la inscripción. (Art. 87, párrafo último de la regla 3.ª)

El caso, que no es corriente si la escritura está autorizada en el mismo lugar donde radica el Registro, es, en cambio, muy frecuente si el Registro y la Notaría no radican en el mismo lugar, y más aún si la escritura se otorga en distinto distrito hipotecario del en que radican las fincas.

No hemos encontrado en los tratadistas aludida esta cuestión, ni sabemos se haya aludido en Revistas profesionales; si alguien lo ha hecho, lo ignoramos, y redactamos estas líneas encaminadas a buscarle una solución.

Quizá a la vista del problema se nos diga que la cosa no es muy grave, y en último término todo se reduce a elegir uno de estos dos caminos:

a) Que el título que causó las inmatriculaciones que se han cancelado se vuelva a presentar y se inmatricule de nuevo (con el peligro de incurrir en el mismo problema).

b) Que la nueva escritura sirva de título para la inmatriculación, y de la antigua, cuyas inscripciones se cancelaron, se tomen las circunstancias esenciales de la adquisición anterior.

Sin embargo, no podrán negarnos los que de tal manera nos argumenten, que a los titulares les extrañará grandemente el saber que las inscripciones practicadas a su favor han perdido eficacia; por nuestra parte podemos afirmar que hemos tropezado en los pocos años de nuestra práctica profesional con el gesto de sorpresa y desagrado de los interesados, a quienes ha habido que explicar varias veces la situación creada; y por muchas explicaciones que se les dé (no tratándose de personas peritas), la desconfianza hacia el funcionario no hay manera de evitarla, siendo muy difícil convencerles de que ha sido su negligencia, al no presentar en tiempo los edictos en el Registro la que ha motivado tal situación (y eso no obstante la advertencia que de la necesidad de tal presentación les hicieron el Registrador y muy probablemente el mismo Notario); estamos seguros de que casi siempre habrán respondido, como a nosotros: "Pues si las fincas *estaban pasadas por el Registro*, y nosotros pagamos todo lo que teníamos que pagar, no creíamos que ahora nos encontráramos como al principio y como si no hubiéramos hecho nada."

El problema, que es muy frecuente en los Registros que fueron destruidos durante la dominación roja, por lo que las inmatriculacio-

nes son numerosísimas, se produce por falta de regulación reglamentaria, falta que quizá podría solucionarse con estas dos modificaciones:

1.^a Que en la regla 3.^a del artículo 87 del Reglamento, en vez de entregar el Registrador a los interesados los edictos, y que sean ellos los que los lleven a publicar en los Ayuntamientos respectivos, y los devuelvan una vez efectuados, sea el mismo Registrador quien envíe los edictos a los Ayuntamientos y éstos los devuelvan cumplimentados. (Y para evitar la posible negligencia de los Ayuntamientos, sancionar el retraso que diera origen a cancelar la inscripción con que el responsable abonase los gastos de la nueva inscripción.)

2.^a Que a dicho precepto reglamentario se añadiese un párrafo concebido en estos o parecidos términos:

"Al pie del documento presentado, y antes de su devolución a los interesados, el Registrador pondrá una breve nota expresando haberse publicado los edictos dentro del plazo. Si ha transcurrido el plazo señalado sin que se haya acreditado la publicación de los edictos, el Registrador pondrá también una nota al pie del documento haciendo constar la cancelación que de oficio habrá practicado, de acuerdo con lo dispuesto en la regla 3.^a, párrafo último."

De esta forma, el Notario que tiene como antecedente para redactar una escritura otra en la que las fincas se han inmatriculado según el artículo 352 de la Ley, sabe ciertamente que la inscripción está vigente, o bien que ha sido cancelada, y en este caso puede previamente indicar a los interesados el medio de solucionar la situación creada por la cancelación, situación que actualmente no puede conocer.

Que los razonamientos que venimos haciendo no se nos han ocurrido sólo a nosotros lo demuestra la diferente práctica seguida en los Registros. En unos (y desde luego cumpliendo exactamente lo ordenado por el artículo 87 del Reglamento) se entregan los documentos a los interesados juntamente con los edictos para la publicación de éstos y su devolución una vez diligenciados por el Alcalde y Secretario. Esto es indudablemente lo ordenado por el Reglamento. Pero como el descuido y la incultura jurídica de las gentes es grande, es muy corriente que al entregarles los títulos y los edictos, y por mucho que se les machaque sobre la publicación y devolución, ellos creen que ya están despachados. La prueba es que bastantes veces hemos tropezado dentro de una escritura que causó primeras inscripciones.

los edictos, unas veces diligenciados y otras tal como los entregaron en el Registro.

En otros Registros, en cambio, hemos visto seguir otra práctica, que es la que nos ha sugerido principalmente estos comentarios, y consiste en no devolver los documentos a los interesados hasta que se han publicado los edictos (que el mismo Registrador envía a los Alcaldes) y poniendo en los documentos, a continuación de la nota de inscripción, otra concebida en estos o parecidos términos: "Hecha constar la publicación del edicto al margen de la inscripción respectiva".

No se nos oculta que este procedimiento no lo ordena el Reglamento; pero precisamente por ello creemos que debiera recogerse en el nuevo que se encuentra en gestación una reforma de tan pequeña monta y que sin embargo evitaría un gran número de cancelaciones de inscripciones que actualmente tienen que practicarse. Además, resolvería a los Notarios la duda que hemos de plantearnos siempre, ante todo título que contenga inmatriculaciones por el artículo 352, sobre la vigencia de la inscripción.

Este procedimiento, que, como decimos, hemos visto aplicar en varios Registros, nos parece indicadísimo para resolver el problema que hemos examinado, y mucho más conveniente que la exigencia de la presentación de los edictos en el Diario, que sugiere el Sr. La Rica (página 154 de sus recientes "Comentarios").

Si como hemos visto, el Reglamento no ha tenido en cuenta el supuesto que hemos examinado, quizá ahora pudiera corregirse esta laguna: por ello nos hemos permitido señalarla, con objeto de que, examinado por cualquiera de los lectores de la REVISTA, con más autoridad que el que estas líneas escribe, pueda adoptarse la solución más apropiada para evitar unos posibles perjuicios que a los interesados pueden causarse, según hemos señalado.

Pues, como final, si bien es cierto que según el artículo 2.º del Código, "La ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento", también lo es mucho más, que los que ejercemos nuestro ministerio en distritos rurales, hemos de convenir que el precepto citado no podría exigirse en absoluto al 80 por 100 de nuestros clientes, y que éstos necesitan una protección aun contra ellos mismos.

FEDERICO GARCÍA SOLÍS

Notario.

JAIME GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil* (tomo II, volumen 1.º, parte 1.ª, arts. 460 a 549.—Aguilar, Madrid, 1945).

La labor gigantesca que estos comentarios constituyen continúa perseverantemente. El primer tomo fué extensamente reseñado en esta REVISTA (1). Hoy nos toca dar cuenta de la exposición de los artículos 460 a 549 de la Ley de Enjuiciamiento civil (2).

1) El presente tomo empieza con el análisis del *acto de conciliación*. Guasp lo concibe como un verdadero proceso. Proceso es, según Guasp, una serie o sucesión de actos tendentes a la actuación de una pretensión por órganos específicos estatales. La especialidad del proceso, que es el acto de conciliación, consiste en que la pretensión se dirige al Juez para obtener una actividad conciliadora o de avenencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la solicitud que se formula. La especialidad del acto de conciliación se refiere, pues, a consideraciones procesales y tiende a eliminar la actuación de una pretensión.

2) Otro proceso especial con base procesal es el proceso incoado por las llamadas *diligencias preliminares*. Las diligencias preliminares no tienden, en cambio, como el acto de conciliación a eliminar la actuación de la pretensión sino a facilitarla. Ahora bien, las diligencias preliminares no se proponen facilitar los presupuestos de la actuación procesal, como por ejemplo, el proceso de reconocimiento de decisiones extranjeras; tampoco se proponen a facilitar los efectos de la actuación procesal, como por ejemplo, el proceso cautelar. Las diligencias preliminares facilitan el desarrollo de la actuación procesal, como por ejemplo, el juicio ejecutivo. Estos procesos destinados a facilitar el desarrollo de la actuación procesal pueden, a su vez, o aclararla o acelerarla, como los procesos sumarios. Las diligencias preliminares aclaran el desarrollo de la actuación procesal resolviendo cuestiones que surgen antes de la iniciación del proceso.

3) La iniciación del proceso se lleva a efecto por medio de una demanda. Hay que distinguir con todo rigor demanda y pretensión. La demanda inicia normalmente el proceso. Pero no siempre contiene

(1) Véase R. C. D. I., 1943, pág. 634 y sigs.

(2) Véase la reseña detallada de esta parte de los comentarios, hecha por Emilio Gómez Orbaneja en *Revista de Derecho Procesal*, año 1.º, número 4, págs. 567 a 581.

la demanda la petición de una actuación de fondo del órgano jurisdiccional, o sea, no siempre contiene una pretensión. Piénsese, por ejemplo, en el juicio verbal, en el cual la pretensión se realiza ante el Juez en la vista, mientras que la solicitud de iniciar el proceso se halla en la llamada "papeleta de demanda". En la mayoría de los casos contiene la demanda partes de la pretensión, pero no su totalidad, puesto que fundamentos de hecho complementarios pueden encontrarse en la réplica y en el escrito de ampliación, y fundamentos de derecho complementarios todavía en el escrito de conclusión. De todos modos hay que separar conceptualmente la petición de incoar un proceso (demanda) y la petición de una actuación de fondo (pretensión).

4) La doctrina de la *pluralidad de partes* se agrupa en torno de la distinta correlación en que, en cada caso, se hallan las partes entre sí. Puede ocurrir, en efecto, que las diversas partes aparezcan en un mismo plano, de recíproca igualdad o coordinación, o, a la inversa, que aparezcan situados en planos distintos, de recíproca desigualdad o subordinación. Cabe llamar al primero de estos dos supuestos pluralidad de partes principales o iguales, y al segundo, pluralidad de partes adhesivas o desiguales. Existe coordinación entre las diversas partes cuando ninguna de ellas aparece en actitud jurídicamente superior o inferior a las de las demás, sino que sus respectivas pretensiones figuran con la misma trascendencia procesal. Pero dentro de esta categoría es preciso subdistinguir aun aquellos supuestos en que las distintas partes actúan, no sólo en un mismo plano, sino unidas, de aquellos en que las mismas partes actúan en un mismo plano, pero separadas. En el primer caso, recogiendo la idea del vínculo o comunidad que existe entre las partes múltiples, puede hablarse de litis consorcio; en el segundo, pensando que quien actúa separadamente a demandante y a demandado aparece como tercero frente a ellos, puede hablarse, utilizando un término demasiado restringido en nuestro derecho positivo, de *tercería*. Litis consorcio es, por tanto, aquel tipo de pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen situados en un mismo plano y unidos en su actuación procesal. Dos son, pues, las notas características de la figura: la coordinación entre las partes que distingue el supuesto de la adhesión procesal y la unión entre las partes que lo distingue de la *tercería*. A diferencia del litis consorcio, la *tercería* es aquel tipo de pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen situados en un mismo plano, pero no uni-

dos, sino separados (enfrentados) en su actuación procesal. Considerando que el litigio se desarrolla originariamente entre dos partes a las que el tercero viene a sumarse colocándose frente a ambas, suele denominarse este tipo de pluralidad de partes con el nombre de intervención; intervención principal para marcar las dos características de la figura, la separación u oposición de las diversas partes, que diferencia este caso del litis consorcio, y su colocación en un mismo plano de importancia que lo distingue de la adhesión (o intervención adhesiva). Si las partes no aparecen situadas en un mismo plano, sino en planos distintos, figurando alguna o algunas en actitud inferior o secundaria a las restantes, en cuanto a la trascendencia de su actitud procesal, no puede hablarse ya de pluralidad de partes por coordinación, sino por subordinación; aquí, en vez de la figura del litis consorcio y la tercera, aparece el tipo de la adhesión procesal, la cual puede definirse como aquella pluralidad de partes en la que los diversos sujetos no se hallan situados en un mismo plano, sino que la actuación de uno aparece subordinada a la de otros. La desigualdad jerárquica de las partes es, pues, la nota específica del fenómeno: como mediante ella un sujeto acude al proceso adhiriéndose a las pretensiones de otro, a las que sirve como instrumento o auxiliar, el supuesto recibe el nombre de adhesión o intervención adhesiva, o intervención coadyuvante; siendo la unión entre parte principal y adherente consecuencia lógica del concepto, no hay medio de establecer aquí una distinción semejante a la que sirve, dentro de la pluralidad por coordinación, para separar las figuras del litis consorcio y la tercera.

5) Para fijar los diversos tipos de *oposición procesal* debe partirse de la idea fundamental definidora de toda oposición procesal como resistencia o desconocimiento de la pretensión del adversario. Según la índole del desconocimiento o de la resistencia, se producen clases diversas de oposición; según el especial elemento de la pretensión que se resiste o desconoce surgen otras clases que pueden combinarse con las anteriores. El primer caso se fija, por tanto, en el tipo de discusión; el segundo, en el tipo de lo discutido. En razón al tipo de discusión hay que señalar en las posibles actitudes del sujeto pasivo que se defiende dos grandes grupos. Hay que considerar, en primer término, aquella oposición que consiste en una simple o mera negativa de los elementos de la pretensión del actor. En esta clase de defensa, que, por relación a su contenido, puede designarse con el nombre de

negación, el sujeto pasivo de la pretensión se limita a desconocer las afirmaciones de su contrario, no coloca frente a ellas circunstancias distintas, sino que tan sólo se niega a reconocer las primeras. En segundo lugar, la oposición puede consistir en una verdadera afirmación contraria. Tanto en el caso de la mera afirmación incompatible (que podría recibir el nombre de contradicción) como en el caso de la afirmación no incompatible (que podría ser llamada objeción), el sujeto pasivo de la pretensión no se contenta con negar las alegaciones del adversario; introduce, por su parte, en el procedimiento datos nuevos que el Juez ha de tener en cuenta; ésta es precisamente la nota caracterizadora de la excepción procesal. En razón a lo discutido por la oposición del adversario, hay también que establecer dos grandes grupos: Al primero de estos grupos pertenecen todas aquellas oposiciones en que se niega, contradice u objeta un elemento de la pretensión de tal significación, que si la defensa prospera, y en tanto que prospera, el ataque no puede ser ya en ningún caso eficaz. Este tipo de defensa puede recibir el nombre de oposición perentoria. Al segundo de los grupos señalados pertenecen todas aquellas defensas en que se niega, contradice u objeta un elemento de la pretensión, de tal naturaleza, que si la oposición prospera, el ataque pierde su eficacia actual, pero puede volver a reproducirse en las mismas o en diferentes condiciones. Este tipo de defensa debe ser denominado oposición dilatoria. La oposición dilatoria puede a su vez referirse o a los sujetos, o al objeto o a la actividad (lugar, tiempo, forma) en que la reclamación consiste.

Hemos intentado reproducir en lo que antecede (en muchos casos con las mismas palabras del autor) algunas de las doctrinas básicas de Guasp que se encuentran en el volumen primero del tomo segundo de sus Comentarios. Lo expuesto basta para comprender el heroico esfuerzo del catedrático de la Universidad Central de crear en España el tipo de "comentario sistemático", que, si ya es difícil empresa respecto a una ley concebida con ambición científica, constituye tarea verdaderamente titánica frente a la Ley de Enjuiciamiento civil, asistemática por sistema. Opinamos, desde luego, que la obra puede considerarse ya como lograda. A ello contribuye la maravillosa claridad del pensamiento guaspiano, que no salta nunca ningún eslabón lógico, así como la cristalina exposición de las más arduas materias.