

# REVISTA CRITICA

DE

## DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXII

Febrero 1946

Núm. 213

### Notas sobre el régimen legal económico en el matrimonio

Ante cualquier institución de orden civil siempre se siente veneración, respeto y acatamiento. El hecho de venirse observando durante siglos una regulación determinada de las relaciones humanas supone un acervo de experiencia y un continuo contraste de la manera de pensar de un pueblo, que intimida a quien reflexiona sobre una posible reforma, y sólo queda justificado el intento crítico, si es sincero y no responde a afán de controversia o impulso impensado.

La labor crítica, por penosa que sea, no debe considerarse ajena a la incumbencia del jurista; la misión de éste no es solamente hermenéutica, como parece considerarse, sobre todo a partir de las Codificaciones. Al lado de la reforma técnica a que le lleva el estudio histórico, comparativo y dogmático de las instituciones, debe proponer la nueva pauta determinada por la variación de los hechos sociales, procurando aparezcan éstos siempre encuadrados dentro de la norma legal y reguladora.

En el Derecho civil hay instituciones cuyo origen y desenvolvimiento son obra de la técnica jurídica; ésta parte de conceptos apriorísticos, que, como dice Reinach, el Derecho encuentra ya creados y los desgrana en normas de deducciones lógicas, independientemente de la manera de pensar o de ser de cada comunidad. En este caso el Derecho, más que voluntad, es convicción que se impone. Exponente acabado de esta elaboración es la teoría de la representación, susceptible de una aplicación universal.

Pero otras instituciones responden a una particular intuición y determinada voluntad histórica a través del tiempo y del espacio; tienen un fondo consuetudinario, son la expresión del espíritu popular (Völkgeist, de la escuela histórica). Dentro de este marco aparecen la organización familiar y sucesoria. Cada país, tiene la suya propia, única, con muchas analogías que podamos encontrar con los demás. Incluso dentro de una nación puede existir diversidad legislativa, en este respecto, como ocurre en España. Aunque de curso lento, estas instituciones sufren una evolución paralela a la económica y social, a la cual deben responder.

Dos conductas primordiales pueden seguirse respecto de la regulación económicofamiliar: o dejar esta materia al arbitrio de los interesados o imponer un sistema legal (bien directo o supletorio).

El sistema tradicional español, con excepción de Cataluña, ha sido el régimen legal impuesto en Castilla y supletorio en Aragón, Navarra y Vizcaya. El Código civil, encargado de recoger la tradición castellana, se aparta de ella al permitir la libertad de pacto como principio.

El régimen legal supone la homogeneidad de la materia regulada, en este caso, la economía familiar. Hasta tiempos relativamente recientes, la familia se concibe con una gran extensión: son los cónyuges, los hijos, los colaterales y ascendientes, incluso los criados; con el matrimonio se traban los lazos entre familias distintas y hay que respetar los intereses de cada una; por último existe una gran masa de clase servil que aparece adscrita a la familia de sus respectivos amos sin propia sustantividad y patrimonio. Tal es el tipo familiar en que se inspiran nuestras leyes.

Hoy la familia, oigamos a los filósofos, son los cónyuges y los hijos (Keyserling); son los que viven bajo un mismo techo, unidos entre sí, con relación jurídica, según los juristas (Stolfi). El tipo de familia patriarcal aristocrática tiende a desaparecer, y como un nuevo hecho se presenta la familia rural independiente y la urbana, desenraizada del suelo (1). La aspiración de los nuevos tiempos es crear una fuerte economía agraria a base del paulatino trán-

(1) En la misma distinción se inspira Roca Sastre, para propugnar la necesidad de diferenciar un doble régimen, urbano y rural, en las materias de derecho sucesorio, en su conferencia de la Academia Matritense del Notariado. Anales, 1943.

sito de la tierra al cultivador directo, y la realidad actual nos muestra en gran escala al labrador-propietario. A consecuencia de ello se aplican constantemente normas legales, a situaciones y personas, no tenidas en cuenta al tiempo de su formación, resultando, por tanto, inadecuadas.

Ante la heterogeneidad actual es inútil intentar una misma regulación legal; en unos casos convendría la conservación del patrimonio como base de la independencia económica de la familia; en otros, habría de atenderse a más amplios intereses familiares concebida la familia con más extensión, y en todos, los imponderables factores morales, tan importantes en esta esfera, no podrían encuadrarse en la rigidez de la ley.

No pretendemos con esto que el Estado se desentienda de la organización económica de la familia; pero el problema hay que enfocarlo desde otro punto de vista. La finalidad perseguida, la defensa de la posición de la mujer y de los hijos, la verdadera familia, se consigue con el establecimiento de un sistema de legítimas distinto al de hoy, trazado también con vistas a otros intereses.

Establecer un régimen legal, bien impuesto o supletorio, es regular a ciegas los intereses familiares. En algunos casos podrá adaptarse a las circunstancias, pero en muchos otros será una rémora, una complicación perniciosa.

En este sentido intentaremos hacer la crítica del régimen de gananciales. No es, por tanto, fundamental del régimen de gananciales en sí, al que reconocemos sus ventajas sobre otros, sino del sistema como continúa establecido en nuestras leyes.

La doctrina actual es favorable al sistema ganancial, incluso con carácter legal. No es necesario multiplicar las citas; basta con señalar la opinión de nuestro civilista más ponderado y ecuaníme: «Por lo general, la opinión científica, dice Castán (notas a Enneccerus, IV, 1.º, pág. 281), juzga acertada la conservación por el Código civil de un régimen que en terreno histórico representa el sistema tradicional castellano y el más generalizado en el Derecho español y que además, en el orden práctico, responde quizá mejor que ningún otro a las exigencias del estado económico y social de nuestro tiempo», y en su obra *Hacia un nuevo Derecho civil*, página 129, insiste en la misma tesis: «El régimen de gananciales, en efecto, aunque un tanto complicado, es insustituible por el arrai-

go histórico que tiene en nuestra Patria y por las ventajas prácticas que lleva consigo.»

A pesar de dicha unanimidad, nos atrevemos a señalar los siguientes reparos a nuestro actual régimen:

1.º Los gananciales tenían antiguamente distinto significado al de ahora.

Nuestro Código civil califica el sistema de sociedad legal, y con acierto, pues sociedad es «un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias» (artículo 1.665 del Código civil) y el régimen de gananciales se explica perfectamente en todos los casos en que hay aportación común de bienes o de trabajo, o sea como sociedad de capital o de trabajo. Por eso no es de extrañar que la Rusia soviética, no obstante tan diferente de nosotros en su organización social e ideológicamente, acepte también los gananciales, ya que lo hacen bajo el aspecto de considerar al trabajo doméstico de la mujer como del mismo rango que el del hombre y con derecho a igual remuneración.

Los gananciales, de pura estirpe germánica, se configuraron al principio, según la opinión común, como dote del marido. Así dice Hinojosa: «El sistema de los gananciales parece haberse derivado de la costumbre de dar el marido a la mujer como dote la mitad de sus bienes, no sólo presentes, sino futuros. Al hacer esto, la asociaba a sus ganancias, se obligaba a compartir con ella los acrecentamientos que tuviera su fortuna durante el matrimonio. De aquí surgió probablemente la intervención de la mujer en las adquisiciones y en las enajenaciones de inmuebles hechas por el marido» (1). Posiblemente este carácter de dote del marido pasó a ser con el tiempo una especie de contradote, como ocurrió con el *exceix* catalán. Lo cierto es que en nuestro Fuero Juzgo sólo se dan cuando hay aportación de la mujer; no admite otra interpretación la disposición de dicho cuerpo legal de que se dividan en proporción a lo aportado por ambos cónyuges; sólo más tarde, y en evitación de cuestiones, se generalizó en los Fueros Municipales la división por mitad.

Y como la propiedad en aquella época de la Reconquista era

(1) Tomada de *Notas a Ennecerus*, IV, 1.º, 269.

patrimonio casi exclusivo de la nobleza, también tiene la institución un carácter marcadamente nobiliario. «El Fuero Juzgo establece los gananciales, como régimen de excepción y de privilegio, para las clases nobles, refiriéndose a los hijosdalgos y ricos hombres, empleando siempre las palabras caballero y dueña»; «los fueros especiales se otorgaban siempre, a título de cierto privilegio y excepción, a favor de los concesionarios por respeto a su clase social» (Sánchez-Román, *Derecho civil*, V, 1.º, 334).

Manresa, en sus *Comentarios* (IX-30), pone asimismo de relieve que los gananciales sólo se daban cuando concurrían como requisitos necesarios la celebración del matrimonio entre nobles o godos, con intervención de autoridad pública y mediante dote.

Además, los gananciales no es una institución aislada; convive con la dote obligatoria, con los parafernales, con las arras, con la donación *propter nupcias*. Supone, por tanto, todo un régimen orgánico, que hoy aparece falto de base, por desaparición de las columnas que lo sustentaban. Ni la dote, ni las arras, ni las donaciones *propter nupcias* tienen en la actualidad más que un interés histórico. Sin embargo, los gananciales permanecen en pie, por su obligatoriedad legal; pero ya no pueden tener ni tienen el carácter tradicional, en que tanto se hace hincapié. Hoy, los gananciales significan, en la mayoría de los casos, una legítima viual, con el inconveniente de que no se siguen las reglas y finalidades de toda legítima.

## 2.º Intromisión de miembros ajenos al estrecho círculo familiar.

Si en el matrimonio existen hijos, mal que bien, los gananciales no suponen entorpecimiento alguno trascendental; pero cuando no los hay, puede originarse un desplazamiento de bienes insospechado y absolutamente injustificado. Tal el caso frecuente, por la desidia en hacer testamento, por ejemplo, a favor del otro cónyuge, de que resulten herederos abintestato los sobrinos del premuerto (1).

(1) He aquí una anécdota curiosa: Cuéntase del famoso torero «Lagar-tijo» el asombro que experimentó cuando, ya viudo y sin hijos, le llamó un día el suegro a capítulo, manifestándole cómo, en virtud de la teoría de los gananciales, la mitad de su fortuna, conseguida con grave riesgo personal suyo, le correspondía a aquél. Su sorpresa no reconoció límite al cerciorarse por una de sus amistades de la corte, miembro a la sazón de

Esta consecuencia es, sin embargo, perfectamente lógica con el concepto de sociedad. Cuando ha habido aportación de bienes, se trata sencillamente de retirar los beneficios de un socio fallecido y no hay por qué tener en cuenta quiénes sean los causahabientes, pues aquellos beneficios son totalmente ajenos al cónyuge superviviente. Pero, si no hubo aportación, resulta un poco absurdo conceder preferencia en la adquisición ganancial a los padres; hermanos y sobrinos, sobre el viudo, gracias a cuyo esfuerzo se ha conseguido.

3.º La sociedad de gananciales contribuye al fraccionamiento del patrimonio familiar.

Esto es de suyo evidente. Lo único a razonar es la conveniencia de tal fraccionamiento. Tratándose de grandes haciendas que permiten la vida independiente de otros tantos miembros de la familia, contribuyendo a formar economías distintas y autónomas, es factible y beneficioso. Respecto de patrimonios consistentes en una sola casa, una sola viña, un olivar, etc., caso más frecuente de lo que pudiera creerse (habla un Notario con experiencia propia), resulta ridículo e ineficaz (1).

La liquidación de la sociedad, secuela inseparable del régimen legal, implica la desorganización automática de la familia en el momento en que falta alguno de los cónyuges. Ahora bien, la familia hay que protegerla a base de crear el mayor número de vínculos comunes y de qué subsista el mayor tiempo posible. Nuestro sistema actual peca de un individualismo exagerado y opuesto, las más de las veces, a la realidad social; y a nada conduce el suponerlo legalmente establecido a falta de pacto.

Sin necesidad de llegar a la creación de los proyectados patrimonios familiares, que no se adaptan a nuestra especial psicología, debe evitarse en lo posible la desaparición de los patrimonios. La Comisión redactora del Código, de que la pretensión del suegro no era una broma de mal gusto.

Algunos atribuyen a Frascuelo, en un caso análogo, la famosa réplica: «También las «cornás» son gananciales.»

(1) Por lo común termina vendiéndose la pequeña finca, contrariando las finalidades de una bien orientada política agraria. La limitación que establece el art. 17 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, de no poderse enajenar la finca adquirida por retracto hasta transcurrido seis años, queda sin efecto en casos así.

destos de la familia rural o campesina, contribuyendo de esta manera a disminuir el tipo del bracero, sin amor a la tierra y elemento gregario incapaz de economía doméstica propia; problema el más agobiante y siempre planteado, especialmente en Andalucía.

4.º Con los gananciales se hace todavía menos flexible el régimen sucesorio.

La división de la herencia por el propio testador, autorizada por el artículo 1.056 del Código civil, que tanta acogida encuentra en otras legislaciones, es sólo posible en España en el caso de persona soltera o viuda, o siendo casada, cuando verse sobre bienes no gananciales. Para la división hereditaria de éstos precisase la previa liquidación; y, según declaración terminante del Código, no hay lugar a practicarla hasta la disolución del matrimonio (1).

Asimismo, el párrafo final del artículo 1.056 sólo puede tener aplicación respecto de bienes no gananciales, pues ni siquiera queda autorizado el testador para pagar al otro cónyuge en dinero su participación en la sociedad conyugal, ya que, con arreglo al artículo 1.414, el marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales. De manera que, por el solo hecho de tratarse de bienes adquiridos durante el matrimonio, la autoridad del padre, como jefe de familia, queda limitada para ordenar una disposición de tan indudable trascendencia, en el orden económico, que puede evitar la desintegración y, por tanto, aniquilamiento de una empresa mercantil o industrial; y en el mismo orden familiar, con la elección acertada del más capacitado e idóneo para continuar la explotación.

(1) V. consulta evacuada por Clemente de Diego en *Revista de Derecho Privado*, 1924, pág. 348: «Correspondería examinar ahora si por voluntad de los cónyuges puede disolverse la comunidad de gananciales. La letra de los textos del Código es opuesta, y con la afirmativa parece que se vendría abajo un dogma fundamental de la organización económica del matrimonio: el de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales después de contraído el consorcio.»—V. igualmente Manuel González en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1927, pág. 173, final: «La cuestión es dudosa por ser y aparecer oscura en el Código la naturaleza de este acto híbrido (habla de la partición por actos *inter vivos*), que a cada paso se encuentra con un precepto prohibitivo cortándole el camino y que en todo momento se manifiesta como mancomunidad de voluntades para fines *mortis causa*, aunque en forma de actos *inter vivos* y con finalidad ejecutiva.»

Por último, el usufructo universal a favor del cónyuge, constante aspiración de infinidad de testadores, tampoco puede cumplirse prácticamente, aparte del sistema de las legítimas, por la existencia de la sociedad conyugal. En efecto, la finalidad del testador al ordenar el usufructo a favor de la mujer es que ésta, cuando enviude, continúe con la misma posición económica que antes, subrogándose en el lugar del marido, pero sin poder enajenar bienes, con lo que la legítima de los descendientes, si los hubiere, o los intereses de los herederos, en general, no sufre más perjuicio que la limitación temporal del usufructo, pero compensada con la seguridad de obtener íntegramente los bienes hereditarios (1).

No obstante esta finalidad del usufructo universal, la mujer puede disponer libremente de los bienes que le correspondan en pago de sus gananciales, sin que el marido pueda impedirlo. Roca Sastre, en su citada conferencia, hace notar la incompatibilidad de los gananciales con el usufructo universal: «Este régimen de regencia y, por ende, de usufructo universal vidual, precisamente hace innecesario el sistema de gananciales, pues éste se inspira en el criterio de liquidación y reparto, o sea de lucro económico, fundado en la razón más o menos justa de que la esposa participe de los incrementos patrimoniales; y, en cambio, en el régimen troncal, la viuda, al asumir la gerencia de los poderes agnaticios, se encuentra situada en un plano muy superior al de simple legitimaria.»

5.º Por último, el sistema legal español es complicado y caro.

Complicado en teoría. Nada menos que hasta seis tesis, y puede que más, han intentado explicarnos la titularidad de los bienes gananciales. La primera, históricamente los atribuye al marido, teniendo la mujer un dominio «in habito et credito», que se hace efectivo a la disolución del matrimonio; otra crea una copropiedad original o bien un patrimonio autónomo o de destino; algunas ven una verdadera sociedad con personalidad propia; y, por último, se entiende que la figura adecuada es la de comunidad, ya de tipo

(1) Consideramos muy acertada la tesis de Julián Dávila y de Francisco Virgili, el primero sentando el principio «donde hay herencia no hay legítima», y el segundo, viendo en el art. 820 del Código civil una reminiscencia de la cláusula socina, que favorece en cierto modo la disposición testamentaria del usufructo universal a favor del cónyuge. (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de octubre de 1943 y julio-agosto de 1945.)



romano, ya germánica. Esta última es la de más predicamento y ha sido adoptada definitivamente por la técnica de nuestra Dirección General, si bien con aditamentos y correcciones, ya que las peregrinas disposiciones de los artículos 1.413 y 1.417 del Código pudieran desvirtuarla. Así, la Resolución de 30 de junio de 1927 considera a la sociedad de gananciales como comunidad de bienes, sin atribución de cuotas y «sin facultad de pedir la división», mientras dure la vida en común, y «concesión de los poderes de disposición a título oneroso y a veces a título lucrativo» al marido.

Complicado en la práctica. La necesidad de la liquidación a la disolución del matrimonio es cosa que no puede eludirse, cualquiera sea la teoría adoptada. Y aquí está la verdadera complicación y lo gravoso del sistema. Hasta tal punto, que no dudamos en calificarlo como el mayor obstáculo para el desenvolvimiento del Registro de la Propiedad.

Observemos los hechos: Los Registros más completos son los de las regiones forales, donde no rigen los gananciales como sistema legal (1).

En unas, las fincas se transmiten y heredan indistintamente de si el propietario era casado o viudo; en cambio, en las otras, la variación del estado civil supone una cantidad tal de complicaciones y gastos, que origina en multitud de casos el abandono de tanto formalismo y el estancamiento y ruptura del tracto sucesivo registral. Si al propietario modesto que ingresa por primera vez en el Registro le aplicamos sin piedad todas las leyes civiles, con su correspondencia de leyes fiscales, de liquidación de sociedad conyugal, constitución de tutela, nombramiento de defensor, aprobación judicial de particiones, no es posible lo soporte durante mucho tiempo.

Por tanto, si la ordenación civil es perjudicial para los pequeños patrimonios, la cuestión se agrava cuando se trata de adaptarla a la legislación hipotecaria. A tal extremo llegóse en la necesidad

(1) Esto es lo importante, pues en forma de pacto existen, incluso en comarcas enteras, como en el campo de Tarragona; pero tal pacto no tiene trascendencia registral.

Otro hecho paralelo: el Registro no existe de facto en las regiones de Derecho común cuya riqueza agrícola es escasa o poco concentrada; no puede costearse y se prescinde de este organismo.

de la liquidación, que se exigía una nueva inscripción, a favor del marido o de la mujer, de los bienes propios o parafernales, una vez disuelto el matrimonio. Práctica que, poco a poco, ha ido cortándose por la doctrina en contra de la Dirección (Resoluciones de 24 de abril de 1885, 30 de junio de 1887, 15 de junio de 1892, 5 de mayo de 1908, 4 de noviembre de 1914, 22 de octubre de 1926). Tampoco se permitió que el marido, junto con los herederos de la mujer, pudiera vender bienes gananciales, sin la previa liquidación, hasta la Resolución de 9 de enero de 1915. Continúa siendo precisa, y sin ella no se puede disponer de la mitad indivisa de los bienes (Resoluciones de 29 de abril de 1902, 22 de agosto de 1904, 26 de julio de 1907), ni ratificar el viudo por sí solo la venta hecha, estando casado (Resoluciones de 12 de octubre de 1882, 19 de septiembre de 1901), precisándose, si concurren menores, la aprobación judicial (Resolución de 30 de abril de 1908); ni verificarse la que sea consecuencia de procedimiento judicial o administrativo seguido contra aquél (Resoluciones de 14 de abril de 1905 y 15 de febrero de 1915).

La presunción de ganancial hace que no pueda inscribirse a nombre de la mujer finca alguna como parafernial sin justificar fehacientemente la procedencia del dinero con tal carácter, y, en consecuencia, tampoco pueden inscribirse a favor del marido y de la mujer, por mitad indivisa, bienes adquiridos a título oneroso.

Estas son, brevemente expuestas, las críticas dirigidas contra el régimen ganancial, que no son precisamente nuestras, ni constituyen ninguna novedad; pero no se quiere sacar la consecuencia que de ellas se deduce.

A pesar de las objeciones formuladas, como ya dijimos, hemos de ponderar las ventajas del régimen de gananciales en sí, cuando sea conscientemente querido y pactado. Nuestra oposición va únicamente dirigida a su consideración de régimen legal en todo caso, que a esto equivale el presumirlo tácitamente aceptado, no habiendo pacto en contrario, sin posibilidad de apartarse de él una vez contraído el matrimonio.

Hay que procurar en lo posible la adaptación más perfecta del régimen económico matrimonial a las necesidades de cada familia. Y eso se consigue dejando un más amplio margen a la autonomía privada para ejercitar su facultad determinativa, con pleno conoci-

miento de causa. La limitación de no poderse otorgar capitulaciones después del matrimonio desvirtúa esa supuesta libertad de los cónyuges para la elección de su régimen matrimonial, y el sistema legal implica una imposición arbitraria.

No hay que olvidar, sin embargo, el fondo consuetudinario (costumbre, en su acepción de norma) de esta materia y la imposibilidad de conceder una facultad ilimitada a los cónyuges.

Nunca, como en esta esfera, son los intereses tan delicados y difícil el papel del legislador de armonizar la libertad y autonomía privada en una órbita donde se mezclan y confunden relaciones de tan vario carácter.

Para señalar un punto de partida veamos la idea cardinal que preside en nuestro Código la organización patrimonial del matrimonio. Esta es la de establecer dos regímenes legales supletorios en distinto grado: el de gananciales, si no ha habido pacto, y el dotal (régimen de separación de bienes con unidad de administración), en caso de expresa voluntad de los contrayentes de no aceptar el ganancial (art. 1.364).

Sin discutir las ventajas de uno u otro, hemos de reconocer son los únicos adaptables a las costumbres y constitución social de nuestro país. Partiendo de esta base, la solución está en conceder una mayor libertad en la elección entre estos dos regímenes. Esta libertad queda actualmente disminuída, y, de hecho, dado el desuso de capitulaciones en el territorio de Derecho común, anulada, al no permitirse la adopción del sistema dotal después de la celebración del matrimonio. Para ello se aduce, como único argumento, la necesidad de que el régimen establecido permanezca inalterable, y con la celebración del matrimonio, automáticamente ya existe uno: bien el pactado, bien el legal de gananciales.

Sin embargo, no vemos dificultades en qué ocurra lo contrario. Cuando efectivamente tiene importancia la sociedad de gananciales es a la disolución del matrimonio, ya que durante el mismo, dadas las amplísimas facultades de disposición del marido, en poco se diferencia del régimen dotal; y los intereses de terceros quedan salvados igualmente en este régimen, pues no hay transmisión de bienes del marido a la mujer, ni viceversa, y en todo caso siempre sería nula la donación fraudulenta.

Si, a pesar de esta mayor facilidad para la adopción del régimen

dotal, no existe pacto alguno, ni antes ni después de la celebración del matrimonio, sólo debe imponerse legalmente el de gananciales en los casos en que es el adecuado jurídica y económicamente: cuando hay aportaciones por ambos cónyuges.

En los demás debe darse a la participación ganancial de la mujer el carácter que en realidad tiene y no puede ser desconocido: el de legítima viudal, que bien podría consistir, dada la palpitación de la voluntad popular, en el usufructo universal.

Así contribuiríamos a la unificación del Derecho nacional en esta importante materia, facilitaríamos el tracto registral, fomentaríamos la cohesión familiar y dotaríamos al régimen económico del matrimonio de una flexibilidad de que hoy carece.

LUIS CÁRDENAS HERNÁNDEZ.

Notario.

# La Corporación «Lloyd's» en el Seguro Marítimo Español

## SUMARIO:

- Antecedentes históricos.
- La posición de «Lloyd's» en la legislación española.
- El agente de «Lloyd's» como comisario de averías.
- El agente de «Lloyd's» en el salvamento de buques.
- Epílogo.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Apoyándose en el parecer de Herrmannsdörfer, podemos considerar al Seguro de Transportes como el más antiguo de los conocidos; aunque la opinión de los autores es unánime en apreciar que la antigüedad no conoció un Seguro de Transportes en el sentido actual.

Ya el primer Código de Derecho marítimo—las leyes rodias—se cuida de regular el pago de los daños provenientes de un viaje marítimo, distribuyéndolo entre los interesados en el cargo, lo que constituye una especie de contribución a la avería gruesa, y aunque la naturaleza jurídica de esta avería pudiéramos encuadrarla en la figura de un cuasicontrato, cuando el seguro constituye un tipo de convención genuinamente aleatoria, queremos hacer resaltar el paso de una a otra institución en el curso de la Historia.

En Roma podemos encontrar vestigios de la institución, en el Digesto, Código justiniano y la Novela 110, pero verdaderos contratos de seguros no aparecen hasta el siglo XIV en el norte de Italia.

En Génova datan de 1347, En Pisa de 1385 y en Florencia de 1397. En una ordenanza del «dux» de Génova de 22 de octubre

de 1369, se emplea por primera vez la palabra «assecuramentum» en el sentido de seguro. En otra de 1401 se habla ya de una póliza. Es la floreciente época del renacimiento comercial al sacudir el marasmo de la Edad Media, en la que aparece la figura del Seguro marítimo en numerosas naciones, y Herrmannsdorfer presenta como un ejemplo a los armadores portugueses de fines del siglo XIV, que estaban obligados a inscribirse en una mutualidad pública, cuyo objeto era indemnizar las pérdidas y averías no culpables de las naves.

Pero la primera regulación detallada del Seguro de Transportes se le debe a Barcelona, que la da a la luz en sus cinco célebres Ordenanzas. Desde España se difundió el seguro a los países que en aquella época le estaban sujetos, principalmente a los Países Bajos, de donde pasó a Inglaterra y Alemania.

En este último país tomó gran incremento la «Hamburger Assekuranz-Havareyordnung» (Ordenanza hamburguesa de seguros contra averías), en 1731, instituyéndose ya en 1623 un Tribunal especial de Seguros denominado «Kollegium der Admiralität» (Colegio del Almirantazgo).

Entonces operaban en el Seguro de Transportes comerciantes individuales, participando varios de ellos cuando se trataba de naves o cargamentos de gran valor. Si su solvencia no era suficiente, se buscaba cobertura para el resto de las ciudades vecinas. Poco a poco surgió una tendencia al seguro mutuo, principalmente al seguro de casco. En Inglaterra repercutió con más intensidad la idea del seguro mutuo, pudiendo además considerarse nacido en este país el moderno seguro científico.

En 1617, el holandés Juan de Witt y el matemático Halley ponen los primeros jalones con la formación de estadísticas y el estudio de las probabilidades, adquiriendo singular empuje con el advenimiento y difusión de las primeras Sociedades anónimas.

La primera de estas asociaciones es la de las Indias holandesas, fundada en 1602, a la que sigue, en 1613, la inglesa de las Indias orientales. Pero el mayor avance de esta forma de seguro es conseguido a comienzos del siglo XVIII al constituirse la «London Assurance Corporation» y la «Royal Exchange Assurance Company».

Empero el seguro mutuo no vino a prevalecer, siendo sustituido por el de prima fija, explotado por empresarios particulares engra-

nados a la singular institución, conocida mundialmente con la denominación «Lloyd's».

Sabiendo es el origen del nombre, debido al de Eduardo Lloyd, propietario del café londinense, donde desde antiguo se reunían personas interesadas en la navegación. En tal evento concertaban seguros de manera que todos los que quisieran participar en ellos cubrieron la parte libremente designada por cada cual. Todo firmante de una póliza era considerado «underwriter» o suscriptor.

A pesar de la importancia de la institución londinense, no recibe sanción oficial hasta 1871 con la «Lloyd's Act», modificada en 1911, para ser puesta en consonancia con las modernas corrientes del seguro. Nada tiene de extraño el lapso de tiempo que medió entre la aparición y el momento de su reconocimiento oficial. Descontando que el comercio vive carente de norma legal, casi sin esfuerzo, la singular estructura del Derecho británico tampoco la requería.

Hoy «Lloyd's» forma el núcleo de todo el negocio inglés de Seguros marítimos, figurando en ellos miembros suscriptores y no suscriptores, pudiendo tan sólo ser nombrado miembro suscriptor quien deposita una fianza de 7 a 8.000 libras.

Es de importancia primordial que «Lloyd's» posea agentes por todo el mundo marítimo, no para contratar seguros—ya que la corporación no tiene tal cometido—, sino para ponerse en actividad en casos de siniestros, inspecciones de buques, reconocimiento de mercaderías averiadas así sea requerida, comunicando constantemente a Londres las noticias acerca de las flotas mercantes, para que la central elabore su registro internacional de buques, de excepcional valor para la técnica del seguro.

Su órgano de gobierno se integra por un Comité, elegido por el voto de la mayoría.

#### LA POSICIÓN DE «LLOYD'S» EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Al intentar en estas líneas exponer ligerísimamente la intervención en los seguros españoles de la corporación londinense «Lloyd's», no se nos alcanza poner de relieve uno de los principales problemas que la ciencia del Derecho Mercantil tiene planteados. La unificación de las normas comerciales.

Por ello excusamos referirnos a tarea tan formidable como urgente su realización y que ha ido cristalizando en codificaciones parciales, que sin sanción oficial de convenios ni necesidad de reconocimiento expreso en las legislaciones internas, han sido acogidas como lícitas por nuestro más alto Tribunal mirando los importantes servicios que prestan al comercio y cuya muestra más vigorosa puede apreciarse en la Ley cambiaria alemana o en las Reglas de York y Ambéres, reguladoras de la avería gruesa.

¿Qué papel juega, pues, la precitada corporación frente a las prescripciones de la sección tercera, título II y los títulos IV y V del libro III de nuestro Código de Comercio?

Si nos atenemos a la letra del artículo 846, observamos el espíritu de nuestra ley mercantil, ampliamente influida por el principio de la libertad de pactos al dejar en manos de los interesados—asegurado y asegurador—en el presente caso, la celebración del convenio encaminado a la justificación y liquidación de cuantas averías puedan ocurrir, establece tan sólo reglas concretas de faltar estas estipulaciones.

Por este principio de libertad es corriente la inserción en las pólizas de seguros de la cláusula de sumisión al arbitraje de un agente de la Compañía que en el puerto de destino peritará o mandará hacerlo, actuando en calidad de Juez y parte.

Cláusula de estilo, semejante a las de irresponsabilidad, impresas en los conocimientos de embarque, que desnaturalizando la libertad de contratación, transforman los pactos marítimos en verdaderos contratos de adhesión, en frase de Vicente y Gella.

En la actualidad resulta inoperante tal cláusula desde que el Sindicato del Seguro dispuso que los peritajes se verificarán necesariamente por personas ajenas a las Compañías de Seguros.

Al parecer, este inconveniente ha sido paliado con la creación del Comisariado de averías, organismo fundado por los aseguradores y que tiene por misión reconocer las mismas en los puertos españoles.

Mas no cabe desconocer que las Empresas de Seguros no disponen de representantes en cuantos puertos de destino contratan sus pólizas, y en tal evento han de recurrir a un comisario de Averías, que por su solvencia y pericia de arraigo, sea como el depositario de la buena fe, alma de la institución, y que interviniendo como



árbitro entre las dos partes dicte un laudo equitativo y sencillo en concordancia con las vertiginosas necesidades de la contratación mercantil.

No pretendemos significar, al hablar de estos fallos, que las resoluciones de «Lloyd's» tengan carácter de inapelables, por cuanto no lo son las dictadas por los árbitros ordinarios, y en el presente caso la institución londinense sustituye la actividad de éstos dondequiera que faltando sea requerida.

Sin embargo, no es fácil que las partes recurran, tan sólida es la cimentación de organismo protector y tanta confianza inspiran sus pareceres a cuantos contratan en el Derecho marítimo y por lo que difícilmente llega a conocer la jurisdicción ordinaria de conflictos de esta índole. La jurisprudencia elaborada en comparación con la que da lugar otros capítulos del Código es buena muestra de ello.

Para penetrar un poco en la clase de servicios que presta «Lloyd's» mediante la persona de uno de sus agentes, pensemos en la compleja función de su instituto, esbozada líneas arriba.

«Lloyd's» es una corporación de comerciantes interesados en los negocios del mar. Entran, pues, en la asociación los comerciantes que se valen preferentemente de la vía marítima, los armadores y las Sociedades de Seguros. En realidad, dado hoy el incremento del seguro, cabría decir que únicamente estas últimas son las verdaderas interesadas. Comerciantes, armadores y capitanes, al asegurar mercaderías y naves, dejan en manos del seguro la defensa de sus intereses con sólo cumplir los preceptos que en cada caso marca la legislación o la costumbre exigiendo la justificación de los siniestros. A los aseguradores interesa, pues, que la mala fe o la desidia de sus asegurados no malogre la matemática del cálculo de probabilidades.

Comprensible fué que los empresarios ingleses de seguros creasen un organismo para proporcionar a sus asociados la protección de sus pólizas, tan amenazadas por los azares de la navegación como por la negligencia o fraude de los hombres, y que al extender su radio de acción por todo el orbe marítimo beneficiara indirectamente la economía de las primas.

Preceptúa el artículo 847 del Código que la liquidación de averías, tanto judicial como extrajudicial, ha de practicarse con citación de todos los interesados. Si, como sucede de ordinario, se jus-

tifican o liquidan en puerto español, no existirá problema, pues el asegurador tiene defendidos sus intereses por el Comisariado español de averías.

Respecto al asegurado, nos remitimos a nuestro anterior comentario sobre su adhesión a las condiciones de la póliza, que con toda seguridad llevarán prevista la fórmula de comisario único.

El asegurador tendrá designados sus representantes en los puertos de la península y en los importantes del extranjero. ¿Pero podrá disponer de agentes en cada uno de los puertos para que contrata sus pólizas?

Anteriormente adelantamos la imposibilidad de que tal sucediera, y el párrafo segundo del artículo 847 prevé este caso, disponiendo que en tal evento habrá de verificarse el arbitraje ante el cónsul del país o, en su defecto, ante el Juez o Tribunal competente.

Considerar que faltando el cónsul hubiera que recurrirse a la autoridad local para que interviniera con arreglo a las leyes de su país, precepto sin fuerza obligatoria a falta de convenio, y suponer conformes a las partes a pasar por los trámites de un pleito sustanciado y decidido por normas extrañas, equivaldría a desconocer las modernas exigencias del tráfico mercantil.

Desaparecida la jurisdicción consular de nuestro libro del Consulado y Ordenanzas de Bilbao, Códigos respetados en casi todas las naciones con las que nos ligaron vínculos mercantiles, puede afirmarse que las instituciones de Derecho Mercantil internacional no han sido obra de las legislaciones internas—que no pueden imponerse más allá del territorio—, sino producto de las necesidades del tráfico, que las ha elaborado y cumple al margen de las prescripciones legales.

Para velar por los intereses del Seguro Marítimo en el ámbito internacional constituyóse «Lloyd's» en el siglo XVIII.

Aparte de su intervención como comisario sustituto, cabe examinar su personalidad como representante de armadores y aseguradores en materia de salvamento.

Siguiendo las prescripciones que las «Lloyd's Rules» imponen a sus agentes, trataremos de hacer un bosquejo de las obligaciones que se impone a éstos en dos de los casos que se requiere su intervención.

## EL AGENTE DE «LLOYD'S» COMO COMISARIO DE AVERÍAS

Nuestro Código de Comercio regula detenidamente las normas a seguir en la justificación y liquidación de averías, tanto simples como gruesas, estableciendo los requisitos que han de rodear las operaciones de reconocimiento y distribución de daños, desde la protesta del Capitán cuyo buque ha corrido temporal o ha naufragado, hasta el momento de hacerse efectiva la contribución a la avería en la general o pagar los daños al asegurado en la particular.

Partiendo del hecho de que todo buque o mercadería tiene cubierto su riesgo por la oportuna póliza, queda un punto de libre regulación por las partes, quizá el de mayor importancia.

¿Qué persona será la designada por asegurador y asegurado que concilie sus opuestos intereses en la avería simple o vele por los del asegurador en la gruesa?

Si a «Lloyd's», como organismo de carácter internacional especializado en todo género de cuestiones marítimas, se le une la ventaja de disponer de una completa red de agentes en todos los puntos del globo, lógico será designarlo para intervenir en toda suerte de accidentes marítimos como representante de los intereses del seguro.

Insisten las «Lloyd's Rules», a través de la exposición de las obligaciones de sus agentes, en que éstos no representan a los aseguradores, por lo que no intervendrán oficiosamente a no mediar requerimiento previo. Con ello queda afirmada su posición neutral, no debiendo entenderse su carácter de representantes—a que repetidas veces hemos hecho alusión—a la condición de una persona más en la plantilla de las Casas de Seguros, sino a la de una entidad auxiliar de cuantos tengan a bien demandar sus servicios en los casos antes trazados.

Requerida su intervención, su papel se reduce a personarse en la avería para reconocerla y levantar acta del estado de la mercadería, punto de partida para la liquidación y pago al asegurado.

Su posición de Juez de averías le llevará a contemplar equitativamente las causas y cuantía de los daños, saliendo al paso del fraude de las partes, y si su labor interesase la presencia de un perito especial, le nombrará de su cuenta, avalando su personalidad y competencia.

En caso de abandono de mercaderías por la consideración del daño o por carecerse de noticias en los plazos legales, su calidad de asesor aconsejará al asegurado que vele por la conservación de los objetos hasta tanto el asegurador se haga cargo de los mismos. De igual modo ha de cuidar que la avería se haga constar ante los armadores o consignatarios del buque al objeto de salvaguardar las posibles repeticiones que la Empresa de Seguros tenga contra el naviero como presunto responsable de las averías causadas en ocasión del viaje.

#### EL AGENTE DE «LLOYD'S» EN EL SALVAMENTO DE BUQUES

Pocos artículos, del 840 al 845, dedica nuestro Código de Comercio a la materia de nuestro capítulo bajo el epígrafe «De los naufragios» sin duda por considerarla el legislador materia más propiamente administrativa o perteneciente al Derecho de gentes por el carácter eminentemente común de la alta mar. Al Derechô Mercantil toca sólo regular el beneficio obtenido por el salvamento y su especial aplicación para cubrir los gastos producidos a expensas del mismo.

Por ello sería inoportuno tratar en este trabajo del desarrollo de la institución del salvamento de buques, tan en olvido hasta tiempos relativamente próximos, por reminiscencia latente del derecho feudal de naufragio.

En nuestros días el Derecho Internacional ha fomentado el desarrollo de tan humanitaria protección, cristalizándola principalmente en los Convenios de Bruselas (1910) y Londres (1929), al que España se adhirió en 1932.

Prescindiendo, pues, de la minuciosa regulación de carácter predominantemente administrativo que este último acuerdo establece, hemos de centrar nuestra atención en aquellas Empresas destinadas al salvamento, no en orden protector de vidas amenazadas, función ésta de los servicios de salvamentos de naufragos, sino en los organismos privados dedicados a estos menesteres como tipo de industria mercantil.

Ocioso manifestar que «Lloyd's», como corporación protectora de los intereses marítimos, desempeña su papel en el salvamento

de buques por la obligación que Londres impone a sus agentes de todo el globo en caso de siniestro inminente en el ámbito de su distrito.

Ante el buque varado o en peligro, el agente de «Lloyd's», previamente requerido por los interesados, deberá disponer de lo necesario, de acuerdo con el Capitán, para salvar, recobrar o conservar la carga y en general auxiliar al Capitán en cualquier gestión conducente a este objeto.

Una vez más insisten las «Lloyd's Rules» que su agente, a pesar del requerimiento de que es objeto, no tiene autorización de los aseguradores para prestar su conformidad o disentiimiento en cuanto al abandono del buque o carga, sino que en tal supuesto cumple con prevenir a las personas que lo intenten de su obligación de comunicarlo a los aseguradores.

Contratado el salvamento y después de su realización, de llegar a suscitarse disconformidad respecto a la cantidad debida por la asistencia prestada al buque, el agente tiene el deber de asistir a las reuniones efectuadas para llegar a un acuerdo, en unión de los interesados, sus apoderados o autoridades, con objeto de rechazar, mediante las pruebas suministradas por el Capitán y la tripulación, cualquier cuenta exagerada de los salvadores.

Si para el salvamento fuesen necesarias operaciones costosas o arriesgadas, el agente procurará obtener de los interesados presupuestos de salvamento, teniendo presente el principio «No cure no pay», a un porcentaje del valor de lo salvado. Principio compartido por nuestro Código de Comercio al establecer, en su artículo 842, que «los objetos salvados del naufragio quedarán especialmente afectos al pago del respectivo salvamento y su importe deberá ser satisfecho por los dueños de aquéllos antes de entregárselos, y con preferencia a cualquier otra obligación si las mercancías se vendiesen.»

De no llegarse a un acuerdo en condiciones equitativas, cabe al agente recomendar un arreglo a base de la fórmula de Convenio de salvamento de «Lloyd's», instando al Capitán a que conceda la preferencia a aquellas empresas de salvamento predispuestas a contratar con sujeción a esta forma.

Cerraremos el capítulo mencionando de pasada los honorarios devengados por los agentes, que corren por cuenta de las personas

que empleen sus servicios y de los propietarios de las cosas objeto de su intervención, y cuya cuantía no depende de porcentaje alguno sobre los mencionados, sino que guarda relación con el tiempo invertido y el trabajo efectuado en cada caso.

## EPÍLOGO

A través de exposición tan esquemática, no ha pretendido presentarse a la corporación londinense «Lloyd's» como institución protectora del comercio marítimo, por obra exclusiva del mercantilismo inglés.

No. En nuestro modesto sentir, el predicamento de que goza entre la gente de mar la expresada asociación se ha debido y se debe a la necesidad de que Inglaterra sienta de proteger su principal fuente de riqueza: el mar. Por ello ha dado la vuelta a la Tierra, como la dió en su día nuestro *Libro del Consulado del Mar* y Ordenanzas de Bilbao.

Por ello, dirigiendo una ojeada al desenvolvimiento histórico de nuestra disciplina, vemos a los pueblos de la antigüedad concertar sus trueques y operaciones con arreglo a los usos y principios de Derecho natural, que tiene cabida en todos los humanos. Ninguna ley escrita les rigió, porque internacionalmente no existe el *Jus imperii* de las ordenaciones estatales.

Con el desarrollo del comercio por obra de las ciudades griegas, son las leyes de los rodios—recopilación de usos marítimos—las que rigen el mundo conocido, haciéndolas suyas pueblos tan adelantados jurídicamente como el romano, mas carentes de un adecuado ordenamiento marítimo.

En las Edades Media y Moderna, con el predominio de nuestra navegación en las escalas de Levante y Ultramar, gozan de predicamento en los países vinculados a nuestro tráfico los cuerpos legales citados anteriormente.

Mas con el advenimiento del siglo xvii y el afianzamiento de Inglaterra en el dominio del mar, el comercio va adquiriendo los usos que le impone esta nación, de porvenir eminentemente marítimo.

Paralelamente a estos usos, las legislaciones nacionales fueron

regulando sus instituciones mercantiles, mas sólo en el estrecho ámbito de cada país, al contrario del comercio, que no tiene límites en el orbe. Explicable fué que la Gran Bretaña, al fomentar sus intereses marítimos, alumbrara el nacimiento de la corporación «Lloyd's», asociación protectora de los seguros marítimos, cuyas reglas y principios de equidad han ido hallando cabida en cuantas naciones hacen uso de esta forma de seguro, amparadas por el prestigio del organismo protector, depositario de la suerte de tan importante ramo de riesgos.

FRANCISCO FUENTES CARSÍ.

#### BIBLIOGRAFÍA

- F. Blanco Constans: *Estudios elementales de Derecho mercantil*. Editorial Reus, 1936.
- A. Vicente Gella: *Introducción al Derecho mercantil comparado*.
- Fritz Herrmannsdorfer: *Seguros privados*. Trad. R. Luengo. Ed. Labor, 1934.
- Lloyd's Rules*, editada en inglés por la citada Corporación, en el *Lloyd's Calendar*, 1935.

# La reforma de la Ley Hipotecaria

## Examen del artículo 41 en relación con sus predecesores

### I.—PLANTEAMIENTO.

Este artículo encarna una de las manifestaciones más importantes del llamado principio de la legitimación registral, formulado diáfananamente y con perfecto tecnicismo por la novísima Ley, tanto en su aspecto positivo (artículo 24, párrafo 1.º), como en el negativo (art. 97), preceptos que se corresponden, en lo fundamental, con el artículo 891 del Código civil alemán y 937 del Código civil suizo.

Desenvuelve después la nueva Ley los efectos de orden material y adjetivo de dichos preceptos fundamentales, y como norma general, para el ejercicio de las acciones reales derivadas de los derechos inscritos, dicta el artículo 41, con precisión y claridad.

Si cuando se formuló por primera vez este artículo (en el 15 de la Ley de 21 de abril de 1909) se hubiese tenido, como ahora, una visión clara del principio legitimador, no hubiesen surgido los problemas doctrinales y jurisprudenciales, ni las confusiones, perturbaciones y desorientaciones que su aplicación trajo consigo, dando lugar a una copiosa literatura jurídica que, cual ocurrió con el concepto del tercero hipotecario, más que aclarar la materia, contribuyó a desfigurarla y oscurecerla.

Pero el legislador de 1909 concibió el artículo 41 con una visión pobre, estrecha y raquítica. En efecto, lo que preocupó al redactor dicho artículo fué simplemente la *presunción posesoria* a favor del título inscrito, con el fin de concederle defensas privilegiadas que le evitasen la molestia y gastos de un juicio declara-



tivo o interdictal, con olvido casi absoluto de la presunción jurídica del derecho.

## II.—LA REFORMA DE 1909 (1).

La concepción inicial angosta del artículo 41, por la vía posesoria, llevó la aplicación práctica del mismo por idénticos cauces, y así, los problemas que planteó se pueden resumir en los tres siguientes:

a) *Carácter de la presunción posesoria.*—Tanto en el orden doctrinal como en el jurisprudencial prevaleció el criterio de estimarla como una presunción *juris et de jure* a favor del titular inscrito (2).

b) *Procedimiento para hacerla efectiva.*—En la práctica exis-

(1) Decía así: «Artículo 41. Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles ó derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe; y será mantenido en ellos por los Tribunales, con arreglo a los términos de la inscripción, y reintegrado, en su caso, judicialmente por medio del procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil.

La posesión inscrita producirá, mientras subsista, iguales efectos que el dominio en favor del poseedor, y conforme al artículo 446 del Código civil.»

(2) Aragonés dice: «El principio que se ha querido sentar en la nueva ley ha sido el de que el *modo* se obtiene por la inscripción. El de que la posesión civil radica *siempre y necesariamente* en la persona que aparece en el Registro, y como por el conocido principio de que nadie puede tomarse la justicia por su mano, el propietario inscrito no puede tomar posesión material de un inmueble si su tenedor lo rechaza, la ley ha declarado que basta con acudir al Juzgado para que éste la otorgue, sin necesidad de una contención, de un juicio, sea ordinario o especial, bastando para ello con acreditar el dominio inscrito y qué inscripción es la última.»

Martínez Pardo: «La ley ha querido evitar toda contención y molestia al dueño inscrito, y para ello, aun cuando éste tenía a su alcance el empleo del interdicto, le ha otorgado otro medio más rápido y sencillo de lograr el reintegro de sus derechos, permitiéndole utilizar el procedimiento especialmente mencionado. No significa esto, sin embargo, que el acto de reclamar el dueño la posesión mediante esos trámites que figuran en la sección relativa a la jurisdicción voluntaria deba ser considerado como acto de esta clase, sometido a las reglas generales que comprenden a todos los

tían dos: uno, el legal del artículo 100 del Reglamento de 6 de agosto de 1915 (1). Su eficacia era absoluta, pues aparejaba posesión efectiva a favor del titular inscrito, fuese o no tercero, cosa lógica después de haber llegado a la conclusión del carácter *juris et de jure* de la presunción posesoria.

Otro, más frecuente, jurisprudencial, por la vía del desahucio, que también protegía en absoluto al titular, pues le permitía lanzar al poseedor de hecho como precarista (2).

c) *Medios de defensa del poseedor de hecho*.—No le quedaba más acción que la declarativa en juicio ordinario, quedando privado de toda defensa en el procedimiento posesorio, lo cual era una consecuencia lógica de cuanto queda expuesto.

de su índole y, por tanto, a la suspensión o al sobreseimiento de diligencias en cuanto alguien formulase oposición a lo solicitado.»

El Sr. López de Haro decía: «Presunción *juris et de jure* porque radica la inscripción, y ésta podrá ser controvertida, pero la posesión que la ley le atribuye, no. Es un precepto radical y absoluto.» (*Revista de Derecho Privado*, del año 1927, pág. 271.)

Roca (*Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, pág. 287): «En el orden doctrinal se discutió mucho acerca de si esta presunción posesoria era *juris et de jure* o tan sólo *juris tantum*, lo cual venía a reducir la cuestión a un problema estrictamente procesal, consistente en si dicho procedimiento de efectución posesoria debía sobreseerse o no en caso de oponerse a ello el poseedor. Unos entendían que el expediente de jurisdicción voluntaria debía sobreseerse como tal, conforme al artículo 1.817 de la Ley procesal civil, transformándose el procedimiento en contencioso, en el cual el titular inscrito figuraría como actor, discutiéndose ampliamente el derecho; en cambio, otros entendían que dicho procedimiento de efectución posesoria debía seguir sin contención alguna hasta poner en posesión al titular inscrito, dejando la posible oposición del poseedor lanzado para ser ventilada en el juicio ordinario correspondiente, que él mismo debía promover.»

Ver también la Memoria de los Registradores en el Anuario de 1917, en el que tan prestigioso Cuerpo se inclina también a igual solución, por mayoría.

(1) Decía así: «El procedimiento a que se refiere el artículo 41 de la Ley es el regulado en el título XIV, libro III, de la Ley de Enjuiciamiento civil.»

(2) Ver, entre otras, sentencias de 20 de enero de 1920, 12 de mayo de 1925, 2 de junio de 1925, 12 de febrero y 29 de abril de 1927. Véanse también sentencias de 21 y 28 de marzo de 1916, 7 de diciembre de 1917, 10 de junio de 1924, etc.

## CRÍTICA

Jerónimo González lanzó los primeros proyectiles contra la reforma (1).

Lo peligroso y radical del estado jurídico creado motivó la reforma llevada a cabo por el Real Decreto de 13 de junio de 1927, inspirada por Jerónimo González, y en el preámbulo de dicha disposición se hace la crítica más dura del artículo 41, diciendo que se había introducido «sin ninguna justificación explícita» y con «falta de precedentes doctrinales», lo que junto con su redacción general y equívoca, provocó «un verdadero trastorno en el régimen de la propiedad territorial». «Frente al propietario inscrito, según el Registro, no podía existir poseedor legítimo, y los llevadores de tierras durante siglos, en virtud de título más o menos defectuoso, se veían violentamente lanzados en procedimiento sumario, sin poder alegar su posesión inmemorial.»

## III.—LA REFORMA DE 1927 (2).

La finalidad de esta reforma fué, aparte de encajar el artículo 41 en la técnica hipotecaria, procurar la defensa del poseedor de hecho, apoyándose en la moderna concepción del derecho de

(1) «Necesario es reconocer que la reforma no ha sido hecha con la reflexión debida, y que el artículo 41 no ha sido fruto de una correcta ponderación de las instituciones a que afecta.»

«Si la posesión consiste principalmente en un señorío de hecho sobre las cosas, en un sometimiento efectivo de la misma a la voluntad humana, la llamada posesión registral o tabular basada sobre la inscripción de una finca o de un derecho real en el Registro a favor de persona determinada no es verdadera posesión. La titularidad emanante del asiento no implica potestad inmediata sobre la cosa ni ejercicio del derecho. De aquí que pueda aparecer como poseedor jurídico una persona no inscrita.» (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1926, pág. 886: «El principio de publicidad».)

(2) «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del posee-

propiedad, en la intensidad de la llamada acción agraria y en la necesidad de evitar abusos por parte del propietario inscrito.

Jerónimo González atribuyó a la reforma un cuádruple sentido (1).

Quedó, pues, aclarada e interpretada la materia, después de esta reforma, en los siguientes términos:

a) La presunción posesoria tenía, como la presunción de derecho, carácter *juris tantum*.

b) El procedimiento, conforme al artículo 100 del Reglamento reformado, constaba de dos partes: Un primer párrafo, en que se ordena dar la posesión judicial al titular inscrito que lo solicite, con arreglo a los artículos 2.056 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento civil; y otros dos, en que se regulaba la tramitación con-

dor de buena fe, mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 445 del mismo Cuerpo legal.» (Artículo 41, de 1927.)

Artículo 100 del Reglamento reformado: «Quien tenga inscrito el dominio o cualquier derecho real susceptible de posesión podrá solicitar, con arreglo a los artículos 2.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, la posesión jurídica, aun en los casos en que proceda el interdicto de adquirir. Si a la solicitud presentada se hiciere oposición por algún interesado, el Juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concederá al opositor un plazo de quince días para que formule por escrito su reclamación. Las reclamaciones se unirán a los autos y se entregarán, sin demora ni publicación de edictos, al que hubiese obtenido la posesión, para que las conteste o exponga lo que tenga por conveniente dentro de seis días. El procedimiento se tramitará como contencioso con arreglo a los artículos 1.642 a 1.650, ambos inclusive, de la referida Ley, siendo potestativo valerse o no de Letrado y Procurador.»

(1) «a) Llamando la atención de los profesionales sobre la necesidad de separar en la inscripción los efectos declarativos de los posesorios; b). Sentando *juris tantum* la presunción de que la inscripción lleva consigo la posesión correlativa; c) Dejando a los Tribunales la última palabra, tanto respecto a la verdadera situación jurídica como al estado posesorio efectivo, y d) Señalando, dentro del Derecho procesal español, el procedimiento adecuado para salvar las diferencias técnicas entre el sistema hipotecario y el instituto de la posesión.» («La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1927, pág. 836.)

tenciosa del asunto cuando se hacía oposición por algún interesado, como explicó Jerónimo González en el citado trabajo.

En este procedimiento sólo cabía discutir cuestiones posesorias, no petitorias o declarativas, y no cabía el lanzamiento (1).

Subsistía el procedimiento por la vía del desahucio (2).

c) Frente al titular inscrito, el poseedor de hecho podía defenderse, en el procedimiento del artículo 100 del Reglamento reformado, como se deja dicho; pero una vez firme la sentencia interdictal, sólo podía utilizar contra ella las acciones reivindicatorias (3).

d) En todo caso, quedaba a salvo la protección del tercero hipotecario (4).

### CRÍTICA

En general, esta reforma no fué bien acogida (5):

La justificación de la reforma la hizo su inspirador, Jerónimo González, en el luminoso trabajo tantas veces citado.

En mi modesta opinión, lo más acertado de ella fué el entroncar el artículo 41 en la técnica hipotecaria, llamando la atención, ante todo, sobre la presunción jurídica del derecho inscrito, como emanación del principio de la legitimación registral, que casi se

(1) Véase Jerónimo González en el trabajo citado, año 1927, pág. 844, y Roca, obra citada, tomo II, pág. 290.

(2) Véanse sentencias de 4 de abril de 1932 y 4 de marzo de 1941. Véanse también sentencias de 11 de julio, 14 de noviembre y 5 de diciembre de 1934 y 5 de febrero de 1935.

(3) «Contra el fallo favorable al titular, una vez que sea firme, no cabe ejercitar ni el interdicto de recobrar ni una acción posesoria, sino la reivindicatoria y la rectificación del Registro, con arreglo al artículo 24 de la Ley Hipotecaria.» (Jerónimo González en el trabajo citado, año 1927, página 345.)

(4) Véase Roca, obra y tomo citados, págs. 291 y 292.

(5) Véanse los siguientes trabajos: Navarro Carbonell: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1927, pág. 401; Mon Pascual: «La nueva reforma de la Ley Hipotecaria», en Revista de igual año, pág. 502; López de Haro: «La reforma del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en la mencionada Revista, 1927, página 267; Villares Picó: «Efectos de la inscripción, según el actual régimen hipotecario español», pág. 99; y Roca, tomo y obra citados, pág. 280.

había olvidado por la famosa presunción posesoria; pero hay que reconocer que, en cuanto a este último aspecto, la reforma fué deficiente y no tuvo éxito en la práctica, como lo revela el distinto modo de interpretar la referencia que el artículo 41 hacía al artículo 445 del Código civil (1); la facilidad con que en el proce-

(1) «La concepción del artículo 445—como hace notar Sánchez Román—no es completa en cuanto se refiere al hecho y no al derecho de posesión, cuando éste sea de la misma naturaleza; pero desde este último punto de vista pueden aplicarse las reglas del citado artículo con toda propiedad para resolver los conflictos: 1.º, entre la posesión *actual* y la que se haya perdido con arreglo al artículo 460 del mismo Código; 2.º, entre posesiones *actuales* de distinta antigüedad, y 3.º, entre las que siendo de igual antigüedad tengan o no título. Por ejemplo: 1.º Si el titular inscrito la ha abandonado, la ha cedido o no ha reclamado dentro del año, se verá derrotado por su contrincante en el posesorio; 2.º Si los dos litigantes poseen de igual modo, es decir, contradictoriamente, deberá atenderse a la antigüedad de la posesión y el titular tendrá la presunción del Registro a favor suyo, y de su causante mientras no sea destruida por el contrario; 3.º Si las posesiones son de igual antigüedad, el título inscrito desenvolverá su fuerza hipotecaria, aunque sea meramente una información posesoria, conforme a la nueva redacción que al artículo 101 del Reglamento ha dado el Real Decreto de 21 de julio último. Por último, si todas las condiciones fuesen iguales, se resolverá la contienda a favor del titular, según el Registro, porque el artículo 41 exige que se declare de *mejor condición* la posesión del que contradiga sus asientos, si ha de ser atendida. En resumen: la inscripción por sí sola no acredita apodicticamente el estado posesorio, pero grava al adversario con una prueba difícil por virtud de las distintas, presunción que ésta ha de destruir.» (Jerónimo González, trabajo citado, 1927, págs. 840-841. Coincide con esta interpretación Roca, obra citada, págs. 289 y 290.

Sostiene criterio distinto Rafael López de Haro: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, lo mismo antes que después de la reforma, da por supuesto que quien tiene inscrito no posee, sino otra persona, y por eso precisamente sienta la presunción de posesión a favor de quien ha inscrito; y el artículo 445 del Código civil estima, de mejor condición al poseedor actual, o sea a esa otra persona. Si así se entendiera el indicado inciso de la reforma, sería un absurdo cuanto en el artículo 41 se dice: de un lado, a quien tiene inscrito no se le podría suponer poseedor. En lugar de las disposiciones laboriosas del artículo 41 había que poner una muy sencilla, que dijera: «posee quien posee», o, aun mejor, *quien tenga inscrito no posee, si es que de hecho posee otro*. No cabe en forma alguna tomar a la letra el inciso dicho, sino interpretarlo en relación al texto y significado de las disposiciones del artículo. Si, según el artículo 41, son

dimiento del artículo 100 del Reglamento reformado podía ser vencido el titular inscrito, ya que podía serlo por cualquier poseedor, sin limitación o tasación de causas, y porque, en el caso de obtener sentencia favorable, ésta no daba lugar al lanzamiento, sino que simplemente producía el efecto del fenómeno de interversión de la posesión (1).

#### IV.—LA LEY DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944 (2).

Para comprenderle bien, a mi juicio, hay que partir de la idea básica de que este artículo apenas si tiene relación alguna con sus hermanos de 1909 y 1927; estos artículos representaban, de manera poco técnica e imprecisa, el principio de la legitimación

poseedores naturales los que tienen la posesión de hecho frente a la preunción civil-posesoria de la inscripción, el artículo 445 no es aplicable en cuanto a los poseedores de hecho, sino en cuanto a los que, teniendo título de propiedad y estando en posesión de la cosa por virtud de dicho título, acuden a los Tribunales para que se declare que la posesión que su título confiere es de mejor condición que la que confiere el título inscrito.» (López de Haro, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1927, página 275.)

(1) Jerónimo González, trabajo citado, 1927, pág. 844: «Pero si la finca se halla en poder de tercera persona que posee en nombre propio, el requerimiento produce una interversión y coloca al antiguo poseedor en la situación de un precarista, privado de los remedios legales que al poseedor legítimo compete para ser respetado o reintegrado en su posesión. No puede quejarse del despojo, porque no ha sido injusto, sino decretado judicialmente. De aquí la necesidad de tenerle por parte en el procedimiento en cuanto se oponga a la dación formal de posesión.»

(2) «Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución contra todos los que no inscribieron sus títulos y se opongan al derecho inscrito o perturban su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente. El Juzgado, a instancia del titular, adoptará las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar, en todo caso, el cumplimiento de la sentencia que recayera. A la persona o personas designadas por el propio titular como causantes del despojo o perturbación se las emplazará para que en el plazo de seis días puedan personarse en autos. Si comparecieren, prestarán caución adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnizaciones de daños y perjuicios y pago de costas, y, veri-

en sus aspectos sustantivo y positivo, y, además, la presunción posesoria, materia llevada por la nueva Ley al artículo 24, párrafo 1.º.

Por el contrario, el artículo 41 actual representa una de las manifestaciones o efectos procesales más importantes del principio de la legitimación, no con relación a un derecho real determinado, sino como norma para todos los derechos reales inscritos (1).

ficado, se les concederá un plazo de diez días para formular la demanda de contradicción. En caso de incomparecencia o de no cumplir con lo dispuesto en el párrafo anterior se dictará auto acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito. La demanda de contradicción se sustanciará con arreglo al artículo 749 y siguientes del título III de la Ley de Enjuiciamiento civil. Sólo podrá fundarse en cualesquiera de las causas siguientes: Primera. Falsedad de la certificación registral y omisión en ella de derecho o condiciones inscritas o constantes en el Registro que desvirtúen la acción ejercitada. Segunda. Poseer el opositor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera reclamación jurídica directa con el último titular y con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36. Tercera. Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del opositor. Cuarta. No ser la finca inscrita la que realmente posea el opositor. Cualquiera otra alegación se reservará para el juicio declarativo que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo. Si el titular registral no contesta la demanda de contradicción, se dictará auto teniéndolo por desistido del proceso de ejecución y por renunciante a la acción real ejercitada, sin perjuicio de poderla ejercitar en el juicio declarativo correspondiente. Las sentencias dictadas en estos procesos no producirán excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho en las partes a promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión.»

(1) «El principio de legitimación, de tanta trascendencia en el régimen hipotecario, no fué proclamado por nuestros antiguos legisladores. Estos regularon en forma vaga, incoherente y casuística algunos de sus efectos. Columbraron la necesidad de principio, pero no acértaron a desarrollarlo con rigor científico. La subsanación de esta señalada deficiencia es uno de los primordiales objetivos de la presente reforma.»

«El Registro se presumirá exacto o íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y corresponde al titular. De este modo, la presunción de *juris tantum* de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada pro-



De su estudio interpreto el alcance del mismo, en orden al derecho de dominio y sus relaciones con la posesión, ya que éste fué el problema que fundamentalmente obsesionó, en las siguientes conclusiones:

a) Al titular inscrito pertenece el dominio y la posesión, con presunción *juris tantum*, en tanto no entre en juego el tercero hipotecario (art. 24, párrafo primero) (1).

b) La presunción posesoria tiene como contenido propio el derecho a poseer, el *jus possidenti*, como básico para el aprovechamiento económico de la cosa (2).

Lo confirma el procedimiento ejecutivo para la defensa, que es el propio de las acciones reales inscritas, y no, como antes, los procedimientos posesorios.

Roca Sastre, antes de la reforma, entendía que se refería a la *posesión civilísima* (3).

c) El procedimiento de defensa lo regula claramente el artículo 41, y consta de dos partes:

1.ª Si el causante de la perturbación o despojo no comparece o no afianza, el Juez, a instancia del titular inscrito, «dictará auto, acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito», y, por tanto, incluso el lanzamiento, añadimos nosotros.

Esta disposición del párrafo quinto de dicho artículo tendrá una gran trascendencia práctica y representa la mejor y más eficaz reacción al exonerarle de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Únicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria sin repercusión procesal.» (Exposición de motivos.)

(1) «No obstante, la nueva Ley reconoce cierta trascendencia a la posesión, en relación con el Registro, en los siguientes casos: 1.º Concediendo al titular registral la presunción de que es poseedor de hecho, bien con carácter general (art. 24), bien respecto de la prescripción adquisitiva (art. 35)...» (Angel Sanz: «La reforma de la Ley Hipotecaria»: *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 16.)

(2) «El derecho a poseer, como parte integrante del dominio, es un derecho real que el Registro, debe reflejar y proteger.» (Preámbulo de la exposición de motivos.)

(3) Véase obra y tomo citados, en la página 283 y siguiente.

defensa del dominio inscrito, ya que, de hecho, pone en manos de su titular un procedimiento judicial, ejecutivo, unilateral y rapidísimo que le permitirá, cuando se vea privado de la posesión efectiva, obtener inmediatamente y sin contradicción el recobro de la misma, realizándose así, pero con un procedimiento adecuado y técnico, que deja expeditas posibles defensas al amparar los casos de justa oposición, el pensamiento de los inspiradores y defensores de la reforma de 1909.

En efecto; conforme a la causa segunda, la demanda de contradicción sólo podrán formularla con éxito posible dos clases de poseedores: 1.<sup>a</sup> El poseedor *ad usucapionem* que haya consumado la prescripción, en las condiciones que fija el artículo 36 de la Ley, cuando ésta haya de perjudicar a tercero; 2.<sup>a</sup> Poseedores a virtud de contrato u otra relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores. Todos los demás poseedores de hecho, aunque lo sean en nombre propio por más de un año y día, en cuyo grupo entran los usurpadores, perturbadores, poseedores de mala fe y sin título, o que simplemente se aprovechan de meros descuidos, tolerancias o negligencias del legítimo propietario, que con el artículo 100 del Reglamento reformado en 1927 podían vencer fácilmente al titular inscrito, quedan hoy, prácticamente, sin defensa, pues no habrá ninguno tan mal avenido con sus intereses que, tras de prestar la caución que exige el artículo, si pueden hacerlo, formule una oposición condenada de por sí al seguro fracaso, por estar desplazados del área de defensa que permite la causa segunda, por lo que en la casi totalidad de los casos el procedimiento degenerará en unilateral, y el Juez se limitará a ejecutar las medidas que solicite el titular inscrito.

2.<sup>a</sup> Si hay oposición en forma legal, ésta ha de basarse en las cuatro causas concretas que señala dicho artículo, de las cuales, sólo la segunda vendrá a juego en la generalidad de los casos, y, con arreglo a ella, solamente el *poseedor con causa jurídica*, o sea un poseedor jurídico, podrá contradecir con éxito el contenido del Registro por el procedimiento de los incidentes, dejando a salvo las acciones declarativas y sin que la sentencia que recaiga produzca excepción de cosa juzgada (1).

(1) «Los principios antes expresados de legitimación... sufrirían con-

d) La posesión como señorío de hecho, la posesión física, continúa por los cauces románicos, y tanto el titular inscrito, si realmente posee y es perturbado, como el poseedor de hecho, si quiere la posesión conforme al artículo 460 del Código civil, pueden ejercitar los remedios posesorios o interdictales (1).

siderable agravio de no ser aplicados hasta sus últimas consecuencias. Si los asientos registrales se presumen exactos e íntegros..., no puede darse a la inscripción, *prima facie*, un valor inferior al de cosa juzgada.»

«En el ejercicio de acciones reales dimanantes de derechos inscritos, el principio de contradicción, básico en el orden procesal; no puede entrar en juicio con tal premura o latitud que equivalga a poner en entredicho o a tratar con injustificado recelo declaraciones oficialmente tamizadas, dignas de equipararse a los títulos ejecutivos y de otorgarlas la confianza que éstos inspiran. En eventos semejantes no es preciso formar la convicción del Juez. La naturaleza, condiciones y efectos de los derechos que sirven de base al procedimiento aparecen claramente definidos en los asientos registrales que, por ministerio de la Ley, deben ser considerados exactos e íntegros, mientras no se decida lo contrario. Todo ello ha inclinado a proponer que las acciones reales, no las demás, provenientes de derechos inmobiliarios inscritos, puedan ejercitarse contra los que no inscribieron sus pretendidos derechos mediante un proceso de ejecución.»

«No obstante, ante la posible inexactitud del Registro, se concede a éstos un breve plazo para la correspondiente oposición; en cuyo caso, y mediante fianza bastante, se paralizará la privilegiada fase para dar lugar a una discusión circunscrita a determinados extremos, sin perjuicio de una más amplia y definitiva controversia en el respectivo proceso de cognición. Sobre vigorizarse el Registro, se consigue aplicar sus principios en toda la integridad y amplitud, y en forma alguna se lesiona a los legítimos titulares de derechos, que, estén o no inscritos, continuarán gozando de las debidas garantías.» (Preámbulo de la exposición de motivos.)

(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 alcanzan 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*.»

«Registro, tutela de derecho y posesión de *facto* se mueven en campo distinto. 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 quienes ostenten el señorío efectivo, podrán siempre defenderse contra todo perturbador, cualquiera que sea el contenido de aquél.»

«La *possessio ad interdicta* subsiste con plena virtualidad al no venir condicionada por las declaraciones del Registro. Derivada de la necesidad

e) El titular inscrito gozará, pues, entre otras, de las acciones reivindicatorias, ejecutiva, hipotecaria y las interdictales. Ahora bien; cuando no posea de hecho (y salvo el caso de prescripción), lo natural será que recurra a la segunda acción, o sea, al procedimiento del artículo 41, que le coloca en una posición privilegiadísima, no sólo por la presunción *juris tantum* que le protege, poniéndole en la posición de demandado, sino porque sólo podrá ser demandante en dicho procedimiento un poseedor con *causa jurídica*, y, además, quedará enervada la acción interdictal del poseedor de hecho, al que sólo le quedará, caso de ser vencido, la declarativa por inexactitud del Registro.

Aplaudimos sin reservas esta reforma y creemos que el acierto de ella radica en haber encuadrado y articulado bien esta materia con el principio de la legitimación registral, así como con los problemas relacionados con la posesión tabular y la *possessio ad interdicta* y *ad usucapionem*, materias que en 1909 constituían un verdadero caos en nuestra legislación hipotecaria, y tal vez ello fuera la causa de la vida atormentada y desenfocada del ya fenecido y famoso artículo 41.

Consideramos, pues, este artículo, a pesar de su contenido procesal, como uno de los más fundamentales de la reforma, llamado a atraer hacia el Registro, para obtener la protección que ofrece, una gran masa de la propiedad no inscrita, coincidiendo nuestro comentario con el del compañero D. Leonardo Cimbrano (1): El tiempo y los Tribunales de justicia tienen la palabra. Que así sea para bien de todos y satisfacción de los creadores de la reforma, la más técnica y profunda que ha sufrido nuestro régimen hipotecario desde su implantación.

JESÚS MARTÍNEZ CORBALÁN.

Notario de Sama de Langreo.

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.» (Preámbulo de la exposición de motivos.)

(1) «Dados los términos claros y precisos de este artículo y las declaraciones terminantes que contiene, repetimos, representa un gran avance, de beneficiosos efectos para la seguridad del que contrate confiado en los libros del Registro, todo lo cual ha de redundar en una mayor garantía para el tráfico jurídico inmobiliario registral. Esperamos que la realidad, con el tiempo, vaya confirmando el acierto de este nuevo artículo 41, de tal modo, que lo estimamos como uno de los más básicos de la reforma.» (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1945. pág. 24.)

## Cuándo el derecho hereditario puede ser objeto de inscripción o solamente de anotación preventiva

### CONCEPTO DEL DERECHO HEREDITARIO

El derecho hereditario es el que corresponde al heredero o herederos sobre todos y cada uno de los elementos que forman el patrimonio del causante por su cualidad de herederos, la cual les confiere la representación de la personalidad del causante.

Este derecho puede tener un sujeto o varios y, por tanto, y por lo que se refiere a la actuación del contenido de este derecho, las mismas facultades que correspondan al heredero único sobre cada una de las cosas del patrimonio causante han de atribuirse a todos los herederos cuando, siendo varios, actúen conjuntamente, pues son aquellas mismas facultades que tenía el *de cujus* sobre sus bienes transmisibles, que pasan a sus herederos y tienen, por ello, tanto en el caso de ser un solo heredero como cuando son varios y obran unánimemente, la misma titularidad que se atribuía al causante sobre cada uno de los elementos de su patrimonio. O sea, que es dueño de la herencia el heredero único y condueños los herederos que, actuando todos juntos, por su conformidad, dan por cierta la parte indivisa de cada uno, según el título básico de la sucesión, que la van concretando, por la unanimidad en la actuación de sus facultades sobre cada elemento del patrimonio, sin que tengan, por ser varios, más limitaciones que el heredero único.

Así, pues, si respecto del heredero singular se dice que no tiene el derecho hereditario esa cualidad de abstracto (mejor se diría, complejo) que se imputa a este derecho, tampoco la tiene cuando el contenido de este derecho es de varios y se actúa por todos ellos juntamente, ya que el contenido objetivo de tal derecho no cambia porque sea singular o

plural el sujeto. Es el mismo caso del dominio, que pertenece a un sujeto singular, y el condominio, que pertenece a un sujeto plural.

LA COMUNIDAD DE LA HERENCIA NO ES IGUAL AL CONDOMINIO MIENTRAS NO SEA LIQUIDADO EL PATRIMONIO O DETERMINADA LA PARTE INDIVISA DE CADA HEREDERO

La comunidad que surge de la pluralidad del sujeto complica la actuación del contenido del derecho, porque cada uno de los cosujetos no tiene la plenitud de la facultad de disposición sobre la totalidad de cada uno de los objetos en que recae la comunidad y sólo se permite que cada condueño disponga de su parte alicuota; pero los efectos de tal disposición no son definitivos, y así, el artículo 399 del Código civil establece cierta eventualidad a los actos dispositivos de los partícipes, subordinando sus efectos a la división de la cosa en común.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 4 de abril de 1905, 29 de diciembre del mismo año y 26 de enero de 1906, establece diferencia entre la facultad de enajenar su parte que tienen los condueños y la que corresponde a los coherederos, y se dice en la primera Sentencia, en cuanto a los herederos, que si bien éstos pueden disponer, aun antes de que se practique la división, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, el efecto de la hipoteca, como el de la enajenación, con relación a los condueños, se halla limitada a la porción que se asignará en la división al cesar en la comunidad. Se dice en la última Sentencia citada, también respecto a herederos, que si bien el heredero puede disponer, antes de que se practique la división, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, *mientras ésta no sea liquidada*, y, por consecuencia de ello no se hace la correspondiente adjudicación de lo que a aquél le corresponda, *carece de verdadero título de dominio y por consiguiente no puede enajenar ni gravar bienes concretos y determinados a cuya universalidad le da derecho el testamento*.

De esta doctrina del Supremo se infiere: 1.º, que la comunidad en el derecho hereditario recae sobre la herencia como una universalidad y no sobre cada cosa en concreto; 2.º, que, por lo dicho en el anterior apartado, cada coheredero carece de verdadero título de dominio sobre

los bienes en concreto, y por esto no puede tal coheredero enajenar ni gravar bienes concretos, ni en su parte abstracta y mucho menos en parte concreta y determinada de tales bienes, y por esto mismo se ha dicho por la Dirección de los Registros y del Notariado y por los tratadistas que los coherederos no tienen titularidad sobre las cosas singulares del patrimonio del causante; 3.º, que los coherederos pueden enajenar su parte ideal o indeterminada en la herencia, pero sus efectos respecto a los demás coherederos se hallan limitados a la porción que se le asignará en la división al cesar en la comunidad; y 4.º, que los condueños de fincas o cosas determinadas pueden enajenar su parte abstracta y también la totalidad de una cosa, siendo varias indivisas, o parte concreta y determinada de alguna o algunas, pero, en el caso de referirse la enajenación, no a la parte abstracta, sino a parte concreta de la cosa indivisa, queda tal enajenación afecta a la eventualidad o condición de que la cosa o porción enajenada sea adjudicada al condueño enajenante.

Como se ve, el derecho hereditario es más indeterminado y eventual que el derecho del copropietario, porque la parte indivisa de éste está determinada, por recaer sobre objeto concreto, y es sólo eventual en su actuación porque el efecto de la enajenación de tal parte alícuota estará limitado a la porción que le sea adjudicada al enajenante al cesar la comunidad. y en cambio, la parte alícuota del coheredero es eventual en el *qué* y en el *cuánto*; en el *qué*, porque, al recaer el derecho hereditario sobre todos los elementos del patrimonio del causante, se desconoce *a priori* qué elemento o elementos le serán adjudicados a cada heredero, y en el *cuánto*, porque mientras no haya liquidación total o parcial de la herencia no se sabe si la porción que a cada coheredero se asigna en el título sucesorio responde a la realidad, ya que puede resultar que alguno de los herederos no tenga derecho a toda la porción que determina el título mencionado, por haber recibido bienes del causante en vida de éste, cuyo valor ha de ser baja en su haber al hacer la liquidación, o puede estar tal coheredero afecto a deudas o expuesto a responder solidariamente de deudas del causante; y por esto dice nuestra Dirección, en Resolución de 21 de febrero de 1923, que la herencia es una comunidad forzosa, de caracteres específicos, que liga a los interesados en forma mucho más enérgica que la proindivisión ordinaria, tanto por las consecuencias derivadas de la representación del *de cuius* y de la solidaridad con que responde de

sus obligaciones, como por la indeterminación de los derechos que a cada coheredero pertenecen en las cosas hereditarias.

En fin, que para que el derecho hereditario equivalga a la co-propiedad es preciso que sea liquidado total o parcialmente el objeto sobre que recae; es decir, que sean concretados total o parcialmente los elementos del patrimonio del causante, y así desaparecerá, al concretar los elementos patrimoniales, esa complejidad o abstracción que se atribuye al derecho hereditario cuando son varios los herederos. Por no estar concretados tales elementos se dice que los herederos no tienen parte alicuota homogénea sobre cada uno de ellos, sino sobre el conjunto patrimonial; pero si no tienen parte alicuota en cada elemento mientras no se conozca que las partes expresadas en el título sucesorio responden a la realidad, al actuar todos juntos los herederos, expresando la conformidad con el título básico y refiriendo la parte alicuota de cada uno a las cosas singulares del patrimonio, desaparece tal complejidad, toda vez que todos los coherederos ostentan la misma titularidad que tenía el causante sobre cada una de las cosas de su patrimonio, ya que todos ellos recogen la personalidad de aquél, como cuando hay un solo heredero, y por esto tienen todos juntos título de dominio sobre las cosas singulares de la herencia, al igual que el heredero único, y pueden transmitir las como éste; y así, dice la Dirección, en Resolución de 10 de junio de 1916, que, según el artículo 661 del Código civil, los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y ya se conciba la sucesión como una continuación de la personalidad del difunto por el heredero en una esfera más o menos amplia, o como una representación general, es lo cierto que las facultades transmisibles que correspondan al causante sobre sus bienes se traspasan al sucesor sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por el testamento.

#### CUANDO EL DERECHO HEREDITARIO ES ABSTRACTO O COMPLEJO

Hemos visto que cuando el derecho hereditario es actuado por todos los coherederos en cada cosa del patrimonio, determinada con unanimidad la parte indivisa de cada uno según el título sucesorio, se concreta y deja de ser abstracto; pero no estando liquidado el patrimonio del causante, ni actuando con unanimidad todos los herederos, cada



uno de éstos, por sí solo, no puede ostentar ni toda la titularidad de cada elemento del patrimonio, ni siquiera la titularidad de su parte alícuota sobre cada una de las cosas de la herencia; sólo puede ostentar *a priori* su cualidad de heredero, que le confiere, eso sí, una participación en la representación de la personalidad del causante y que le da derecho a intervenir en la liquidación de la masa hereditaria; pero esa cualidad de heredero, resultante del título sucesorio, no refleja por sí sola la participación exacta que ha de corresponder a cada coheredero en la liquidación, como hemos dicho antes, hasta que todos los herederos expresen la parte indivisa de cada uno. Esto nos demuestra que el título de herencia, actuado aisladamente por algunos herederos y no por todos, puede no expresar la realidad y por esto no cabe constatar con exactitud en la inscripción del derecho hereditario, cuando no consta la conformidad de todos, la cuota homogénea que se determina en la inscripción de la copropiedad. En este sentido es como el derecho de cada coheredero resulta, más bien que un derecho real, una situación de vocación a un derecho real, un *jus ad rem*; y por esto mismo, y por no poderse expresar en la inscripción una situación definitiva y categórica, debe ser anotable y no inscribible el derecho del coheredero, actuando aisladamente y no por todos.

Pero cuando se pida la inscripción del derecho hereditario sobre fincas o derechos de la herencia en instancia suscrita por todos los herederos, en la que se exprese la parte de cada uno, de acuerdo con lo que se dispone en el título de herencia, en tal caso queda determinada la cuota homogénea de cada uno y concretado el derecho hereditario sobre cada finca o derecho y en este caso se debe inscribir y no anotar como cuando hay un solo heredero; pues a efectos hipotecarios importa más determinar la titularidad del derecho que el contenido del mismo, y a este efecto, citemos las palabras de la Exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944: "Estas (las normas hipotecarias), más que al contenido de las relaciones reales sobre inmuebles, se enderezan preferentemente a regular lo concerniente a la titularidad de las mismas."

Seamos sinceros, pues, y afirmemos que, así como el heredero único puede pedir la inscripción del título de herencia mediante una instancia y también por virtud de una manifestación de bienes hecha ante el Notario, así cuando sean varios los herederos pueden pedir la inscripción de su título de herencia por instancia, suscrita por todos y rati-

ficada en el Registro, también por medio de escritura de adjudicación de los bienes proindiviso, que equivale a la escritura de manifestación de bienes otorgada por el heredero único, y además también mediante escritura de partición en que se hace la división del caudal. Por estas formas resulta concretado el derecho hereditario.

De modo que es justo entender en este sentido el artículo 14 de la nueva Ley Hipotecaria, y así se debe aclarar en la nueva redacción de esta Ley. Será absurdo exigir el otorgamiento de una previa escritura de adjudicación proindiviso para inscribir la herencia, cuando los herederos no quieren dividir las fincas por convenirles el tenerlas indivisas o porque tengan que venderlas sin ser previamente divididas. Con frecuencia los herederos proceden todos de común acuerdo a la venta de fincas sin hacer la partición, y se pide para hacer la inscripción de la venta la previa inscripción del derecho hereditario.

Ahora, según el sentido literal del citado artículo 14, parece que solamente puede ser objeto de anotación preventiva del derecho hereditario cuando hay más de un heredero y que también han de ser objeto de anotación preventiva las transmisiones o gravámenes de tal derecho.

El segundo párrafo de dicho artículo dice: "El derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva."

Y luego, en el quinto párrafo, se insiste diciendo: "Si se tratare de inscribir bienes y adjudicaciones concretas, deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero, con la sola excepción de lo ordenado en el párrafo siguiente."

Bien está que se exija escritura pública o sentencia cuando se pretenda inscribir adjudicaciones derivadas de contrato entre los herederos o partición en que se asignen bienes concretos a los herederos o cuando se adjudiquen a los mismos partes indivisas, determinadas por la voluntad de los otorgantes o por decisión judicial; pero cuando las partes indivisas de los bienes concretos son las mismas que resultan del título sucesorio, que es el básico para la inscripción de la herencia, según el primer párrafo del mismo artículo 14, sin que los herederos con vengan nada que le modifique y que tan sólo manifiestan con unanimidad su conformidad con el título sucesorio, refiriendo las partes in-

divisas sobre cada finca. ¿qué fundamento jurídico puede justificar la exigencia de una escritura pública para inscribir las partes indivisas de todos los herederos sobre las fincas del causante, cuando todas esas partes equivalen al derecho del heredero único, cuya inscripción se permite expresamente en el párrafo 6.º del citado artículo 14? ¿Por qué hacer tal interpretación de este artículo y exigir una forma tan rigorista como inútil? De hacer esta interpretación resultará que los herederos, aunque actúen unánimemente, sólo podrán pedir anotación preventiva de su derecho hereditario, y luego, si venden las fincas de la herencia, el comprador tampoco podrá inscribir, sino anotar, la compra, caducando estas anotaciones a los cuatro años, según el artículo 76 de la Ley. Se dirá que pueden evitar esto otorgando los herederos una escritura de adjudicación proindiviso de las fincas vendidas; pero los herederos no han convenido hacerse adjudicación alguna y sólo acuerdan vender las fincas tal como las heredaron de su causante. ¿Por qué ha de obligarse a los herederos a manifestar en una escritura un contrato de adjudicación que no ha existido ni existe?

Tal exigencia no tendrá más alcance que encarecer la titulación, con perjuicio para los interesados y para las instituciones autenticadoras de las transmisiones inmobiliarias.

De suerte que el derecho hereditario debe ser objeto de anotación preventiva solamente cuando, siendo varios los herederos, no se pida la registración de tal derecho por todos. Ya que, en tal caso, es cuando el derecho hereditario aparece, como hemos visto, complejo o abstracto, porque no se sabe si todos los herederos están conformes con las partes indivisas que determina el título de sucesión. Y lo mismo habrá de ser solamente anotada la transmisión de tal derecho hereditario abstracto.

De ser admitida esta interpretación, las anotaciones preventivas del derecho hereditario abstracto podrán convertirse en inscripciones cuando el derecho hereditario se haya concretado a favor de los anotantes; y así, cuando todos los herederos hayan llegado a anotar su respectivo derecho hereditario, pueden solicitar conjuntamente la conversión de las anotaciones en inscripciones, que expresarán categóricamente la parte indivisa de cada coheredero, y lo mismo se pueden convertir aquellas anotaciones con la escritura de venta de las fincas anotadas que otorguen todos los herederos, en la que se manifieste, no una adjudicación previa a los mismos, sino la parte indivisa que cada uno vende, de conformidad con el título de la sucesión. También se podrán convertir las

anotaciones del derecho hereditario de cualquiera de los coherederos mediante escritura pública de adjudicación, y si ésta es de adjudicación de cuotas indivisas, se convierten las anotaciones en inscripciones de copropiedad, y si fuere escritura de división o de adjudicación de fincas, las anotaciones tomadas a nombre de un coheredero sobre aquellas fincas que luego son adjudicadas al mismo, se convierten en inscripciones, y en cambio, serán objeto de cancelación aquellas otras anotaciones tomadas sobre fincas que resulten adjudicadas a los demás herederos.

Y lo mismo se hará respecto de las anotaciones preventivas de la transmisión o gravamen que el coheredero haya hecho de su derecho hereditario.

MANUEL VILLARES PICÓ.

Registrador de la Propiedad

# ¿Existe el desistimiento en nuestro sistema hipotecario?

## ANTECEDENTES

Entenderíamos por desistimiento el acto voluntario por el cual el interesado en un título presentado en el diario de operaciones del Registro de la Propiedad solicita, con posterioridad, que no se practique operación alguna de registro.

Verdaderamente anormal, no es frecuente el caso, pero de hecho ocurre que, interesados en documentos inscribibles, después de presentarlo el título en el libro diario, se arrepientan, por cualquier motivo, y acudan a la oficina con la exigencia de que se les devuelva su documento por no interesarles la inscripción.

Y precisamente por no ser frecuente el caso, la literatura sobre él es casi nula, lo que hace pensar en la necesidad de una construcción científica reguladora que ponga fin a los problemas que ello pueda plantear.

Desde luego, no es raro encontrar títulos que han surtido sus efectos en un Registro de la Propiedad con la nota de: *"No haberse practicado operación alguna respecto a determinada o determinadas fincas por haber desistido el presentante"*

No menos frecuente es el caso de que, de común acuerdo interesado y Registrador, sea retirado un documento sin que se inscriba.

Pero esta solicitud, esta cesación de la actividad registral que se puso en marcha por el asiento de presentación, esta devolución del documento, se ha practicado dentro de un marco de líneas tan impreciso, que surge la pregunta: ¿Los interesados pueden en todo momento y en todos los casos desistir de una inscripción que ellos mismos han solicitado? ¿Es omnímodo este derecho a desistir?

Convengamos, dicho sea en su honor, que la alta corrección profesional del Cuerpo de Registradores ha eliminado, con una transigencia rayana muchas veces en dejación de derechos, los conflictos que

hubieran podido promoverse. Pero una correcta costumbre que procura eliminar todo sentimiento de apetencia de honorarios no puede servir de norma reguladora para aquellos casos en que la admisión sistemática del desistimiento pudiera envolver una responsabilidad profesional. Y una vez puesto en descubierto el abuso, no hay más remedio que ahondar en el problema y fijar de una vez para siempre si puede admitirse este desistimiento.

En efecto, el Registro tiene un papel decisivo en su conexión con ciertas actuaciones judiciales.

La presentación de un mandamiento de anotación de embargo, de demanda, de expedición de certificación, de la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pueden determinar una prioridad de derechos para la decisiva resolución de un pleito.

Pero al lado de esta actuación oficial suele ir hermanada una actuación privada de transacción que cristaliza a veces en un acuerdo, y si éste llega, no es raro encontrarse el Registrador con urgentes peticiones de devolución del documento para evitar gastos y honorarios. De esta forma, la presentación en el Registro ha cumplido su papel intimidador, el mecanismo registral se ha puesto en marcha, el Registrador ha estudiado el caso jurídico, muchas veces complejo en su conexión con los asientos de los libros hipotecarios, y cuando cuadra a los intereses de las partes demandante y demandada, se pretende paralizar de un golpe todo, con el fin inconfesable de restar unos honorarios a un funcionario técnico que ha dedicado su actividad y su tiempo al estudio de un asunto que sólo tendía a salvaguardar los intereses de un particular. ¿Puede esto hacerse? ¿No representa la total e incondicionada aceptación de tal exigencia un caso posible de responsabilidad del Registrador?

Ello nos ha hecho meditar y llegó a la conclusión de que, por una serie de concausas, se ha venido a deformar un posible desistimiento "de facto", convirtiéndolo en una exigencia desorbitada e imprudente que pugna con el prestigio que debe rodear a una oficina de la importancia del Registro de la Propiedad.

#### PRECEPTOS QUE REGULAN LA DEVOLUCIÓN DE DOCUMENTOS

En verdad, no hay ni un solo precepto de la Ley, ni aun reglamentario, que afirme el derecho de los interesados a retirar el documento *porque sí*, sin otro motivo que lo fundamente.

Encontramos, sí, reguladas por el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria las personas que *pueden pedir* la inscripción, ya sea adquirente, transmitente, representante legítimo de cualquiera de ellos o quien tenga interés en asegurar el derecho que deba inscribirse, llegando la tolerancia de nuestro sistema a admitir a los mandatarios verbales y a las mujeres (Resoluciones de 1 de abril de 1863 y de 6 de diciembre de 1879) y a los mayores de diecisiete años (Resolución de 20 de septiembre de 1865), preceptos aclarados aún más por los artículos 52 y 53 del Reglamento Hipotecario, que admite como peticionario de la inscripción al que con arreglo a Derecho puede o debe representar al interesado, como el padre o la madre al hijo bajo su potestad, el marido a la mujer, el tutor al pupilo, y el mandatario, aun el verbal o tácito, al mandante, con la excepción de los oficiales y auxiliares del Registro, que, por una incompatibilidad muy explicable, no pueden serlo.

También regula la Ley de un modo minucioso la extensión del asiento de presentación que debiera verificarse *en el momento* de presentarse cada título (art. 238 de la Ley Hipotecaria).

Ante la falta de un precepto especial que regule este desistimiento hay que acudir al precepto general del artículo 4.º, párrafo segundo, del Código civil. "Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero."

Ello nos lleva de la mano a limitar este posible derecho de los interesados a la devolución del documento.

El Registro es una oficina pública cuyos asientos (incluso los asientos de presentación) están bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 25 de la Ley Hipotecaria reformada). La petición de inscripción, exacto desarrollo del principio de rógación, pone en marcha todo el mecanismo registral (examen del historial de la finca o fincas cuya inscripción se pretende, estudio y calificación del documento, etc.); ello supone engarce o fijación de rango del documento con otros presentados que puedan regular afectados por aquél título, y todo este mecanismo que, en funciones de Juez territorial, mueve al Registrador, no puede quedar al arbitrio o capricho de un particular que estime que el Registro ya le ha servido suficientemente y ya no lo necesita.

La renuncia a la inscripción, o, mejor dicho, el desistimiento, en

este caso, sería contra el orden público reflejado en la normal marcha de una oficina del Estado.

Pero, al lado de ello, el desistimiento dejaría en el aire toda la labor realizada por el Registrador: estudio del documento, calificación, busca e *incluso posible extensión en parte* de los asientos pertinentes; y no es justo ni legítimo un desistimiento que perjudique a un tercero, en este caso el Registrador, que nada tiene que ver con las combinaciones particulares que cuadran al interesado. Es, pues, otro límite al desistimiento.

Si nos atenemos, por tanto, al único precepto legal aplicable, el artículo 4.º del Código civil, podremos concluir sentando la regla general: El interesado que haya presentado en el libro diario un documento para que se practique cualquier asiento registral, no puede renunciar su derecho: Primero, porque tal renuncia envuelve una alteración en el orden interno de la oficina; alteración que sólo al Registrador corresponde calificar y apreciar con facultad omnimoda, ya que él es el responsable del orden interno, y segundo, que tal renuncia perjudica a los intereses de un tercero o del propio Registrador, por razón del trabajo que se le ha obligado a realizar.

Presentado el documento, se ha examinado el diario para ver si hay otros títulos con aquél relacionados; se ha practicado el examen y calificación jurídica y se han examinado los libros del Registro en lo necesario, se han extendido borradores o minutas de los asientos a realizar e incluso puede haber otros títulos contradictorios que esperan la aclaración de la situación del primer documento (inscripción, suspensión o denegación). En esta situación, se presenta el interesado solicitando la retirada del documento. La petición no es, ni muchísimo menos, automática, en el sentido de tener que accederse inmediatamente a tal exigencia, truncando, cercenando una labor a mitad de su camino; perturbando la vida registral y la buena marcha de la oficina y dejando (y esto es importantísimo) *vigente un asiento que, con esa teoría de omnimoda libertad a favor del interesado, podrá ser utilizado días más tarde para pedir de nuevo la inscripción, acortando caprichosamente el plazo que la Ley concede al Registrador para el despacho*.

La Ley Hipotecaria no autoriza a los interesados para recoger el documento más que en un solo caso: *Cuando el Registrador notare falta en la forma extrínseca o de capacidad en los otorgantes* (art. 19 de



la Ley Hipotecaria), a fin de que se subsane la falta, y si no lo recogen o se subsana la falta, se devuelve.

Los artículos 83 y 290 del Reglamento Hipotecario desenvuelven el derecho de los interesados a la *devolución del documento sin nota alguna*, precisando para que se dé tal supuesto: Primero, que se haya extendido previamente el asiento de presentación y que éste no haya caducado; segundo, que el Registrador atribuya al documento defecto que impida la inscripción; tercero, que el interesado pida se le devuelva el título sin otra nota que la de haberse practicado el asiento de presentación, nota que autorizará con media firma, y cuarto, que al propio tiempo se extienda otra nota al margen del asiento de presentación, que deberá firmar el presentante, expresiva de la devolución del documento.

Perfectamente regulada por la Ley debe estimarse: Primero, que todo documento a cuya devolución ha accedido un Registrador es defectuoso, y segundo, que, por lo tanto, *a contrario sensu*, no siéndolo, no puede ni debe accederse a la devolución, esto es, no existe en nuestro sistema hipotecario el derecho al desistimiento, por ser un precepto de carácter imperativo y establecido sin reservas de ningún género que "la inscripción se hará por los Registradores dentro de los quince días siguientes al de la presentación de los documentos necesarios y suficientes para verificarla y siempre del término de sesenta días, a que se refiere el artículo 17 reformado de la Ley" (art. 76 del Reglamento Hipotecario).

Sólo el caso de existir un impedimento material inevitable (que en ningún caso será el desistimiento de los interesados) puede impedir la inscripción, y de no verificarse ésta, no sólo vendrá obligado el Registrador a indemnizar los perjuicios que de ello le sigan, sino que puede ser objeto de una corrección disciplinaria (art. citado y 449, núm. 3.º, y 457, núm. 2.º).

#### OPINIONES DE LOS TRATADISTAS

Hemos examinado con detenimiento las opiniones de nuestros tratadistas hipotecarios, y hemos de confesar que, salvo rara excepción, la mayoría no abordan el problema, dándolo sin duda, por resuelto en sentido negativo. En este caso están Díaz Moreno, López de Haro y Campuzano.

Morell y Terry, después de sentar el principio de que "la petición de inscripción se realiza mediante la presentación del título en el Registro" (1), al fijar los derechos de los interesados con relación al asiento de presentación, dice: "Los interesados o presentantes pueden, pues, recoger el título presentado, ya para verificar después el pago del impuesto, ya para subsanar defectos, ya para interponer recursos, *ya únicamente por su capricho o voluntad*, reconociéndose así en las Resoluciones de 28 de julio de 1863, 27 de febrero de 1864 y 6 de septiembre del mismo año" (2).

Con todos los respetos que nos merece el ilustre y llorado tratadista, de feliz memoria, no estamos en absoluto conformes con esa libertad omnimoda del interesado o presentante para desistir de la inscripción porque sí, a capricho; y menos estamos conformes en que las resoluciones citadas digan tal cosa, según su examen nos demostrará.

Sería intolerable, y el propio sentido común así lo dice, que todo el prestigio del Registro estuviera a capricho de un presentante veleidoso que, después de haber puesto en marcha todo el organismo hipotecario, quisiera detenerlo en el momento y hora que le placiera, entorpeciendo y molestando la marcha correcta de la máquina hipotecaria.

Y prueba de ello es que todos los autores están conformes en que lo que pone en marcha el proceso inscribitorio es la *petición* de inscripción exteriorizada por el asiento de presentación.

Así, Roca Sastre, al tratar de la petición de inscripción, dice: "Por ser rogada, en general, la función del Registrador se requiere que la inscripción sea *instada* por parte legítima. La petición de inscripción no está sujeta a forma determinada. Puede hacerse mediante solicitud en documento público o privado, hacerse verbalmente o *resultar implícita del hecho de la presentación a registración* de un título en la oficina registral. Con todo, *la firma del asiento de presentación por el presentante exterioriza la voluntad de inscribir*. Esta constituye una declaración receptiva, cuyo destinatario es el Registro" (3).

Es Jerónimo González, con su precisa y profunda síntesis de la técnica registral, el que fija clarísimamente el correcto enfoque del problema. En éste, como en otros muchísimos casos en que la imaginación

(1) *Legislación hipotecaria*, tomo II, pág. 3 (1.<sup>a</sup> edición).

(2) Morell y Terry: Obra citada, tomo IV, págs. 598 y 599.

(3) *Legislación hipotecaria*, tomo I, pág. 153.

vaga buscando la verdad, es el ilustre tratadista el que nos da la frase certera, que rasga el velo de la duda, para sentar de modo incontrovertible el porqué de la solución. Dice, así al tratar del principio de rogación (1):

"Los procedimientos hipotecarios, de jurisdicción voluntaria, se inician a instancia de parte, y el Registrador solamente en casos excepcionales practica de oficio los asientos reglamentarios en los libros principales."

○ "No basta con que lleguen a su conocimiento la realización de actos o la consumación de hechos que alteren la situación hipotecaria de una finca o derecho, sino que será precisa una manifestación de voluntad más o menos formal por parte de los interesados para que el encargado del Registro proceda a practicar las operaciones correspondientes."

"El acto en cuya virtud se incoa el procedimiento hipotecario en España no es una declaración formal en el sentido estricto de la frase; mas bien recibe su forma de la documentación presentada en el Registro, y por eso es conocido con el nombre de *presentación*."

"Una vez presentados los documentos, el procedimiento es automático y no se necesitan nuevos pedimientos para que el Registrador preste su ministerio y extienda, deniegue o suspenda la inscripción."

"No hay contención propiamente dicha en estos trámites y nadie puede oponerse al ejercicio del derecho de inscripción, como lo reconoció en la Resolución de 10 de agosto de 1878 la Dirección General de los Registros."

Dos són, por tanto, las razones que abonan la *no existencia* del *desistimiento* en nuestro sistema hipotecario:

Primera. Que el procedimiento registral, una vez presentados los documentos, es *automático*, o sea, que se mueve *por sí sólo*, no por el capricho o voluntad del presentante, como decía Morell y Terry; y

Segunda. Que no hay *contención* propiamente dicha en estos trámites y nadie puede oponerse a que la inscripción se practique.

## JURISPRUDENCIA

De las tres Resoluciones citadas por Morell y Terry al apoyar la libertad de retirar el título, la primera (2), de 28 de julio de 1863,

(1) Principios hipotecarios.

(2) Transcritas en el *Diccionario de Jurisprudencia hipotecaria*, de Odriozola y Grimaud, pág. 85.

resolvió: "No siendo obligatorio el registro de documentos, sino voluntario, y penada esta falta con la no admisión de los que la tuvieren, en juicio únicamente, están facultados los interesados o sus representantes para poder recoger los títulos que hubiesen presentado, aun cuando se halle extendida su presentación en el diario."

A primera vista parecé que sustenta la tesis de Morell y Terry, pero un análisis del proceso seguido por los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 57 del Reglamento de 29 de octubre de 1870 nos aclarará todo lo contrario.

La primitiva Ley Hipotecaria de 1861 no concedía a los interesados en los documentos defectuosos el derecho a recoger el título, que le concede el actual artículo 19. Ello motivó la duda de si estos documentos defectuosos debían permanecer en el Registro hasta la caducidad del asiento de presentación.

Esta duda fué resuelta por la aludida Resolución de 28 de julio de 1863, que no dice lo que Morell y Terry afirma, sino que *en el caso de notar el Registrador faltas en las formas extrínsecas del documento o de capacidad de los otorgantes y de habérselo manifestado a los que pretendan la inscripción, éstos no han de subsanar forzosamente el defecto ni esperar la caducidad de su asiento, sino que no siendo obligatorio el registro de documentos, están facultados los interesados o sus representantes para poder recoger los títulos.*

La aludida Resolución fué, pues, el antecedente de la adición que se hizo al artículo 19 de la Ley (adición que aún subsiste) por la Ley de 29 de octubre de 1870, de las palabras "... para que si quieren recogan la escritura y subsanen la falta en el término que duran los efectos del asiento de presentación".

El artículo 57 del primitivo Reglamento (que viene a ser, sustancialmente, el actual 118 del de 1915) sólo fijaba el modo de distinguir las faltas subsanables. Es el Reglamento de 29 de octubre de 1870 el que, inspirado por la aludida Resolución, estableció el derecho de los interesados, *en el caso del artículo 19 de la Ley*, a recoger los documentos, en forma que hoy conserva el actual artículo 120 del Reglamento.

Y ello lo comprueba más aún la lectura de las otras dos Resoluciones citadas por Morell y Terry:

La de 27 de febrero de 1864 establece: "Es potestativo en los interesados el consentir la anotación o recoger los títulos, y si en el caso de que se presente alguno *que tenga defectos subsanables*, lo recoge el

interesado antes de que se extienda la anotación preventiva, debe ponerse al margen del correspondiente asiento de presentación una nota que así lo exprese; y si se presenta de nuevo el mismo título con los defectos ya subsanados, debe igualmente extenderse otro asiento en el libro diario, sin cuidarse para nada del que se puso al hacerse la primera presentación."

La de 6 de septiembre de 1864 dice: "Habiéndose extendido el asiento de presentación de documentos y devueltos a los interesados para el pago del impuesto, lejos de cancelarse dicho asiento, se pondrá en éste nota expresiva de haberse devuelto a los interesados."

Se ve clárisimamente en ambas Resoluciones que sólo en el caso de adolecer el documento de algún defecto y de haberlo manifestado así el Registrador al interesado o presentante, tienen éstos derecho a recoger el documento, y esta devolución, que en ningún caso es consecuencia de un desistimiento caprichoso, está regulada, exigiendo:

a) Que se extienda al pie del título nota que contenga la fecha de presentación (arts. 84 y 290, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario).

b) Que se extienda nota al margen del asiento, que deberá firmar el presentante, expresiva de la devolución del documento.

## CONCLUSIONES

1.ª En nuestro sistema hipotecario no existe el desistimiento voluntario una vez pedida la inscripción.

2.ª La devolución del documento, último trámite del proceso inscriptorio, sólo puede tener lugar:

a) Por haber atribuido el Registrador al documento algún defecto y ejercitar los interesados su derecho a que se les devuelva aquél, sin más nota que la de la presentación.

b) Por haberle atribuido dicho defecto y pedirse por los interesados que se consignen los motivos de la denegación o suspensión, medie o no anotación suspensiva, si procede.

c) Por haberse practicado la inscripción, si el Registrador no ha atribuido al documento defecto alguno.

ANTONIO VENTURA-TRÁVESET Y GONZÁLEZ.

Registrador de la Propiedad.

## IMPUESTO DE DERECHOS REALES

---

### Base en las compras con pacto de retro

Un trabajo publicado en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO del mes de septiembre pasado, página 621 y siguientes, me ha movido a exponer mi opinión sobre las compras con pacto de retro, a efectos del impuesto de Derechos reales. Porque, en verdad, estimaba que una medida de previsión por parte del legislador había sido la causa de que el anterior Derecho sobre el particular hubiese sido modificado por el Reglamento de 26 de marzo de 1927, del ilustre Calvo Sotelo, al establecer en el artículo 10 la facultad de la Administración a comprobar en las compras con pacto de retro:

Pero dicho trabajo, en tan prestigiosa REVISTA, me hizo pensar en el motivo por el cual el anterior Derecho, contenido en el artículo 9.º del anterior Reglamento de 20 de abril de 1911, que no obligaba a comprobar en las compras con pacto de retro, fuese sustituido por el artículo 10 del Reglamento de 1927, mantenido en el Reglamento de 1932 y en el de 1941, y con arreglo al cual se faculta a la Administración para comprobar en las compras con pacto de retrocesión.

Y al meditar sobre dicho motivo, me convenzo de que, en efecto, el porqué de la modificación del Reglamento de 1927, que faculta a comprobar en las compras con pacto de retro, se encuentra en una medida de previsión por parte del legislador, en una medida de previsión análoga a la del párrafo 3) del artículo 9.º del Reglamento, que se refiere—a mi modo de ver—a los reconocimientos de propiedad, en que el que lo hace declara haber obrado en con-

cepto de mandatario, y en cuyo caso la doctrina general de que el impuesto grava la transmisión y no el documento ofrece una excepción, o sea la de dicho párrafo 3), con arreglo al cual el impuesto grava el documento.

Una medida de previsión, pues, a mi modo de ver, es la causa de que en las compras con pacto de retro tenga la Administración la facultad de comprobar.

Y esa medida de previsión la encuentro muy fundada.

La doctrina, pues, de que en las compras con pacto de retro no debe comprobarse, volviendo a la legislación anterior al Reglamento de 1927, la considero poco fiscal, es decir, poco previsorá, porque, de restablérse la doctrina anterior al Reglamento de 1927, con el pretexto de una compra con pacto de retro se podría verificar una «verdadera venta», pero venta «pura» y sin condiciones ni limitaciones; pues la «inteligencia de las partes», la «sabiduría de los contratantes», encaminada a sutilizar la Ley fiscal, originaría que, con el pretexto de una «venta con pacto de retro», se llevasen a cabo verdaderas «transmisiones», verdaderas ventas, se llevasen a cabo verdaderos «actos de reconocimiento de propiedad», simulados con ventas con pacto de retro. Y para evitar tales simulaciones, de ahí la previsión del legislador de 1927, facultando a la Administración para comprobar en las compras con pacto de retro.

\* \* \*

El impuesto debe exigirse con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto, de conformidad con aquel trabajo que figura en tan prestigiosa REVISTA. ¡Ah!, pero si la «verdadera» naturaleza del acto no es una venta con pacto de retro, sino «un reconocimiento de propiedad», es decir, «una enajenación» sin limitaciones ni condiciones, ¡ah!, entonces la previsión del legislador de 1927 se presenta llena de «sabiduría», para contrarrestar «la sabiduría contraria» de los contratantes.

Y ese es el motivo que ha movido al legislador de 1927 para facultar a la Administración para comprobar en las ventas con pacto de retracto.

\* \* \*

Y el hecho de que, al consumarse la venta, se satisfaga, en su

caso, el impuesto por la diferencia entre la base anterior y el total comprobado; es decir, se satisfaga el impuesto por la diferencia, si la hubiera, entre la base anterior y el valor total de los bienes, está, a mi modo de ver, perfectamente justificado. Porque pudiera suceder que no hubiera diferencia. Tal ocurrirá cuando el valor declarado es mayor que el comprobado, pues sabido es que algunas veces el declarado es mayor, y ocurrirá también cuando, al expirar el plazo del retracto, y por revisiones catastrales, resulte menor el valor oficial.

¡ Ah !, pero la norma general es que el declarado no es el precio verdadero. Por esencia, el valor declarado no es el verdadero. Y aun en aquellos casos en que parece que debiera serlo, tampoco es fiscalmente el verdadero. Por ejemplo: en los préstamos hipotecarios, el valor oficial no es el importe del préstamo, sino el principal, intereses y costas, y desde luego el principal e intereses; y en los censos, el valor no es el capital que se declare, sino generalmente más que el capital declarado, por ser la base lo que resulte de la comprobación, que generalmente es más que el declarado.

Y si, por esencia, el valor declarado no es el verdadero; y por añadidura, con el pretexto de una venta con pacto de retro, puede simularse una verdadera venta; de ahí que no pueda pensarse, a mi modo de ver, en la aplicación del artículo 6.º de la Ley del impuesto, o sea en el párrafo 6) del artículo 57 del Reglamento del mismo, referente a la adquisición de bienes suspendida por la concurrencia de condición, término, etc., que se entiende verificada el día en que la limitación desaparezca; por ejemplo: reservatarios, artículo 811 del Código civil; instituciones con condición suspensiva, artículo 759 del ídem, etc. Pero esa doctrina, ¿ se adapta a las ventas con pacto de retro?

\* \* \*

Una medida de previsión, pues, ha sido el motivo de la reforma del artículo 10 del Reglamento del impuesto; de igual manera que otra medida de previsión ha sido el contenido del referido párrafo 3) del artículo 9.º del Reglamento, referente al reconocimiento de propiedad cuando el que lo hace declara haber obrado en concepto de mandatario, en cuyo respecto se estima que hay transmisión,



desde el punto de vista fiscal, de conformidad con el párrafo 2) del artículo 1.259 del Código civil, que declara nulo el contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga su autorización legal o su representación legal.

Y esa medida de previsión, y a fin de evitar simulaciones, ha sido el motivo de facultar a la Administración para comprobar en las ventas con pacto de retro. Un ejemplo procurará aclarar nuestra opinión:

Una escritura otorgada por don G. y doña J., de una parte, y de otra, don C.

*Primer caso.*—Don C. vende 16 fincas (que valen 40.000 duros), por precio de 2.000 pesetas, a don G., con pacto de retro por un año. Don C., vendedor, persona de muy buena posición económica; don G., comprador, hermano del vendedor.) ¿Se explica que por 2.000 pesetas venda con pacto de retro don C.—de buena posición económica—a don G., su hermano, bienes que valen 40.000 duros? ¿Se puede creer semejante cosa?

¿Se puede creer que una persona que no tiene necesidad de vender, venda bienes con pacto de retro por un año, en número de 16 fincas que valen 40.000 duros, a su hermano, por precio de 2.000 pesetas? ¿Es posible creer semejante cosa? ¿No hay motivos para pensar que tal venta es simulada? He aquí un caso de aplicación del artículo 10 del Reglamento del impuesto. ¿Está claro?

*Segundo caso.*—Pero supongamos que en esa escritura el comprador, don G., y la otra compareciente—su hermana—, la doña J., reconocen que dichas 16 fincas son del don C.—vendedor—. Y que acto seguido—o sea después de ese reconocimiento—el don C. hace esa venta «especialísima» de que acabo de hacer mérito—o sea que vende con pacto de retro por un año, y precio de 2.000 pesetas, 16 fincas que valen 40.000 duros, a su otro hermano, y siendo todas personas de muy buena posición económica—. ¿Qué diríamos de tal venta «con pacto de retro»? ¿Que para tal caso no procede la aplicación del artículo 10 del Reglamento, que faculta para comprobar...? ¿No está, en tal caso, justificada aquella previsión del legislador de 1927?

*Tercer caso.*—Y si, por añadidura, al relacionarse el título de adquisición de dichos 16 inmuebles, se hace constar, con bastante perífrasis, que las 16 fincas pertenecen al vendedor, don C., por

herencia de sus padres y haber satisfecho a sus otros dos hermanos —los otros dos comparecientes—la diferencia en metálico, ¿qué diríamos?

¿No hay motivos, pues, para pensar en la simulación de tal venta con pacto de retro, o de tales ventas en sus diversos casos, y que en verdad se trata de una verdadera venta, de un reconocimiento de propiedad, con aplicación del artículo 10 del Reglamento del impuesto?

¿Está justificada, pues, la previsión del legislador de 1927?

*Cuarto caso.*—Y por si fuera poco todo esto, resultase aún que la escritura de venta se otorga en un partido judicial—de donde no son vecinos ninguno de los tres—, y al don G. lo representa un tercero sin poder, pero diciéndose que obra en virtud de mandato verbal, y después, al cabo de varios meses, de cuatro o cinco, se ratifica por el don G., por escritura otorgada ya en otro partido, o sea en el de la vecindad de don G. y de la doña J., la escritura anterior, ¿qué diríamos si ante tal «caso» no existiese un precepto que facultase para comprobar? ¿Está justificada, pues, la previsión del legislador, tanto la del citado artículo 10, como la del párrafo 3) del artículo 9.º referido, y con la interpretación que queda expuesta?

J. OTERO.

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REFERENTE A CONSULTA FORMULADA POR EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE SANTANDER SOBRE CANCELACIÓN DE MENCIONES.

*Resolución de 22 de noviembre de 1945. "B. O." de 3 de febrero de 1946.*

Por el citado funcionario se consultó: «1.º Si puede el Registrador aplicar el artículo 508 del Reglamento Hipotecario a la disposición primera transitoria de la Ley de reforma de la Hipotecaria vigente «mutatis mutandis». Y 2.º Qué medios o antecedentes deben facilitarse al Registrador para calificar la procedencia de las menciones de derechos cuando en la respectiva inscripción no se especifica o no se concreta si tal mención de derechos se ha tomado del título o sólo de los antecedentes del Registro, sin constar nada del respectivo título.»

La Dirección General ha acordado declarar que la distinta regulación establecida por el artículo 508 del Reglamento Hipotecario, basada en el origen de las menciones de cargas, no es aplicable a la cancelación de menciones ordenada por la primera disposición adicional de la Ley de 30 de diciembre último; y tales menciones deberán ser canceladas, de oficio o a instancia de parte, siempre que hayan transcurrido más de quince años desde la fecha de la presentación de los títulos que motivaron las inscripciones o anotaciones preventivas en que por primera vez se hayan hecho las menciones; que tampoco es aplicable la indicada norma reglamentaria a la cancelación de menciones que haya de practicarse en su día, con arreglo a lo prevenido en el segundo párrafo de la repetida

disposición adicional, y que para extender en ambos casos las notas cancelatorias no tienen obligación los interesados de presentar documento alguno anteriormente inscrito.

REGISTRO MERCANTIL.—¿ES APLICABLE EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO QUE FORMULA NUESTRA VIGENTE LEY HIPOTECARIA EN EL ARTÍCULO 20 A LOS ACTOS QUE SE REFLEJEN EN AQUEL?

*Resolución de 24 de octubre de 1945. "B. O." de 11 de febrero de 1946.*

El Notario de Madrid D. Cándido Casanueva autorizó el 15 de marzo de 1941 una escritura de ratificación de cesión otorgada por don G. E. y doña C. L., ésta como heredera de don M. L., a favor de la «Sociedad Española de Armas y Municiones», en la cual se ratificó y elevó a escritura pública un documento privado fechado el 8 de mayo de 1936, en el cual figuraban, de una parte, don G. E. y don M. L., padre de la nombrada compareciente, y de otra parte, la «Sociedad Española de Armas y Municiones», en virtud del cual los dos primeros cedieron a esta Compañía las participaciones de 50.500 pesetas, cobradas en el acto de la cesión, que a cada uno de aquéllos correspondía en el capital de la Compañía, de responsabilidad limitada, denominada «Trinolita».

Presentada primera copia de la extractada escritura, en la cual figuran dos notas acreditativas del pago del impuesto de Derechos reales, extendidas en 3 de noviembre de 1941 por la Oficina Liquidadora de Madrid en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, se puso a continuación la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento tan sólo en cuanto a la participación de 50.500 pesetas, perteneciente a D. G. E., y suspendida la inscripción en cuanto a la otra participación de 50.500 pesetas, que cede doña C. L., como única heredera de su padre: 1.º Porque, tratándose de ratificar un contrato privado después del fallecimiento de uno de los otorgantes, no aparece ni se justifica de una manera auténtica, ni que existiere ni hubiera sido firmado, hecho tan trascendental, como que constituye una excepción del artículo 20, fundamento esencial del tracto en la Ley Hipotecaria; máxime tratándose de la cantidad de 101.000 pe-

setas y de Sociedades que tienen que contabilizarlas en sus libros. 2.º Porque tampoco se da el supuesto del artículo 20, de que se haya otorgado el documento particional para dar el salto. 3.º Porque no se ha justificado la cualidad de heredera con los documentos pertinentes y fehacientes, habiendo presentado sólo unos testimonios por exhibición insuficientes. 4.º Porque, aun suponiendo que se declarase que unos simples testimonios por exhibición se podía inscribir, no consta en el documento ni se ha justificado que se haya pagado el impuesto de Derechos reales por la herencia».

Solicitada reforma de los defectos 1.º, 2.º y 4.º, incluidos en la transcrita calificación, y subsidiariamente, para el caso de no ser acordada aquélla, que se tuviera por interpuesto el recurso gubernativo y acompañando al escrito inicial un testimonio expedido por el Secretario del Juzgado de primera instancia número 10 de los de Madrid, en el cual se inserta auto dictado por el Juez de dicho distrito, refrendado por el expresado Secretario, por el que se declaró heredera abintestato de D. M. L. a su hija legítima doña C. L., con reserva a la viuda del causante de la cuota viudal que a la misma asigna el artículo 834 del Código civil, advirtiéndose que tal testimonio se presentaba para el caso de que se acordase la reforma de la calificación, por lo que no le comprendía la prohibición de acompañar documentos no calificados previamente por el Registrador establecida en el párrafo segundo del artículo 75 del Reglamento del Registro Mercantil; la Dirección, con revocación del acuerdo apelado—pues el Registrador mantuvo la procedencia de los extremos 1.º, 2.º y 4.º de la calificación—declara que la escritura no adolece de tales defectos;

Considerando que la discusión mantenida en este expediente ha girado en torno a si en el Registro Mercantil, que tiene por principal objeto la publicidad de ciertos datos de importancia básica para el tráfico comercial, es aplicable o no el principio del tracto sucesivo que formula nuestra vigente Ley Hipotecaria en el artículo 20;

Considerando que si bien el Registro Mercantil, en lo relativo a Sociedades, encuentra sus principales fundamentos en la legitimación de las situaciones jurídicas y en la autenticidad o fehaciencia de los documentos aportados, no puede asimilarse por completo al Registro de la Propiedad, sobre todo en lo referente al tracto sucesivo, pues aparte de lo establecido en materia de buques, cuando

se trata de acreditar el traspaso de cuotas o participaciones sociales, basta demostrar en forma solemne el encadenamiento de los distintos titulares que, a través de un período de tiempo, hayan formado parte de la persona jurídica;

Considerando que la negativa a inscribir la escritura de 15 de marzo de 1941 de ratificación de cesión de participaciones en la Sociedad limitada «Trinolita», otorgada por D. G. E. y doña C. L. a favor de «Armas y Municiones, S. A.», se funda, en primer término, en no haberse justificado que existiera ni estuviese firmado el documento privado mediante el que el padre de la señora L., según se afirma, ya había verificado la cesión, y este requisito se halla impuesto por la Ley Hipotecaria para poder inscribir, sin necesidad de previa inscripción, los documentos otorgados por los herederos; pero en este caso no procede exigerlo, primero, porque, como se ha afirmado, el principio del tracto sucesivo ha de ser aplicado en el Registro Mercantil, en materia de Sociedades, únicamente con las salvedades y reservas ya apuntadas, y segundo, porque para que doña C. pudiese válidamente ceder el derecho como heredera única de su padre, no necesitaba una concreción especial del mismo derecho ni ratificar documentos privados de más o menos dudosa existencia;

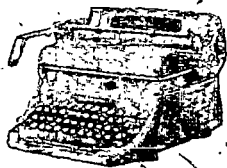
Considerando que el segundo motivo de la nota—no haber otorgado escritura de partición—constituye un requisito inadecuado a la transmisión «mortis causa» de D. M. L., que falleció intestado y de quien fueron declarados herederos en 23 de noviembre de 1939 su hija legítima doña C., con reserva a la esposa de la cuota viudal asignada por el artículo 834 del Código civil, por lo cual, sin discutir el carácter de heredero forzoso del cónyuge, el acto que realicen ambas personas debe reputarse válido, porque integran la totalidad de los derechos sucesorios, y bastaría para su eficacia con que de una parte aparezca la hija realizando el acto dispositivo y de otra pueda demostrarse la renuncia al usufructo o el fallecimiento de la viuda, problema a que se refiere el número tercero de la nota, que no puede ser objeto de este recurso;

Considerando, por último, que la exigencia a que se refiere el cuarto motivo de la calificación, relativa a no haberse acreditado el pago del impuesto de Derechos reales, no debe ser examinada sin tener presente dos notas de la Abogacía del Estado de Madrid,

puestas en el reseñado documento con fecha 3 de noviembre de 1941, que acreditan el ingreso de las liquidaciones números 12.461 A) y 12.462 A) y ponen de manifiesto una disparidad de criterio entre la Oficina Liquidadora y el Registrador mercantil desde el momento en que éste estima que procede liquidar todas las transmisiones comprendidas en aquel, y esta divergencia, según lo preceptuado en el artículo 186 del vigente Reglamento del Impuesto, obliga al Registrador a cumplir el deber de poner el hecho en conocimiento de la Delegación de Hacienda correspondiente, a fin de que se subsane el error o la deficiencia padecidos, si los hubiere; pero no le autoriza para rechazar la inscripción de los documentos por tal motivo.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.



**MANUEL DEL PALACIO**

MAQUINAS DE ESCRIBIR  
SUMAR Y CALCULAR

TALLER DE REPARACIONES

PLAZA DE CAÑALEJAS, 6

• TELÉFONO 18435 •

MADRID

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1945.—*Competencia.*

La reciente jurisprudencia constituida por reiteradas sentencias de esta Sala, apartándose de una anterior doctrina, que atribuía preferencia para conocer en las reclamaciones sobre pago de cantidad por indemnización de perjuicio al fuero del demandado, señala como lugar de cumplimiento de las obligaciones de esta clase y determinante, conforme a la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de la competencia, cuando no hubiere mediado sumisión en los pleitos iniciados con la expresada finalidad, al en que los perjuicios indemnizables se hayan causado, lo que tanto quiere decir como donde se hayan ejecutado actos en que aquéllos tienen su causa u origen, aunque el perjuicio se experimente o sufra en lugar distinto, según tiene declarado esta Sala, entre otras sentencias, en la de 11 de agosto de 1931.

SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1945.—*Concepto de prueba; prueba en segunda instancia.*

No puede alegarse la infracción del artículo 216 del Código civil como motivo del recurso por quebrantamiento de forma, porque no cabe asignar a aquellos dos trámites de examen y audiencia, dispuestos legalmente como necesarios y en garantía del acierto que se ha de buscar para resoluciones de tanta trascendencia, el carácter infundado de medios de prueba, con la finalidad de que, desviándoles del suyo propio, cupiera acusar a la práctica del primero del supuesto defecto de no haberlo sido con una citación y asistencia.



de las partes que no está determinada por el Código civil, en lo que el recurrente encuentra razón para afirmar, siempre transmutando en prueba lo que sólo es trámite y requisito, que, al no prohibirse por precepto alguno que las partes interviniesen, procedía su citación, llegando así a estimar la falta de ésta como constitutiva del quebrantamiento de forma que previene el número cuarto del artículo 1.693 de la Ley procesal. Este motivo no está fundado.

Tampoco es estimable el motivo basado en el número tercero del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El recurrente propuso, y se admitió en primera instancia, la prueba pericial, que, sin embargo, no llegó a practicarse. Solicitada de nuevo en segunda instancia, le fué denegada. Pero la omisión de la práctica en primera instancia no se debía a una causa no imputable al recurrente, conforme lo exige el artículo 862, número segundo, toda vez que, tratándose de un término de prueba común para proponerla y practicarla, tan breve como lo es el de los incidentes, no propuso el actor hoy recurrente la suya hasta después de transcurridos los primeros siete días del período, sin tener en cuenta aquella brevedad del mismo y las ritualidades dilatorias que, reguladas por los artículos 612 y siguientes de la Ley procesal, tenían que proceder a la admisión y práctica de la prueba de peritos.

SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1945.—*Usura.*

Se reitera la jurisprudencia constante (Sentencias de 24-III-1942, 12-VII-1943, 18-VI-1945) de que para que se declare la nulidad de un contrato por usurario, con arreglo al artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908, no es necesario que concurren en él todos los requisitos que el precepto expresa, sino que basta que se aprecie la existencia de un interés notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso para que proceda aquella declaración. Asimismo se confirma una reiterada jurisprudencia, según la cual el momento decisivo para enjuiciar aquella superioridad y desproporción es el de la celebración del contrato y no el de su consumación. Finalmente se establece que la nulidad de un contrato calificado de usurario procede de la ilicitud de la causa, por lo cual, y según el párrafo cuarto del ar-

- artículo 1.301 del Código civil, la consumación del contrato no puede poner término al plazo prescriptivo durante el que el prestatario ha de ejercitar su acción.

SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1945.—*Cláusula compromisoria.*

En el contrato figuraba la cláusula siguiente: «En el caso de suscitarse divergencias entre los señores ... como consecuencia de este convenio, ambos se comprometen a someterse al laudo de la Cámara de Comercio.» Este pacto no es contrario a la moral ni a la Ley, y el término «divergencias» abarca, por la extensión de su concepto gramatical, todos los aspectos de disparidad de actuación o criterio, referida en este caso al cumplimiento de las obligaciones contractuales o de la efectividad y ejecución del contrato, entre las cuales han de contarse forzosamente las que el actor invocaba en su demanda de «llevarse la contabilidad en forma defectuosa, abandono en la dirección del negocio, dando lugar a la adquisición de deudas próximas a vencer y susceptibles de reclamaciones judiciales en menoscabo de sus intereses».

SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1945.—*Hipoteca y arrendamiento de una explotación industrial.*

Como la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes gravados, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación garantizada, y es de esencia en ella que, vencida la obligación, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la hipoteca para pagar al acreedor, los que con posterioridad a la inscripción del gravamen adquieren del deudor e inscriben un derecho sobre los mismos bienes, ya que trate de acreedores, ya de terceros poseedores como dueños, usufructuarios, arrendatarios, etc., contratan con conocimiento de que el deudor-dueño tiene limitadas por aquel gravamen sus facultades dominicales y por ello quedan también afectos a dicha posibilidad de enajenación, que conducirá, si se realiza, a la extinción en el terreno hipotecario de su derecho suscrito, sin más supervivencia de ésta que la mera esperanza de hacer efec-

tivo su crédito con el sobrante de lo vendido, una vez satisfecho el total crédito del actor, independientemente de otras derivaciones de orden puramente civil que pueden surgir en favor del posterior acreedor o tercer poseedor contra el deudor-dueño del inmueble con quien contrató, pero no contra el acreedor preferente, adjudicatario de los bienes judicialmente enajenados, porque éste los ha de recibir libres de toda carga o limitación que no sea anterior o preferente a su propio crédito, o lo que es lo mismo: en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca (artículos 1.858 y 1.878 del Código civil en relación con los artículos 105, 131 y 134 de la Ley Hipotecaria). La precedente doctrina, sustancialmente aplicada por la Sala sentenciadora, es objeto de impugnación en el recurso, que parte de una premisa fundamentalmente errónea, a saber: la de que el arrendamiento que concertó el demandado subsiste jurídicamente después de la enajenación de la finca y consiguiente cancelación del asiento registral del arrendamiento: a), porque, a juicio del recurrente, el arrendamiento en el Derecho español no se extingue por transmisión de la finca; b), porque el demandante no es tercero a quien ampare el derecho hipotecario, ya que la inscripción de su título de cesionario es posterior a la del arrendamiento, y c), porque la cancelación que se produce como consecuencia del remate o adjudicación en el procedimiento sumario dice referencia a las inscripciones y anotaciones posteriores en general, pero no a la de arrendamientos en particular, que puede subsistir, no obstante el cambio de dueño de la finca arrendada. La tesis del recurrente no es exacta: Primero: Porque el artículo 1.571 del Código civil no autoriza la subsistencia del arriendo en los términos que el recurrente alega, ni dicho precepto rige en casos, como el de autos, de enajenación judicial de la finca hipotecada, caso regulado específicamente en el artículo 131 de la Ley, según el cual, verificado el remate o la adjudicación, se decreta de oficio, por imperio de Ley, la cancelación de las inscripciones o anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, en atención a que ésta actúa a modo de condición resolutoria que se ha cumplido y determina *de jure*, automáticamente, la extinción de los derechos del deudor-dueño y de los que de él traigan causa, sin que pueda ofrecer duda que en el concepto de inscripciones posteriores y susceptibles de cancelación está comprendido el arrendamiento inscrito como limitación del dominio, similar en

algún aspecto al derecho real propiamente dicho (artículo 79 de la Ley, R. O. de 10 de diciembre de 1883 y Resoluciones de 24 de marzo de 1919 y 15 de junio de 1929). Segundo: Porque no entran en juego y quedan a salvo en este litigio las normas de la legislación especial de arrendamientos urbanos que en el recurso se citan como infringidas, por tratarse del arrendamiento de una explotación industrial. Tercero: Porque acertadamente aplicó la Sala sentenciadora la doctrina legal que el recurrente estima inaplicable, ya que si es poseedor sin título el dueño de la finca desde que ésta es judicialmente adjudicada al acreedor hipotecario, por la misma razón poseerá sin título, en igual supuesto, el arrendatario que del dueño trae causa. Y cuarto: Porque el hecho de que el demandante actuase en el procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita en fecha posterior a la del arriendo, ya que el cesionario se subroga en todos los derechos del acreedor cedente, según prescribe el artículo 150 de la Ley, y se hizo constar, además, en la correspondiente escritura, y, por lo tanto, asumió la posición jurídica del acreedor hipotecario anterior y preferente a la del arrendatario-demandado, que inscribió su derecho con posterioridad al de la hipoteca. Los restantes motivos plantean el intrincado problema de delimitación del ámbito del juicio de desahucio por precario, y a este respecto cabe decir: Primero: Que la esfera de acción propia de este procedimiento sumario queda circunscrita al examen del título invocado por el actor para la tutela jurídica de su derecho a poseer (legitimación activa) y al de la situación del demandado como poseedor material sin título y sin pagar merced (legitimación pasiva). Segundo: Que en este último aspecto, si el demandado se defiende con simple alegación de título que se justifica o que al tiempo de la demanda ha quedado ineficaz, se ha de dispensar protección posesoria al demandante que ofrezca título diáfano de posesión, sin perjuicio de lo que se resuelva en juicio distinto que pueda ser promovido por quien fué demandado y vencido en el desahucio; pues, como ha dicho la Sentencia de 23 de noviembre de 1929, a él es a quien incumbe en tesis general acudir a dicho juicio para robustecer la deficiencia de su causa, y esta doctrina ha sido mantenida reiteradamente, entre otras, en la Sentencia de 24 de mayo de

1941, invocada en el recurso. Y tercero: Que en casos como el de autos, en que es evidente e indiscutido el título del actor como adquirente de propiedad en documento público, reformado por la inscripción, y sólo se ha discutido si el título del demandado subsiste jurídicamente después de la adjudicación de la finca al demandante, el examen de esta cuestión entra perfectamente en la esfera del desahucio, bien para decretarlo, si no subsiste por haber perdido su eficacia, o por ser ésta dudosa.

SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1945.—*Prescripción extintiva.*

Es extremo reconocido por ambas partes el de que en la sesión celebrada por la Corporación municipal el día 8 de enero de 1935 se acordó, para el evento de no realizarse las obras—cual ocurrió en el caso del pleito—, que el Ayuntamiento quedaba obligado a satisfacer sus honorarios al actor al año de la entrega de los proyectos, ó sea que se señaló para el pago un plazo suspensivo de esa duración; y si, con arreglo a las declaraciones de la sentencia recurrida, los proyectos se estiman recibidos por la Corporación municipal el 24 de septiembre de 1935, es visto que el término de los tres años señalados para la prescripción en el artículo 1.967 del Código civil debía comenzar a correr en igual día del año 1936, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.125 y 1.969 del mismo Código; mas como en la últimamente citada fecha—24 de septiembre de 1936—no se hallaba el actor en zona liberada, a la que la sentencia de instancia le considera reintegrado en 28 de marzo de 1938, es ésta la fecha en la que debe fijarse el comienzo del término de prescripción, con arreglo a lo ordenado en el artículo 1.º de la Ley de 1 de abril de 1939; y designada como fecha inicial de dicho término el 28 de marzo de 1938, aparece evidente que el día de presentación de la demanda—5 de agosto de 1940—no habían llegado a transcurrir los tres años que señala el artículo 1.967 del Código civil, y debe prevalecer, por tanto, el motivo del recurso.

SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1945.—*Letras de cambio.*

Lo mismo si se entiende que doña M. F., al pagar las letras libradas por la Sociedad demandada y aceptadas por don F. C. V.,

actuaba como causahabiente de éste, como estima la sentencia recurrida; que si se estima lo hacía como persona extraña, interviniendo por el aceptante o sus herederos, posición sostenida por la demanda, la conclusión obligada, en cualquiera de ambos supuestos, sería que doña M. F. carece de derecho actual para reclamar a la Sociedad libradora la cantidad pagada sobre dichas letras. En el primero, porque, mediando una cuenta entre libradora y aceptante, en la cual se había cargado el valor de las letras por haber asumido éste, según afirmación de la sentencia recurrida, la deuda por igual valor de sus hijos a favor de aquélla, o había provisión de fondos, si se toma esa partida de la cuenta aisladamente, o es precisa previa liquidación para la determinación del saldo, sobre la cual ninguna petición se ha formulado en el pleito; y en el segundo supuesto, porque la intervención de pago por el aceptante, no regulada en la legislación vigente y rechazada unánimemente en la teoría, no puede originar por de pronto para el que paga por el aceptante otro derecho que el concedido en los artículos 1.158 y 1.159 del Código civil al que paga por cuenta o en nombre de otro. En ninguno de los supuestos atendidos en el párrafo anterior puede infringir ninguno de los artículos 456 y 457 del Código de Comercio, la sentencia que absuelve a la Sociedad libradora de las letras pagadas por la demandante; en el primero, porque la deuda del aceptante, por igual valor que el de las letras, implica, según el 457, la provisión de fondos; en el segundo, porque mientras no se llegue a la liquidación de cuentas y a la consiguiente declaración sobre el saldo resultante no pedida en el pleito como se ha dicho, no puede condenarse a la Compañía demandada al pago parcial de una partida de la cuenta no liquidada, y en el tercero, porque la intervención de pago por el aceptante, único origen alegado, de la obligación reclamada, no confiere, por de pronto, al que paga derecho directamente contra la Sociedad libradora, sin perjuicio, claro es, de las obligaciones que en su día puedan declararse contra ella.

LA REDACCIÓN.

# V A R I A

## DESGASTE DE HERRAMIENTAS

*Comentarios a la Sentencia de la Magistratura de Trabajo de Vizcaya de fecha 30 de mayo de 1945.*

Esta Sentencia condena a una Empresa a abonar a los trabajadores demandantes la indemnización que por desgaste de herramientas determina el artículo 45 del Reglamento Nacional para el Trabajo en la Industria Siderometalúrgica del año 1942. (El vigente Reglamento recoge en su artículo 44 las disposiciones citadas, modificando solamente la cuantía de las indemnizaciones, por lo cual sigue en pie el interés de la citada Sentencia.)

Pese a cuantas dudas se han suscitado, la decisión que nos ocupa es justa; también es verdad que su resultado podía haber sido más favorable. Veamos las causas de por qué no lo fué.

La parte demandada, es decir, la Empresa a la que se reclamaba la indemnización por desgaste de herramientas, apunta tímidamente y de una manera imprecisa la diferencia que existe entre unas herramientas y un instrumento de medida; pero su forma de hacerlo, como decimos, es imprecisa y poco feliz; admite los instrumentos de medida bajo la denominación vulgar de «herramientas blancas».

El juzgador, según nuestras normas procesales, ha de fallar precisamente sobre los extremos que las partes le exponen, y, lógicamente, si ambas partes están conformes en denominar «herramientas» (de la clase que sean) a los instrumentos sobre los que se basa el litigio, no tiene más solución que buscar la disposición correspondiente y aplicarla. Como el artículo citado no excluye de su reglamentación herramienta alguna, se ve precisada la Magistratura

a fallar consagrando lo procedente de la indemnización y, como consecuencia de ello, determinar las cantidades y los tiempos correspondientes, cosa ésta de segundo orden y sin interés para lo que aquí nos ocupa.

Volviendo, pues, al punto que nos interesa, conviene meditar sobre las consecuencias tan distintas que se hubieran derivado si la Empresa hubiera acertado a exteriorizar claramente su punto de vista, haciendo resaltar la diferencia que existe realmente entre una herramienta (martillo, formón, cepillo, lima, etc.) y un instrumento de medida (metro, compás de puntas, calibre, etc.).

Para las herramientas se hizo el artículo citado, porque tienen un desgaste que puede ser muy importante, y es justo que el trabajador que las pone al servicio de su patrono perciba por éste desgaste una compensación capaz de permitirle ir afilando su herramienta, cuidándola y comprarse otra cuando aquélla quede inservible para el trabajo.

No es éste el caso de los instrumentos de medida, porque en ellos el desgaste es nulo y no tienen más menoscabo que su pérdida o destrucción de una manera accidental. En ambos casos, las probabilidades pueden reducirse y hasta casi anularse con un poco de cuidado; pero, inclusive en el supuesto de su pérdida o destrucción, originan un gasto aislado y no duradero o periódico, por lo cual es fácil que obrero y patrono lleguen sin dificultad a un acuerdo.

Si se hubiera planteado ante la Magistratura la oposición a la demanda de los obreros basada francamente en esta diferenciación, el fallo se hubiera dirigido a esclarecer si estos instrumentos son o no herramientas, con lo cual se habría sentado un precedente de mucho interés para el futuro. Sin embargo, como el caso se presentó bajo tan desafortunado punto de vista, al admitir ambas partes que se trataba de herramientas, no le quedó al juzgador más salida que aplicar al caso lo que para él estaba establecido en las disposiciones competentes, lo que con buen criterio hizo la Magistratura de Trabajo de Vizcaya.

IGNACIO AYMERICH FÚSTER.

Abogado.