

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXI

Diciembre 1945

Núm. 211

Enajenación de inmuebles del «*filius-familias*»

Parece inexcusable que los redactores del nuevo Reglamento Hipotecario den al actual artículo 231 una nueva forma y contenido, no sólo porque éste ha sido alterado por la jurisprudencia de la Dirección de los Registros, sino porque su aplicación a determinados casos y actos ofrece dificultades dignas de consideración.

La enajenación de derechos reales inmobiliarios del *filius-familias* (así llamaba a los impúberes sometidos a potestad doméstica el Derecho Romano, y así llamó el Código de Partidas al "hijo que es en poder del padre") se inspiró siempre en el principio de protección y defensa de los hijos, aunque su reglamentación ofrece dos períodos diferentes: uno, importado del Derecho Romano a las Leyes de Partida, que, aunque en éste aparece con un sentido contradictorio, concedía al padre la facultad de enajenar *per se* y sólo otorgaba como garantía para el hijo el quedar los bienes del padre obligados "e empeñados al hijo" y acción a éste para recuperar lo vendido. La otra fase, genuinamente española, iniciada en los Códigos indígenas y desenvuelta en nuestro actual Derecho, niega al padre la facultad de enajenar por sí y le exige para tales actos la previa justificación de la necesidad o utilidad, la autorización judicial y el depósito o inversión adecuada del equivalente de la enajenación.

Pero a efectos hipotecarios la calificación registral de estas enajena-

ciones queda reducida a la apreciación de existencia del acto enajenativo y a la exigencia de la autorización judicial.

En cuanto al *rem alienam facere* lo explicaban las Leyes de Partida diciendo: "Enajenar es una palabra que pusimos en muchas leyes e por ende queremos aquí demostrar qué quiere decir: e decimos que aquel a quien es defendido de non enajenar la cosa, que la non puede vender, nin camiar, nin empeñar, nin puede poner servidumbre en ella, nin darla a censo". La R. O. de 28 de agosto de 1876 perfiló más este concepto, aclarando que la enajenación no sólo comprende todo acto de inmediata transferencia de dominio, como compraventa y retroventa, sino todo "acto de ~~gr~~avamen o transmisión en potencia, como la hipoteca, y toda extinción de derecho real, como cesión, renuncia, subrogación, cancelación, redención, etc.". Por su parte, la Dirección de los Registros, en su jurisprudencia, ha ido depurando cada uno de éstos conceptos y catalogando otros nuevos, como la prórroga del derecho de retraer, la cesión de prioridad del derecho de hipoteca, la dote estimada, adjudicaciones para pago de deudas, revocación de donaciones, arrendamientos inscribibles, aportación de inmuebles a la Sociedad, etc.

De la depuración del Centro Directivo resulta que la cancelación de hipoteca no es acto enajenativo si tiene por objeto la subrogación por otra hipoteca otorgada por las mismas personas y con iguales derechos (4-4-68); ni tampoco lo es la retroventa, porque no existe transferencia perfecta, sino una resolución que coloca las cosas como estaban antes de la venta; ni tampoco lo es la repudiación o renuncia de herencia ni la ratificación de enajenaciones anteriores, porque no hay desprendimiento patrimonial.

El criterio auténtico para la apreciación del acto enajenativo, según la más reciente jurisprudencia, está en la idea de patrimonio, y para su calificación (empleando una fraseología médica) da buenos resultados la aplicación de la siguiente regla del Digesto: "Entendemos que la cosa está en nuestro patrimonio cuando a los que la poseemos nos compete excepción o si la perdemos nos compete acción para recuperarla." Por tanto, siempre que exista desprendimiento patrimonial hay enajenación, y la autorización judicial es necesaria.

Pero, aunque esta autorización es necesaria, no siempre es exigible por el Registrador en los términos marcados por el Código civil. La razón de ello está en la verdadera naturaleza de la autorización judicial,

que no es, como se ha dicho en la R. O. del 78, un complemento de capacidad del padre, sino el ejercicio de una función tutelar confiada a los Tribunales, ya que el padre ha de tener capacidad de obrar y, la representación legal sólo le autoriza para los actos provechosos al hijo, pero no para la facultad dispositiva de los inmuebles. Por eso la autorización judicial no es exigible cuando el mismo Estado ordena la enajenación, como ocurre en los actos por ministerio de la Ley o Resolución judicial (delito, retracto legal, expropiación forzosa, sentencia condenatoria) o en aquellos en que el testador libera a los padres de los herederos voluntarios del cumplimiento de tal exigencia legal, o en aquellos otros en que el derecho real que se extinga ingresó en el patrimonio del hijo sin causa jurídica o legal, como las hipotecas constituidas en favor de los hijos por los padres que no pasaron a segundas nupcias.

Fuera de estos casos la autorización judicial es exigible y su ausencia constituye defecto. Pero ¿qué clase de defecto? En este punto ha evolucionado actualmente la doctrina, porque desde que la Ley de Matrimonio civil modificó la doctrina histórica de peculios y exigió la autorización judicial, y aun antes de esta Ley por imperio del sistema hipotecario, el defecto se reputó insubsanable, criterio confirmado en la Real orden de 1876, que ordenaba a los Registradores la no admisión de documentos de enajenación cuando *no constare de ellos* que los otorgantes habían obtenido previamente la oportuna autorización y que reunían, por lo mismo, la capacidad necesaria para celebrarlos; cuya disposición admitía excepcionalmente que las escrituras otorgadas sin dicho requisito con anterioridad a su publicación podían inscribirse si se subsanaba el defecto, excepción que confirma el carácter insubsanable de las otorgadas sin dicho requisito después de su vigencia.

Actualmente no puede catalogarse el defecto entre los insubsanables por aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos, según la que la falta de tal requisito no hace el contrato "radicalmente nulo, sino anulable y susceptible de ser invalidado por acción de nulidad o purificado y convalidado mediante su confirmación", y en consecuencia, la Dirección de los Registros ha tenido que dar un sentido útil a la *previa autorización*, concretando la prioridad de la autorización no al otorgamiento de la escritura, sino a la inscripción solamente. El considerando 9.º de la Resolución de 10 de marzo de 1944 dice así: "la enajenación de bienes de menores por el padre o madre requiere, a los

efectos del Registro, como previa, la autorización judicial, porque esa formalidad ha de preceder a la inscripción de la venta, ya que el Juez debe conocer con antelación las causas de necesidad o utilidad en que se funda, y su dictamen es elemento inexcusable en la calificación del Registrador".

Hoy pueden celebrarse contratos de enajenación de inmuebles de hijos de familia sin la previa autorización judicial, pero tales contratos no pueden ser inscritos sin que vayan acompañados de una autorización *a posteriori*. Y hasta que ésta llegue al Registro su falta ha de encuadrarse entre los defectos subsanables o los que no son subsanables ni insubsanables. Aunque a primera impresión parece que tales documentos debieran admitirse a inscripción, en la que resalte la existencia del posible ejercicio de una acción resolutoria por analogía con lo resuelto para las enajenaciones de bienes parafernales de mujer mayor de edad sin licencia del marido, una segunda impresión mejor meditada llevará el ánimo al convencimiento de que lo pertinente es la anotación preventiva, porque estas enajenaciones de hijos de familia guardan mayor analogía con las de bienes de matrimonio efectuadas por la mujer sin autorización o apoderamiento del marido, criterio éste que armoniza la teoría de la anulabilidad con los principios hipotecarios, ya que el titular inscrito es una persona sin capacidad de obrar, y quien contrata, otra distinta, que aunque obra en su representación lo hace sin facultades dispositivas.

Dado el actual estado de la doctrina de estas enajenaciones, resalta la eficaz función tutelar que, con efectos prácticos, está encomendada a los Registros de la Propiedad, y resaltan hoy más que antaño las consecuencias beneficiosas que en este orden de protección a los hijos de familia introdujo la primitiva Ley Hipotecaria, con lo que podría muy bien afirmarse que no fué la Ley de Matrimonio civil la que modificó la tradicional doctrina de peculios, sino que virtualmente lo hizo la Ley Hipotecaria, y que a sus redactores, a aquellos venerables jurisconsultos muertos en olor de sabiduría, deben hoy los hijos de familia la única garantía eficaz que les preserva, sin necesidad de pleitos, contra las posibles extralimitaciones de los padres. Porque si de éstos, movidos por el vínculo de la sangre, no cabe esperar más que beneficios y abnegaciones para los hijos, ocasiones ofrece la vida, por motivos de penuria o de desnaturalización, para que aquéllos conviertan en provecho propio lo que es de los hijos; y si éstos, por el culto y veneración que

merece quien nos dió el ser y educó en la lucha para la vida, aprobaran, tales actos de sus padres, en cambio la sociedad, en su función tutelar, ha de proteger al desvalido con leyes previsoras que hagan imposible la ejecución de actos que toda conciencia honesta rechazaría.

EXTINCIÓN DE DERECHOS INSCRITOS

Sentado el concepto de enajenación como todo acto de desprendimiento patrimonial, la extinción de derechos reales inscritos es acto enajenativo que requiere el consentimiento hipotecario del titular inscrito o de sus causahabientes o representantes legítimos; pero cuando de hijos de familia se trata, la representación legítima de ellos no puede prestar tal consentimiento sin las formalidades exigidas por el artículo 164 del Código civil y 205 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, la misma legislación hipotecaria sienta la doctrina de que para la cancelación de asientos registrales no hace falta el consentimiento del favorecido cuando el derecho inscrito ha quedado extinguido por declaración de la Ley o por cumplimiento de los requisitos previstos en el asiento que se ha de cancelar. Pero, en este punto concreto, se ha dudado y discutido si acreditado el pago o cumplimiento de la obligación principal garantida con hipoteca, procede la cancelación del asiento sin necesidad del consentimiento a este solo fin, duda que mantiene la redacción del actual artículo 155 del Reglamento al admitir en su primer párrafo la cancelación sin consentimiento o automática cuando de la misma escritura inscrita u *otro documento fehaciente* resulte que el derecho asegurado se ha extinguido, y sin embargo, no se admiten a registro las escrituras de carta de pago del crédito principal si no va acompañada del consentimiento para cancelar.

El fundamento de la cuestión está en la dualidad de orden jurídico entre obligaciones y derechos reales y en el mayor rigor de éstos; y el problema que entraña es el de resolver si la fuerza extintiva del pago o solución de la obligación principal alcanza a lo accesorio, que es la hipoteca, o si, por el contrario, aquella fuerza extintiva no traspasa el ámbito del derecho de obligaciones por encontrar un dique en el campo de los derechos reales.

Los dos primeros Reglamentos hipotecarios admitieron, a este efecto, que una vez extinguido el derecho "por efecto natural del contrato

qué diere causa a la inscripción, como se verifica con la hipoteca cuando el deudor paga su deuda", no era necesario el consentimiento a la cancelación. Según estos Reglamentos, la fuerza extintiva de la obligación tenía efectos hipotecarios inmediatos: pero, a pesar de ello, los Registradores, amparados en la Ley y apoyados por la Dirección, no reconocieron tal poder extintivo y exigieron siempre el consentimiento para cancelar, cuya doctrina parece corroborar el Tribunal Supremo al sentar que el pago tiene carácter de negocio jurídico *bilateral* cuando se trata de cobrar y cancelar deudas garantidas hipotecariamente (S. de 20 de marzo de 1945).

La doctrina de la Dirección está basada en que la cancelación es acto de desprendimiento patrimonial o enajenativo que requiere el consentimiento del favorecido registralmente. En su copiosa jurisprudencia sólo existe como excepción el caso único de la Resolución de 4 de abril de 1868 y la R. O. de 20 de abril de 1867, que afirma que la *cancelación no es acto de transferencia*, sino de liberación; pero esto se declaró con miras a no considerarla como acto comprendido en el artículo 20 de la Ley y a hacer posible que los herederos, en representación del causante a cuyo favor se inscribió la hipoteca, una vez efectuado el pago, puedan cancelarla sin el requisito de la previa inscripción a su favor, criterio recogido por el actual artículo 184 del Reglamento.

En cuanto a los hijos de familia, el legislador rechazó también el criterio de los Reglamentos hipotecarios de cancelar automáticamente, exponiendo la R. O. de 28 de agosto de 1876, con claridad insuperable, que la representación legítima sólo autoriza para los actos provechosos a los hijos; que las facultades del padre o madre como administrador y usufructuario son las de cuidar, conservar y restituir los bienes y la de cobrar créditos y dar recibos, pero nunca la de verificar actos de enajenación, en cuyo concepto está incluido toda extinción de derecho inscrito, como el de hipoteca; y que para tales enajenaciones, aun cuando fueran consecuencia forzosa o necesaria de otra anterior, se ha de acudir a la autorización judicial, la que supliendo la falta de capacidad en el padre y *declarando la necesidad legal* de la cancelación, autorice al mismo para otorgarla.

Sobre este precedente se redactaron más tarde los artículos del Código civil y Ley Hipotecaria y su Reglamento, con lo que la *mens legis* no puede ofrecer duda para la calificación registral. Pero ha transcurrido ya tanto tiempo de vigencia de esta doctrina que cabe formular estas

preguntas: ¿El fin primordial de protección a los hijos se ha conseguido prácticamente? ¿La experiencia ha puesto de relieve casos en que la formalidad de estas enajenaciones no pueda cumplirse? ¿La evolución del Derecho no habilitará medios más sencillos y económicos para la protección de los hijos?

La primera interrogante queda contestada, en parte, con el comentario hecho a las autorizaciones judiciales *a posteriori*, donde se expone que pueden autorizarse escrituras sin previa autorización judicial, escrituras que llevarán como secuela otra serie de actos en completa clandestinidad o al margen de las leyes protectoras, que únicamente podrán destruirse con el ejercicio de acciones judicialmente o con el tope fiscalizador de la calificación registral.

Existe también una norma legal en contradicción con la fundamental civil de los hijos, cual es la continuación por éstos del comercio o industria que hubieran ejercido sus causantes con todas "la contingencias favorables y adversas de todo negocio mercantil y con la *ilimitada responsabilidad* de las personas físicas comerciantes", como dice el considerando segundo de la Resolución de 26 de mayo de 1945, pues aunque este criterio está inspirado en la tendencia, en beneficio de los hijos, de no extinguir o interrumpir los negocios que se consideren favorables, no deja de extrañar el problema de la validez de esa responsabilidad ilimitada cuando se presente el momento de proceder contra los bienes inmuebles inscritos de los hijos. Porque si el padre o madre, en representación de los hijos, no puede aportar inmuebles a la Sociedad, ¿cómo es posible que los pueda obligar para el futuro? Sin embargo, dado el artículo 5.º del Código de Comercio y la Resolución dicha, el padre o madre pueden válidamente, en nombre de los hijos, continuar y aun constituir *ex-novo* una Sociedad mercantil de responsabilidad ilimitada, continuadora de negocio anterior, y llegado el momento de hacer efectiva la responsabilidad de los socios en sus propios bienes, los Tribunales accederán en cuanto a los de los hijos de familia, fundados en la preexistencia de una obligación anterior, con lo que el artículo 164 del Código civil resulta inoperante. Por ello, con acierto muy atinado, se previó en el informe del Consejo Superior Bancario a que alude la Resolución citada que en el caso de Sociedades colectivas pudieran los padres exigir que la participación hereditaria del hijo se convirtiera en aportación comanditaria.

La legislación vigente en este orden puede ofrecer un caso paradó-

jico, pues al lado de la norma general del artículo 164 del Código civil existe otra relativa al supuesto de que el padre viudo contraiga segundas nupcias, en cuyo caso se les mira con evidente recelo y se les obliga a la constitución de hipoteca en garantía de los bienes muebles de los hijos; y puede ocurrir que al padre a quien se autorizó judicialmente para la cancelación de una hipoteca por pago del crédito, más tarde, por el solo hecho de sus segundas nupcias, sea compelido a la constitución de hipoteca en garantía de lo anteriormente cobrado, con la agravante de que entonces la acción corresponde a personas distintas del hijo al Ministerio Fiscal, y la hipoteca puede no constituirse por carecer de inmuebles el padre.

En el orden adjetivo o de los medios adoptados para la protección de los hijos también existen defectos de técnica y de utilidad práctica. El caso frecuente que se presenta en las oficinas es el de herencias aceptadas para el hijo en las que existe algún crédito hipotecario; más tarde el padre cobra y queda obligado a cancelar mediante el otorgamiento de escritura y autorización judicial. Esta obligación de cancelar es un *adfaciendum* del acreedor convertido en deudor por el pago, y esta obligación es inexcusable por imperio de la Ley, es decir, se convierte en una necesidad legal, y su prueba es una exigencia anti-jurídica; lo que ha de probarse es la extinción de la obligación, cuyo acto jurídico, cuando consta fehacientemente, lo mismo queda sometido a la consideración de los Tribunales que a la apreciación de los Notarios y a la calificación de los Registradores. Y una vez justificada la extinción del derecho, es inexcusable en los Tribunales el otorgamiento de la autorización, como para los Notarios la autorización de escrituras y para los Registradores la apreciación de una realidad jurídica. Por ello, en los casos de extinción de obligaciones garantizadas hipotecariamente, el expediente judicial queda reducido a una mera fórmula que se viene exigiendo ante la consideración de que el carácter obligatorio de la cancelación no le priva de su naturaleza enajenativa, y por respeto a la letra de la Ley, razón por la cual bien puede el nuevo Reglamento Hipotecario excepcionarlas de una formalidad que no sólo no produce resultados provechosos, sino que en ocasiones resultan francamente perjudiciales y en una gran mayoría ineficaces, ya que la práctica enseña que los Juzgados ordenan, pero no ejecutan ni vigilan, con lo que sus medidas protectoras son utopías.

Respecto a la segunda interrogante, el ejercicio de nuestra profesión

nos ha ofrecido los siguientes casos: Adjudicaciones de pequeños créditos hipotecarios; de otros en proindivisión a varios herederos, de los que alguno estaba sometido a patria potestad. Las cancelaciones de estas hipotecas no pueden tener acceso al Registro, porque la suma de gastos por expediente judicial. Notaría, Derechos Reales y Registro importan más que la cuantía principal asegurada. Lo mismo ocurre en otros casos en que el padre, en representación del hijo y antes de hacer la partición, cobró el crédito hipotecario y cancelaba, en cuyo supuesto se ve la contradicción entre la finalidad del artículo 184 del Reglamento de dar facilidades y economía al cancelante y la del 231, que dificulta aquella finalidad.

REFORMA DEL ARTÍCULO 231 DEL REGLAMENTO

La norma fundamental del Código civil ha de ser mantenida en toda su integridad, pero admite interpretación en su extensión o alcance, basada en cuanto queda expuesto y principalmente en el precedente de los Reglamentos de 1861, 1870, en cuanto a la cancelación automática; en la corriente de dar a los padres mayor amplitud de desenvolvimiento en su función representativa, acusada con la teoría de la anulabilidad y con la facultad de celebrar contratos que en potencia llevan la obligación futura de los inmuebles del hijo; y singularmente, en la facultad legal de los padres de cobrar y dar recibos de cuanto se adeude a sus hijos. Porque resulta verdaderamente anómalo que los padres puedan extinguir la obligación que dió origen a la inscripción, y sin embargo no lo puedan hacer respecto a la cancelación formal del asiento, anomalía que resalta cuando se observa que el obstáculo que lo impide es la cualidad enajenativa de la cancelación, pero no lo que es fundamental de la doctrina o protección de los hijos, porque el peligro que la Ley trata de evitar no se halla en el momento de cancelar, sino en el anterior de cobrar el crédito, y para ese momento la Ley nunca exigió garantía.

Por eso la corriente actual en favor de la supresión del *adfaciendum* del acreedor pagado tiene buenas raíces y es de presumir y esperar que sea recogida en el nuevo Reglamento Hipotecario. Pero al mismo tiempo es también de desear que se exija a la representación legal de los hijos el cumplimiento de las medidas establecidas para su seguridad

Creemos que se lograría este propósito sin detrimento de la doctrina dando al actual artículo 231 la siguiente redacción: "La autorización judicial que necesite el padre o la madre para enajenar o gravar los bienes del hijo será igualmente necesaria para inscribir los actos o contratos que tengan por objeto la extinción de derechos reales de la propiedad de los mismos hijos, excepto aquellos que sean consecuencia forzosa de una obligación legal o anterior inscrita, como la cancelación de hipotecas, redención de censo, retracto voluntario u otros análogos, en los que será suficiente la escritura en que conste la extinción del derecho inscrito y la advertencia de dar inversión adecuada al equivalente."

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS.

Registrador de la Propiedad.

Consideraciones sobre la nueva Ley reformadora de la Ley Hipotecaria

El *Boletín Oficial del Estado* de 1 de enero del año en curso publica el texto legislativo que parcialmente reforma la Ley Hipotecaria, la cual, como es sabido, venía rigiendo desde 16 de diciembre de 1909, conforme a lo prevenido en la Ley de 21 de abril del mismo año, si bien no ha de olvidarse que esta Ley recogió fundamentalmente las orientaciones y esencias que el viejo texto de 1861 plasmó, previos los retoques y reformas fragmentarias hechas en 1869 y 1877, principalmente.

Esta Ley novísima, que lleva fecha de 30 de diciembre de 1944 (1), se limita, como queda dicho, a reformar parcial o fragmentariamente diversos artículos del ordenamiento jurídico del año 1909. Sus fines, según se deducen de la lectura de la misma, parecen ser el dar una más científica redacción a algunos de dichos artículos, a base de una sistematización lo más rigurosa posible de los llamados principios hipotecarios y, dentro de éstos, al de la *fides* pública del asiento registral de inscripción, al de prescriptibilidad de los derechos formalmente registrados, contemplados principalmente desde el ámbito de la usucapción frente a la prescripción tabular o del libro, a un nuevo toque al llamado principio de legitimación registral, caballo de batalla de la parte procesal de las situaciones jurídicas constatadas en el Registro, que ya fué modificado en 1909, volvió a serlo en 1927 y ha vuelto a sufrir otra reforma ahora—¿para mucho tiempo?—, del modo, forma y conse-

(1) Sanz Fernández — *Revista de Derecho Privado*, núm. 334, enero 1945, página 3 — señala como fecha de la Ley novísima el 29 de diciembre. Creemos que es un error, quizá involuntario. La fecha real es la del 30 de diciembre de 1944, ya que esa es la que figura en el texto publicado en el *Boletín Oficial del Estado*.

cuencias a que luego nos referiremos. Y junto a esto, una mejor y nueva sistematización del acceso al mundo registral de la finca y los derechos reales sobre ella, bajo un título y una rúbrica conjuntas y comunes, al mismo tiempo que se toman medidas efectivas para eliminar del Registro español la enorme multitud de cargas que subrepticamente y al amparo de la mención venían arrastrándose en los folios de aquél, desde las Contadurías de Hipotecas hasta el presente, a pesar del título XV de la Ley derogada, que resultó prácticamente ineficaz, junto con el rechazo *a limine* de la absurda constancia de una mera situación de hecho, cual era la posesión, al lado de situaciones esencial y totalmente jurídicas o de Derecho. Tales son, en apretado resumen, las más destacadas reformas que trae el nuevo texto legislativo.

Las demás (supresión de la mención, que, como dice bien Roca (1), ni es asiento siquiera, posibilidad de limitar por pacto la responsabilidad hipotecaria del deudor, etc., sin olvidar el artículo 355, que está llamado, en nuestra opinión, a dar mucho que decir y nada que hacer, y sobre el que volveremos en seguida) son retoques ya de menor entidad, sin que ello quiera decir que no tengan su importancia.

Pero comentar, aunque fuere por encima, todos los aspectos y problemas que la Ley en conjunto plantea, sería labor no de un trabajo como éste, sino de una obra voluminosa, que es obvio que aquí no puede emprenderse. Y sobre todo, porque—a nuestro juicio—es preferible escoger solamente algunos de dichos aspectos en una labor de especialización que si bien amengüe el campo de examen, lo haga en cambio, más claro, más concreto y más sistemático. Precisamente por todo lo contrario de aquel refrán según el cual “quien mucho abarca, poco aprieta”.

Y ya bajo esta orientación, voy a permitirme hacer algunas sugerencias sobre ciertos aspectos de tal reforma, limitándome concretamente a los siguientes:

A) PERSISTENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO INMOBILIARIO DE LA INSCRIPCIÓN CON CARÁCTER MERAMENTE DECLARATIVO.

Es lo primero que destaca en la Ley de referencia, para desesperación de cuantos teníamos puestas nuestras mejores esperanzas en que,

(1) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, vol. II.

por fin, se implantara la inscripción con carácter constitutivo, es decir, como absolutamente necesaria, *ab substantia*, para que el derecho real surja como tal, no frente a tercero, sino *inter partes*.

En la actual etapa de la vida jurídica española significa una verdadera rémora la subsistencia de la tradición como único modo de publicar o exteriorizar el dominio y los derechos reales sobre inmuebles. La *traditio* pudo ser suficiente en un régimen como el romano, que ignoró la institución del Registro inmobiliario y cuyo carácter legitimador o de investidura nunca llegó a comprender. Mucho más técnico en este punto, el Derecho germánico supo captar en la *gewere* este carácter de investidura o legitimación, que, por sucesivas evoluciones, vino a ser sustituido por la "registración" o constancia de la transmisión verificada en el Registro, con carácter publicitario para todos, partes y extraños.

Ya D. Jerónimo González (1) se planteó, hace tiempo, el problema de las ventajas y de los inconvenientes que la sustitución de la tradición por el Registro en materia de publicidad o exteriorización de la conformación de los derechos reales sobre inmuebles pudiera traer. Y Roca (2) sostiene—con evidente acierto, a nuestro juicio—que la inscripción "debe sustituir a la tradición", puesto que, entre otras razones, si para "la adquisición de la propiedad debía concurrir un requisito plástico o formal, el cual hace tiempo que ha estado representado por la *traditio*, modernamente es lógico que haga sus veces el instrumento técnico de la registración, como medio más adaptado a las condiciones de nuestros tiempos". Y es que, en efecto, la *traditio* (sobre todo en sus formas adulteradas de *brevi* y *longa manu*, *constitutum posesorium* en instrumental o simbólica de los artículos 1.462 y 1.463 del Código civil) es algo ya pasado, incompatible con la actual evolución del derecho de cosas y, desde luego, técnicamente inferior respecto del Registro.

Por eso es también, de modo indudable, nuestro Derecho positivo en comparación con el alemán o el suizo que, como es archisabido, exigen no sólo acuerdo y tradición, sino también inscripción, registración de tal acuerdo de transmisión para que el derecho real nazca,

(1) V. su trabajo en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, titulado «La tradición de fincas en el instrumento público» (Conferencia pronunciada en la A. M. del Notariado el 11 de enero de 1943), núm. 189, febrero 1944, págs. 81 y ss.

(2) Roca Sastre, ob. cit., vol. I, pág. 163.

no frente a tercero, como nuestro ordenamiento actual establece, sino *inter partes*, haciendo una neta y acertada separación entre ambos campos: el obligacional y el dispositivo. Que si aquél puede conformarse con un "espiritualismo" pronunciado (y aun así es muy discutible si se perturba o no la conformación del derecho creado), el segundo impone una rigidez y un formalismo que, por esencia, rechazan por completo nuestra actual orientación en tal punto

Y esto que es tan claro, que ha sido llevado ya al campo legislativo para la hipoteca, que unánimemente viene pidiendo la doctrina desde hace muchos años, y cuya necesidad tocamos todos cuantos por nuestra profesión vivimos de cerca la marcha del derecho en la vida, aún hoy, después de ochenta y un años de clamor en tal sentido, no hemos podido verlo hecho realidad, y otra vez más, como el fantasma del cuento, se nos ha esfumado cuando creíamos tenerlo en las manos.

Todas aquellas razones por las que se propugnaba por la inscripción con carácter meramente declarativo (desnaturalización del Registro al convertirlo en órgano de fines fiscales o administrativos; que las partes nada ignoran y, por ello, sólo frente a terceros puede imponerse tal inscripción; que otra cosa sería hacer de mejor condición al que de mala fe se acogiese al Registro frente al que de buena fe prescindiere de él; que tal inscripción constitutiva es un formalismo que, como todos los formalismos, nunca debe llegar a hacer depender de ella la admisión o no del derecho real, que nace *per se* y no por cumplir o dejar cumplir ciertas formalidades externas que no deben afectar a su esencia: el ataque a la libertad de contratación que tal cosa entrañaría, etc., etc. (1)), no resisten un examen profundo de ellas. Sobre todo por las consecuencias absurdas a que conducen y que todos estamos palpando, a saber el hecho que el mismo preámbulo de la Ley reformadora paladinamente reconoce de que hoy día, después de más de ochenta años de la promulgación de una Ley Hipotecaria que pretendió organizar científicamente la biología de los derechos reales sobre inmuebles aniquilando la clandestinidad, *más del 60 por 100 de la propiedad inmobiliaria permanece fuera del Registro*, en pleno ocultismo, y lo que aún es peor, apreciándose una indudable corriente desinscribitoria que, si Dios no lo remedia—ya que, al parecer, los demás no quieren hacerlo—, dará lugar a que dentro de otros ochenta años

(1) V. un resumen de ellas en Roca Sastre, *ob. cit.*, vol. I, págs. 159 y ss.

cuando más el 90 por 100 de tal propiedad viva—vegete más bien—fuera de los libros registrales. Todo porque, como decía Morell, y recuerda Roca (1), el propietario español no ve *prácticamente* la ventaja de la inscripción, puesto que para él todo eso del principio de publicidad, o de legitimación, le suena a elucubraciones, *flautis vocis* que los juristas inventan para sacarle los cuartos, y que en el terreno práctico le ayudan y favorecen tan poco en relación con aquellos otros que no inscriben, que no ve las ventajas de inscribir sus derechos en los libros del Registro. Si con sólo que pague la contribución el Estado se conforma (aunque la pague a nombre de un señor que hace más de ciento cincuenta años que lleva figurando como contribuyente, lo que, entre otras cosas, significa que España es el país más sano del mundo, puesto que los españoles, según los libros oficiales de la Contribución territorial, viven, por término medio, de ciento cincuenta a doscientos años), si a la Comunidad, con tal que se posea, le es bastante, y si puede transmitirse válidamente la propiedad de una cosa, tan sólo con hacer como que se entrega, sin necesidad de escritura ni incluso de documento privado, claro está que el propietario español, sobre todo el minifundista, el labriego de España—que podrá ser inculto, pero que no es tonto—, sonreirá socarronamente ante los consejos para que inscriba, y pensará con mucha lógica que no ve para qué ni por qué hacerlo, puesto que mejora tan poco en la práctica su posición con la inscripción, que apenas le interesa, ya que, inscriba o no, sigue cultivando sus fincas, sacando sus frutos y aprovechándose de ellos. Por eso la paladina afirmación a que antes aludíamos revela que el legislador español se da cuenta de que, en la realidad y en la práctica, el Registro Inmobiliario español es un órgano inoperante, que la Ley Hipotecaria rige no para los ricos, como dijo del Código civil “Clarín”, siguiendo a Menger, sino para una ínfima minoría de éstos, y que la vida real nos dice que, fuera de las páginas del *Boletín Oficial del Estado* y de esa pequeña minoría, al resto de los propietarios españoles les tiene completamente sin cuidado tal Ley y saben tanto de ella como de lo que pasa en la China.

A nuestro humilde juicio, el argumento que el legislador usa de que es imposible consagrar la inscripción constitutiva en nuestro derecho positivo precisamente por la existencia de tal absentismo regis-

(1) En ob. cit., vol. I, pág. 162.

tral es completamente equivocado. Los términos deben invertirse. No es que la causa sea ésa, sino la contraria; es decir, que no se inscribe porque no se exige, y porque, si en el fondo se es tan propietario inscribiendo como no inscribiendo, es natural se prefiera esto a aquello porque es más cómodo y, sobre todo, más barato.

Por eso ratificamos nuestra posición. Mientras la inscripción constitutiva no se implante, el Registro español será institución de lujo, más teórica que práctica (1).

No olvidamos, desde luego, que para llegar a la inscripción constitutiva son necesarias, ante todo, reformas en materia fiscal, puesto que es necesario rebajar el impuesto de Derechos reales para estimular

(1) «Los ochenta años de vigencia de la Ley Hipotecaria — dice Ríos Mosquera—no sirvieron para que la pequeña propiedad, ni muchas fincas de gran valor de comarcas enteras, ingresasen en los libros del Registro, y la libertad concedida a los dueños para inscribir o no sus fincas, ya consten inscritas a nombre de algún titular, ya no lo hayan estado nunca, origina complicaciones de orden práctico que no acreditan nuestro sistema inmobiliario. Si a esto se añade que los titulares de fincas son árbitros de que las relaciones sobre ellas consten, no ya en documento privado, sino incluso sin documento de ninguna clase, y hasta por la mera posesión o la mera tenencia, se comprende cuán lejos de la realidad viven muchos preceptos fundamentales de nuestro viejo ordenamiento jurídico inmobiliario y la necesidad de pensar en su modificación para adaptarlo a las realidades sentidas.» Y más adelante prosigue: «¿Qué queda, pues, del Registro? Nada, o casi nada. El Registro es casi un fantasma, un ser extraordinario, que no le comprendemos, porque los supuestos en que nos movemos no guardan relación con él, porque, a pesar del artículo 389 de la Ley Hipotecaria, se admiten en todas partes documentos públicos, privados, falsos, nulos y todo, y el fantasma del Registro, ante cada ataque a su organización, sigue haciendo una mueca de indiferencia, porque sabe que es, que existe, y no le respetan. Vive en un mundo de idealidad, y espera que todo lo que se escribió durante ochenta años se recoja en una ordenanza práctica y de contenido, porque sabe que es necesario que en la naturaleza de los bienes inmuebles, en las múltiples relaciones establecidas sobre ellos, requiérase una forma de transmisión esencial que no puede ser igual a la de los bienes muebles, y espera que los litigantes, convencidos de la desgracia de serlo, se calmen, y acogiéndose a sus disposiciones, cuando se dejen a un lado parte de los instintos individuales de lucha, se sometan a las normas constructivas de orden social que cristalizan en las instituciones.» Véase «Nuevo ordenamiento hipotecario y régimen de la pequeña propiedad» en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 182, págs. 432-51. — Ante las palabras de quien, por su oficio y por los muchos años que en él lleva, conoce la realidad jurídico-inmobiliaria española, ¿qué decir? Todo está dicho.

al minifundista a registrar sus títulos. Pero también hay que hacer reformas en la legislación civil sustantiva desmontando el artificio del Código civil a base de la tradición como medio suficiente de publicación del dominio y demás Derechos reales sobre inmuebles, borrando o dándole una nueva redacción al artículo 609 de aquél, que es la rémora que impide tal cosa. Y como, en realidad, la Ley Hipotecaria no puede enfrentarse con el Código civil mientras éste sea la vertebración de nuestro ordenamiento jurídico privado, sino que tiene que plegarse a sus normas y a su orientación, de aquí—repetimos—que tal reforma previa sea indispensable para lo que aquí propugnamos.

Así pensó también la Comisión que redactó el anteproyecto de reforma, puesto que reformaba en lo necesario el Código civil, aunque sin llegar tampoco a la inscripción constitutiva: pero todo naufragó en las Cortes que, al parecer (1), creyeron que solamente debía ser modificada la Ley Hipotecaria, pero no el Código civil que, por ahora, debía seguir como está. Sin darse cuenta de que entonces la reforma verdadera, la sustancial, eficaz y profunda debía aplazarse una vez más con todas sus consecuencias

Es decir, que hoy, como ayer, en nuestro Derecho positivo la inscripción refuerza más o menos los derechos reales que a ella se acogen, pero jamás suple al título ni a la tradición, como lo prueba el artículo 36. Es el título con la tradición—real o simbólica—quienes crean y constituyen el derecho real, hasta el punto de que sin ellos es imposible que éste surja, y sigue vigente la posibilidad de que tal derecho nazca, viva y muera fuera y al margen del Registro, que tan sólo lo refuerza o fortifica (según la conocida terminología de Gierke (2)).

Sin embargo, la nueva Ley inserta un artículo, el 355, que—como antes decíamos—está llamado a dar mucho que decir, aunque—como también decíamos antes—poco o nada que hacer. En la Ley derogada existía el artículo 389, que obligaba a los Tribunales y Oficinas del Estado, Provincia y Municipio, a rechazar cualquier documento constitutivo, transmisivo o extintivo de derechos reales sobre inmuebles cuando fuere presentado a fin de hacer valer, en perjuicio de tercero,

(1) V. Sanz Fernández, ob. cit., REVISTA cit., pág. 18, nota.

(2) El Registro inmobiliario en España viene a ser, para los Derechos reales, algo así como la emulsión Scott o el aceite de hígado de bacalao para los niños: los fortifica, pero no los crea.

un derecho de tal clase que debió haber sido inscrito. Es decir, que dicha finalidad—perjuicio de tercero—era el quicio sobre que giraba tal artículo, y solamente cuando tal finalidad o propósito existían se rechazaba el documento no inscrito (1). Hoy, en cambio, con la nueva redacción del artículo 355, tal finalidad queda borrada, puesto que, dada su redacción, ya no es necesario que aquélla exista, bastando tan sólo que se pretenda presentar cualquier “documento o escritura” (2) en dichas Oficinas, Tribunales o Juzgados, y en las cuales se reconozca, constituya, transmita, modifique o extinga un derecho real sujeto a inscripción para que, si antes no se tomó razón de ellos en el Registro, sean rechazados. Admitiéndose sólo, como excepciones a regla tan absoluta y terminante, los casos en que tal presentación tenga una finalidad fiscal, de corroboración de otro título posterior inscrito, ejercitar una acción de rectificación registral, o pedir la anulación o cancelación de algún asiento que impida realizar la inscripción que se pretende (artículos 355, 356 y 357).

A primera vista, el artículo 355 acerca mucho nuestro sistema a la inscripción constitutiva. Parece lograr una inscripción constitutiva *sui generis*, mediante un rodeo y una coacción indirecta, puesto que sanciona nada menos que con la esterilidad a los derechos reales que vivan fuera del Registro, al privarles de la posibilidad de su ejercicio en el campo administrativo y, sobre todo, en el contencioso, al no permitirles la entrada en los Juzgados y Tribunales. Como dice Sanz Fernández (3), con el nuevo sistema “los derechos que se muevan fuera de la vida registral son derechos impotentes, desprovistos de toda acción real, que no podrá ser ejercitada conforme al artículo 355, es decir, que no serán verdaderos derechos reales. Y como en su defensa sólo podrán ser ejercitadas las acciones de protección posesoria, independientes del Registro en su desarrollo, quedarán los titulares de estos derechos reales reducidos a la condición de meros poseedores.

(1) Estó en la teoría. En la práctica, en la vida real, todo esto era letra muerta. Como acabamos de ver en Ríos Mosquera, los Juzgados y Tribunales, no sé si por desidia, o por ignorancia, o por darse cuenta de la imposibilidad práctica de tal aplicación, admitían toda clase de documentos, públicos, privados, nulos, falsos, etc. Y hasta a veces fundaban un fallo en convenios verbales, en virtud de la libre interpretación de la prueba testifical.

(2) ¿Es que las escrituras no son documentos?

(3) Ob. cit., pág. 18.

En lo sucesivo no podrá haber más derechos reales que los inscritos, con lo cual resultará la inscripción convertida en necesaria, a pesar de no ser éste el punto de vista inicial e inspirador de la reforma". Tal parece ser, en efecto, el criterio de la Ley, según se trasluce de las palabras que sobre tal punto emplea en su preámbulo. "La inscripción—afirma—, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, será, en cambio, *premisa ineludible*, con las limitaciones que se establecen, *para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles*. Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular substantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal."

Y sin embargo, si el titular de un derecho real no inscrito tiene vedado, mientras no inscriba, el acceso a los Juzgados y Tribunales para ejercitar su derecho, para hacerlo valer (1), ¿en qué situación legal queda entonces? ¿Se trata, como dice Sanz Fernández, de un mero poseedor? ¿Es que dicho artículo 355 puede derribar todo el régimen de la propiedad inmobiliaria plasmado en el Código civil, y que se refleja no sólo en el mencionado artículo 609 de éste, sino también en los 605, 606 y siguientes?

Que aquí hay un problema de más envergadura y trascendencia que el que a primera vista parece, el mismo Sanz Fernández lo comprende, cuando se pregunta no solamente si es acertado tal criterio de la Ley Hipotecaria, sino si incluso es de posible aplicación, contestándose negativamente a las dos preguntas, no sólo porque, ante la evidente antinomia señalada, el Código civil debe ser preferente a la Ley Hipotecaria, dado el carácter estrictamente formal de ésta, sino también porque no parece muy acertado el borrar de un plumazo todo un sistema legal, deficiente y absurdo, desde luego, pero que—al parecer—se quiere mantener, si bien negándolo a renglón seguido.

¿Qué porvenir le está reservado al artículo 355? La vida, como siempre, lo dirá y dará la razón a quien la tenga. Pero somos de opinión que hay noventa probabilidades contra diez de que tal precepto, por las apuntadas razones y, sobre todo, por las mismas que hicieron inoperante en la práctica el 389 del viejo texto, bastante más moderado, no se aplicará jamás y está destinado a vivir solamente entre

(1) No debe olvidarse lo exacto de la frase de Wach, el ilustre procesalista germánico, cuando afirma que mediante el proceso el derecho «vale», es decir, se hace en la mayor parte de los casos, efectivo.

las páginas del *Boletín Oficial del Estado* del día 1 de enero de 1945.

El procedimiento debió haber sido la implantación de la inscripción constitutiva, previa la pertinente reforma de los artículos correspondientes del Código civil. Pero reforma hecha de frente y a cara descubierta, no por detrás, de modo tímido, queriendo y no queriendo y del modo subrepticio que ahora se empleó. De aquella manera se hubiera logrado, tras algunos forcejeos y dilaciones, que la propiedad española fuese ingresando en plazo breve en el Registro. De esta otra, todo seguirá como está, y el sesenta hoy, mañana el setenta y pasado el ochenta por ciento de los propietarios de bienes inmuebles, permanecerán impertérritos, fuera o al margen de la institución registral.

ENRIQUE DEL VALLE FUENTES.

Notario y Juez de Primera Instancia excedente

La concordancia entre Registro y realidad en la nueva Ley sobre Reforma de la Ley Hipotecaria (1)

SUMARIO

- II. Reanudación del tracto sucesivo interrumpido.—Medios de conseguirla: A) Acta de notoriedad; B) Expediente de dominio.
- III. Liberación de cargas y gravámenes.—Medio para practicarla: Expediente de liberación.
- IV. Inscripción de la mayor cabida de una finca inscrita.—Medios de lograrla: A) Acta de notoriedad; B) Expedientes de dominio; C) Títulos públicos a que se refiere el artículo 352 de la Ley Hipotecaria.
- V. Inscripción de las nuevas plantaciones, o de las construcciones o mejoras de una finca urbana. Medios de alcanzar esta finalidad: A) Descripción de los títulos posteriores, B) Escritura directamente encaminada a conseguir este fin.—Conclusión.

II

REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO

Como se dice en el preámbulo del proyecto de Ley de reforma, «no existía en nuestro ordenamiento hipotecario medio idóneo alguno para obtener la reanudación de la vida registral». En este sentido, sólo elogios merece la nueva Ley, que se enfrenta con el problema para resolverlo y señala los medios de soldar la rota cadena del tracto sucesivo, poniendo fin así a esta fuente principalísima de divergencia entre Registro y realidad.

Los medios legales para conseguir la reanudación del tracto son dos:

- A) El acta de notoriedad.
- B) El expediente de dominio.

(1) Véase el número 205 de esta REVISTA.

Parece, a primera vista, que la Ley—artículo 347, párrafo 4.º—concede igual rango a estos dos instrumentos y que cualquiera de ellos puede utilizarse indistintamente. Pero los artículos 349 y 351 nos demuestran la más extensa aplicabilidad del expediente de dominio. Merece la pena el examen comparativo de ambos preceptos. Dice el artículo 351: «Las actas de notoriedad—que por cierto sirven aquí por sí solas para el objetivo legal—tramitadas a fines de reanudación de la vida registral sólo podrán inscribirse cuando las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad sin haber sufrido alteración y el Notario hubiese notificado personalmente su tramitación a los titulares de las mismas y sus causahabientes.»

Dos circunstancias esenciales han de darse para que sea posible utilizar el acta de notoriedad como remedio restaurador del tracto sucesivo roto: que las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad y que las notificaciones prevenidas por la Ley sean hechas personalmente por el Notario. Destacamos, pues: frente a la existencia de una inscripción contradictoria que no alcance treinta años de vida es inútil e improcedente iniciar—con fines de reanudación de tracto desconectado—la tramitación de un acta de notoriedad.

En contraste con este artículo 351 dice el 349: «Los expedientes tramitados con arreglo al artículo anterior—se refiere a los expedientes de dominio—serán inscribibles aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias, siempre que éstas cuenten más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado en debida forma y no compareciere a formular oposición.»

Hasta ahora la divergencia entre el expediente de dominio y el acta de notoriedad como títulos de reanudación del tracto hipotecario no es demasiado sensible. Unicamente se notan discrepancias en orden a las notificaciones y citaciones que han de hacerse: en el acta, «notificación» personal por el Notario al titular hipotecario o causahabiente de éste, y en el expediente, «citación en debida forma» a dicho titular, el cual no ha de comparecer a formular oposición. Hasta aquí, repetimos, tanto el expediente de dominio como el acta de notoriedad aparecen impotentes para reiniciar un tracto sucesivo formal, cortado en una inscripción que aún no cuenta treinta años de existencia hipotecaria.

Pero el párrafo 2.º del artículo 349 decide rotundamente en favor del expediente de dominio, la pugna que pudiera existir entre éste y el acta de notoriedad en orden al ámbito de aplicación eficaz de estos dos medios utilizados por la Ley para poner acorde con la realidad un Registro «pasado de moda». Dice así el texto aludido: «También lo serán—se refiere a la inscribibilidad de los expedientes de dominio—, aunque las inscripciones contradictorias sean de menos de treinta años de antigüedad si el titular de las mismas o sus causahabientes hubiesen sido oídos en el expediente.» Es verdad que la Ley no se contenta, como antes, con la «citación» del titular de inscripción contradictoria; ahora exige que dicho titular, o sus causahabientes sean «oídos» en el expediente. Ello es perfectamente lógico: a menor antigüedad en la inscripción contradictoria, mayor rigor en las exigencias legales, más acentuado acópio de garantías para evitar perjuicios injustos a los titulares hipotecarios.

Pero lo que importa destacar aquí es que, mientras el acta de notoriedad nada puede contra inscripciones contradictorias modernas—llamamos así a las que tienen menos de treinta años de vida—, el expediente de dominio puede incoarse y dar el resultado apetecido, cualquiera que sea la fecha de la inscripción que contradice el derecho de quien lo insta.

Y aun añade el artículo 349 unas últimas palabras, que no figuraban en el proyecto, y que esclarecen extraordinariamente las cuestiones que pudieran plantearse. Y es que el artículo 349, párrafo 2.º, nos colocaba, interpretado restrictivamente, en un callejón sin salida. Para que prosperase un expediente de dominio frente a un asiento contradictorio de menos de treinta años de antigüedad, tenía que ser oído el titular de aquel asiento o sus causahabientes. Pero, ¿y si no comparecían en el expediente?

Las aludidas últimas palabras del artículo 349 de la Ley Hipotecaria, salen al paso del problema planteado y lo resuelven satisfactoriamente. «Si el titular del asiento contradictorio con menos de treinta años de antigüedad—dice el texto positivo—no compareciera después de la tercera citación, se le tendrá por renunciante de los derechos que pudieran asistirle.»

Diremos, por último, que en lo tocante a la tramitación del expediente de dominio y del acta de notoriedad a los fines de reanudación del tracto, la certificación del Registro de la Propiedad a que se refie-

re la regla 2.^a del artículo 348, se concretará a determinar, no la falta de inscripción de la finca—como en el caso de pretenderse la inmatriculación—sino la última inscripción de dominio del inmueble y las practicadas durante los últimos treinta años. Por otra parte, ni en el expediente ni en el acta procederá hacer notificación alguna a los titulares de los predios colindantes de la finca cuya historia hipotecaria se pretende reanudar.

No queremos terminar esta parte de nuestro trabajo sin aclarar un punto interesante. Hemos dicho, recogiendo del preámbulo del proyecto de reforma, que «no existía en nuestro ordenamiento hipotecario medio idóneo alguno para obtener la reanudación de la vida registral». Y esto no es rigurosamente exacto. El mismo preámbulo, del que son las anteriores palabras, así lo reconoce. «El expediente de dominio...—dice en uno de sus pasajes—, más que como sistema de intabulación, se ha utilizado... como medio de reanudación de la vida registral...» Es más: confrontando el actual artículo 349 de la Ley con los antiguos artículos 400 de la Ley y 503 del Reglamento, puede observarse que, en lo tocante al expediente de dominio, se mantiene en esencia el sistema anterior, sin más variante que la de suprimir toda referencia a los asientos posesorios y la de fijar en la cifra de treinta años—y no veinte como antes—la línea de separación entre las inscripciones contradictorias antiguas y modernas. Lo que ocurre es que, por una parte, el expediente de dominio tiene en la legislación actual una tramitación mucho más breve que en el Derecho anterior, y, por otro lado, que, además del expediente de dominio, se admite en la Ley nueva el acta de notoriedad como medio de reanudación del tracto sucesivo.

III

LIBERACIÓN DE CARGAS Y GRAVÁMENES

El expediente de liberación de cargas y gravámenes es el tercero de los medios admitidos por el nuevo artículo 347 de la Ley, para realizar la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extraregistral. La finalidad y el alcance de este instrumento armonizador están determinados en el artículo 353, y las reglas de tramitación, en el artículo 354, ambos según su redacción actual.

Para el debido esclarecimiento de esta materia, es necesario que sepáremos estos tres conceptos :

a) Liberación de gravámenes en sentido verdadero y técnico. (Sistema francés de «purga».)

b) Juicio de liberación. (Sistema establecido en los artículos 355 a 382 de la Ley Hipotecaria antes de la reforma.)

c) Expediente de liberación de cargas y gravámenes. (Sistema instaurado por la Ley española de 30 de diciembre de 1944.)

Y avanzamos esta idea : el expediente últimamente citado—verdadero procedimiento judicial de cancelación de cargas prescritas—nada tiene que ver : ni con la «purga» francesa ni con el ya viejo juicio de liberación español.

En el sistema francés, el propietario de inmueble gravado puede convertirse en propietario libre, sin más que ofrecer a los titulares activos de los gravámenes la parte correspondiente del valor real de «la» finca. Merced a este procedimiento, desaparecen las cargas inmobiliarias *inscritas y vigentes*.

En el antiguo sistema español, el propietario no libera su finca ; sencillamente «esclarece»—como dice Roca—la verdadera situación jurídica del inmueble gravado con cargas o afecciones *no inscritas de manera expresa*—a las que únicamente extiende su eficacia el juicio liberatorio—; ofreciendo a los titulares de aquéllas, no el valor en cambio de la finca, sino «un procedimiento para que ejerciten sus posibles acciones rescisorias, resolutorias, o de nulidad, o de otra clase».

En el actual sistema español, el propietario de finca gravada con carga *inscrita, pero extinguida por prescripción*, tiene a su alcance un sencillo procedimiento gracias al cual consigue la cancelación de los gravámenes prescritos.

En pocas palabras : la «purga» francesa se ejercita frente a cargas inscritas vigentes, y consigue su liberación. El «juicio liberatorio» de nuestra antigua Ley Hipotecaria se tramita respecto de cargas no inscritas expresamente, y logra el esclarecimiento jurídico del inmueble gravado. El «expediente de liberación» instaurado por la nueva Ley de Reforma, se pone en marcha en los casos de prescripción de cargas inmobiliarias inscritas, y obtiene la cancelación de las mismas.

Dice el artículo 353 de la nueva Ley Hipotecaria que «el procedi-

miento de liberación de gravámenes se aplicará para cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena, que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil, según la fecha que conste en el Registro».

En realidad, el llamado por la Ley del 44 «expediente de liberación de cargas y gravámenes» es un procedimiento judicial de cancelación *contra el consentimiento del titular inscrito*.

En efecto: a la vista del precepto citado, eslabonamos el razonamiento siguiente:

Los derechos que cita el texto legal pueden extinguirse por prescripción (art. 1.930, párrafo 2.º, del Código civil); el tiempo y las demás condiciones necesarias para que se consideren prescritos tales derechos, se regirán por la legislación civil, tomándose como punto de partida para el cómputo la fecha que conste en el Registro (nuevo art. 353 de la Ley Hipotecaria); una vez que, a base de lo expuesto, se haya consumado la extinción por prescripción de un derecho inscrito, recayendo sobre cosa ajena, el Registro se habrá hecho inexacto automáticamente, manteniéndose la inexactitud mientras permanezca sin cancelar la inscripción, que da como vivo el derecho real prescrito; todo se reduce, pues, a extender el asiento de cancelación en el que se declare: que el derecho inscrito se ha extinguido y que la inscripción que le contenía ha quedado sin efecto. Pero, ¿cómo y a virtud de qué título se practicará esa cancelación? A resolver el problema que esta pregunta entraña es a lo que tienden los actuales artículos 353 y 354 de la Ley.

Realmente, el principio hipotecario de tracto sucesivo ilumina toda esta materia. Y así vemos, como aplicables al caso, los artículos 20, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria. Es decir, que para registrar un título del cual resulta extinguido por prescripción un *jus in re alienum*, será menester que dicho derecho conste inscrito previamente a favor de la persona que, titular hipotecario por tanto del derecho prescrito, consienta—consentimiento voluntariamente prestado o suplido por el Juez—la cancelación.

Ahora bien; este consentimiento puede ser prestado—según acabamos de apuntar—voluntariamente por el titular del derecho prescrito. No es inconcebible, en efecto, la hipótesis del que, habiendo perdido por prescripción un derecho real inscrito a su nombre, otorga una escritura en la que, sobre la base de reconocer la extinción

de su derecho, presta voluntariamente su consentimiento para que se extienda el oportuno asiento de cancelación que ponga de acuerdo la realidad con el Registro. En tal caso, la referida escritura pública sería, sin duda, el título apto para cancelar la inscripción del derecho prescrito.

Mas la anterior hipótesis, aunque posible, no es de realización probable. El titular hipotecario, cuya inactividad le ha llevado nada menos que a la pérdida de su derecho, no es verosímil que se muestre activo y diligente para facilitar la formalización de aquella pérdida. Hay que contar, pues, como seguro, con la falta de consentimiento voluntariamente prestado por el titular del derecho prescrito. Y decimos que, en tal caso, el consentimiento del titular inscrito—necesario para cancelar—es suplido por el Juez, y la escritura pública voluntariamente otorgada por la persona cuyo derecho ha prescrito, viene a ser sustituida por la resolución judicial que ordena cancelar el asiento. Esta es, pura y simplemente, la doctrina sentada en el artículo 83, párrafo último de la Ley Hipotecaria, al decir que, cuando procediere la cancelación «y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado demandarlo en juicio ordinario».

Se desprende de lo dicho que el dueño de una finca gravada con carga tabular prescrita, tiene en su mano, sin más que apoyarse en el artículo 83, párrafo 3.º de la Ley, el medio de lograr la limpieza jurídica de su inmueble: acudir al juicio ordinario que corresponda para provocar la resolución judicial de declaración de prescripción, la cual servirá de título al asiento cancelatorio. Pero el camino resulta excesivamente complicado y costoso; por eso la nueva Ley presta un servicio inestimable a la plausible tarea de armonizar el Registro con la realidad jurídica, al establecer un procedimiento judicial sencillo y breve para cancelar las cargas prescritas. A él se refiere el artículo 354—nueva redacción—de la Ley Hipotecaria, que a continuación, y como de costumbre, sistematizamos.

Juez competente.—Lo será, independientemente de la cuantía del gravamen a cancelar, el de Primera Instancia del partido en que radiquen los bienes, y si la finca está situada en dos o más partidos, el de aquel en que esté la parte principal. (A continuación da la Ley determinadas normas para fijar lo que ha de entenderse por parte principal en ciertos casos concretos.)

Iniciación del procedimiento: comparecencia y documentos que han de presentarse. — El procedimiento se iniciará compareciendo ante el Juzgado—sin necesidad de Abogado ni Procurador— el titular de la finca o derecho gravado con la carga cuya liberación se pretende, y presentando un escrito al que acompañará certificación del Registro que acredite su calidad de titular y en la que se insertará literalmente la mención, anotación e inscripción que se pretende cancelar.

Citaciones.—El Juzgado citará al titular, titulares o causahabientes del derecho prescrito, personalmente o por cédula, si su domicilio fuese reconocido, y si no lo es, por edictos. (La Ley dice dónde se publicarán.)

Comparecencia de los citados. Diversas hipótesis. Resolución del Juez.—Ha de efectuarse «la comparecencia» en un plazo de diez días a contar desde la citación o publicación de los edictos. Y puede ocurrir: que comparezcan o que no comparezcan, y en el primer caso, que se allanen o que se opongan.

Si comparecen y se allanan a la pretensión deducida por el actor, el Juez dictará sentencia, ordenando la cancelación correspondiente.

Si comparecen para oponerse, se seguirá el juicio por los trámites marcados para los incidentes.

Si no comparecen, se publicarán nuevos edictos—a no ser que el titular del asiento hubiere sido citado personalmente—por un plazo de veinte días, y si transcurrido este período no hubieren tampoco comparecido, se dará traslado del expediente al Ministerio Fiscal, a fin de que informe en término de ocho días sobre si se han cumplido las formalidades prevenidas en la Ley. Si el Ministerio Fiscal encontrara algunos defectos, se subsanarán, y si no los hallare, así como una vez subsanados los que señalare, el Juez dictará sentencia.

Apelación.—La sentencia, cualquiera que sea la hipótesis en que se dicte, será apelable en ambos efectos.

Título apto para obtener la cancelación.—Lo será el testimonio literal de la sentencia firme, expedido por el Secretario judicial con el visto bueno del Juez.

Como vemos, se ha simplificado notablemente el procedimiento cancelatorio *contra el consentimiento* del titular de los asientos relativos a derechos prescritos, aunque no se ha llegado—y ello es lógico y correcto—a declarar procedente practicar tal cancelación a virtud,

como sostienen algunos autores, de simple instancia del dueño de la finca. Olvidan los que así piensan que nos encontramos frente a un caso de prescripción, y no de caducidad. Esta última, ciertamente, provoca la cancelación del asiento con independencia de la voluntad de los interesados en él; por eso tiene aplicación en tal hipótesis el artículo 150 del Reglamento Hipotecario. Pero la prescripción es una institución jurídica compleja, en la que el tiempo, con tener mucha importancia, no lo es todo. Para declarar prescrito un derecho no basta mirar al calendario y adquirir el convencimiento de que ha transcurrido el tiempo señalado por la Ley; es menester convencerse también de que ese término legal de prescripción no ha sido interrumpido. Y bien se comprende que esta apreciación no incumbe al Registrador, sino al Juez, como reconocen gran número de resoluciones de la Dirección de los Registros (por ejemplo, las de 16 de marzo de 1881, 21 de agosto de 1895, 3 de junio de 1913, 11 de diciembre de 1917, 13 de julio de 1933, 3 de agosto de 1939). Bien está que se abrevien y simplifiquen los trámites para conseguir la cancelación del asiento que contiene un derecho prescrito—que es lo que, en definitiva, ha hecho la nueva Ley—, pero, hoy por hoy, no vemos más autoridad idónea para suplir un consentimiento cancelatorio necesario; para ordenar esa cancelación *contra el consentimiento* del que va a resultar perjudicado por ella, que la autoridad judicial.

IV y V

INEXACTITUDES DEL REGISTRO EN RELACIÓN CON LOS INMUEBLES INSCRITOS

Con todo lo que llevamos escrito no queda completo el cuadro de las inexactitudes registrales, según la nueva Ley. El artículo 347 aún recoge otras dos, pero de tipo más bien físico que jurídico. El Registro es, en efecto, físicamente inexacto cuando asigna a un inmueble menor cabida que la que realmente tiene, o cuando no recoge como dato descriptivo de una finca rústica las nuevas plantaciones ni la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana.

La constancia en el Registro de la mayor cabida de una finca inscrita podrá llevarse a cabo: a), por acta de notoriedad; b), por

expediente de dominio, o c), por los títulos públicos a que se refiere el artículo 352. Es decir, que de los dos medios que para inscribir estos incorrectamente llamados «excesos de extensión superficial» admitía el artículo 504 del Reglamento hipotecario, desaparece en la nueva Ley, como es lógico, el expediente posesorio; subsiste el expediente de dominio, y se añaden el acta de notoriedad y los títulos del artículo 352, estos últimos sólo admitidos a tales efectos en las resoluciones de la Dirección.

El reflejo registral de las nuevas plantaciones, edificaciones y mejoras puede conseguirse: A) A través de un título posterior en el que se recojan las aludidas modificaciones físicas del inmueble. B) O mediante escritura pública directamente encaminada a esa concreta finalidad. Dicha escritura puede presentar esta doble fisonomía: o está otorgada por el contratista de la obra, el cual manifiesta estar reintegrado de su importe por el propietario, o la otorga este último, y en ella—en la escritura, que irá acompañada de certificado del arquitecto—se describe la edificación.

Con estos preceptos legales quedan fijados de un modo claro y certero los remedios para poner fin a este tipo de inexactitudes del Registro.

* * *

4. Cerramos con esto el examen de la Ley de 30 de diciembre de 1944 en orden al punto concreto de la concordancia entre Registro y realidad. Hemos procurado, en todo el estudio precedente, discurrir por un cauce sereno y objetivo, elogiando o censurando a impulsos de nuestra reflexión imparcial. En verdad, muy amplios horizontes se ofrecían a la nueva Ley; pero su autor—cauteloso y tímido—no ha sentido afanes de bruscas y audaces innovaciones. El tiempo se encargará de decirnos si el acierto presidió la obra del legislador.

Mientras tanto, no pensemos en lo que pudo hacerse y no se hizo, sino en lo que, antes inexistente, hoy tiene realidad. Y démonos por contentos.

LUIS BOLLAIN ROZALEM.

Notario.

El derecho del acreedor ejecutante después de celebrada la tercera subasta

Aunque el supuesto a que el enunciado de estas cuartillas se refiere no sea frecuente, puede darse el caso—nosotros conocemos uno en tramitación—de que en un procedimiento ejecutivo sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, una vez celebrada la tercera subasta sin sujeción a tipo, no haya postor, y entonces cabe preguntar: ¿Cuál es el derecho que asiste al ejecutante? ¿Podrá pedir la adjudicación de la finca hipotecada? Caso afirmativo, ¿cuál habrá de ser la cifra que habrá de servir de tipo para la adjudicación?

El estudio acabado del problema requiere examinarlo, en primer lugar, a la luz de la Ley Hipotecaria derogada por la de 30 de diciembre de 1944, puesto que esta nueva Ley prevé, en su disposición transitoria quinta, que los procedimientos incoados con anterioridad a su vigencia se regirán por la legislación anterior.

Puestos ya en ese cauce, vemos que esa legislación derogada nada dice en su artículo 131 del procedimiento a seguir una vez celebrada la tercera subasta sin postor. Se limita a establecer en la regla décima que si en la tercera subasta la postura fuera inferior al tipo de la segunda—que, como se sabe, es del 75 por 100 de la primera—“podrán el actor, el dueño de la finca o un tercero autorizado por ellos, mejorar la postura en el término de nueve días”, y que si transcurren los nueve días sin que la postura se mejore, se aprobará el remate, pero silencia en absoluto el camino procesal a seguir en el caso de que no se haya hecho postura alguna.

Ante ese silencio, lo primero que es necesario dilucidar es si el ejecutante podrá, a partir de aquel momento procesal, pedir la adjudicación, y, en caso afirmativo, por qué tipo.

Lo primero no nos parece que pueda ser discutible; en primer tér-

mino, porque si bien ese artículo no lo determina, también es verdad que no lo prohíbe y, sobre todo, porque si de ese silencio se quiere deducir que el camino de la adjudicación ha quedado cerrado, nos encontraremos con el absurdo de que el actor quedaría en definitiva privado de hacer efectivo su crédito por ese medio privilegiado que la Ley quiso establecer e ineficaz el derecho que nació con el contrato de hipoteca si al celebrarlo no pactó, como autoriza el mismo artículo en su regla sexta, la administración o posesión interina de la finca para poder percibir sus frutos y rentas y cubrir con ellos los gastos de conservación y explotación y después su propio crédito; y, por fin, porque es absolutamente incomprensible e inadmisibles que la Ley determine un cauce procesal, un camino, y que ella misma, antes de que llegue al punto de su natural término, lo deje cortado a pico como los acantilados de nuestras costas, que es tanto como decir que no conduce a ninguna parte.

Pero, aun admitida la posibilidad de la adjudicación, el camino no está todavía desembarazado, resta la dificultad de determinar cuál sea el tipo que ha de servir para ello; es decir, si la adjudicación ha de hacerse por un tipo que se fije en función de la tasación pactada para los bienes o sencillamente en pago del crédito y por su total importe, sea cualquiera la tasación de aquéllos, lo cual no es, ciertamente, una cuestión baladí, sino que tiene innegable trascendencia para ejecutante y ejecutado. Para aquél, porque si se toma la tasación pactada en la escritura de hipoteca, lo normal será que el valor sea mayor que el crédito, y el ejecutante tendrá que cancelar éste y abonar la diferencia al deudor; mientras que si se toma el tipo de tasación de la segunda subasta, que implica una reducción del 25 por 100 de aquella tasación, como previene la regla décimoprimera del citado artículo, bien puede ocurrir que el valor o precio sea menor que el crédito, y el actor, en tal supuesto, conservaría el derecho a exigir la diferencia por acción personal. Para el ejecutado no es menos clara la trascendencia, ya que que lo que es desventajoso para el ejecutante, es, a la inversa, ventajoso para él.

El problema, repetimos, está inédito en la Ley derogada a que nos venimos refiriendo y los comentaristas que conocemos tampoco la resuelven ni aun la apuntan. Únicamente el reputado comentarista señor Morell y Terry la acoge como de pasada, y dice, después de hacerse cargo del mencionado silencio de la Ley Hipotecaria, que debe-

rán aplicarse como supletorios los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil; mas lo cierto es que ésta nada contiene en los artículos que dedica a las subastas en el procedimiento de apremio—1.495 a 1.508—que haga referencia al trámite a seguir cuando se da el caso de que la tercera subasta queda desierta.

Dado, pues, que la dificultad no tiene solución expresa ni en la Ley Hipotecaria derogada ni en la Procesal común, y dado también, como va dicho, que es absurdo pensar que el trámite procesal pueda quedar bruscamente cortado y desamparado el derecho del ejecutante, al que no le quedaría más que el camino de un juicio ordinario, parece lógico buscar una solución, bien sea en la propia Ley Hipotecaria, bien dentro de las normas del procedimiento de apremio ordinario.

Ateniéndose a aquélla, encontramos que la regla décimoprimera de su artículo 131, al prevenir la segunda subasta por el tipo del 75 por 100 de la primera, autoriza al actor para pedir la adjudicación del inmueble por ese tipo, y ese supuesto no parece que esté fuera de lo razonable sostener que ese derecho o facultad del actor no caduca por el hecho de que la tercera subasta tenga lugar, sino que queda como latente y revive cuando esa subasta queda desierta, máxime si se tiene en cuenta que a ella, como a las dos primeras, pudo concurrir al igual que otro postor cualquiera sin sujeción a tipo y pudo haber ofrecido una cantidad menor que el importe del tipo de la segunda.

A esta solución que, a nuestro entender, no repugna ni al texto ni al espíritu de la Ley, se llega también, con análoga trayectoria hermenéutica, acogiéndonos a los artículos 1.505 y 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento civil, interpretados por razonable analogía, y se llega incluso con resultados más beneficiosos para el actor ejecutante.

Efectivamente, el 1.505 dice que si en la segunda subasta no hubiera postor, el actor podrá pedir la adjudicación de los bienes por las dos terceras partes del precio que hubiera servido de tipo para esa segunda subasta, y como ésta sale con el tipo del 75 por 100 de la primera, esto es, del valor de tasación, está claro que el ejecutante puede pedir la adjudicación por el 50 por 100 del valor en que los bienes se tasaron, y el 1.506, abundando en la misma base cuantitativa de adjudicación, establece que en la tercera subasta se aceptará la postura que cubra las dos terceras partes del tipo que sirvió de base para la segunda, que es lo mismo que decir el 50 por 100 de la tasación inicial. Por consiguiente, si admitimos el razonamiento anterior sobre la su-

pervivencia de la facultad del actor para pedir la adjudicación, llegaremos por esta otra senda de la Ley Procesal a la conclusión de que podrá hacerlo con la cuantía del 50 por 100 de dicha tasación inicial.

Aplicando ahora los expuestos puntos de vista al caso concreto que conocemos, podrá apreciarse mejor el alcance y la diferencia que hay entre las tres soluciones.

Se trataba de una finca tasada, a los efectos de la subasta, en un millón de pesetas, que respondía de 750.000 pesetas. Si el acreedor pide simplemente la adjudicación, su crédito quedará cancelado, pero tendrá que abonar al prestatario las 250.000 que restan hasta el valor de tasación; si la adjudicación se computa con arreglo al tipo de tasación para la segunda subasta, o sea, con la deducción del 25 por 100 que previene la regla décimoprimerá del artículo 131—que en este caso da para la finca un valor de 750.000 pesetas—, el crédito quedaría cancelado y el acreedor nada tendría que pagar al ejecutado, y, en cambio, si se aplicase lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento civil y se fijase el valor, como autoriza el artículo 1.505, por las dos terceras partes del tipo de la segunda subasta o, lo que es lo mismo, por el 50 por 100 del precio de tasación, que importaría 500.000 pesetas, el acreedor cancelaría el crédito por esa cuantía y el deudor seguiría siéndolo por las 250.000 que restan hasta las 750.000 pesetas prestadas.

Hasta aquí hemos venido discuriendo a la vista de la Ley derogada y vigente para los procedimientos incoados durante su vigencia. Si ahora enfrentamos el problema con la nueva Ley; la anterior solución, más o menos razonable, pero defendible al fin, no nos parece viable, porque el problema procesal cambia completamente de aspecto.

Dice, en efecto, esa nueva Ley en la regla décimosegunda de su artículo 131 que “si la tercera subasta quedase desierta por falta de licitadores podrá reproducirse tantas veces como lo solicite el dueño de la finca” y que “continuará mientras tanto el inmueble en administración si el acreedor hubiese utilizado el derecho que le concede la regla sexta, de lo cual se deduce sin duda posible que al actor no se le puede reconocer la facultad antes propugnada, porque la adjudicación que él pudiese solicitar en cualquiera de las tres formas dichas privaría al deudor de ese derecho que expresamente le atribuye la Ley para pedir un número indefinido de subastas.

Pero aunque el texto de la Ley sea ese y ese también su sentido lógico, hay que reconocer que es deficiente y deja una grave laguna

procesal, porque de esa manera el derecho del actor, las consecuencias del contrato y todas las garantías procesales y sustantivas que la misma Ley quiso dar al ejecutante quedan a merced de las conveniencias o de la mala fe del deudor desde el momento en que en su mano queda también *ad libitum* la facultad de pedir nuevas subastas o de no pedir las nunca. Se llega, en fin, a esta consecuencia perfectamente lógica, aunque sea perfectamente antiprocesal: la paralización indefinida del procedimiento queda al arbitrio del demandado y los derechos del acreedor demandante también.

La deficiencia legal nos parece indudable y al mismo tiempo nos parece también claro que hubiera podido evitarse fácilmente sin merma de las garantías procesales del deudor, reconociendo al ejecutante idéntica facultad que a aquél. Con ello y con la posibilidad que el actor tiene de ser postor en las subastas quedarían equiparados los derechos de ambos y vallado el camino de mala fe.

Ponemos punto final a estas ya largas cuartillas resumiendo nuestro pensamiento, diciendo que consideramos defendible el mencionado derecho del ejecutante dentro de la antigua Ley e inaplicable en los procedimientos incoados después de la vigencia de la nueva, y añadiendo que la laguna puede ser subsanada, bien al publicarse la nueva edición del texto legal que prevé la de 30 de diciembre de 1944, bien al publicar el nuevo Reglamento, si bien en esto quien debe opinar por derecho propio y con conocimiento de causa son los competentes miembros de la Comisión que entiende en la redacción de esos textos legales.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1945.—*Competencia.*

Como reiteradamente tiene declarado esta Sala, entre otras, las sentencias de 6 de febrero de 1943, 28 de marzo de 1944, 4 y 6 de julio de 1945, para que puedan estimarse cumplidos los requisitos que el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para estimar que existe válida y eficazmente pactada la sumisión expresa a determinado Juzgado o Tribunal, limitada además para los juicios verbales conforme al artículo único de la Ley de 21 de mayo de 1936 al del domicilio de las partes o el lugar donde estuviere sita la cosa inmueble, no basta que los contratantes renuncien a su propio fuero, aceptando en forma genérica la competencia de otro u otros cuya determinación haya de quedar al arbitrio de ninguno de aquéllos, puesto que lo que la Ley requiere es que al perfeccionarse el contrato queda precisada la designación del Juzgado a que se sometieren, lo cual no se cumple si ha de quedar a ulterior y unilateral decisión tal designación.

Como el apartado segundo del artículo 30 de la póliza suscrita por las partes en el litigio en que esta competencia se ha promovido adolece de la vaguedad y falta de precisión anotadas, al remitir a la elección de la Compañía aseguradora el Juzgado ante quien se hubiera de reclamar el pago de las primas no satisfechas, aceptando por el de su domicilio social (Barcelona, según el último apartado del propio artículo), o el del lugar, no fijado nominalmente, donde hubiere de hacerse el pago, es evidente que, conforme a la doctrina expuesta, no se ha acomodado tal sumisión al dictado del referido artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y su interpretación reiterada debe estimarse ineficaz, renaciendo el fuero del domicilio del demandado, que éste reclama, al amparo de la Ley de 21 de mayo de 1936, y correspondiendo por ello el conocimiento de este litigio al Juzgado Municipal de Villamartín.

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1945.—*Competencia.*

Si bien el demandado reconoce haber comprado la mercancía cuyo pago se reclama en la demanda, sostiene que no contrató con el actor, sino directamente con un agente comercial que señala, y con el cual convino que había de ser pagada dicha mercancía en Pontevedra, al ser entregada en esta ciudad.

El resultado de la prueba testifical practicada en el pleito antes de reci-

birse el réquerimiento de inhibición, constituye principio probatorio suficiente para estimar acreditado, a efectos de decisión de la presente cuestión de competencia, que el agente comercial actuó como intermediario, que el contrato de compraventa se celebró por el demandado con el demandante y que la mercancía fué vendida sobre vagón en Criptana, lugar donde radica el establecimiento del vendedor.

En consecuencia, el Juez de dicho lugar debe atribuirse la competencia, de conformidad con la reiterada doctrina de esta Sala, dictada en aplicación de los artículos 1.500 del Código civil, y 62, regla 1.ª, de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

Reclamándose en la demanda el pago del precio de géneros comprados por el demandado a la Sociedad demandante, según nota de pedido autorizada con la firma de aquél, y en la que se hizo constar con sumisión a los Juzgados y Tribunales de Barcelona, donde la vendedora está domiciliada, corresponde la competencia discutida al Juez Municipal número 11 de los de esta ciudad, conforme al artículo único de la Ley de 21 de mayo de 1936, que atribuye con preferencia el conocimiento de los juicios verbales al Juez del domicilio de cualquiera de los contratantes al que éstos se hayan sometido expresamente, sin que a la aplicación de esta norma se oponga la circunstancia de que al citarse al demandado no se le hiciera entrega de copia del documento en el que se contiene el pacto sumisorio, porque tratándose de un juicio verbal basta la presentación de aquél, siempre que aparezca firmado por el interesado a quien se demanda — supuesto distinto del que recoge la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1940 —, para que constituya un principio de prueba que el Juez ha de tener en cuenta al examinar de oficio, en cumplimiento de lo que ordena la citada Ley, su propia competencia.

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

De los autos de la presente cuestión de competencia se infiere la existencia de un contrato de compraventa mercantil en que figura como vendedora la entidad demandante y como asegurador el comerciante demandado, sin que conste sumisión de ambas partes a jurisdicción determinada, debiendo, por tanto, para decidir aquélla atenderse a lo prevenido en la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que es evidente el ejercicio de acción personal por el demandante.

La clase de juicio incoado para exigir el pago de los géneros vendidos revela que el empleo de letras de cambio para satisfacer el precio de los mismos fué solamente facilidad de pago, puesto que no se ejercita acción cambiaria, por lo que a efectos de la competencia no puede tenerse en cuenta la domiciliación de las letras que figuran en autos, según alega el demandado.

En cuanto al lugar del cumplimiento de la obligación, aunque no hay sobre ello declaración expresa en los autos, consta, sin embargo, la entrega de unos géneros en Barcelona a una Agencia de transportes para su remisión al comprador en Salamanca, coincidiendo con las fechas de las facturas que se acompañan a la demanda y en su virtud hay que estimar la presunción que la jurisprudencia ampara de que los géneros vendidos fueron entregados en

el establecimiento del vendedor y por ello éste será el lugar del cumplimiento de la obligación y el determinante de la competencia jurisdiccional según el precepto legal antes citado.

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

Para la resolución de esta competencia ha de estarse a lo prevenido en el artículo único de la Ley de 21 de mayo de 1936, en relación con el 56 de la Ley Tributaria civil, y como existe en autos el principio de prueba escrita, útil a los efectos de decidir la competencia planteada, de hallarse unida a los mismos el duplicado de la nota de pedido de los géneros cuyo pago se reclama, y en la parte inferior de dicha nota se insertan impresas determinadas observaciones, entre las cuales figura la de que «el comprador se somete a la jurisdicción de Antequera para cualquier asunto que haya que resolver judicialmente», y al pie de las mismas, con la antefirma «conforme el comprador» se halla la firma y rúbrica del demandado, es innegable el pacto de sumisión expresa a que aluden las disposiciones del principio citadas y en su virtud resulta evidente la competencia del Juzgado Municipal de Antequera para conocer de la demanda origen de estos autos.

Como en diferentes resoluciones tiene establecido esta Sala, para que la sumisión sea expresa no es necesario el empleo de una fórmula concreta expresiva de los propios términos del artículo 57 de la Ley Procesal, sino que basta la manifestación clara de la voluntad de someterse a la competencia de un Juez determinado que en casos como el de estos autos habrá de ser precisamente el del domicilio de uno de los contratantes, a tenor de lo prevenido en la Ley citada de 21 de mayo de 1936.

SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

De la carta del demandado acompañada a la demanda — que a efectos de decisión de esta cuestión de competencia constituye principio de prueba — aparece que entre ambas partes medió un contrato de compraventa mercantil en cuya virtud el actor remitió desde su establecimiento determinados artículos a dicho demandado por cuenta y riesgo del mismo, y si bien sostiene éste que las cualidades de los géneros no se ajustan a las estipulaciones convenidas con el representante del vendedor, tal cuestión afecta al fondo del pleito y es extraña a la decisión del conflicto jurisdiccional ahora planteado.

Con arreglo a reiterada y uniforme doctrina de esta Sala, en las compraventas mercantiles debe reputarse lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, si no se ha señalado otro por las partes, aquel en que se halle el establecimiento del vendedor, y al Juez del lugar en que el mismo esté sito corresponde conocer de la demanda en que se reclama el pago de tales géneros.

SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es norma preferente para determinar la competencia territorial en la

jurisdicción ordinaria el Juez a que los litigantes se hubieren sometido expresamente, y este principio, aceptado y reconocido también para los juicios verbales por el artículo único de la Ley de 21 de mayo de 1936, coincidente en su dictado con el mencionado precepto y con el artículo 63 de la referida Ley procesal, debe prevalecer sobre toda otra consideración cuando al suscitarse la contienda existan en los autos principios de prueba escrita que así lo demuestren.

No puede menos de reconocerse que suscrito por el demandado y requerente en la inhibitoria el contrato que la parte demandante aportó a los autos, en el que se estipula claramente el pacto de sumisión a los Tribunales de Madrid, existe el principio de prueba escrita bastante a los efectos de este trámite, que no cabe repudiar bajo el supuesto de una discusión anticipada del contrato mismo, cualquiera que sea el alcance que en su día pueda atribuírsele por el resultado del juicio que se plantea, justificándose por ello la competencia de los referidos Juzgados y Tribunales de Madrid en este litigio.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Quebrantamiento de forma.*

El emplazamiento defectuoso, fundamento del primer motivo del recurso, no fué actuación de los autos incidentales de nulidad en los que se dictó la sentencia cuya casación se pretende, sino en el pleito principal, lo que sería bastante para rechazar el recurso, que no puede prosperar contra sentencia dictada en un procedimiento, por quebrantamiento de las formas esenciales de debida observancia, en otro distinto, siquiera entre ellos haya la relación de principal con el incidente.

Además que, según interpretación dada por sentencias de esta Sala, como la de 27 de febrero de 1935, el número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se refiere a quienes por ignorar la existencia del juicio carecen de los medios adecuados para la defensa de sus derechos, y doña P. J. R., no solamente conocía la existencia del juicio, sino que estuvo personada en él, por medio de Procurador, y conoció por notificación personal la sentencia que le puso fin en primera instancia y la consintió dejando pasar el plazo legal sin interponer contra ella recurso alguno.

Q

SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

En el documento presentado por la demandante, no impugnado por los demandados y en el que consta la existencia de la deuda, se declara que los pagos habrán de hacerse en el domicilio de la acreedora, sin establecer reserva alguna para el caso de que la misma llegase a fijar dicho domicilio en localidad distinta de aquella en que residía al constituirse la obligación.

Por otra parte, que si para decidir las cuestiones de competencia debe partirse de las alegaciones de los litigantes y de la actitud de los mismos en el proceso, no pueden menos de estimarse como elementos de juicio a tomar ahora en cuenta que si bien los demandados afirman haber realizado en Antequera «durante bastante tiempo» el pago de los réditos y presentan un recibo de los correspondientes a un trimestre del año 1928, fechado en dicha ciudad, omiten, en cambio, toda declaración relativa al lugar en que fueron

abonados los intereses vencidos después de haber trasladado la acreedora su residencia a Barcelona, y se abstienen de presentar todo recibo posterior, a este traslado, silencio y abstención que es lógico estimar como un tácito reconocimiento de la alegación de la demandante en cuanto la misma afirma haber sido hechos aquellos pagos en Barcelona desde 1930, año en el que la acreedora trasladó su domicilio a dicha ciudad.

SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Quebrantamiento de forma.*

Con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Sala — sentencias de 22 de noviembre de 1941 y 20 de octubre de 1943, entre otras —, para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, es indispensable no sólo invocar los apartados o números del artículo 1.693 de la Ley procesal en que el recurso se ampare, sino además señalar el precepto legal que se suponga infringido, determinando por qué y cómo se ha producido la infracción.

Estos requisitos evidentemente faltan en el presente recurso, pues por lo que hace al primero de los quebrantamientos que acusa — denegación de recibimiento a prueba en segunda instancia — no concreta el recurrente en qué consistió tal quebrantamiento, ni cuál es el precepto que estima vulnerado como consecuencia de aquella denegación de prueba, limitándose simplemente a invocar el número 3.º del citado artículo 1.693; y en cuanto a la segunda de las supuestas infracciones — denunciada al amparo del número 5.º del últimamente citado precepto —, si bien se señala como infringido el artículo 863, número 1.º de la repetida Ley y se alega que la diligencia de prueba de confesión de la demanda fué limitada, imposibilitando su práctica y contrariando el espíritu y la letra de dicho precepto, es lo cierto que ni expresa el recurrente en qué consistió tal limitación de prueba ni cómo se produjo la imposibilidad de práctica de la misma, por lo que no cabe apreciar la existencia de la vulneración legal causada.

SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Quebrantamiento de forma.*

El presente recurso se apoya en la alegación de que la Sala sentenciadora entendió — y antes el Juzgado de Primera Instancia — en asunto cuyo conocimiento corresponde, dada la cuantía, al Juzgado Municipal, de donde aparece que el problema planteado consiste en determinar si existió exceso en el ejercicio de la jurisdicción, no incompetencia en sentido estricto.

Si bien el quebrantamiento de las normas reguladoras de la competencia constituye un defecto de forma, denunciante en casación, al amparo del número 6.º del artículo 1.693 de la Ley procesal, no así el vicio ahora acusado, que, caso de existir, afectaría al grado jurisdiccional o esfera de acción del Tribunal sentenciador, en relación con la cuantía del litigio, e implicaría una nulidad radical, solamente impugnabile al amparo del artículo 1.692, número 6.º, de la citada Ley, no mediante un recurso por quebrantamiento de forma.

SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

Presentada la demanda inicial del juicio, con fecha posterior a la del comienzo de vigencia de la Ley de 21 de mayo de 1936, es ésta de indiscutible aplicación para la determinación de la competencia, cualquiera que sea la fecha de la celebración del contrato invocado por el demandante, según doctrina sostenida en repetidas sentencias de esta Sala, entre otras, en las de 7 de julio y 2 de octubre de 1944.

Aplicando a la presente cuestión la prohibición establecida en la citada Ley de someterse los contratantes a Juez que no sea el del propio y habitual domicilio de alguno de ellos, resulta ineficaz la sumisión convenida expresamente en el artículo 27 de la Póliza de seguro fundamento de la demanda, porque la ciudad de Barcelona, a cuyos Jueces se sometieron los contratantes del seguro, no es domicilio propio y habitual de ninguno de ellos, ya que el de la Compañía demandada es Madrid, según consta en la misma póliza, y el del asegurado, lo mismo que el de sus herederos demandados, es La Roda, como reconoció la propia Compañía aseguradora.

SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

El recurso de casación por quebrantamiento de forma no puede extenderse a otras causas o motivos que los taxativamente comprendidos en el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si bien es cierto que en el número 6.º del referido artículo lo autoriza para incompetencia de jurisdicción cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo y no se halle incluido en el número 6.º del anterior artículo, reiterada doctrina de esta Sala, recogida en la sentencia de 18 de enero de 1945, entre otras, ha establecido como distinción fundamental, a los efectos de aplicabilidad del precepto aludido, que la incompetencia de jurisdicción a que se refiere el número 6.º del artículo 1.693 ya dicho se limita a los casos en que se discuta la preferencia para conocer de un pleito determinado entre Jueces de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria, pero no cuando se trata de cuestiones surgidas sobre la determinación de dicha preferencia por razón de la materia o grado en que la jurisdicción deba ejercerse, cuyos casos están amparados por el número 6.º del artículo 1.692 como materia propia de infracción legal y comprendidos en la salvedad anotada en el indicado número 6.º del artículo 1.693, que es el invocado por el recurrente.

De acuerdo con la doctrina expuesta, no puede ser viable el presente recurso, toda vez que el único motivo que le sirve de apoyo y fundamento consiste en sostener la incompetencia de jurisdicción que el recurrente opuso ante el Juzgado y reprodujo en la apelación por estimar que del conocimiento del juicio de desahucio contra el interpuesto por la Santa Casa Hospital de San Sebastián debía conocer el Juzgado Municipal de dicha Ciudad, con sujeción al procedimiento fijado por el Decreto de 29 de diciembre de 1931 y disposiciones complementarias que regulan los arrendamientos urbanos, en vez de hacerlo el Juzgado de Primera Instancia ante quien se presentó la demanda, excepción que fué desestimada en ambas instancias y que revela la finalidad de discutir la competencia bajo supuestos distintos de la mera preferencia, atribuible al mismo grado jurisdiccional en que había de debatirse el litigio.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1945. — *Competencia.*

Reformadas por la Ley de 21 de mayo de 1936 las normas reguladoras de la competencia que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a los juicios verbales que se han de tramitar por los Juzgados Municipales y determinado contratante en la referida Ley de 1936, con carácter excluyente, que, salvo el caso de sumisión expresa al domicilio de alguno de los litigantes, será Juez competente en dichos procedimientos el del domicilio del demandado o el del lugar donde estuviere sita la cosa inmueble objeto de la relación jurídica, la solución de los conflictos jurisdiccionales que surjan entre Juzgados de tal clase ha de responder únicamente a lo así preceptuado, con independencia de cualquier otra consideración que pudiera contradecir su dictado.

El presente conflicto jurisdiccional se ha planteado con motivo del ejercicio de una acción personal sobre reclamación de cantidad, y no pudiendo aceptarse, de acuerdo con la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala, que sea eficaz como sumisión expresa que obligue a ambos litigantes, la reflejada en una nota impresa de la copia de factura formalizada unilateralmente por el actor no firmada ni aceptada en los autos por el demandado, es evidente que, conforme a lo asimismo reiteradamente declarado por este Tribunal, ha de prevalecer la competencia del Juzgado del lugar del domicilio del demandado que reclama su fuero, que en el presente caso es el de Tiedra, para conocer de este juicio.

LA REDACCIÓN.



MANUEL DEL PALACIO

MAQUINAS DE ESCRIBIR
SUMAR Y CALCULAR

TALLER DE REPARACIONES

PLAZA DE CANALEJAS, 6

• TELEFONO 18435

MADRID

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de junio de 1944.

LOS ACTOS REALIZADOS POR EL CÓNYUGE VIUDO EN SOLICITUD DE QUE SE PRACTIQUEN LAS LIQUIDACIONES DEL IMPUESTO, CON EXPRESIÓN DE SU EDAD, CORRESPONDIENTES A LA DISUELTA SOCIEDAD CONYUGAL Y A LA HERENCIA DEL MARIDO, IMPLICAN LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA, MÁXIME SI HAN SIDO PAGADAS Y CONSENTIDAS, Y EN SU CONSECUENCIA, LA RENUNCIA DE LA CUOTA VIUDAL ES LIQUIDABLE COMO DONACIÓN, SI ESTA RENUNCIA SE HACE POSTERIORMENTE CON OCASIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA.

LA DIVISIÓN MATERIAL DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR LA HERENCIA NO ES ACTO SUJETO AL IMPUESTO SI CONCURREN LAS CONDICIONES DEL APARTADO 27 DEL ARTÍCULO 19 DEL REGLAMENTO, AUNQUE DICHA DIVISIÓN NO SE EFECTÚE EN EL DOCUMENTO PARTICIONAL DE LA HERENCIA Y SÍ POSTERIORMENTE.

Antecedentes.—El causante legó en su testamento el tercio de sus bienes a su esposa y nombró herederos a sus cinco hijos y a aquélla en la cuota legal usufructuaria.

La viuda presentó a la Oficina liquidadora una instancia relacionando los bienes de la sociedad conyugal, los aportados por el causante y otros detalles, y haciendo constar, a los efectos pertinentes, que la solicitante tenía el día del fallecimiento del marido la edad de cincuenta y siete años, terminando por pedir que se girase la correspondiente liquidación del impuesto de Derechos Reales, y en vista de todo ello, fueron giradas las procedentes liquidaciones, que fueron satisfechas.

Posteriormente, la misma Oficina adicionó de oficio ciertos bienes a la herencia y giró las liquidaciones oportunas a cargo de los hijos y de la viuda, que fueron igualmente pagadas, y después de todo ello, y en escritura pública, se aprobaron y protocolizaron las operaciones particionales de dicho causante y de un hermano suyo, haciendo constar que la viuda renuncia pura y simplemente su cuota usufructuaria en favor de los hijos.

En dicha escritura se realizó la división material de los bienes que el causante y su hermano poseían proindiviso a título de herencia.

La Oficina liquidadora, como consecuencia de todo ello, giró las correspondientes liquidaciones definitivas complementarias por herencia, y entre ellas, la correspondiente a la cuota legal usufructuaria a la viuda, y además giró a nombre de los hijos liquidaciones por donación de los bienes de dicha cuota renunciada por la madre. Aparte de ellas, giró también liquidación por el concepto sociedades, como consecuencia de la división material de los bienes poseídos proindiviso; y como a dos de los partícipes se les adjudicó en esta división material mayor porción que la que en las fincas les correspondía, en cuanto a esta diferencia, se les giró liquidación por el concepto de "cesiones" al 5 por 100.

Las liquidaciones de cuota usufructuaria, las de donación y las de sociedades y cesión fueron reclamadas ante el Tribunal Provincial, por los fundamentos que separadamente vamos a exponer.

En cuanto a la impugnación de la liquidación por la cuota legal viudal renunciada y a la de donación a favor de los hijos consecuencia de dicha renuncia, se argumentó así en la primera relación de bienes la viuda no presentó liquidación alguna de bienes, limitándose a cumplir el precepto reglamentario de pedir la liquidación del impuesto, y otro tanto hizo en la segunda instancia referida, sin que en la escritura de partición y protocolización hiciese otra cosa que ratificar la renuncia que tenía hecha de su cuota legal, de donde deduce que el pago de las liquidaciones no pudo implicar la aceptación tácita de la herencia, porque esos actos los podía realizar como heredera y también como interesada en la sociedad conyugal; porque, si bien ejercitaba un derecho, también realizaba un deber reglamentario análogo a los actos de mera administración a que se refiere el artículo 999 del Código civil: porque en el común sentir de los comentaristas el pago del impuesto no supone necesariamente la voluntad de aceptar la herencia, y porque

el hecho de determinar su edad; lejos de ser una aceptación tácita, es el cumplimiento de un requisito reglamentario.

Respecto a la improcedencia de las liquidaciones por la división material de los bienes indivisos, se limita el recurso a decir que la no sujeción al impuesto está comprendida en la letra del párrafo 27 del artículo 19 del Reglamento del impuesto.

El Tribunal Provincial confirmó todas las liquidaciones impugnadas y desestimó el recurso, y el Central lo admitió en cuanto a las liquidaciones sobre la división material por el concepto "sociedades", las cuales anula, y lo rechaza en cuanto a las restantes.

Para hacerlo así, el Tribunal da por indudable que la herencia fué aceptada tácitamente, como lo demuestra toda la actuación de la viuda a que más arriba nos hemos referido, desde la solicitud de liquidación hasta el pago de las liquidaciones y especialmente el haber dado el dato de su edad, el cual no pudo ser facilitado más que con el objeto de que se girase la liquidación por la cuota viudal, puesto que fuera de esa finalidad reglamentaria ninguna otra tiene y es absolutamente superfluo, a lo cual ha de añadirse que las liquidaciones fueron pagadas y consentidas. La Resolución que comentamos va analizando, uno a uno, todos los argumentos contrarios, de todos los cuales es de destacar el de que si la viuda no actuaba más que como partícipe en la sociedad de gananciales, debió hacerlo constar, y el de que si los actos realizados eran bastantes para considerar aceptado el legado del tercio libre, no es admisible que no lo sean para la aceptación de la cuota legal usufructuaria.

Sobre la otra cuestión, o sea la relativa a la aplicación del tipo de 0,60, como disolución de sociedad, a la división material de bienes por aplicación del apartado 27 del artículo 19 del Reglamento, el Tribunal estima que no existe el acto liquidable y lo declara no sometido a tributación. El texto del precepto manda que la división material de las cosas poseídas proindiviso se liquide como disolución de sociedades, pero exceptúa el caso en que se trate de "la partición de una o unas herencias, legados o donaciones y por efecto de la división material se adjudique a cada interesado una parte de los bienes cuyo valor represente el de su participación en la respectiva herencia, legado o donación", y del sentido literal del precepto—sigue diciendo el Tribunal—se infiere que no es necesario que la división material se efectúe precisamente en el documento particional de la herencia misma, sino que lo

esencial es que el fin perseguido sea la cesación de la proindivisión hereditaria, aunque tenga lugar en documento posterior al de partición; lo esencial es que el título originario de la adquisición sea el de herencia y que a cada interesado se le adjudique una parte de bienes cuyo valor represente el de su participación en la respectiva herencia; circunstancias que se dan en el caso de que se trata, incluso esa última, porque a los interesados a quienes lo adjudicado excedía de su porción se les ha liquidado el impuesto correspondiente por la cesión del exceso. En consecuencia, la Resolución anula las liquidaciones por el concepto "sociedades" y deja las de cesión subsistentes, invocando, además, la doctrina del mismo Tribunal en Resolución de 7-XII-43.

Comentarios.—Estamos de acuerdo plenamente con el criterio sentado respecto a los dos problemas planteados en el recurso debatido. En cuanto al primero, el Tribunal reitera la doctrina que ya había sentado en la Resolución de 21 de mayo de 1920, y la reitera ahora con tanta más justificación cuanto que el caso aquél era muy semejante a éste, por tratarse también de una relación de bienes presentada por el cónyuge viudo, con determinación numérica de participaciones en la herencia y pago de las liquidaciones, y si bien en el actual no se dió esa determinación, en cambio hay otros detalles, como es el de dar la edad del cónyuge viudo, que presuponen, sin discusión posible, la voluntad de ser heredero y aceptar la cuota legal usufructuaria.

El criterio sentado sobre el otro punto discutido, relativo a la interpretación del apartado 27 del artículo 19 del Reglamento, o sea sobre las condiciones que ha de tener la división material de bienes adquiridos por herencia para calificarla como acto no afectado por el impuesto, es, repetimos, irreprochable, a nuestro entender, pero tenemos que observar que aunque el Tribunal invoca su propia Resolución de 7 de diciembre de 1943 para reforzar su actual criterio, es lo cierto que entre el criterio interpretativo de entonces y el de ahora hay una diferencia no desdeñable, como es la de que allí se condicionó la no sujeción del acto al impuesto diciendo que para que ésta fuera aplicable era necesario que a cada partícipe se le adjudicara en la cosa una porción real igual a la ideal que en la indivisión le correspondía, y ahora se dice que esa paridad no es necesaria con tal que por la parte que el comunero lleve de exceso se liquide el concepto de cesión.

Esa resolución de 7-XII-43 fué comentada por nosotros en el número 206-207 de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

correspondiente a julio-agosto del corriente año, y allí dijimos que aquella interpretación nos parecía de un literalismo excesivamente rígido y que conducía a hacer inaplicable el contenido del precepto, ya que raramente se daría la aludida paridad entre la parte de bienes adjudicada a cada partícipe y la porción ideal en la comunidad, y añadíamos que lo que nos parecía razonable era interpretar el espíritu del precepto en el sentido de que la no sujeción no debía alcanzar más que al valor de los bienes adjudicados en cuanto parifique con el valor de la participación ideal y que en el resto o exceso adjudicado nacerá el acto deducido de cesión, por analogía con lo preceptuado en el apartado 9.º del artículo 9.º en el apartado 18 del mismo artículo 19.

Este segundo criterio es el que ahora sienta claramente el Tribunal cuando dice que la condición de paridad aludida y exigida por el repetido apartado 27 ha quedado cumplida, "puesto que a los interesados a quienes lo adjudicado excedía de su porción se les ha liquidado el impuesto correspondiente por la cesión".

Hay, por fin, en la Resolución que analizamos, otro extremo de orden interpretativo digno de destacar, que es el de que la no sujeción del acto se da, supuestas las demás condiciones, aunque la división material no se efectúe en la misma escritura y documento particional de la herencia. Este rígido criterio había sido sostenido por la Dirección General de lo Contencioso, que fué la que provocó la mencionada Resolución de 7-XII-43, apelando una Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid, el cual, en un caso de división material análogo al que ahora estudiamos, había declarado la no sujeción del acto de división material y la exención por los excesos o diferencias, fundado en el número 14 del artículo 6.º del Reglamento, que prevé la exención por los excesos o diferencias que unos herederos abonan a otros cuando algún inmueble desmerece notablemente al dividirse o es indivisible.

Sobre este último punto de vista diremos nosotros de pasada que nos parece muy aventurado, aunque no rechazable de plano, porque esa exención del número 14 está prevista específicamente para el acto de la partición y en conexión directa con los artículos 1.056 y 1.062 del Código civil, y el caso de división material, aunque arranque en su origen de la partición, no es de herencia propiamente dicha y, sobre todo ello, cae dentro de la órbita del precepto especial del repetido apartado 27 del artículo 19.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de junio de 1944.

CUANDO AL DISOLVER LAS SOCIEDADES SE TRASPASE A UNO O VARIOS DE LOS SOCIOS EL ACTIVO SOCIAL, ES EXIGIBLE EL IMPUESTO, SI HAY PASIVO, POR EL CONCEPTO DE ADJUDICACIÓN EN PAGO O PARA PAGO POR EL EXCESO QUE RESULTE DE LA CANTIDAD A QUE EL SOCIO O SOCIOS TUVIEREN DERECHO COMO TALES, SIN PERJUICIO DE LO QUE CORRESPONDA LIQUIDAR POR EL CONCEPTO "DISOLUCIÓN", O SEA POR EL PAGO DE SUS RESPECTIVAS APORTACIONES SOCIALES.

Antecedentes.—Los dos únicos socios de una Sociedad regular colectiva acordaron, en la correspondiente escritura: 1.º, declarar, extinguida, liquidada y disuelta la Sociedad, y 2.º, que ambos reconocían haber recibido en efectivo, mercaderías y enseres la porción que a cada uno le correspondía, tanto en el capital como en las reservas, y además se adjudicaban en pleno dominio los cinco inmuebles que a la Sociedad pertenecían.

Presentada la escritura en la Oficina liquidadora, ésta comprobó cuál era el activo, cuál el pasivo y cuál el haber líquido, partible. Por éste giró la Oficina las correspondientes liquidaciones por el concepto "disolución", y como de ese líquido partible se daban por pagados con efectivo, mercaderías y enseres, estimó que el resto de esos bienes y el importe de los inmuebles suponía una adjudicación para pago del pasivo existente, y, efectivamente, liquidó por los números 1 y 3 de la Tarifa, al 2,50 y al 5 por 100.

Los interesados recurrieron esas liquidaciones, por entender que no había otro tipo aplicable que el de 0,60, ya que éste es el que corresponde a todo el activo social.

Tanto el Tribunal provincial como el Central desestimaron el recurso por aplicación de los párrafos 18 (de los artículos 19 y 10) del artículo 9.º.

Comentarios.—Omitimos, dada la claridad del caso, el detalle del razonamiento de la resolución, y nos limitamos a decir que desde el momento en que el total haber social se descomponía en dos partes, una

equivalente a las aportaciones de los socios, más las reservas, y otra a las deudas sociales, es claro que la porción de bienes equivalente a la primera parte pasa a los dos socios, al liquidarse la Sociedad, en pago de esas aportaciones y reservas, pues a ello tienen derecho como tales y habrán de pagar por el concepto disolución de sociedades al 0,60; pero la parte de bienes equivalente a las deudas no se transfiere en virtud de la condición de socios, sino que tienen que pasar y servir para el pago de las deudas, aunque no se diga expresamente.

Esa norma jurídico-fiscal de aplicación del impuesto y de interpretación de su Reglamento es, en el caso de que se trata, de más lógica e ineludible aplicación, por cuanto los dos socios interesados hicieron constar en la escritura de disolución y adjudicación que habían recibido su participación social en el capital y reservas, en metálico, mercaderías y reservas, y, por otra parte, se adjudicaban los cinco inmuebles pertenecientes a la Sociedad en pleno dominio; luego esos inmuebles y el resto de los bienes inmuebles, hasta completar el total haber social, los tuvieron que recibir con el fin de hacer efectivas las deudas de la Sociedad, lo cual, necesariamente engendra el acto de adjudicación para pago, y de ahí la indiscutible procedencia de las dos liquidaciones impugnadas.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 26 de julio de 1944.

LOS PRECEPTOS DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO DE 29 DE MARZO DE 1941 SOBRE COMPROBACIÓN DE VALORES, SON APLICABLES, AUNQUE SE TRATE DE DOCUMENTO ANTERIOR A ESA FECHA Y PRESENTADO EN PLAZO, SI SE TRATA DE COMPROBACIÓN PRACTICADA EN VIRTUD DE AUTORIZACIÓN CONCEDIDA DESPUÉS DE LA MENCIONADA FECHA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENIDOSO, A SOLICITUD DE LA OFICINA LIQUIDADORA, A VIRTUD DE FALLO DE LA JURISDICCIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA DICTADO DESPUÉS DE PUBLICADO AQUEL REGLAMENTO.

LA ADICIÓN AL PRECIO DEL REMATE DE CARGAS SUBSISTENTES ES FIJACIÓN DE BASE Y NO COMPROBACIÓN DE VALORES, Y EN SU CONSECUENCIA EL VALOR ASÍ OBTENIDO PUEDE COMPROBARSE CON AUTORIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL, VALIÉNDOSE

DEL LÍQUIDO IMPONIBLE, EL CUAL SE CAPITALIZARÁ AL 4 POR 100 EN LAS COMPROBACIONES QUE SE PRACTIQUEN DESPUÉS DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1940, FECHA DE LA VIGENCIA DE LA LEY DE REFORMA TRIBUTARIA, AUNQUE EL DOCUMENTO DE QUE SE TRATE SEA DE FECHA ANTERIOR.

Antecedentes.—En procedimiento especial sumario se adjudicaron dos casas al ejecutante, siendo presentado y liquidado el testimonio del asunto correspondiente antes de entrar en vigor la Ley de Reforma tributaria.

Recurrida la liquidación, el T. E. A. provincial acordó que se adicionasen a la base las hipotecas que quedasen subsistentes, sin perjuicio de que la Oficina liquidadora recabase, si lo creía oportuno, autorización para comprobar al amparo del artículo 61 del Reglamento.

Así lo hizo la Oficina liquidadora, en atención a que con arreglo al líquido imponible era muy superior el valor de las casas al que resultaba del remate, incluso con la adición de cargas; y obtenida la autorización, efectuó la comprobación y capitalizó el líquido imponible al 4 por 100, con arreglo ya a lo dispuesto en la Ley de Reforma tributaria y el Reglamento de 1941.

La liquidación fué recurrida diciendo que esos textos no eran aplicables y si lo era el Reglamento de 1932, y que, según el artículo 61 de éste, la comprobación realizable en estos casos es la de determinar las cargas y su importe y adicionarlos al precio, pero no aplicar el cálculo del líquido imponible. Además se alegó que la capitalización del líquido imponible no era el 4 por 100, sino al 5 por 100, porque el documento había sido presentado en plazo antes de la vigencia de la Ley de Reforma tributaria e ingresada la primitiva liquidación antes de esa fecha y también en el plazo reglamentario.

El Tribunal no acepta estos argumentos, y dice que tanto en el Reglamento anterior como en el vigente el artículo 61, al hablar de comprobación, no se refiere a la adición de cargas como medio de comprobación, ya que esa adición no constituye comprobación propiamente dicha, sino fijación de base liquidable, tanto en las adquisiciones ordinarias como en las que medie subasta. La comprobación a que el artículo se refiere en el Reglamento actual y en el anterior es la regulada en los artículos 80 y 81, que es la propiamente dicha.

El otro argumento, o sea el relativo a la capitalización, lo desata el Tribunal con la simple cita de la disposición primera transitoria de la Ley del impuesto de 29 de marzo de 1941, en relación con la mencionada Ley de Reforma tributaria; aquélla, en efecto, dice que los nuevos preceptos se aplicarán a los actos y contratos causados desde el 23 de diciembre de 1940, pero en cuanto a la capitalización al 4 por 100 preceptúa que se aplique "a las bases que se liquiden a partir de dicho día", reafirmando así lo dispuesto en el artículo 137 de la Reforma tributaria.

Comentarios.—Diremos solamente por vía de glosa de la precedente Resolución que el primer punto de vista sostenido por los reclamantes nos parece francamente desdeñable porque supone, sin duda, una interpretación muy artificiosa del artículo 61 del Reglamento, y esto independientemente de la consideración que el Tribunal hace sobre la diferencia entre lo que es fijar la base liquidable y lo que significa la comprobación de valores, puesto que teniendo una y otra como fin hallar el verdadero valor de los bienes transmitidos, no nos parece claro, o al menos evidente, cuál sea la diferencia sustancial entre una y otra previsión del Reglamento.

El otro punto parece, ciertamente, que lo resuelve de plano la disposición transitoria invocada tal como está redactada. En definitiva, es un caso de retroactividad de la Ley y de excepción, por consiguiente, al principio general de la irretroactividad, dado que su aplicación no se subordina a la fecha del acto o a la presentación del documento en relación con el momento de la entrada en vigor del precepto, sino exclusivamente a que la liquidación se practique con posterioridad a su vigencia.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

V A R I A

JOSÉ SANTA CRUZ TENREIRO: *Instituciones de Derecho Romano* —
Editorial "Revista de Derecho Privado".

Exposición sencilla y completa de las instituciones del pueblo-rey, hecha por un profesor de la asignatura que se preocupa sobre todo de poner en orden sus conocimientos y de favorecer su asimilación por los estudiantes que dan los primeros pasos en la carrera.

Con esto, dicho se está que el autor evita las principales dificultades que al estudio razonado del Derecho Romano oponen las interminables discusiones modernas sobre la alteración de los textos y las interpolaciones de los compiladores, y se reducen a un mínimo las copiosas notas de los especialistas, que sumergen bajo un océano de citas los escasos renglones del discurso principal.

No quiere con esto afirmarse que la erudición sea pobre o falte el dominio de la materia y las necesarias alusiones a los problemas actuales.

El mismo plan de la obra, que, después de una precisa introducción, estudia las personas, la familia romana, los negocios jurídicos, el Derecho procesal (en una parte que pudiéramos llamar general), pasa a desenvolver las cosas y derechos reales, las obligaciones y contratos y, por último, la herencia, pone de relieve los criterios modernos y la refinada técnica en que el autor se inspira. En lo posible se huye la tentación de proyectar el ordenamiento jurídico vigente sobre las ideas características de otras épocas, pero se emplea una sistematización y fraseología universitarias y se usufructúan los adelantos e investigaciones de los más célebres romanistas.

El que lea detenidamente los capítulos del libro, más amenos que áridos, no perderá su tiempo, y el alumno que *aprehenda* su contenido

puede asegurar que se halla preparado para dominar el Derecho civil de los pueblos latinos.

Anteproyecto de Código rural para la provincia de Córdoba.—Dirección de Informaciones. "Publicación Miscelánea", número 189. Buenos Aires, 1945.

El Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), bajo la dirección del Dr. Enrique Martínez Paz y la colaboración de los Dres. Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, acaba de publicar un Anteproyecto de Código Rural para la provincia de Córdoba.

El Director del Instituto, el Dr. Enrique Martínez Paz, inicia el trabajo con un artículo sobre "La personalidad jurídica del Derecho rural". El Derecho rural es una creación propia sudamericana. Algunos autores, como Gonnet, Sánchez Sorondo, Avellaneda y Garbarini Islas, lo consideran como un mero Derecho reglamentario y técnico. Otros, en cambio, como Mugaburu, Bengolea Zapata y Cichero, le reconocen una verdadera autonomía. Mugaburu ha llegado a definir el Derecho rural como "el conjunto autonómico de preceptos jurídicos que recaen sobre las relaciones emergentes de toda explotación agropecuaria, establecidos con el fin principal de garantizar los intereses de los individuos o de la colectividad derivados de aquellas explotaciones". Martínez Paz se adhiere al grupo de los sostenedores de la autonomía del Derecho rural. "Es indudable que para caracterizar una rama del Derecho es preciso que pueda señalarse, por lo menos, un aspecto propio, de un fenómeno fundamental jurídico y un fin igualmente específico. A nuestro parecer, ambas condiciones se realizan en el Derecho rural. La riqueza que es susceptible de ser extraída de los campos mediante la aplicación de los medios de cultura, crea un género de relaciones jurídicas particulares; esa producción, además, crea el fundamento de la riqueza pública; de allí vienen los alimentos, los vestidos, los materiales de construcción, en sus materias primas a lo menos, que son condiciones para la vida social. Los aspectos privados de las relaciones de dominio o convencionales asumen en las relaciones rurales el aspecto de un asunto de interés público. No puede por eso decirse simplemente que se trate de las relaciones emergentes de la explotación rural: es pre-

ciso caracterizar esas relaciones para distinguirlas de las del Derecho privado, y a ese fin es necesario declarar que si no son propiamente de Derecho público, reciben de éste, considerado en su acepción corriente, su inspiración y tono. De la misma manera, el fin de este Derecho no es garantizar los intereses de los individuos, sino asegurar la riqueza pública. Las normas rurales miran a la mejor forma de la organización de la vida rural (del orden rural); al régimen de las industrias rurales (de la explotación ganadera y agrícola), y a los medios de coordinación del trabajo en las industrias y en la actividad auxiliar de la explotación de los campos (de la empresa rural)."

Los autores del Anteproyecto basan su labor, entre otros trabajos, sobre el Código rural uruguayo de 1941 del Dr. Daniel García Acevedo; el Anteproyecto de Código rural del Brasil de 21 de diciembre de 1942, redactado por Luciano Pereira da Silva, Adamaster Lima, Alberto Rego Lins y Joao Soares Palucira; el Proyecto de Código rural e industrial para la provincia de Buenos Aires, de 1890, de Gonnet; el Proyecto de Código rural para la provincia de Buenos Aires, de 1910, de Sánchez Sorondo y Avellaneda; el Proyecto de Código rural para la provincia de Buenos Aires, de 1936, de Horacio N. Bruzone, Emilio F. Cárdenas, Cosme Massini Ecurra, Manuel N. Martínez y Roberto N. Lobos; el Proyecto de Código rural para los territorios nacionales de la República Argentina, redactado por Isidoro Ruiz Moreno y Nicanor A. de Elía, de 1919; y el recentísimo Código rural de la provincia de Santiago del Estero, de 1942, de Rodolfo Arnedo, Emilio A. Christensen y Santiago Dardo Herrera. Entre las obras de doctrina nacional, nombramos especialmente: Mugaburu, *La teoría autónómica del Derecho rural*, 1933; Garbarini Isla, *Derecho rural argentino*, 1937; Bengolea Zapata y Cichero, *Curso del Derecho rural*, 1940, y Padilla, *Derecho rural*, 1943. El Anteproyecto ha sido dividido en cinco libros, subdivididos en capítulos. Comienza con las "Disposiciones preliminares", en las que se dan algunas definiciones y reglas exigidas por la sistematización general de la materia. Sigue el libro primero, intitulado "Instituciones y régimen sancionatorio rurales", que comprende dos capítulos sobre "Autoridades rurales" y sobre "Contravenciones rurales", respectivamente. El libro segundo reúne cinco capítulos, cuya conexión íntima reside, en última instancia, en que los deberes que en él se imponen procuran la ordenación de la vecindad y del tránsito rurales. El libro comprende: "Deslinde y amojonamientos", "Cercos", "Tránsito",

"Caminos públicos" y "Abrevaderos". El libro tercero agrupa en tres capítulos lo relativo a "Bosques y árboles", "Caza" y "Pesca", materias que están vinculadas por el hecho de relacionarse en términos generales con la explotación de la flora y de la fauna de la provincia. El libro cuarto contiene los capítulos relativos a la "Seguridad rural", "Salubridad rural" y "Fundación de nuevos centros de población". En él se sistematiza lo referente a la población rural. El libro quinto contiene lo referente a la explotación ganadera. Está dividido en seis capítulos: "Marcas y señales", "Animales invasores", "Rodeo y aparte", "Certificado de tráfico y guía de tránsito", "Remates de ganado" y "Barracas y negocios sobre aves y sus productos". A este libro siguen las disposiciones finales.

LA REDACCIÓN.

Con motivo de la publicación de un libro notable. Breve comentario.

El culto y laborioso Notario de Madrid D. Angel Sanz ha dado a la publicidad un libro magnífico de *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. En él, con gran propiedad en el lenguaje y severidad en la forma, como con acierto singular, hace notar el maestro López Palop en el prólogo de la obra (que, como todos sus escritos, está preñado de interés, soltura y saber jurídico y profesional), expone el señor Sanz no sólo la reforma de la Ley Hipotecaria y sus incidencias, que tan bien conoce por dentro, ya que fué uno de los más destacados coautores, sino una visión completa del momento hipotecario al advenir la reforma, con el planteamiento y solución, desde su punto de vista, de todos los problemas que interesaron a la doctrina y que venían siendo tratados por los autores españoles y extranjeros más conocidos.

Ese es, a mi modo de ver, el mérito más destacado de la obra, con ser muchos y muy elogiables los que tiene.

No vamos nosotros a examinar este libro en su totalidad. Para ello necesitaríamos otro libro, y no nos encontramos con fuerzas para hacerlo ni tampoco podríamos decir en él nada interesante después de

derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, siempre que le inscriba a su favor. Y en estas frases amplias se comprende, sin duda alguna, tanto al titular del dominio como a los de derechos reales en cosa ajena, que no implican posesión.

Es más, con referencia a estos últimos derechos hay un párrafo especial en el artículo, el sexto, que también exige, para inmunizarlos contra la prescripción, que sean adquiridos a título oneroso y con buena fe.

Sacamos esa conclusión de la jurisprudencia. Esa Sentencia de 27 de diciembre de 1932, que tanto se baraja, trata en distinta forma, al dueño y al titular de la hipoteca, no porque el uno sea dueño y el otro acreedor hipotecario, sino porque el segundo tiene *buena fe* y el primero no.

Y por último, llegamos a esta conclusión con la doctrina. A este respecto sólo vamos a recordar ahora unas palabras de Roca hablando de la interpretación acertada que debió darse al artículo 35 antiguo. Son éstas: "No vamos a entretenernos en examinar aquí el problema interpretativo a que dió lugar dicho precepto; bastantes cuestiones plantea el precepto actual. Sólo indicaremos que la tesis, bastante seguida, que entendía que el anterior artículo 35 protegía al tercer adquirente de un derecho real en cosa ajena, pero no al tercer adquirente del dominio, era insostenible y estaba en flagrante contradicción con el párrafo último de tal precepto, el cual hablaba de "*dueño* legítimo del inmueble o *derecho* que se está prescribiendo". Y más adelante añade Sanz: "La exclusión de la hipoteca debe entenderse total, es decir, no referida solamente a su existencia y validez, sino también a sus efectos y a su total desenvolvimiento, de forma que si por llegar el momento de la ejecución hipotecaria la finca es adquirida por el propio acreedor o por un tercero en el procedimiento, su adquisición debe prevalecer sobre el dominio adquirido por usucapión extrarregistral. En este caso existe una colisión de derechos que necesariamente ha de resolverse en favor del Registro, bien por las prerrogativas que respecto de los derechos reales sobre inmuebles hay que conceder a esa institución, bien por ser la enajenación simple actuación o desenvolvimiento de un derecho perfecto y válido, bien por la consideración de que el titular tuvo en su mano la posibilidad de evitar la ejecución pagando al acreedor hipotecario el importe de su crédito, sin perjuicio de la posibilidad de repetir en su caso contra el que hipotecó indebidamente lo que no

era suyo. La posición del dueño extrarregistral guarda cierta analogía con la de un tercer poseedor de finca hipotecada, que no es deudor personal, pero está sujeto a la responsabilidad hipotecaria, y puede, si no lo impide indemnizando en metálico el importe de ella, llegar a perder su dominio." ¿Sí? (1). Pues si esa tesis prospera, por ese agujero de la hipoteca se irá toda la sustancia económica de los dominios adquiridos por prescripción contra tabulas. No podremos perder de vista que mientras, con base en la prescripción ganada y declarada en sentencia, no se opere la rectificación del Registro, el titular registral podrá hipotecar e hipotecará, y de esa manera, a través de esa hipoteca, salvará su dominio, antes perdido por prescripción. Tampoco podemos perder de vista que, como ha dicho con frase feliz y muy salada el mago de la pluma, González Palomino: "El Registro no es un altar, sino un burladero." Ha sido creada esta institución para la seguridad del comercio de los derechos sobre inmuebles, y en gracia a esa seguridad tienen que sufrir, a veces, los principios morales. ¡Ah! Pero es que tampoco la prescripción tiene un fundamento santo. Casi siempre, en su origen, es una usurpación; y muchas veces, al final, no es otra cosa que una legitimación—necesaria, si se quiere—de una inmoralidad.

Por cierto que ya que hemos hablado aquí de ese magnífico artículo del Sr. González Palomino, publicado en la revista *Legislación y Jurisprudencia*: queremos llamar la atención de los señores de la Comisión que ha de redactar la nueva Ley, sobre la interpretación que, a su juicio, debe darse al requisito de la buena fe. Lean, pues, estos sesudos varones las prudentes palabras de Palomino señalando el grave peligro de exagerar dicho requisito. No vaya a ser que por querer purificar y santificar el Registro se nos quede entre las manos, con socarrona algazara de los tíos Celedonios que andan por el mundo, sin grandes preocupaciones ni escrúpulos, a la caza de lo que puedan. Y ya que estamos hablando de la buena fe, diremos aquí que también Sanz combate nuestra tesis y la de Porcioles de que *contra el Registro no es posible la buena fe*. Pues bien, nosotros, ahora, sólo vamos a reforzar lo que ya expusimos sobre el tema en nuestro artículo "Más sobre el tema de la prescripción y el Registro", con una sencilla consideración: Si lo que consta en el Registro no emana hacia fuera, si los derechos inscritos pueden ser desconocidos tan alegremente, ¿en qué consiste la publicidad

(1) Nosotros lo aceptaríamos gustosos.

registral, ni cuál es su fuerza? ¿No habíamos quedado en que las condiciones inscritas, las causas de nulidad, rescisión o resolución publicadas por el Registro, las cargas inscritas, etc., producirían efectos y tendrían que ser respetadas por todo el mundo? Y qué, ¿es que el dominio, publicado por el Registro, siendo como es el primero de los derechos reales, no ha de producir sus efectos *erga omnes*? Olvida Sanz, a nuestro entender, que el Registro existe, que publica los derechos reales y los publica para todos, también para el tío Celedonio.

JUSTO TÍTULO PARA LA USUCAPIÓN "SECUNDUM TABULAS".

Insiste Sanz en su conocida teoría de que el artículo 35, cuando dice "Al los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción", establece una presunción *juris tantum* del justo título.

Nosotros ya hemos combatido esta tesis, y por cierto vivamente, y no vamos a insistir en nuestros argumentos, pero sí queremos traer hoy a la palestra, como singular y esforzado paladín de nuestra postura, al gran comentarista de Derecho hipotecario, tal vez hoy la máxima autoridad en la materia, Roca Sastre. De él son estas frases que transcribimos: "La inscripción, por sí misma, independientemente del título formal o documental que la produjo—o, lo que es lo mismo, la certificación registral correspondiente—, hace las veces de título hábil para la usucapión. La inscripción, a los efectos de la usucapión en este caso, es el sucedáneo del justo título. *Ante lo terminante del precepto, es ocioso dilucidar la idoneidad y la validez del título*, así como si tal inscripción fué practicada con o sin título documental: el artículo 35 dispone que la inscripción es justo título para prescribir adquisitivamente, y como la inscripción existe, mientras la misma subsista, hace el equivalente de título hábil, apto o idóneo para usucapir

"Por todo ello, entendemos que no debiera suscitarse la cuestión de si el artículo 35 de la Ley establece una simple presunción *juris tantum* de existencia del título, o si afirma irrefragablemente su ser. Dicho precepto dispone que la inscripción a favor del usucapiente *será justo título* para usucapir, y ante estas palabras huelga toda polémica. La inscripción equivale a justo título, y por tanto, si *hay inscripción* existe *justo título*. Esto no quiere decir que este sucedáneo del justo

título, o sea la inscripción, no sea inatacable. lo es, y así, por ejemplo, si se hubiere practicado falsamente o sin título documental, podrá la misma desaparecer por vía de rectificación del Registro inexacto, y con ella desaparecerá el título hábil para usucapir a que se refiere el mencionado artículo 35 de la Ley, y por ende, la ventaja que el mismo establece.

"Esta norma del artículo 35 de la Ley tiene cierta lógica, ya que, como afirma Jerónimo González, las inscripciones funcionan reglamentariamente como *títulos*."

Insiste también en su teoría de que la prescripción actúa contra el Registro como excepción. Va con ello contra la doctrina tradicional establecida por nuestros autores (Morell, Campuzano, López de Haro, etcétera), que habían dicho que para que la prescripción produzca efectos contra el Registro tenía que haber sido declarada antes en juicio ordinario, doctrina que había sido recogida por la jurisprudencia, entre otras, en las Resoluciones de 27 de enero de 1868, 16 de marzo de 1881 y 21 de agosto de 1895. Nosotros ya hemos combatido esta tesis en nuestros artículos "Apostillas a unos comentarios" y "Más sobre el tema de la prescripción y el Registro" y no vamos a repetir aquellos argumentos. Lo que sí queremos hacer constar ahora, por si ello significara una debilitación en las convicciones de Sanz, es que éste dice, al hablar de supuesto de *usucapión consumada*, estas palabras tan significativas. "Asimismo podrá reconvenir exigiendo de él (se refiere al titular registral) el reconocimiento de su adquisición y del Juez la declaración de su dominio, es decir, *ejercitando su acción declarativa*." Ese, ese es el camino de que la prescripción actúe contra el Registro. Accionar pidiendo la declaración del dominio por prescripción, obtener la anotación de la demanda en evitación de que durante la sustanciación del proceso pueda ser adquirida la finca por un tercero protegido por la fe pública, y cuando la sentencia recaiga, interesar, en armonía con ella, la rectificación del Registro.

Y esto, que es tan claro, tan hacedero, tan lógico, ¿cómo no se llevó a la Ley?

Lo que ya no vemos tan claro es que esta sentencia declarativa del dominio por prescripción pueda obtenerse en el procedimiento del artículo 41. Allí se dice que la sentencia recaída no ha de producir excepción de cosa juzgada. Pues bien, si ello es así, ¿qué clase de dominio es ese que declarado en una sentencia puede en otra obtenida

en juicio ordinario dejarse sin efecto? Es verdad que esta declaración se hace por el procedimiento de los incidentes, en el que cabe una discusión amplia, con garantías, con toda clase de pruebas y por ello con visos de acierto, pero así y todo la sentencia es provisional y estimamos muy peligroso que derechos de la envergadura del dominio puedan quedar en el aire. Por ello, Roca, que admite que el dominio pueda declararse en este procedimiento, defiende la tesis de que se dé a la sentencia fuerza de cosa juzgada.

También nos extraña lo que Sanz sostiene con relación a la acción reivindicatoria. Dice que no es bastante para reivindicar el título y su inscripción, sino que es necesario, además, que al adquirente se le haya entregado la posesión. Y es que la defensa de su postura civilista, a ultranza, le lleva a sentar afirmaciones tan graves como la transcrita.

Nosotros no nos vamos a meter a discutir ahora si los derechos reales se adquieren o no fuera del Registro; ni si para su adquisición es necesario siempre el título y la tradición; ni si basta la tradición simbólica de la escritura o es necesaria la entrega real de la posesión. Lo que sí sostenemos que es un dislate jurídico decir que puede reivindicar quien ya tiene la posesión de lo reivindicado. ¿Es que ha quebrado, entonces, la clásica doctrina de la acción reivindicatoria, recogida en mil sentencias?

Dice la Sentencia de 21 de diciembre de 1908: "La acción reivindicatoria sólo puede prosperar para recobrar *de quien la posee* una cosa señalada." Manresa dice: "Consiste el derecho de reivindicar en la facultad por virtud de la cual el verdadero propietario de la cosa puede dirigirse contra cualquier *tenedor o poseedor* y excluirlos de la propiedad y *goce de la misma*, haciendo que se la *restituya* con sus frutos, accesorios y abono de menoscabos." Con machacona insistencia se ha dicho que para reivindicar se necesitan tres condiciones: probar el dominio, identificar la cosa reivindicada y que ésta sea poseída por el demandado. ¿Más? El Código civil, libro santo para Sanz, dice en el párrafo segundo del artículo 348: "El propietario tiene acción contra el *tenedor* y el *poseedor* de la cosa para reivindicarla."

Y como colofón de este reguero de argumentos, vamos a traer también a la palestra unas contundentes frases de Roca. Son éstas: "En la acción reivindicatoria se trata de *un propietario no poseedor* que pretende la entrega de la posesión del *poseedor no propietario*. En la reivindicatoria el propietario no poseedor reclama la *posesión* de la cosa.

e indirectamente, la declaración de que es *dueño* de ella." Y más adelante añade: "Para que la acción reivindicatoria pueda prosperar es preciso que el actor demuestre estas tres cosas: que él es propietario (legitimación activa), que el demandado es poseedor de la cosa (legitimación pasiva) y la identidad de la cosa reivindicada."

Si la legitimación activa, o sea la prueba de la propiedad del actor, es la cuestión básica del juicio reivindicatorio, es evidente que si el actor es el que figura en el Registro como dueño de la cosa reivindicada, surge entonces la ocasión propicia para que el principio de legitimación registral entre en juego. En tal caso, con sólo aportar el actor en el juicio la correspondiente certificación registral, debe quedar descargado de toda prueba acerca de su titularidad, ya que el hecho de figurar en el Registro como dueño ha de reputarse que verdaderamente lo es. Con ello quedan tan simplificados los términos del proceso reivindicatorio, que cuando es el titular registral quien con tal carácter lo promueve debe considerarse improcedente obligarle a seguir todo un juicio declarativo ordinario. Lo lógico es regular para tal caso un juicio reivindicatorio especial, en el cual, con trámites expeditos, pueda aquél lograr la efectividad posesoria de la cosa que, según el Registro, es suya."

Ya sabemos que toda esta teoría de la acción reivindicatoria la conoce Sanz; nos atrevemos a decir más, nos atrevemos a decir que la comparte; y si la hemos expuesto con esta relativa amplitud no ha sido por enseñarle nada, que no lo necesita, sino por hacerle comprender a qué extremos conduce el apurar una teoría hasta sus últimas consecuencias. Eso y nada más que eso le ocurre a Sanz al defender su tesis. Obsesionado por la idea de que los derechos reales se adquieren fuera del Registro por el título y la tradición, exige siempre estas dos condiciones, título y tradición, para adquirir el dominio, y como sólo puede reivindicar el dueño, llega a la conclusión de que sólo puede reivindicar quien tenga a su favor el título y la tradición real, o sea aquel a quien se le haya entregado la posesión.

Otra exageración de su postura es la de sostener que ni siquiera con relación a la hipoteca tiene la inscripción el carácter de constitutiva. Por cierto que en ello no le acompañan ni el Código civil ni la jurisprudencia del Supremo, pilares ambos de sus más firmes convicciones y en los que él tanto gusta de apoyarse. Pues el artículo 1.875 del Código civil dice que "para que la hipoteca quede válidamente *constituída*

es indispensable que el documento en el que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad". A la misma conclusión se llega en el artículo 146 de la Ley, aunque en términos menos categóricos que en el 159, que dice: "Para que las hipotecas legales se entiendan *constituidas* se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan". Y aunque la doctrina está bien explícita, no obstante la mala redacción y lo inoportuno de sus palabras "constituya" en el artículo 1.875 y "constituyan" en el 159, no lo está tanto como en la Sentencia de 12 de enero de 1943. Esta sí que es categórica. Establece lo siguiente. "La hipoteca por Derecho civil es un derecho cuya inscripción tiene *valor constitutivo* (arts. 146 y 159 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código civil), de tal modo que no queda *constituida* "erga omnes" sino con la extensión con que resulta registrada."

Tampoco le acompaña Roca, que dice en su Tratado para las oposiciones a Registros: "Para que en nuestro Derecho exista el derecho real de hipoteca, sea ésta voluntaria o legal, es preciso que el título constitutivo de la misma sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Así resulta de los artículos 146 y 159 de la Ley Hipotecaria, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 1.875 del Código civil."

No obstante, estos preceptos no adoptan en su expresión normativa un perfecto tecnicismo. Por una parte, emplean el concepto de validez, como si la falta de inscripción provocara la nulidad de la hipoteca, cuando aquí no hay problema alguno de validez, sino de existencia. Cuando el pacto de hipoteca no está inscrito, no ha nacido la hipoteca; no es que sea nula, sino que no existe."

Nosotros nos adherimos fervientemente a esta tesis de Roca que en esto, como en casi todos los problemas, ha puesto las cosas en su punto; pero, en último caso, decimos: Inscripción constitutiva, necesidad de la inscripción para que la hipoteca quede válidamente constituida, al fin, palabras y nada más que palabras. Lo que sí es indudable es que la hipoteca necesita del Registro tanto como la luz del sol. Sin la inscripción ni se puede ejecutar la acción hipotecaria, ni se puede transmitir como derecho real. No tiene vida, en una palabra, no existe.

Tampoco tenemos una visión tan sombría como Sanz del requisito de la buena fe, a los efectos del artículo 36 de la Ley. Por de pronto, dice la Ley que el que quiera prevalecerse de la mala fe del titular tiene que demostrarla. Pues nosotros, avezados a las dificultades de la

prueba, decimos: No será tan fácil esa demostración en la mayoría de los casos. Lo mismo sucede con la culpa lata. También hay que demostrarla.

Tampoco creemos que baste con el conocimiento de una posesión extraña, sino que, con Núñez Lagos, nos parece que es necesario el conocimiento de que por tal posesión se ha consumado una usucapión.

Y por último, también disentimos de Sanz en el momento en el que ha de apreciarse la mala fe. Este dice que es suficiente que se haya tenido antes de ingreso del título en el Registro. Funda su tesis en la doctrina de la protección registral, para la cual es necesaria la inscripción. Nosotros nos inclinamos más por la tesis de que no puede afectar al titular inscrito la mala fe si no la tuvo hasta después de perfeccionar la adquisición. Nos basamos en las palabras del artículo que dicen: "a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer, *antes de perfeccionar su adquisición* "

Y si los derechos reales se adquieren fuera del Registro y antes de entrar en él (tesis de Sanz), no nos explicamos cómo traslada los efectos de la mala fe al momento de la inscripción. No es muy lógico en esto con sus otras conclusiones.

ARTÍCULO 41. PROCESO DE EJECUCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES REALES DERIVADAS DE DERECHOS INMOBILIARIOS INSCRITOS.

Naturaleza del procedimiento.—Como dice el artículo que comentamos, es un verdadero proceso de ejecución. También conduce a esta solución la interpretación adecuada de estas frases de la exposición de motivos: "No puede darse a la inscripción, *prima facie*, un valor inferior al de cosa juzgada." Esa misma impresión se saca de lo limitado de las causas de oposición, con toda escrupulosidad, concretadas en los cuatro motivos que señala la Ley. Y a la misma conclusión científica nos lleva la necesidad de la adecuada caución, propia, ésta, de los procedimientos ejecutivos. Ya sabemos que las demandas de juicio ejecutivo no son admisibles sin la promesa de abonar "justos y legítimos pagos".

Por eso no nos explicamos cómo Sanz quiere negarle tal carácter. Y aún menos nos explicamos que quiera llegar a esa conclusión a

través de unas palabras de Plaza que, a nuestro entender, son de todo punto contrarias a su tesis. Son éstas. "En la nueva Ley Hipotecaria se ha llegado a articular un proceso que no es ciertamente de cognición pura, que tampoco puede reputarse de pura ejecución, sino que, como suele decirse, está montado a dos vertientes, ni más ni menos que los procesos de intimación: por eso cuando la oposición en potencia no se formule; los Tribunales actuarán *ejecutivamente por la sola virtud del título*, y entonces estaremos en presencia de un proceso de ejecución *propriadamente denominado así*, aunque resulte un tanto matizado por la previa intimación en forma de emplazamiento. En los demás casos se tratará de un proceso de cognición abreviada, ni más ni menos que lo eran aquellas en que la alegación de excepciones quedaba limitada a supuestos de fácil demostración."

De estas palabras de Plaza, serenamente interpretadas, no se deduce otra cosa que para dicho señor el tal procedimiento es un procedimiento *ejecutivo especial*, que, cuando hay oposición, se mezcla con un proceso de cognición abreviado. Exactamente igual que sucede en el juicio ejecutivo reglamentado en nuestra ley de Enjuiciamiento. También allí termina por un proceso de cognición cuando hay oposición y ésta es de las admitidas. Y también allí, como aquí, cuando esta oposición no surge, nos hallamos en presencia de un proceso puro de ejecución.

Tampoco es, a nuestro entender, admisible la tesis de Sanz cuando sostiene que sólo puede llegarse a la posesión simbólica de los artículos 1.638, 2.058 y 2.059 de la ley Procesal, en el caso de que no se articule demanda de contradicción y el procedimiento termine por auto. Tal solución, que convertiría al adversario en precarista contra el que habría que entablar el desahucio, sería tanto como dejar sin efecto el procedimiento, volver a la solución de la reforma de 1927, duplicar innecesariamente los trámites (primero los de este simulacro de ejecución y luego los del desahucio), y contradecir abiertamente las expresivas palabras del artículo: "En caso de incomparecencia ó de no cumplir lo dispuesto en el párrafo anterior—se refiere a la necesaria caución—, se dictará auto acordando la práctica de *cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito*. Precisamente porque antes terminaba el procedimiento sin lanzamiento, se abandonó y se utilizaba directamente el desahucio en precario, a base de la presunción posesoria.

No; en nuestra opinión, en ese auto se puede decretar el lanzamiento, *medida necesaria para la plena efectividad del derecho inscrito*,

pero aun sin llegar a esa radical postura, diremos con Roca: "Que el actor siempre podrá pedir la intervención judicial que concede el artículo 1.419 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento, lo que obliga a pensar que podrán adoptarse otras medidas de seguridad o preventivas, incluso poner la finca en administración, según los casos. También podrán pedirse las medidas de suspensión establecidas para el interdicto de obra nueva. Todas estas medidas podrá instarlas el actor al promover el proceso o después."

¿Quién puede utilizar este procedimiento?—La Ley dice claramente que *todo el que ejercite acciones reales* procedentes de derechos inmobiliarios *inscritos*. Se necesitan, pues, dos condiciones. a) Tratarse de ejercicio de acciones reales, y b) Que dichas acciones procedan de derechos inmobiliarios *inscritos*.

Por eso juzgamos inadmisibles la tesis del Sr. Sanz, que alegremente priva de este beneficio a las inscripciones de inmatriculación hasta que transcurran los dos años de su fecha.

Para llegar a esta conclusión tendría que decir la ley—y afortunadamente no lo dice—que podrá utilizarle todo el que ejercite acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios *inscritos*, a no ser que la inscripción sea de *inmatriculación*, en cuyo caso no podrá utilizarse hasta los dos años de su fecha.

Eso, aparte de que el fundamento que utiliza Sanz para esta exclusión no es exacto, que, si como él dice—y en ello estamos conformes—estas prerrogativas son una consecuencia de la fuerza legitimadora de la inscripción, esta fuerza legitimadora también emana de las inscripciones de inmatriculación. Es una virtud que tiene la inscripción (toda clase de inscripciones) desde que existe y mientras subsiste. Y por ello todas las disposiciones que plasman legalmente este principio de legitimación (los artículos 24, 25, 97, 82 y 83 y también el 41), son aplicables a todas las inscripciones, también a las de inmatriculación.

Por eso ha podido decir Roca: "La inscripción es base necesaria—nosotros añadimos y suficiente—para que actúe el principio de legitimación registral". Y más adelante añade: "La formulación legal del principio de *legitimación registral* se halla en los preceptos 24, 25 y 97 de la nueva Ley Hipotecaria". Añadimos nosotros. Todos estos preceptos son aplicables también a las inscripciones de inmatriculación, que no hay en ellos ninguna salvedad que las excluya.

Y nos extraña más que Sanz propugne tal tesis cuando amplía los

privilegios legitimadores a asientos no comprendidos en la letra de la Ley y de inferior rango que esas inscripciones de inmatriculación, tales como: a) Las menciones cuando es ése el medio de ingresar los Derechos Reales en el Registro; b) Las anotaciones, cuando son precursoras de una inscripción, tales como las de defectos subsanables, las de imposibilidad del Registrador, c) Las notas marginales cuando son verdaderas inscripciones o cancelaciones.

Nosotros estamos conformes con esta ampliación y ya la hemos sostenido ante los Tribunales. Defendimos allí la aplicación de la doctrina del artículo 41 a una anotación tomada por imposibilidad del Registrador en un Registro destruido, y que, de no haber ocurrido el siniestro, hubiera dado lugar a una inscripción.

Nos apoyamos en unas palabras de la exposición de motivos de la primitiva Ley, que asimilan en efectos a estas anotaciones, mientras subsisten, con las inscripciones; en una sentencia del Supremo de 2 de enero de 1910, que recoge esta doctrina; en el artículo 70 de la Ley Hipotecaria, interpretado por una sentencia de 9 de julio de 1897, que llega a la misma conclusión: y por fin, en último término, nos agarrábamos al sentido común y decíamos: "Si estas anotaciones, mientras subsisten, no producen los efectos de la inscripción, ¿para qué sirven?..."

También queremos decir que no estamos solos en la defensa de nuestra tesis. Nos acompaña, por lo menos, el culto y laborioso registrador—nuestro querido amigo—D. José Alonso, miembro destacado de la Comisión redactora del proyecto de ley, que en un magnífico artículo publicado en el número 204 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, justamente elogiado por el no menos culto e ilustre Notario de Valencia D. Enrique Taulet, al hacer la revista de revistas en la de Derecho de Valencia, sobre: "La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición." De dicho artículo son estas palabras tan significativas: "El párrafo tercero del artículo 352 de la Ley reformada podía haberse suprimido, puesto que se dispone en el último párrafo del artículo 347 que las inscripciones de inmatriculación en general, cualquiera que sea el procedimiento empleado, no surtirán efectos contra terceros adquirentes hasta transcurridos dos años a partir de su fecha."

La discrepancia que existe entre los autores al interpretar este precepto es grande y justificada, pues el párrafo dice lo que ni quiso ni pudo decir, si su propósito no es derogar otros artículos de la propia

Ley y del Código civil, y en cambio no expresa lo que quizá fuera su principal o única finalidad; por ello será conveniente que el Reglamento concrete el alcance del precepto.

Entendemos que el párrafo es inexacto porque la inscripción de *inmatriculación produce los siguientes efectos contra tercero, antes de dos años a partir de su fecha*: primero, los del artículo 17 y los *importantísimos* de los artículos 24 y 41 de la Ley, que por su carácter sustantivo no distingue entre *partes y terceros* ni entre inscripciones de *inmatriculación o hipotecarias*.

Y nos acompaña también Roca, que al hablar de las inscripciones de inmatriculación dice en una nota: "A las inscripciones de inmatriculación les es de aplicar la doctrina de los artículos 17, 20, 24, 25, 41, 82, 83 y 97. Está tomada esta cita del nuevo tratado para las oposiciones a Registros.

Y no se diga que a las inscripciones de inmatriculación conseguidas al amparo del artículo 352 no les alcanza el beneficio ejecutivo de la inscripción por no producir efectos contra tercero hasta los dos años de su fecha. De ser esto cierto, tampoco alcanzaría tal beneficio a las inscripciones de herencia voluntaria ni a las que deban su origen a los expedientes de dominio, que tienen la misma limitación. Y donde hay la misma razón... Pero es que no es ésa la doctrina. Es que el efecto ejecutivo de la inscripción es un privilegio que emana de ella en cuanto tal inscripción y sea de la especie que sea. Es un efecto *inter partes*, como el del artículo 24, el del 25, 97, 82, 83 y demás que reglamentan la fuerza legitimadora de la inscripción. Le tiene toda inscripción por ser tal inscripción y en cuanto lo es. De aquí que para enervar esos efectos, no hay otro camino que quitar la causa, anular la inscripción. Esta doctrina de que para evitar los efectos legitimadores de la inscripción era preciso atacar la causa, ya la mantuvo el Tribunal Supremo en la memorable sentencia de 20 de mayo de 1925. Esta misma doctrina se tuvo presente en las salvedades que estableció la reforma del 27 para enervar la fuerza legitimadora de la inscripción. Pero es que si a estas inscripciones del artículo 352, que ya no producen efectos contra tercero hasta los dos años, les quitamos también los efectos ejecutivos *inter partes*, ¿me quieren decir para qué sirven ni qué efectos producen?

¿*Qué acciones reales pueden ejercitarse en este procedimiento?*—Según Roca, pueden ser objeto del mismo las acciones reivindicatorias, negatoria y confesoria; también la rescisoria del dominio admitida en.

Cataluña y Navarra, dirigida a dejar sin efecto la prescripción consumada contra un ausente o persona imposibilitada de impedir la prescripción. Sanz añade la acción de devastación reglamentada en el artículo 188 del Reglamento de la Ley Hipotecaria. Nada tendríamos que oponer a esta doctrina si no fuera porque el último párrafo del artículo 41 establece que las sentencias dictadas en estos procesos no producen excepción de cosa juzgada; y nos parece fuerte ejercitar acciones de la importancia de la reivindicatoria en un procedimiento revisable.

¿Contra quién puede ejercitarse el procedimiento del artículo 41?—

La disposición que comentamos ha señalado este personaje pasivo con no mucha precisión en las siguientes palabras: "Todos los que no inscribieron sus títulos y se opongan al derecho inscrito o perturben su ejercicio." Parece que se necesitan dos condiciones: a) No haber inscrito su título; b) Oponerse al derecho inscrito o perturbar su ejercicio.

De estos personajes pasivos destaca Sanz el poseedor. Conformes con él en este extremo. Las más de las veces se dirigirá el procedimiento contra el poseedor de hecho de la cosa. Y el titular inscrito que no posee, lo entablará para adquirir esa posesión.

Y examina Sanz la diversa actuación de este procedimiento, en relación con las distintas clases de estos poseedores.

A) Posesión en virtud de título inscrito. Contra él no procede el intento, pues si la legitimación es la razón de esa prerrogativa procesal, también la legitimación ha de acoger bajo su manto a esas otras inscripciones. Nada tenemos que oponer a esta tesis que reputamos correcta.

B) Poseedor en virtud de título no inscrito. Extiende Sanz la inocuidad del procedimiento, no sólo a los contratantes inmediatos con el titular o con titulares anteriores, sino también al que traiga su causa de éstos, aunque sea a través de varias transmisiones no inscritas.

Juzgamos muy atrevida esta tesis. Primero, porque dice el artículo que el contrato o la relación con el titular o titulares anteriores ha de ser *directa*, y esta palabra tan significativa es la que a nuestro entender cualifica la relación y hace imposible que se extienda a relaciones que no son directas. Y segundo, que las oposiciones posibles en este procedimiento se han estudiado con sumo cuidado, se han fijado con toda cautela y tienen por ello que interpretarse restrictivamente. Eso, sin meternos a discurrir como lo hace Sanz, sobre si esta doctrina

suya va o no contra la doctrina del artículo 606 del Código civil (artículo 23 de la Ley reformado) y contra la doctrina de la fe pública registral.

C) Poseedor sin título. Distingue Sanz dos casos: 1.º, poseedor en concepto de dueño. Si la posesión es mantenida por tiempo suficiente para ganar el dominio por prescripción y el poseedor lo prueba, acreditando además que concurren en ella los requisitos para perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36, queda enervada la acción ejecutiva. Pero ¿es que este procedimiento es adecuado para obtener en él una decisión tan grave como es la declaración del dominio por prescripción?... ¿No será más procesal sostener que la prescripción para oponerla en este procedimiento tiene que estar declarada en un juicio ordinario anterior donde haya podido ser debatido el problema con toda clase de garantías?

No queremos repetir aquí la defensa de esta tesis que hicimos en nuestros artículos sobre "Prescripción y registro", pero si vamos a transcribir unas frases llenas de sentido procesal y jurídico de nuestro querido compañero La Rica. Son éstas: "No se ve tan claro el supuesto de prescripción incluido en esta misma causa segunda, pues la prescripción, para ser título eficaz, requiere ser reconocida judicialmente, y en la hipótesis de que el opositor alegue en la demanda de contradicción que posee la finca a título de dueño por haberla ganado por prescripción contra tabulas que deba perjudicar al titular inscrito y éste defienda su derecho por aplicación del art 36, *no parece que este procedimiento sumario y especial sea el más adecuado para ventilar los graves y difíciles problemas de hecho y de derecho que la prescripción plantea*. Se dirá: la resolución es interlocutoria y no prejuzga los derechos definitivos de las partes. Pero el Juez, en la sentencia, tanto si estima la demanda de contradicción como si la rechaza, ha de pronunciarse forzosamente sobre la procedencia o improcedencia de la prescripción, sobre si se ha consumado o no, y lo que es más arduo, sobre si debe o no perjudicar al titular inscrito. Y aunque la sentencia no produzca excepción de cosa juzgada, dejando siempre expedito el trámite del juicio ordinario, difícil será que en éste pueda modificarse proveído semejante".

2.º Poseedor sin "animus domini". En este caso, en que se da una verdadera usurpación, el titular puede utilizar tres medios diferentes: pedir la posesión judicial, ejercitar el desahucio o acudir al pro-

cédimiento del artículo 41, todo en cualquier tiempo y aunque haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la inscripción.

También con esa tesis estamos conformes en principio. Sin embargo, tenemos que hacer una observación: ¿Para qué ir a la posesión judicial, si después de obtenida habrá que ir al desahucio en precario si es que se quiere conseguir la posesión de la finca?... ¿No es mejor con base en la presunción posesoria del artículo 24 (antes del 41), ir directamente al desahucio?... Así lo tiene establecido la Jurisprudencia en múltiples sentencias, entre otras en la de 4 de abril de 1932.

RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN ESTE PROCEDIMIENTO

Sostiene Sanz que las sentencias dictadas en este proceso son apelables en ambos efectos.

Nosotros queremos hacer observar que el artículo 41 no dice nada de tal recurso, y debió decirlo si tal era su pensamiento. Es verdad que se remite al procedimiento de los incidentes, y en este proceso hay un artículo, el 758, que dice que las sentencias, en estos procesos, serán apelables en ambos efectos, pero también es verdad que no por adoptar este procedimiento se convierte la cuestión en un incidente. Sucede ahora lo mismo que sucedió al implantarse la reforma de 1909. Entonces también para la efectución posesoria del artículo 41 se adoptó el procedimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, pero no por eso se convirtió tal efectución en un acto de tal naturaleza.

Hay otra razón para dudar del carácter de apelable que se le da a las sentencias, y es que como éstas no producen excepción de cosa juzgada y pueden revisarse en juicio ordinario, se haría interminable el procedimiento, admitiendo además de esa revisión la apelación de la sentencia.

No se nos oculta que en otros procedimientos revisables, los interdictos, por ejemplo, se admiten apelaciones, pero también es cierto que tales alargamientos de la justicia van contra las modernas normas procesales, que nos hablan de una justicia pronta, rápida y barata.

JOSÉ AZPIAZU.