

La reforma de la ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400 ⁽¹⁾

V I I

PROCEDIMIENTOS

Las dificultades teóricas y prácticas de la posesión tabular y los conflictos de orden público (2) que latían en las entrañas del artículo 41, llamaron la atención de los Centros superiores de la Administración, y, ante la presión de los intereses agrarios, se pensó en cortar el nudo gordiano, ya que no se veía la posibilidad de desatarlo. Sin embargo, la derogación de un texto que, con todas sus imperfecciones, se consideraba como adelantado jalón de los progresos hipotecarios, fué desechada rápidamente y se trató de buscar una solución a los problemas más perentorios (3) con la reforma de su contenido en un cuádruple sentido: a) llamando la atención de los profesionales sobre la necesidad de separar en la inscripción los efectos declarativos de los posesorios; b) sentando como *juris tantum* la presunción de que la inscripción lleva consigo la posesión correlativa; c) dejando a los Tribunales

(1) Véase el número anterior de esta Revista.

(2) «Pero forzoso es reconocer que esta interpretación (*el propietario con título inscrito tiene el derecho de poseer*) iba mucho más allá de lo que la justicia y el sistema legislativo español permitían. De aceptarla, quedaba demolida por completo la institución de la posesión; y como la posesión de hecho se funda en la realidad, el Registro se ponía contra ella, y al amparo de la inscripción permitía el despojo de todo poseedor, aunque lo fuera por legítimo título y justa causa. No cabe duda que se aumentaba la fuerza de la inscripción, pero ese aumento implicaba más bien una deformación, porque era absurdo implantar una presunción que era a todas luces opuesta a la realidad.» (Morell. Comentarios a la Legisl. Hip.—Art. 41-II-c.)

(3) Por la enérgica intervención del Gobierno no se llegó a verdaderos conflictos de orden público en los casos de la aldea de San Nicolás, Malagón, Porzuna, Fuente el Fresno, desembocadura del Ebro..., sin contar los

la última palabra tanto respecto a la verdadera situación jurídica como al estado posesorio efectivo, y d) señalando dentro del derecho procesal español el procedimiento adecuado para salvar las diferencias técnicas entre el sistema hipotecario y el instituto de la posesión.

a) Las legislaciones inmobiliarias, por haber prescindido de la tradición real, han abierto el camino a las divergencias accidentales de propiedad y posesión. En el Código civil, por ejemplo, la compraventa está referida directamente a la entrega de la cosa, no a la transmisión de la propiedad, mientras la inscripción del título va dirigida a esta finalidad más que al cambio de posesión.

Por esta razón, y por el valor siempre creciente en las legislaciones modernas de la tenencia de todo usuario, el señorío jurídico y la potestad de hecho están separados concienzudamente en los sistemas alemán, austriaco y suizo de tan rancios blasones hipotecarios (1).

Dadas las características de la posesión y su publicidad, se explica perfectamente que la ley en un principio no la hubiera considerado como carga oculta, y que, al contrario, hubiera organizado el Registro para combatir a los gravámenes clandestinos, a los derechos reales que carecen de repercusión posesoria. Unicamente cuando el Registro asume las funciones de publicidad inmobiliaria, es cuando se presenta el conflicto con la intuición popular y con el cultivo de la tierra.

No es posible, hoy por hoy, y sobre todo en una nación de régimen multiforme, sin catastro ni descripciones garantizadas, pres-

litigios que la casa Alba sostenía con los vecinos de Narros del Castillo. Hasta se estudió la constitución de un Tribunal, Junta o Consejo Central que decidiera o propusiera al Gobierno la decisión de estas controversias entre propietarios y labradores. Por otra parte, la Dirección General de Acción Social Agraria trató de intervenir en el asunto con proyectos radicales, alguno de los cuales ha pasado a la Asamblea Nacional. Solamente por el alejamiento en que viven los Registradores de la propiedad, me explico el que algunos reputaran *anarquizante* el Real decreto de que venimos hablando.

(1) Parece indicarlo contrario el Sr. López de Haro en el notable artículo que publicó en la *Revista de Derecho Privado*, núms. 166-167, página 274.

cindir de la diferencia entre acciones reales e interdictos. (1). Y así lo reconoce el preámbulo del Real decreto de 23 de Junio de 1927, con un decidido propósito de empujar la técnica española por la doble vía del juicio petitorio cuando se discute la existencia, modificación o extinción de un derecho real, y por la del procedimiento posesorio cuando se trate del señorío de hecho.

b). Así como la inscripción en el juicio declarativo demuestra *prima facie* que el titular es el dueño, mientras no se pruebe que el Registro se halla equivocado, así reaccionan los términos del asiento en el procedimiento posesorio contra el demandante o demandado que niegue la posesión real del titular. «Quien tenga inscrito... gozará de... los derechos... del propietario... mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica.»

«Quien tenga inscrito... gozará de... los derechos... del poseedor de buena fe mientras los Tribunales no declaren... que existe un poseedor de mejor condición...»

¿Para qué hemos de dislocar los párrafos, o, lo que es más grave, la organización de las instituciones y sostener que el Registro, montado directamente para acreditar derechos, puede ser contradicho y rectificado en este fundamental extremo, y en cambio ha de acreditar indubitavelmente una situación de hecho desmentida por la vida real y por la conciencia popular?

Ambas presunciones son *juris tantum*, anulables por la prueba en contrario, aunque esta prueba sea de las más difíciles en los pocos casos en que el propietario inscrito, el propietario verdadero y el poseedor sean personas distintas (2).

c) La última palabra en estas cuestiones ha de ser pronunciada por los Tribunales. Si se discute o impugna un derecho con arreglo al artículo 24, el propietario será reputado tal, aunque se haya tomado anotación preventiva de la demanda, en tanto no se dicte un fallo contradictorio de la inscripción. Con él podrán

(1) Cuando en 1909 indicaba yo al entusiasta Registrador Sr. Páez, que retrocedíamos dos mil años y matábamos los interdictos, me contestó: «Que se acaben!»

(2) Por conservar en lo posible la redacción del derogado texto, emplea el nuevo en sentido compuesto la frase «gozará de todos los derechos consignados... a favor del propietario y del poseedor de buena fe...», es decir, que para ser

entenderse los que quieran adquirir un derecho sobre la finca, utilizarla o arrendarla, mientras no se declare que la *realidad jurídica* difiere de la *hipotecaria*.

Asimismo compete a los Tribunales decidir en los procedimientos posesorios, si las declaraciones contenidas en el asiento corresponden a la *posesión real*.

La ley Hipotecaria no imita al médico de Voltaire, que después de haber diagnosticado a un paciente la pérdida de un ojo, al apreciar la cura de la lesión, escribió una obra voluminosa para demostrar que la naturaleza se había equivocado.

Ahora bien: ¿cuáles habrán sido los motivos que el artículo 41 en su vigente forma haya tenido para citar el artículo 445 del Código civil en el momento de referirse al poseedor de mejor condición?

Como hemos tenido ocasión de ver, la admisión por la ley de una *posesión ficta* (sin natural aprehensión) complica estos problemas, abriendo la puerta a las posesiones simultáneas.

Las clásicas discusiones sobre la posibilidad de que uno posea justamente y el otro injustamente; uno, corporalmente, y el otro con el ánimo; uno, como propietario, y el otro, como guarda, en virtud de decreto judicial; uno, que conserva la posesión antigua, y otro que adquiere la nueva; uno, en virtud de aprehen-

reputado propietario y poseedor es necesario que la inscripción no haya sido declarada discordante con la realidad jurídica ni con el señorío de hecho. En los otros casos, o sea cuando se ha impugnado la inscripción o discutido la posesión *real* y el Tribunal ha declarado que no corresponden sus términos a la realidad jurídica (*en el juicio declarativo*) o que existe una posesión mejor cualificada (en cualquier procedimiento), tendremos, respectivamente, una posesión sin propiedad o una propiedad sin posesión.

Como se ve, son tres los supuestos que, esquemáticamente, podemos representar así:

Inscripción no impugnada en su valor jurídico ni contradicha en su efectividad práctica = propiedad + posesión.

Inscripción contradicha por una posesión de mejor condición vencedora = propiedad — posesión.

Inscripción impugnada victoriosamente sin que se haya seguido la entrega = posesión — propiedad.

Estas situaciones inarmónicas se resuelven fácilmente en ejecución de sentencia o mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria por el que tiene el título inscribible.

sión, y el otro como heredero del antiguo poseedor; uno, como titular de cierto derecho real, el otro, como dueño; uno, mediatamente, el otro, inmediatamente y en propia utilidad; uno, en parte de la cosa, el otro, en parte diferente; uno, para obtener ciertas utilidades, el otro, para objeto distinto..., se agravan con el precepto del artículo 437 del Código civil, que permite sean objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación y, con la nueva categoría (posesión tabular) introducida en el artículo que estudiamos.

Era necesario indicar un criterio legal, y se ha fijado el del artículo 445 del Código civil, que no tiene por exclusivo objeto decidir el *hecho material* de la posesión, sino el *hecho legal* trascendente a la protección posesoria.

«Es un error manifiesto, dice Sancho Llamas (1), el querer atribuir la incompatibilidad de dos posesiones *insolidum* de una misma cosa a la impenetrabilidad de dos cuerpos físicos, por lo que ningún jurisconsulto ha fundado en este principio dicha incompatibilidad»; «así como son incompatibles en lo físico dos cuerpos en un lugar, lo son también en lo natural y legal dos posesiones en una misma cosa, de forma que la paridad y semejanza, no la pone la ley en la causa de que proviene la incompatibilidad, sino en el efecto».

La concepción del artículo 445, como hace notar Sánchez-Román (2), no es completa en cuanto se refiere al *hecho* y no al *derecho* de posesión; cuando éste sea de la misma naturaleza, pero desde este último punto de vista pueden aplicarse las reglas del citado artículo con toda propiedad para resolver los conflictos: 1.º, entre la posesión *actual* y la que se haya perdido con arreglo al artículo 460 del mismo Código; 2.º, entre posesiones *actuales* de distinta antigüedad, y 3.º, entre las que siendo de igual antigüedad, tengan o no título.

Por ejemplo: 1.º Si el titular inscrito ha abandonado la finca, la ha cedido o no ha reclamado dentro del año, se verá derrotado por su contrincante en el posesorio.

2.º Si los dos litigantes poseen de igual modo, es decir, con-

(1) Loc. cit., pág. 127, núm. 143. Estudios de Derecho civil, III, 2.ª edición, pág. 453.

(2) Estudios de Derecho civil, 2.ª edición, III, pág. 453.

tradictoriamente, deberá atenderse a la antigüedad de la posesión, y el titular tendrá la presunción del Registro a favor suyo y de su causante mientras no sea destruida por el contrario.

3.º Si las posesiones son de igual antigüedad, el título inscrito desenvolverá su fuerza hipotecaria, aunque sea meramente una información posesoria, conforme a la nueva redacción que al artículo 101 del Reglamento ha dado el Real decreto de 21 de Julio último.

Por último, si todas las condiciones fuesen iguales, se resolverá la contienda a favor del titular, según el Registro porque el artículo 41 exige que se declare de *mejor condición* la posesión del que contradiga sus asientos si ha de ser atendida.

En resumen, la inscripción por sí sola no acredita apodócticamente el estado posesorio, pero grava al adversario con una prueba difícil por virtud de las distintas presunciones que ésta ha de destruir.

d) Dentro del derecho procesal español, el derogado artículo 41 era una piedra de escándalo por la enorme violencia a que sometía los procedimientos de jurisdicción voluntaria para mantener vigentes y desenvolver en el terreno práctico los pronunciamientos de inscripciones caducados o ilegítimos.

La reforma remitió a los artículos del Reglamento, más flexibles y de más fácil retoque, las normas procesales. Como lógica consecuencia de los preceptos sustantivos, no debían éstas mezclar los procedimientos petitorios con los posesorios (1) ni encadenar a los interesados en un pleito declarativo, y en lo posible habían de ajustarse a la estructura de la ley de Enjuiciamiento civil (2).

En ella había un juicio sumario que varios autores habían propuesto como el más adecuado para pasar de la inscripción a la posesión y que respondía a los precedentes españoles de mayor analogía con la materia.

Ya cuando se discutía si la posesión *civilísima* otorgada por la ley 45.ª de Toro podía ser conferida en el interdicto de adquirir,

(1) Contra esta indicación choca el procedimiento ideado por mi querido amigo el Sr. Navarro Carbonell (véase el núm. 33 de esta Revista), en cuanto los incidentes son verdaderos juicios declarativos.

(2) Como modelo de procedimientos radicales e innovadores, no tanto en sus efectos como en sus trámites, puede estudiarse el propuesto por don Carlos López de Haro en el trabajo citado.

Antonio Gómez contestaba afirmativamente, porque la posesión del heredero no parecía plena y del todo perfecta si otro tenía la natural detentación. Contra esta opinión se argüía que el heredero tenía, según la misma ley, no sólo la posesión civil, sino también la natural y que no podía pedir la que ya tenía ni pedirla a quien no la tenía. Hoy, las dudas se hallan resueltas y el heredero testamentario, o *ab intestato* pide la posesión con arreglo a los artículos 1.633 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. Por otra parte, el clásico interdicto *adipiscendæ possessionis* miraba como Jano, a dos lados opuestos, parecía decidir sobre la posesión y el derecho, gozaba, en fin, de naturaleza ambigua, puesto que los autores discuten todavía si era un juicio posesorio o petitorio.

Y hasta algunos juristas, como Thibaut, que niegan este último carácter al proceso interdictal examinado, lo hacen en atención a que en él no se exige una prueba plena, sino una semi-prueba, es decir, una indagación *prima facie*; sumaria.

Resulta, por lo tanto, que la nueva redacción del artículo 100 del Reglamento, echando por el camino más corto, ha escogido un procedimiento del cual se ha dicho que se había inventado para conferir al actor el beneficio de la rapidez (*beneficio celeritatis inventum est*) y en cuyos pronunciamientos cabe la valoración del título en cuanto sea compatible con la naturaleza del interdicto.

Consta el nuevo artículo de dos partes: un primer párrafo en que se ordena dar la posesión judicial al titular, según el Registro que la solicite, con arreglo a los artículos 2.056 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil; y otros dos, en que se regula la tramitación contenciosa del asunto cuando se haga oposición por algún interesado.

Mientras no haya oposición, las actuaciones tienen el carácter flexible y acomodaticio de los actos de jurisdicción voluntaria: el promotor del expediente puede pedir que se oiga a determinadas personas (artículo 1.813 de la misma ley), el Juez no está obligado por las providencias que dictare (artículo 1.818)...

La oposición puede ser intentada: a) Antes de que la posesión sea dada. b) En el momento de dar la posesión, y c) Después de ser puesto en posesión el solicitante.

a) En este caso, el Juez, sin perjuicio de dar la posesión pe-

dida, concederá al opositor un plazo de quince días para que formule por escrito su reclamación. Esta se unirá a los autos y se entregará, sin demora ni publicación de edictos, al que hubiera obtenido la posesión para que la conteste o exponga lo que tenga por conveniente dentro de seis días, tramitándose el procedimiento como contencioso, con arreglo a los artículos 1.642 al 1.650, ambos inclusive, de la ley Procesal, y sin necesidad de valerse de abogado y procurador.

b) Aunque la posesión se ha de dar después de haberse dictado el auto mandando darla, bastará con que en la diligencia a que alude el artículo 2.059 de la ley se oponga cualquiera de los requeridos o interesados en el asunto para que el expediente se haga contencioso (artículo 1.817).

Sin necesidad de que lo pida el solicitante, el Juez concederá al opositor el plazo de quince días, indicado en el artículo que comentamos, y el pleito seguirá su curso.

Claro está, que el solicitante puede desistir del ejercicio de la acción, o, mejor dicho, allanarse en vista de las razones que alegue su contrario, pero el Juez deberá revocar el auto dictado en el procedimiento contencioso adecuado.

c) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1896 y 8 de Febrero de 1905, declaran que si algún interesado se opone a la posesión obtenida, procede la reforma del auto en que se hubiese mandado darla y declarar contencioso el expediente.

Dadas las condiciones con que se acuerda la posesión judicial en la vía o juicio de jurisdicción voluntaria, dice el segundo de dichos fallos, es evidente que cuando haya sido concedida sin conocimiento de tercero a quien pueda afectar, éste no pierde su derecho para oponerse a ello en la misma vía, si no ha transcurrido el tiempo preciso para que dicha posesión produzca los efectos legales a que se refiere el artículo 1.653 de la ley de Enjuiciamiento civil y... el Tribunal que deniega tal pretensión por el supuesto fundamento de extemporaneidad comete las infracciones alegadas...; pues, por lo expuesto, la doctrina que el Tribunal sentenciador aduce, sólo sería aplicable si se tratara de un opositor que hubiera sido parte en el juicio, respecto del que podría tener el carácter de definitiva la resolución recaída, pero no cuando se

trata de quien teniendo interés reconocido en la posesión acordada, no ha sido oído ni notificado sino después de dada la posesión...

Como el párrafo segundo del artículo que comentamos es general, creemos que, en este caso, el Juez, en vez de revocar el auto, debe conceder al opositor los quince días aludidos para que formule por escrito su reclamación.

Para obviar estos inconvenientes, el titular inscrito puede pedir que se oiga a los presuntos adversarios con arreglo al artículo 1.813 o que se requiera a los inquilinos, colonos o administradores como indica el artículo 2.059.

La posesión se dará en cualquiera de los bienes de que se trate en voz y nombre de los demás, y los detentadores o personas que se hallen en la tenencia natural seguirán como tales o quedarán convertidos en poseedores por otro.

Lo mismo el artículo 1.638 que el citado 2.059 de la ley de Enjuiciamiento civil regulan el requerimiento a los inquilinos, colonos o administradores, partiendo del principio de que son poseedores en nombre ajeno, y en cierta manera no resultan afectados por el hecho de que el poseedor mediató, sea una u otra persona. Las facultades del alguacil y del actuario están, por lo tanto, limitadas a darles a conocer el estado posesorio, amparado por la justicia, sin poder realizar actos de violencia, apertura de fincas, allanamiento de moradas o lanzamientos fulminantes. Las relaciones entre el poseedor legal y el detentador, continúan en cierto modo a través de las incidencias del interdicto de adquirir. Pero si la finca se halla en poder de tercera persona que posee en nombre propio, el requerimiento produce una interversión y coloca al antiguo poseedor en la situación de un precarista privado de los remedios legales que al poseedor legítimo competen para ser respetado o reintegrado en su posesión. No puede quejarse del despojo, porque no ha sido injusto, sino decretado judicialmente (1). De aquí la necesidad de tenerle por parte en el procedimiento en cuanto se oponga a la dación formal de posesión.

(1) Qui ergo contendit se a iudice spoliatum esse, non restituitur ante omnia quia ei obstat juris peremptio, cum spoliatum debere in primis probare se injuste spoliatum. Menochio-De Adipise, ret. et recup. possessione.

Si se hubiera seguido el procedimiento contencioso, luego que la sentencia adquiriera el carácter de firme, se procederá a la ejecución de lo que en ella se hubiese mandado (artículo 1.647).

Contra el fallo favorable al titular, una vez que sea firme, no cabe ejercitar ni el interdicto de recobrar ni una acción posesoria, sino la reivindicatoria y de rectificación del Registro, con arreglo al artículo 24 de la ley Hipotecaria.

* * *

Para terminar este largo trabajo hemos de reconocer que si donde el Registro de la Propiedad se halla en íntima relación con la vida social, no conceden las legislaciones a sus asientos la categoría de realidad jurídica inatacable ni la efectividad de un señorío de hecho, en un país tan atrasado como el nuestro en materia hipotecaria, resultaría injusto dar el salto mortal desde la posesión tabular a la absoluta protección posesoria.

Establézcase que sólo mediante el Registro se pueden adquirir, modificar, constituir y extinguir los derechos reales sobre inmuebles, describanse con todo rigor las fincas, fórmese un Catastro exacto, si no perfecto, guárdese el necesario paralelismo entre la imposición de las contribuciones territoriales y las declaraciones del Registro, niéguese al documento privado su fuerza vinculativa en materia inmobiliaria, deróguese el perfecto que otorga a la tradición efectuada en virtud de contrato la categoría de modo de adquirir fincas, y será posible reducir al mínimum los casos de disparidad entre Registro y posesión.

De otro modo, el señorío de hecho, justificado por el título no inscribible, por el error del Registro, por el pago de los impuestos, por el cultivo inmemorial y por otras tantas fuentes de disociación entre realidad e inscripción, encontrará un baluarte irreducible en la conciencia pública y la ley Hipotecaria, impotente para remediar el daño de una legislación absurda, sufrirá de rechazo las consecuencias de la opinión vulgar que al cabo de dos tercios de siglo niega obstinadamente las ventajas del sistema y pone en la picota sus altivos cuarteles.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.