

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

IV

INSCRIPCIÓN Y POSESIÓN

A las dificultades insuperables que en el moderno Derecho se presentan cuando se trata de desenvolver el instituto de la posesión, únense en materia hipotecaria los problemas de la investidura, o de su derivada la inscripción, en términos tan complejos, que el estudiante desconfía de los métodos para hallar soluciones exactas y de los resultados mismos obtenidos.

Las legislaciones europeas han recibido su savia y sus materiales del derecho romano y del germánico, fundidos, no armonizados, por el derecho canónico.

Para el derecho romano, propiedad y posesión, señorío jurídico y potestad de hecho, se hallan separados por un abismo procesal (*nihil commune habet proprietas cum possessione*). Para el germánico, la manifestación ostensible del derecho real, autenticada por la investidura o la inscripción, equivale a la propiedad misma si el interés social entra en juego, si el tercero contrata confiado en el Registro, y no pierde sus energías porque, en realidad, la cosa se halle sometida al poder de una persona distinta del titular.

Las dos corrientes se hallan en distintos planos, y aunque éstos se cortan en la línea de la posesión de muebles, de tal suerte que el poseedor de buena fe y el dueño de un saco de trigo están en el derecho medieval igualmente legitimados para disponer a favor de

(1) Véase el número 30 de esta Revista, pág. 425.

tercero, la distancia en el ordenamiento inmobiliario es tan enorme que no puede ser salvada por medio de artificios técnicos.

Con el objeto de fijar las ideas, supondremos que el Derecho germánico se sitúa en el plano de la publicidad, y el romano en un plano procesal, y tendremos, simplificando:

PUBLICIDAD

Investidura o inscripción.

Propiedad.....	}	LITIS.	{	Posesión.
Acciones reales.....	}		{	Interdictos.

La solución elemental que se ocurre a quien por primera vez saluda estas materias, es la de colocar en un mismo plano a los tres conceptos en la siguiente forma:

Propiedad — inscripción — posesión.

En efecto, para el vulgo, la inscripción hipotecaria es superior a la posesión e inferior a la propiedad.

Pero como los tres conceptos responden a instituciones diferentes y a procedimientos distintos, la noción vulgar no sirve al especialista que necesita ahondar en el problema, mas que como punto de partida.

«El actual ordenamiento de la posesión continúa de igual modo el Derecho romano de la *possessio*, y el germánico, de la investidura. Nuestro concepto de la posesión es de estirpe romana, descansa en el poderío real sobre las cosas y es, en su consecuencia, menos amplio que la investidura. Sólo que en su desarrollo y en sus especies se halla determinado por los fundamentos de la investidura, y precisamente por esto se aleja más que la noción posesoria romana del concepto de un mero estado de hecho. Entre los efectos de la posesión sobresalen la protección posesoria y la usucapión del Derecho romano. De pura cepa germánica, por el contrario, son los preponderantes efectos de la publicidad sobre la efectividad y transmisibilidad de los derechos reales. Por tal motivo se separan aquí el derecho de muebles y el ordenamiento hipotecario. En el derecho de muebles, la posesión ha asumido las funciones de publicidad específicas de la investidura; en el derecho

hipotecario las ha cedido a la inscripción. Si se examinan las partes fundamentales del derecho de la posesión y del derecho inmobiliario en sus íntimas conexiones y en sus complementos exteriores, no dejará de reconocerse que el sistema de la investidura no se ha perdido por completo. Como manto de los derechos reales, como forma aparente de la situación jurídica, como relación autenticada que produce efectos mientras las operaciones no sean quebrantadas por el verdadero derecho, se conserva todavía vigente la *posesión*, por lo que se refiere al patrimonio mueble, y la *inscripción* en los libros hipotecarios, por lo que toca a los bienes inmuebles» (1).

Se arguye, sin embargo, que el problema planteado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria es netamente español, y en unos tiempos en que la inmensa mayoría de los licenciados en Derecho no conocemos a Ramos del Manzano ni a Sarmiento de Mendoza, damos por terminado el papel de la posesión en materia hipotecaria y nos empeñamos en sacar de la inscripción en el Registro unas consecuencias inadecuadas al sistema y al criterio de nuestras leyes civiles.

En estas afirmaciones llevamos un retraso de cien años, porque el problema de la posesión tabular, vivamente discutido al promulgarse el Código civil austriaco, encontró en el primer tercio del siglo XIX jurisconsultos que adoptaron la posición radical hoy mantenida en España por algunas autoridades hipotecarias.

Este Cuerpo legal contenía, en efecto, disposiciones que llevaron a distinguir la posesión *natural* de la *tabular* o de los libros. Por ejemplo:

Artículo 321. ... la posesión legítima de un derecho real sobre cosas inmuebles sólo se adquirirá por la inscripción reglamentaria en los Registros públicos.

Artículo 322. ... Cuando la cosa fuese inmueble y existieran Registros públicos, el derecho de posesión corresponderá exclusivamente al que se halle inscrito como poseedor de ella.

Artículo 350. La posesión de los derechos y cosas inmuebles que se hallen inscritas en los Registros públicos terminará cuando sean cancelados..., o cuando se inscriban a nombre de otro.

(1) Gierke, «Deut Priv.», II, pág. 211.

Parece, por lo tanto, que en las fincas inscritas sólo podía existir la posesión *tabular*, y que la *física* quedaba rebajada a la categoría de tenencia natural. Así lo propugnaron Drdacki en 1827, y Packmann poco tiempo después (1). El titular inscrito debía ser puesto en posesión inmediatamente por el Juez, aunque hubiera vendido la finca al mismo demandado. Se comparaba el poseedor *tabular* a un médico con título, y el *natural* a un curandero.

Estas radicales opiniones no encontraron eco ni en la teoría ni en la práctica. Una larga serie de estudios que se extiende a través del segundo tercio del pasado siglo puso en evidencia que la negación de la posibilidad de una posesión física sobre inmuebles, contradecía los principios básicos de la posesión y de la usucapión.

Sólo que la mayoría de los comentaristas, después de aceptar la posesión *tabular* y la *física* como especies del género posesión, no se preocupó de fijar las recíprocas influencias de la realidad sobre el Registro ni de señalar los criterios con que debieran resolverse los conflictos posesorios.

Algunos avanzaron que la posesión física debiera subordinarse a la *tabular*, pero Randa (2), con enérgicas expresiones, sienta la doctrina que en la actualidad sostienen los Códigos y los autores de las naciones *hipotecarias* por excelencia.

«Únicamente la posesión *física* es verdaderamente posesión, la *tabular* no es ni siquiera una especie coordinada de la *física*: su concepto (esencia jurídica) es distinto; su nacimiento y pérdida se regulan por preceptos especiales; finalmente (y esto es fundamental) los efectos jurídicos de ambas difieren totalmente, porque la posesión *tabular* no goza de la característica protección posesoria de los interdictos.»

En efecto, la posesión *tabular* no es el señorío o tenencia de una cosa, ni el disfrute de un derecho unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos (3), sino que refleja el hecho de la inscripción en el Registro.

(1) Cit. por Randa, «Der Besitz», pág. 57 de la segunda edición. Leipzig, 1876.

(2) Op. cit., 60 y sig.

(3) El artículo 309 del Código civil austriaco y el 430 de nuestro Código civil se hallan redactados en forma análoga.

La adquisición y pérdida de la posesión tabular siguen las reglas de la inscripción y cancelación, sin atender al señorío de hecho. La confusión de la misma con la tradición ha sido impugnada por nuestro Sánchez Román mucho antes de la ley española de 1909.

Por otra parte, si los interdictos proceden cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia, ¿podemos forzar los términos de la doctrina y de la ley hasta el extremo de desconocer la relación que existe entre la perturbación o el despojo y la posesión o tenencia físicas?

Tras el citado Drdacki, que otorgaba la protección posesoria únicamente a la posesión tabular, propusieron otros autores que se extendiera a la física y para armonizar la técnica tradicional con la hipotecaria, se indicó que el poseedor físico o natural debía ser protegido contra los no inscritos, como un tenedor, pero no frente al titular inscrito.

También trataron de vencerse las dificultades intercalando entre el procedimiento sumario (*interdictal*) y el petitorio (*declarativo*) un *possessorium ordinarium* en que se discutía el justo título y se concedía su valor a la posesión más antigua.

De hecho, la admisión de dos posesiones simultáneas y de igual especie (tabular y física) llevaba al callejón sin salida de la coposesión solidaria (*compossessio in solidum*).

Para evitar estas contradicciones, la doctrina austriaca, con Minasiewicz, Unger y Randa, retrocede a una posición que casi es la española, anterior a la ley de 1909.

El concepto y la esencia jurídica (según los autores citados) de la llamada posesión tabular, son completamente distintos de los correspondientes a la posesión física; los efectos jurídicos de ésta no son compartidos por la posesión tabular, que propiamente *no es posesión*, sino más bien la constancia efectiva en los libros registrales de una relación jurídica. Sobre esta apariencia ostensible, se funda la ley para proteger al titular y al tercero mediante principios y consecuencias hipotecarios.

Así: la inscripción en el Registro perfecciona la transferencia de la propiedad como la tradición en las cosas muebles; las car-

gas inscritas son las únicas que gravan al tercero adquirente, mientras las no inscritas no le dañan; la confianza en los datos hipotecarios queda protegida por la afirmación doble de que los derechos no registrados no existen, y las acciones de nulidad caducan rápidamente, y, en fin, se concede a la posesión tabular la potencialidad de originar la prescripción o usucapión tabular.

Desde este punto de vista, como la posesión tabular y la física yacen en distintos planos, no se percibe la posibilidad de colisiones.

A todo más puede precisarse la situación jurídica con la afirmación de que el titular registrado, que se halla en la tenencia del inmueble, *possidet justo titulo*, y en algunas legislaciones especiales del Imperio austriaco se niega al poseedor físico la usucapión *contra tabulas*.

Con términos absolutos cierra esta discusión una de las exposiciones más conocidas del Derecho austriaco (1):

«Ateniéndonos al concepto de posesión, la posesión tabular o registrada, que consiste en que alguien se halle inscrito en el Registro como propietario de una cosa inmueble o como titular de cualquier derecho real sobre ella, no es verdadera posesión. La inscripción no es ningún poder efectivo sobre la cosa ni tampoco el goce de un derecho; aquel poder corresponde frecuentemente a una persona no inscrita y entonces aparece solamente ésta (el llamado poseedor físico) como poseedor jurídico. Sin embargo, la inscripción produce ciertos efectos que son análogos a los de la posesión (de ahí el nombre: posesión de libro); pero los efectos esenciales de la posesión, la protección posesoria falta por completo al titular inscrito como tal.»

«La inscripción, dice una sentencia austriaca, es solamente un medio para asegurar el ejercicio de un derecho, pero no el ejercicio mismo.»

En la antigua Ordenanza hipotecaria para los Estados del rey de Prusia, de 20 de Diciembre de 1783, de donde ha surgido el derecho inmobiliario del siglo XIX, encontramos repetidamente la chocante expresión *título de posesión* (*titulus possessionis*) para designar al que acredita una transferencia, como si los cambios poseso-

(1) Krainz. Pfaff, Ehrenzweig-System des öst. allg. Privatsrechts, quinta edición. Viena, 1913, I, pág. 459.

rios fueran lo único que importara al Registro. Pero basta una ligera ojeada a los artículos 55 y 58 del Título segundo para comprender que con tal término se refiere la ley a lo que nosotros llamaríamos títulos de propiedad inscribibles.

«Aquél a cuyo nombre se ha inscrito en los libros hipotecarios el *título de posesión* de una finca está legitimado para realizar actos de disposición sobre ella en los mismos libros.»

«Quien quiera inscribir su *título de posesión* en el Registro, debe presentar al Colegio el instrumento público de adquisición, sea compra, permuta, donación, última voluntad, etc.»

La misma terminología emplean las leyes hipotecarias de mediados de siglo. El artículo 16 de la ley de Baviera, promulgada el 6 de Noviembre de 1843, dice a la letra :

«El folio de los libros principal y de hipotecas debe expresar : 6.º El poseedor (*Besitzer*) o poseedores de la finca (propietario, enfiteuta...) con el título de posesión (*Besitztitel*), e indicación del precio cuando el título de posesión consista en una compraventa...»

Respondía esta nomenclatura a la idea de que la inscripción en tales sistemas era una posesión cualificada, ya que la propiedad es de imposible prueba ante una oficina de jurisdicción voluntaria.

Pero de ninguna manera se olvidaban los efectos de la tenencia física. Claramente se deduce esta separación de los comentarios al párrafo segundo del artículo segundo de la misma Ley, a cuyo tenor la transmisión de la posesión no es necesaria para la transferencia de la propiedad inmobiliaria. Este párrafo no quiere decir, según Heyne (1), que la inscripción en el Registro sustituya a la entrega natural o produzca los efectos jurídicos propios de la misma, y en su consecuencia, el comprador de un predio, a quien el vendedor exija el precio después de inscribir la venta, pero antes de entregárselo, puede alegar la excepción *non adimpleti contractus*.

Con unanimidad indiscutible, los grandes civilistas alemanes omiten todo desarrollo de la llamada posesión tabular y ni en los 125 tomos del *Archiv für die Civilistische Praxis*, ni en los 75 del Anuario de Ihering, que contienen los más profundos estudios sobre la posesión romana, publicados en los últimos cien años, he podido

(1) Comment. I, 46, Leipzig, Tauchnitzjun, 1843.

encontrar ningún argumento en favor de la extraordinaria teoría que absorbe en la inscripción la posesión física de un inmueble.

En cambio, discuten en la actualidad, reconociendo la supremacía de los austriacos, el concepto y límites de la prescripción tabular (*Tabularersitzung*) que más abajo será objeto de nuestra investigación.

V

POSESIÓN TABULAR

De las anteriores consideraciones deducimos que la llamada posesión tabular mira por una parte al derecho de propiedad, y por otra a la efectividad del mismo. Tiene el carácter místico de la investidura (*gewere*) y las apariencias de un señorío de hecho.

Por eso, al discutir cualquiera de los problemas que plantea, vemos a los autores saltar de la propiedad a la posesión, del petitorio al posesorio con riesgo de confundir los principios fundamentales de legislaciones, como la nuestra, de tipo eminentemente romanista, sobre todo en el derecho adjetivo.

Es necesario hacer el esfuerzo supremo de la jurisprudencia alemana, más afectada que nosotros por las influencias de la investidura, y encajar en los procedimientos romanos la técnica hipotecaria.

No es la primera vez que en Castilla se presenta el problema, como vamos a demostrar en breves palabras.

Aunque la investidura germánica incorporaba la propiedad a solemnidades y actos exteriores (corporales), se daban casos en que no iba acompañada con el señorío de hecho. Los más característicos de esta *investidura ideal* eran:

- 1.º La adquisición de bienes por sucesión hereditaria.
- 2.º La cesión de bienes intervivos por acto judicial (*auflassung*).
- 3.º La pérdida del goce de una finca por acto violento o desposesión ilegal.

Así como dentro del segundo apartado, ha florecido el derecho hipotecario, se desenvolvió sobre el primero la sucesión mortis causa desde la Edad media.

Nuestro derecho clásico concluyó por aceptar el paso de la pose-

sión desde el muerto al vivo, como los estatutos y ordenanzas franceses, alemanes e italianos. Y al desenvolver esta posesión civil o civilísima, los Comentaristas de las leyes de Toro llegan a conceptos, frases y soluciones cuya continuación debe buscarse en el derecho alemán moderno.

No vacilo en afirmar que Covarruvias, Gómez, Paz, Oroz, Molinas y Llamas entenderían, si vivieran, mucho mejor los estudios de Gierke que los autores y comentaristas del artículo 15 de la ley Hipotecaria de 1909 y que al referirse «a lo establecido por los estatutos de Francia e Italia», y al citar en comprobación de sus asertos «un catálogo de autores extranjeros» daban muestras de una erudición sumamente recomendable en los actuales momentos consagrados a los apuntes y a las Academias preparatorias.

La primera duda que planteaban nuestros juristas era la de «si la posesión que se transfiere por sólo el ministerio de la ley, sin intervención de algún otro extremo de verdadera o fingida aprehensión, es en realidad verdadera y produce todos los efectos de la que se adquiere por la natural aprehensión» (1).

Resuelta afirmativamente la cuestión, surgía el pavoroso problema de «si dos pueden poseer a un tiempo una misma cosa», y aquí estalla la discordia en términos que cierran el camino a toda esperanza de avenencia.

Llamas continúa: «Como por esta posesión civil y natural que se transfiere por ministerio de la ley al inmediato sucesor, ninguna utilidad le resulta si un tercero ocupa o se mantiene en la tenencia de los bienes vinculados, corresponde tratar ahora de los medios de que podrá valerse para conseguir la corporal o material ocupación de dichos bienes.»

¿No parece este párrafo una introducción al estudio de los medios procesales para hacer efectivo el artículo 41 de la Ley Hipotecaria?

En el fondo, se trata siempre de medir la investidura ideal con las reglas romanas. Unos la introducen forzosamente en el concepto de posesión y configuran un ficticio *corpus possessionis* o se contentan con la mera *posibilidad* del señorío real; otros hablan de

(1) Véase la discusión condensada en los Comentarios a la ley 45 de Toro, por Sancho Llamas.

un derecho a poseer. Sólo que, como dice Gierke, de quien tomo estos conceptos (1), la investidura ideal no es ni *possessio* ni *jus possidendi*, y si concedemos valor universal y absorbente a la posesión romana, debemos declarar que la *investidura* es una imposibilidad jurídica.

Sirva de disculpa tal afirmación a todos los que intentamos resolver el enigma.

Por de pronto, la protección posesoria mediante la legítima defensa y los interdictos de retener y recobrar no se explican fácilmente si no son referidos a la posesión física.

Repeler la fuerza con la fuerza (*vim vi repellere licet*), ser respetado, inquietado, amparado o restituído en la posesión (artículo 446 del Código civil), son términos inaplicables a las modificaciones y cancelaciones en el Registro.

Disfrutar la posesión (artículo 447), percibir los frutos (artículo 451), hacer gastos para su recolección, concluir el cultivo (artículo 452), efectuar impensas necesarias, útiles o voluntarias (artículo 453 y siguientes), son conceptos extrahipotecarios. Y permitir la discusión interdictal de los actos registrales, sobre la base de que han sido practicados por mera tolerancia o sin conocimiento del poseedor, o se han llevado a cabo con violencia, para conservar el paralelismo con los tres vicios, *vi*, *clam* y *precario*, raya en los límites de la demencia.

En una legislación como la nuestra, que declara perdida la posesión por abandono, sin necesidad de declaración ante el Registrador, por cesión hecha a título oneroso o gratuito, aunque el Registro nada diga, por la destrucción o pérdida total de la cosa o por quedar ésta fuera del comercio (circunstancias que casi nunca se hacen constar mediante el oportuno asiento) y por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año, ¿nos atreveremos a sostener que la posesión se pierde por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real, o por la cancelación de la inscripción correspondiente, sustituyendo el artículo 460 del Código civil por el 77 de la Ley Hipotecaria?

La posición radical del legislador de 1909 para el que todos los

(1) «Deut. Priv.», II, 194, nota 30.

derechos reales son capaces de producir situaciones posesorias y que, admitiendo la posibilidad de impugnar la inscripción, como inexacta, no permitía, según algunos, discutir la posesión en sus procedimientos característicos, ha de estimarse como uno de los episodios de la lucha de la inscripción contra la posesión. En el último cuarto del pasado siglo, la práctica hipotecaria ha tratado de responder a la vida real, y los Registros rurales de la propiedad se transformaron en Registros de la posesión. Ahora se intenta resolver el problema sustituyendo la protección hipotecaria por la posesoria. Nueva señal de impotencia: se adopta el uniforme y las armas del enemigo para introducir el pánico en sus filas, y la confusión es general.

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

A todo más, podemos conceder a la posesión tabular las características de posesión de buena fe y con justo título, cualificada por la inscripción, siempre que encuentre base suficiente (*corpus*) en la vida real y efectiva. Se presumirá, por lo tanto, que el titular posee por sí mismo y con arreglo a la inscripción, que la posesión ha continuado durante el tiempo de la misma, que es pública, pacífica y no interrumpida.

A este criterio responde la modificación introducida por el Decreto de 13 de Junio último, cuyo alcance, con arreglo al preámbulo, estriba en llevar al juicio petitorio las materias de propiedad, así como al posesorio las de posesión, y en conceder efectos plenos a las declaraciones del Registro en uno y otro, mientras que los Tribunales no declaren que el contenido de la inscripción no es cierto o que hay otra posesión preferente.

Cotejemos los casos de inexactitud estudiados en el anterior trabajo con las situaciones posesorias correspondientes, y veremos con claridad la solución de los problemas.

Enajenación realizada por una persona que lleva los mismos nombres y apellidos del titular.—El tercer adquirente que ha inscrito su título de compra entabla un interdicto contra el dueño, que sigue en posesión de su finca. El juez, sin entrar en el problema de propiedad, falla a favor del último, que hace muchos años posee quieta y pacíficamente la casa y no la ha vendido.

Igual solución se impone en el caso de que un mandatario, a

quien se hubiese revocado formalmente el poder, vendiera una finca que su mandante siguiera poseyendo.

Error en la inscripción.—El derecho de usufructo se ha inscrito por error sobre una finca que pertenece a un legatario, quien con anterioridad ha sido puesto en posesión por un albacea autorizado. El usufructuario reclama la cuasiposesión y el juez, a pesar del Registro, no se la concede.

Documento nulo.—Una persona que ha comprado cierta finca a un heredero voluntario y que se halla hace años en posesión de la misma, se ve demandada en un interdicto de recobrar, por el heredero, instituido en un testamento posterior, que ha logrado inscribir su título. El juez resuelve contra el Registro y remite la cuestión de propiedad al declarativo correspondiente.

Cancelación equivocada.—El nudo propietario de buena fe consigue la cancelación del derecho de usufructo mediante la presentación de un certificado de nacimiento de un hermano del usufructuario que, si viviera, tendría la edad fijada en la inscripción. Ambos hermanos llevaban en el Registro civil el mismo nombre. El juez resuelve a favor del poseedor el juicio posesorio.

En estos supuestos, que damos a modo de ejemplo y para que se vea la amplitud del tema, la cuestión de propiedad puede ser resuelta a favor del propietario o titular hipotecario, pero en el procedimiento posesorio, el Registro no será el factor decisivo.

VI

LA PRESCRIPCIÓN EN EL SISTEMA HIPOTECARIO

Desde el momento en que concedemos a la posesión tabular, encarnada en una tenencia física o en una actuación especial, la categoría de posesión privilegiada, nos vemos llevados a admitir también una usucapión tabular y a tratar de la prescripción en sus relaciones con el Registro.

Tema es éste que ha sido poco discutido en nuestra patria y que, con la legislación de 1909, ha recibido mayores desenvolvimientos de los que pudieran encontrarse en los comentaristas y autores de derecho hipotecario.

Desde luego pueden distinguirse los casos en que la inscripción

ya la posesión marchan paralelamente, de aquellos otros en que hay una manifiesta divergencia entre ambas. Y como el asiento en el Registro puede tener un contenido positivo (inscripción *stricto sensu*) o negativo (cancelación), será posible asimilar el primer presupuesto a la usucapión y este último a la prescripción extintiva o, si se quiere, de acciones.

Así agrupados los problemas, vamos a estudiar rápidamente la

Prescripción.	{	Según el Registro (<i>secundum tabulas</i>)...	{	Adquisitiva (1)
				Extintiva (2)
	{	Contra el Registro (<i>contra tabulas</i>)....	{	Usucapión civil (3)
				Prescripción de la acción civil (4)

(1) *Prescripción según el Registro. Adquisitiva.*—Las declaraciones positivas del Registro, cuando son invocadas por terceros, hacen inútil la mayor parte de las veces el instituto de la prescripción, pero cuando se alegan *inter partes* o cuando el llamado tercero no goza de la protección hipotecaria, dejan un ancho campo a tales normas.

En cualquiera de los casos antes citados de inexactitud del Registro, por no corresponder sus declaraciones a la realidad jurídica, ya sea el vicio del título o de la misma inscripción, podemos encontrarnos con una posesión tabular que, con el tiempo, se transforma en dominio.

El que hace muchos años ha comprado de buena fe a un mandatario cuyo poder estaba revocado, y ha recibido de manos de éste la finca, que desde entonces viene cultivando como propia, no será un tercero hipotecario frente al vendedor y verdadero dueño, pero se halla autorizado para acogerse a la prescripción tabular.

Reúne al efecto los requisitos preceptuados en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, tiene su título inscrito, es reputado poseedor (artículo 41), y además desconoce oficialmente el vicio que invalida la adquisición, por estar bajo la garantía de un funcionario público.

Inscripción y posesión se cubren, y si el tiempo exigido por las leyes ha transcurrido, la defensa del titular ante los Tribunales será relativamente fácil.

El artículo 399 de la Ley Hipotecaria exigía una posesión tabular de treinta años para que la inscripción de posesión se transfor-

más en inscripción de dominio. Este precepto, transcrito de la ley de 21 de Abril de 1909, no se conciliaba mucho con el carácter de poseedor de buena fe atribuido por la misma ley al titular, según el Registro, y de aquí la necesidad de reformar el número 1.º del citado artículo 399 en el Real decreto que comentamos, exigiendo tan sólo el transcurso de diez años desde la fecha de la inscripción.

En la hipótesis de que el derecho inscrito no sea el de dominio, ni un derecho real de los que se adquieren sin *título*, tomando esta palabra en su sentido estricto, creemos igualmente aplicable la doctrina expuesta, toda vez que las inscripciones funcionan reglamentariamente como *títulos*. Pero ha de advertirse que la inscripción fundamental en las servidumbres, es la realizada en el folio del predio sirviente, y que los artículos 539 y 540 del Código civil no se refieren al Registro de la Propiedad.

La usucapión en todos estos supuestos correrá apoyada en la inscripción, con arreglo a sus términos y a la posesión física (artículo 1.949 del Código civil).

Cuáles derechos tienen una situación posesoria correlativa (*quasi-possessio*) y hasta qué punto cabe alegar la prescripción de los no comprendidos en este grupo (por ejemplo: la hipoteca), son cuestiones que reservo a la investigación de los estudiosos.

(2) *Prescripción según el Registro. Extintiva.*—De igual modo que las inscripciones, pueden las cancelaciones ser nulas, falsas o ineficaces, y el titular de una finca o derecho que ha de ser mantenido en su posesión, con arreglo a los términos del Registro que declaran extinguido un gravamen, es asimilable al poseedor que, en el ordenamiento antiguo, se apoyaba en la falta de ejercicio de una servidumbre para pedir que se reputase libre de cargas su derecho de dominio.

Esta prescripción, como la anteriormente examinada, ha de apoyarse en la realidad, es decir: además de la cancelación de la servidumbre en el Registro, exigiremos un estado de hecho correspondiente a la inscripción.

No podemos entretenernos en precisar si la prescripción extintiva en tales casos es más bien una prescripción de acciones (artículo 1.961 del Código civil) que una extinción por el no uso (número 2.º del artículo 546).

La cancelación equivocada en el Registro faculta al verdadero

titular para pedir la reinscripción de su derecho, mientras no haya terceros hipotecarios, y esta acción confesoria tiene su término prescriptivo que ha de contarse desde la fecha del asiento de cancelación. Por otra parte, el estado real de los predios (número 3.º del citado artículo) reforzado por la negativa del Registro, extingue el derecho correspondiente.

(3) *Prescripción contra el Registro. Adquisitiva.*—Pasemos ahora a examinar los casos en que la posesión física actúa frente a la inscripción y termina por perfeccionar una usucapión *contra tabulas*.

Llaman ante todo nuestra atención los supuestos de inexactitud registral, por defectos del título o de la inscripción, acompañados de una posesión física correlativa del verdadero derecho y antitética del asiento vigente. Tengo dos predios (A) y (B) por herencia de mi padre, que lindan con las mismas carreteras y con otras fincas de uno de mis hermanos. Vendo uno de ellos (A), y por error se inscribe sobre el folio del otro (B), la enajenación. Sin embargo, la posesión física corresponde exactamente a las declaraciones del título y el comprador durante muchos años cultiva y disfruta la finca (A). Si a consecuencia de una enajenación que mi acreedor ha provocado en procedimiento de apremio, un tercero adquiere la misma finca (A) e inscribe en el folio correspondiente, ¿quién será el dueño?

El artículo 35 de nuestra Ley Hipotecaria es insuficiente para resolver la mayor parte de los conflictos entre propietario verdadero, titular inscrito y poseedor de buena fe.

Con arreglo a la ley Nacional Prusiana podía ser adquirido un predio por prescripción contra el titular inscrito. Cuando la persona a cuyo favor aparecía la inscripción no era el verdadero dueño, quien adquiriera de él e inscribiera no podía hacer efectivo su derecho contra el *dueño real*, que continuaba en el goce y posesión de la finca.

Las leyes promulgadas en el mismo país durante el mes de Mayo de 1872, conferían únicamente al titular inscrito la propiedad, *mientras viviera*, y sólo por la transferencia registrada permitían que el predio saliera de su patrimonio. Fuera del Registro no se engendraba el dominio, sino en los casos siguientes: cuando la finca no estuviese inscrita, cuando el titular hubiese muerto o cuan-

to la persona a cuyo favor aparecía la inscripción no fuera el verdadero dueño (por ejemplo: en los casos de subasta, expropiación, etcétera, etc.)

Citado queda el artículo 927 del Código civil alemán que señala los requisitos y procedimientos necesarios para que pueda ser privado de su derecho, por vía de edictos, el propietario, desaparecido, de una finca inscrita en el Registro, cuando hubiera sido poseída por otro durante treinta años (1).

En este precepto se inspira la reciente reforma del artículo 450 de la Ley Hipotecaria para resolver la contradicción que existía entre los artículos 24, 41 y 82 de un lado, y la regla segunda del artículo 393 por otro. Según los primeros, no pueden ser anulados ni cancelados los asientos del Registro, cuando el titular no presta su consentimiento, mas que por los Tribunales de Justicia en juicio contradictorio. Según la última, si la finca o derecho real, que han de ser objeto de una información posesoria, resultan inscritos, el Juez declara no haber lugar a practicarla y podrá el interesado justificar su dominio mediante el procedimiento establecido en el artículo 400.

La Dirección encontró muy deficientes las garantías de este texto legal y se negó constantemente a cancelar los asientos de propiedad contradictorios. La nueva redacción permite la inscripción de las informaciones de dominio, aunque en el Registro aparezcan inscripciones contradictorias, siempre que éstas contasen más de veinte años de antigüedad y el titular respectivo hubiera sido citado en debida forma y no hubiera comparecido a formular oposición.

(4) *Prescripción contra el Registro. Extintiva.*—Diferente de los examinados supuestos es el relativo a la prescripción a favor del poseedor de un inmueble, de las acciones emanadas de un derecho real inscrito.

La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito (artículo 128 de la Ley Hipotecaria), pero no estamos autorizados para extender esta norma a todos los derechos reales inscritos; en primer lugar, porque el carácter híbrido de la hipoteca se destaca en el término de los veinte años, y en segundo lugar, porque lo que propiamente

(1) Véase el número 30 de esta Revista, pág. 427.

prescribe es el crédito que arrastra consigo en nuestra legislación al derecho real.

La inscripción en el Registro, como la prescripción, se dirigen al aseguramiento de la justicia, pero mientras la prescripción considera incierto o dudoso el derecho no ejercitado durante largo tiempo, protege el Registro al titular que, por haber observado las prescripciones hipotecarias, mantiene vigentes sus facultades.

Carece, por lo tanto, de base la prescripción en cuanto el asiento conserva vivo el poder jurídico y equivale al ejercicio del derecho o, al menos, anuncia a todos, cuáles son las pretensiones del titular.

Si éste existe y no ha desaparecido, puede comparecer y oponerse a todo intento de cancelación. ¿Bastará con el transcurso del tiempo para que la prescripción de acciones produzca sus efectos y le reduzca a la categoría de un titular nominal de un *dominium sine re*?

Sabido es que la lucha entre el artículo 35 de la Ley Hipotecaria y el 1.959 del Código civil se ha decidido a favor de la prescripción *contra tabulas* de treinta años, ya sobre la base de que por ser extraordinaria no necesitaba título ni buena fe, ya porque la Ley Hipotecaria favorecía al tercero y no lo es el titular respecto del prescribiente.

Aun suponiendo que la posesión tabular introducida por el artículo 15 de la ley de 1909 haya cambiado el planteamiento del problema e imposibilite la aplicación del artículo 1.959, que exige para prescribir una posesión no interrumpida, siempre se alegraría ante los Tribunales españoles el artículo 1.963 del mismo Cuerpo legal con el objeto de paralizar la acción reivindicatoria. Falta en nuestro Código una disposición análoga a la contenida en el artículo 902 del alemán: Las acciones derivadas de derechos inscritos no prescriben.

Sin embargo, este mismo Código permite la prescripción de las rentas exigibles en virtud de un derecho real y la de las servidumbres cuyo ejercicio se haya hecho imposible por las obras efectuadas en el predio sirviente.

JERÓNIMO GONZÁLEZ

(Continuará.)