

El artículo 41 de la ley Hipotecaria⁽¹⁾

(Nuevas impresiones sugeridas por la reforma del artículo 100 del Reglamento.)

La reforma del Reglamento hipotecario, en la parte que se relaciona con el artículo 41 de la ley, hace que de nuevo pida acogida en la Revista, para publicar esta segunda parte de mis *impresiones* sobre la precitada reforma, ya que el desenvolvimiento dado al artículo 100 reglamentario, en el Decreto últimamente publicado, parece dar la razón a las afirmaciones y temores manifestados en mi anterior artículo, aparecido en el número 30 de esta publicación, correspondiente al mes de Junio último.

La importancia de la materia, y la diversidad de opiniones que la nueva redacción dada al artículo 41 de la ley, ha suscitado, está probada con el notabilísimo trabajo de D. Jerónimo González, que vió la luz en el citado número de este periódico, en cuyo estudio, desde campo opuesto al por mí defendido, trata de la reforma con la erudición y competencia tan reconocidas en él, elevando la discusión a una altura, a la que yo no puedo ascender, y quizás por ello juzgue, que amplía demasiado el campo de acción del artículo 41 de la ley, en su redacción primitiva, ya que, en mi modesta opinión, ni el alcance del mismo es tanto, ni tal fué la intención de los legisladores que incorporaron ese principio a nuestra ley, pues, sigo entendiendo, que el único objeto de tal disposición fué el de evitar al propietario inscrito que se veía perturbado, o despojado, o de cualquier forma inquietado en su derecho, que tuviese

(1) Véase el número 30 de esta Revista.

que acudir a los Tribunales de justicia, con el carácter de demandante, ejercitando, ya la acción *interdicial* (1), ya la correspondiente al juicio declarativo oportuno.

No está en mi ánimo entrar en polémica con nadie, y mucho menos con la indiscutible autoridad del Sr. González, respecto del verdadero alcance y significado del primitivo artículo 41, ni de los del reformado; en primer lugar, porque ya he manifestado antes que no me considero capacitado para medir mis armas con aquél; en segundo término, porque a nada conduciría ya esta discusión, después de la reforma del Reglamento, y, por último, porque no

(1) Cordialmente agradezco al Sr. González la previa defensa que de mí ha hecho en las notas a su notable artículo antes citado (páginas 432 y 433 del indicado número de la Revista) contra los pecados de inconsciencia que se me pudieran atribuir; pero me deja al descubierto en cuanto a la arbitrariedad, y neccsito defenderme, puesto que con las notas ha sido llamada la atención de los lectores sobre un detalle lingüístico que de otro modo habría pasado inadvertido.

No juzgo propia de este lugar la controversia, ni me considero capacitado para sostenerla, y por ello me contraeré a exponer las razones de mi manera.

Desde luego me acojo a la declaración de mi querido amigo el ilustre Director de esta Revista, de que la Academia no apadrina ninguna de las dos dicciones: *interdictal*, ni *interdicial*; y esta circunstancia me autoriza a adoptar la que mejor me parezca, pues que estamos en una época de transformación del idioma por tanto, en la que cada cual escribe como se le antoja, inventando neologismos, retorciendo símiles, mudando letras, trasladando significados y alterando regímenes; pero ninguna de las dos formas me seduce, y si he introducido la segunda ha sido en tributo a la tendencia modernista de los que han ideado la primera. En el lenguaje clásico forense debería decirse *interdictorio* (posesorio, interlocutorio, restitutorio) y si se quiere modernizar, mejor regla de transformación es conservar como raíz la palabra, poniéndole la terminación *al*, así: *interdictual*, a ejemplo de usual, contractual, habitual, etc.

Interdicial es una voz áspera, contraria al espíritu del castellano, mientras que *interdicial* tiene la suavidad y dulzura de la *c* ante las vocales *e*, *i*, solas, o formando diptongo entre sí, o con las otras. Y en esta dirección se entendió siempre el uso al traducir del latín; respeto la aseveración de que los modernos latinistas conservan el sonido fuerte de la *t* en *actio*, *gratia*, pero yo, en esta materia, doy más fe a los antiguos, que al castellanizar las locuciones latinas establecieron la equivalencia *t* = *c*; de modo que ahora no se puede decir que *conservan*, sino que *abandonan* el verdadero estilo.

Conste, pues, que no me he dejado guiar por el capricho, y sí por la reflexión, en la forma *interdicial*.

quiero privar a los lectores de la Revista de espacio en el que puedan insertarse trabajos de mayor sustancia y doctrina de las que contienen los que yo pueda producir.

Sin embargo, no he de dejar de manifestar mi opinión de que la reforma, o mejor dicho, el nuevo artículo 100 del Reglamento, ha venido a dejar las cosas como antes estaban, y a darle al artículo 41 de la ley la fuerza y vigor que le concedió el legislador del nueve, y de las que le había privado el Real decreto de 13 de Junio próximo pasado.

La diferencia esencial entre ambos textos, estribaba en que, en el moderno, se había suprimido la prevención del mantenimiento o reintegración judicial por el procedimiento establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, y que, por consiguiente, y con arreglo a los rectos principios de hermenéutica legal, había que considerar que, desde la promulgación de la reforma, se había hecho imposible la utilización del trámite de posesión judicial en actuaciones de jurisdicción voluntaria. La enjundia del artículo 41 era esa, y si se la suprimía (y el citado Real decreto la suprimió) no quedaba nada de aquél, al menos en lo esencial, lo inmediato, lo tangible (1).

La nueva redacción dada al artículo 100 del Reglamento, no sólo consiente que se pueda pedir la posesión judicial, aun en los casos en que proceda el interdicto de adquirir (antes había diversidad de opiniones sobre ello), sino que preceptúa que se dará siempre, y aunque se formule oposición, estableciendo, para este caso, los trámites que hay que seguir para formalizarla y contestarla, y remitiendo luego para la discusión y resolución oportunas a la tramitación propia de los interdictos de adquirir.

Siempre estimé que las interpretaciones, dudas y oscuridades que pudiera ofrecer el artículo 41 de la ley del nueve, debieran ser resueltas por procedimiento reglamentario, mediante la fijación de uno especial para el desenvolvimiento debido del precepto de la

(1) Tan común ha sido esta opinión entre la mayoría de los Registradores, y muy principalmente entre los que simultanean el ejercicio del cargo con el de la profesión de abogado ante los Tribunales, que, no hace mucho, me decía un ilustre compañero, ya jubilado: «Tal han dejado el artículo 41, que ya no pienso llevar a inscribir más bienes, y aconsejaré a mis hijos la misma conducta, pues nos han matado el Registro.»

ley, y en este sentido me pronuncié en la Memoria reglamentaria en que se trató de esta cuestión. Así, pues, no es de extrañar que me muestre casi conforme con el nuevo artículo del Reglamento, pues con su orientación lo estoy en absoluto; y mi discrepancia estriba sólo en cuestión de procedimiento, por estimar que no es el adecuado el que se fija para resolver la oposición que a la posesión judicial obtenida se haga, ya que entiendo que desde el momento en que se va a discutir quién es el poseedor de mejor derecho, deben admitirse todos los medios de prueba, y no dejar éstos reducidos a los propios del interdicto de adquirir. Además, y puesto que es cuestión de derecho la que hay que resolver, parece lo lógico que, después de practicada la prueba pueda hacerse el resumen de ésta y alegar en derecho con relación a la misma; y esto no cabe en el juicio verbal en que se prescribe se desenjuicie la oposición. Hubiera sido mucho mejor, a mi entender, que se hubiera sujetado la tramitación de la oposición, una vez evacuada la contestación al escrito inicial, a la establecida para los incidentes en la ley de Enjuiciamiento civil, ya que en ella se da la amplitud suficiente a las pruebas y alegaciones.

Algunos cabos sueltos quedan con la redacción que se ha dado al artículo, que pueden ser causa de dificultades que se presentarán en la práctica. Así, por ejemplo, parece que la oposición haya de hacerse antes de darse la posesión, pues no otra cosa significan las palabras *sin perjuicio de dar la posesión pedida*. ¿Y si se manifiesta después de dictado el auto ordenando dar la posesión en el instante material de darla, o después de realizada la diligencia? ¿Ya no será de aplicación lo preceptuado en el citado artículo? Si este no es de aplicación, ¿se habrá de acudir al juicio ordinario? ¿Dentro de qué plazo?

Hubiera sido preferible que todo esto hubiera quedado bien puntualizado, estableciendo, por ejemplo, que dentro de los quince días siguientes al de haberse dado la posesión pudiera formularse oposición a ella, y que, transcurrido este plazo sin haberlo realizado, quedaría caducado el derecho del que hubiese sido desposeído para formularla en ninguna clase de juicio.

Conforme al nuevo texto del artículo 41 de la ley, la presunción en el mismo establecida subsistirá mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con

la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición, a tenor del artículo 445 del Código civil. Es decir: que en uno u otro caso la declaración de los Tribunales ha de ser la de la existencia de un derecho preferente al del titular inscrito, y en este sentido parece que la sentencia que se dicte lo haya de ser en trámite de juicio de derecho.

Según el artículo 100 del Reglamento, la oposición que a la posesión pedida y conferida se formule, ha de ser tramitada por el juicio verbal del interdicto de adquirir, y la sentencia que se dicte habrá de contener uno de los dos pronunciamientos a que se refiere la última parte del artículo 41 de la ley. ¿Qué fuerza se ha de conceder a estas sentencias? ¿Tendrán virtualidad suficiente para cerrar el paso al juicio ordinario correspondiente, caso de que el perjudicado por ella lo quisiera promover? Si a la teoría general de los interdictos nos atenemos es indudable que no, pero si atendemos a la letra y al espíritu del artículo 41, hay que pronunciarse por la afirmativa.

Dada la importancia del artículo 41, más que hacer referencia a la ley de Enjuiciamiento civil, hubiera sido mejor establecer un procedimiento especial para su desenvolvimiento, en el que se hubieran tenido en cuenta todas las particularidades que apuntadas quedan, y las demás que un detenido estudio de la cuestión pudiera sugerir; y del mismo modo que se estableció un procedimiento especial para el ejercicio de la acción hipotecaria, hubiera podido establecerse otro para el de la conferida por el artículo 41.

La reforma de este último no tuvo más fin que el de corregir y evitar los abusos que a la sombra del primitivo texto pudieran cometerse, desnaturalizando su verdadero sentido. Se decía que se utilizaba para ejercitar el desáucio (1); para pedir la posesión

(1) Corresponde al castellano el inérito de escribirse como se pronuncia y con un valor único de cada letra, habiendo desaparecido la duplicidad de la *x*, quedando sólo las dudas respecto a la sílaba *ge* o *je*, y la excepción de la *h* muda. Siguiendo dicha regla, afirmo que debe escribirse *desáucio*, porque así, haciendo sonido del diptongo *au*, y cargando el acento sobre la *á*, es como todo el mundo pronuncia, no sólo ese sustantivo, sí que también su verbo *desáuciar*. Dice el Sr. González, en su segunda nota, que el *pueblo* *virgen* se para la vocal fuerte de la débil, como en *ahumar*. *Pro me laboras*.

La *h*, con efecto de diéresis, disuelve el diptongo, o lo impide. En el ejemplo alegado, la *h* sustituye a la *f* (como en *zaherir*, *ahondar*, *ahijar*), y des-

de una finca vendida, etc. Estos eran los principales males que, al decir de sus detractores, tenía la facultad de pedir la posesión judicial, y no admitir la oposición que se hiciera. El inquilino, el arrendatario, el colono, hasta el verdadero poseedor, podían ser atropellados. Había que acabar con este estado de cosas, y se modificó el artículo, suprimiendo de él lo que de esencial tenía. Pero viene la reforma del Reglamento, y se concede de nuevo la facultad de pedir la posesión judicial, y se determina que se dé, no obstante la oposición que se haga... Quedan, pues, las cosas lo mismo que antes estaban, con los mismos peligros, los mismos defectos y los mismos abusos posibles..., y con el semillero de pleitos y cuestiones a que las dudas y lagunas antes apuntadas puedan dar lugar, dejando ancho campo a los Tribunales para que puedan hacer uso de sus facultades interpretadoras de la ley. Esta debe ser tan clara y precisa, que no dé lugar a interpretaciones varias, y cuando su reforma se acomete debe ser con el fin de huir, en lo humanamente posible, de aquellas. En el presente caso no ha sido así, y como la reforma de la ley, completada con la de su Reglamento, plantea nuevas cuestiones que los Tribunales serán los encargados de resolver, y habrá de transcurrir mucho tiempo hasta que la jurisprudencia se unifique, de aquí que ponga fin a éstas líneas manifestando mi sentir de que la reforma hecha en la ley Hipotecaria, en cuanto al punto concreto a que me he venido refiriendo, no sólo no ha servido de nada para el fin que

aparecida esta letra, quedaría *aumar*, que el *vulgo virgen*, seguramente pronunciaría, diptongando *umar*. En nuestro caso, metida la *h* entre la *a* y la *u*, fuerza a leer, deletreando, des-a-ú-cio, contrariando o destruyendo la eufonía de la palabra.

Hace tiempo que se trató de explicar esta anomalía etimológicamente, y de allí vino lo de *desafidutiare*, *desafutiare*, *desafútio*. Prescindo de la legitimidad de ese latín, que se me antoja macarrónico (tal vez porque no soy latinista, ni moderno ni antiguo), y vuelvo a mi tema fonético: *desafútio* tiene el acento en la *u*, y todos lo pronunciamos en la *a* del diptongo.

No trato de convencer a nadie, pero me mantengo y me ratifico en *mis trece*, por la persuasión adquirida, en virtud de las razones que para explicar la ortografía de esta palabra expuso mi señor padre, D. Víctor Navarro y Reig, al tratar del juicio de *desáucio*, en su obra «Práctica de los Juzgados municipales» (Valencia, 1894.)

sus autores perseguían, sino que ha sido perjudicial, por cuanto, dejando el camino expedito para caer en los mismos defectos que antes existían, crea nuevos conflictos que habrán de resolver los juzgadores, según su particular criterio.

A D I C I O N

Escritas las precedentes líneas, llega a mis manos el magistral trabajo que, referente a la reforma del artículo 41 de la ley Hipotecaria, inserta la *Revista de Derecho Privado* (números 166-167. Julio-Agosto 1927), debido a la pluma del notable publicista y culto Registrador de la Propiedad, D. Carlos López de Haro.

Estudio completísimo, profundo, metódico, de lo que el citado artículo es y significa, antes y después de su reforma, y de las razones que determinaron su incorporación a nuestra ley, merece ser leído y meditado por cuantos quieran formarse, un cabal concepto de la cuestión debatida, ya que en él han de encontrar resueltas con claridad meridiana la casi totalidad de las dudas existentes, tanto respecto del texto antiguo como del moderno.

Cábeme la honra de coincidir en absoluto con tan ilustre y querido compañero en la mayoría de los puntos de vista que expone y en las apreciaciones que hace, y sólo he de oponer algún reparo a ciertas afirmaciones suyas, que están en abierta contradicción con las por mí sustentadas de antiguo. Una de ellas es la de que, según el Sr. López de Haro, la presunción posesoria que establece el articulado de la ley, es *juris et de jure*, en tanto que yo he entendido siempre que no alcanza esa categoría, sino la más modesta de *juris tantum*.

Entiende el citado autor, que la presunción es *juris et de jure* porque radica en la inscripción, y ésta podrá ser controvertida, pero la posesión que la ley le atribuye no es posible controvertirla; y después añade que si los artículos 15 y 41 (de las leyes de 21 de Abril de 1909 y del texto definitivo, respectivamente), no empleasen las palabras *se presume*, no diría que establecen una presunción, sino que hacen una declaración terminante y categórica.

Para mí, y según repetidamente tengo manifestado en distintas ocasiones, la referida presunción es *juris tantum*, ya que contra ella,

en uno u otro momento, cabe la prueba en contrario ; lo que no es posible en las de *juris et de jure*. Las que tienen este carácter, son permanentes, inatacables, y como no admiten prueba en contra, los Tribunales no las pueden discutir. Si la presunción de que nos venimos ocupando fuera de tal índole, la posesión conferida al titular inscrito sería incontrovertible, inatacable, y ni aun en el juicio ordinario cabría volver sobre ella.

No desconozco que son en gran número los partidarios de la teoría sustentada por el Sr. López de Haro, respecto de la naturaleza de la presunción establecida por el artículo 41 de la ley, pero estimo que si esta era cuestión opinable con el texto antiguo, no puede serlo con el nuevo, puesto que la presunción cede ante cualquiera de las declaraciones de los Tribunales, a que hace referencia el último inciso del artículo.

Tampoco estoy conforme con la interpretación dada a la última parte de la reforma del repetido artículo, al estimar que ordena que el que pretenda ir contra esa posesión (la de quien tiene inscrito) ha de entablar demanda ante los Tribunales, para que hagan una de las declaraciones del último inciso.

Si se tiene en cuenta que el principal fin de la reforma fué el de atenuar (digámoslo así) los rigores que se creían ver en el texto antiguo, la interpretación apuntada es inadmisible, puesto que, en vez de mitigar, lo que haría sería *remachar el clavo*, como vulgarmente se dice. Y no es que crea que esa interpretación no debiera darse, pues, por el contrario, estimo que eso es lo que debiera ser, sino que como creo que la interpretación justa de las leyes debe buscarse colocándose en el lugar del legislador, y teniendo en cuenta las circunstancias y principios que presidieron a su elaboración, atendiendo a ello, es muy difícil que la comentada interpretación pueda prevalecer. Así parece también darlo a entender la reforma del Reglamento, al tratar del juicio en que la oposición a la posesión conferida haya de tramitarse, pues excluye todas las formalidades de un juicio de derecho, que es el que sería procedente, según más arriba he manifestado.

Y como la *post data* va resultando casi tan larga como la carta, hago punto final, no sin antes advertir que las discrepancias apuntadas, como algunas otras que pudiera manifestar acerca de los artículos reglamentarios que propone el autor del trabajo a que

me refiero en estos renglones, no tiene más objeto que el de explicar la razón de algunas opiniones mías (que por ser más carecen de autoridad) expuestas en anteriores ocasiones, pero sin que ello signifique empeño de empequeñecer ni menoscabar el notabilísimo estudio que ha dado origen a estos renglones.'

JOAQUÍN NAVARRO Y CARBONELL.

Registrador de la Propiedad.

BANCO HISPANO-AMERICANO
 CAPITAL: 100 000 000 DE PESETAS

Domicilio social: **Plaza de Canalejas, 1. MADRID** Sucursal del Sur: **Duque de Alba, núm. 15.**

SUCURSALES Y AGENCIAS

Albacete, Alcira, Alcañiz, Alcoy, Alicante, Almería, Antequera, Aranda de Duero, Badajoz, Barbastro, Barcelona, Béjar, Bilbao, Burgos, Cabra, Cáceres, Cádiz, Calahorra, Calatayud, Caspe, Castellón de la Plana, Cartagena, Córdoba, Coruña, Don Benito, Ejea, Ejea de los Caballeros, Elda, El Ferrol, Estella, Fitero, Gáldar, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Jálama, Jerez de la Frontera, Jumilla, La Palma del Condado, Las Palmas, Linares, Logroño, Mahón, Málaga, Medina del Campo, Medina de Rioseco, Mérida, Monforte, Motril, Murcia, Olot, Onteniente, Orense, Palma de Mallorca, Pamplona, Plasencia, Pontevedra, Ronda, Sabadell, Salamanca, Sanlúcar de Barrameda, Santa Cruz de la Palma, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Santiago, Sevilla, Soria, Tafalla, Tarrasa, Teruel, Torrelavega, Tudela, Tuy, Utrera, Valdepeñas, Valencia, Valladolid, Vélez Málaga, Vigo, Villafranca del Panadés, Villagarcía, Villarreal, Villena, Viveiro, Zafra y Zaragoza.

Realiza, dando grandes facilidades, todas las operaciones propias de estos Establecimientos, y en especial las de España con las Repúblicas de la América Latina.—Compra y vende por cuenta de sus clientes en todas las Bolsas toda clase de valores, monedas y billetes de Bancos extranjeros.—Cobra y descuenta cupones y amortizaciones y documentos de giro.—Presta sobre valores, metales preciosos y monedas, abriendo cuentas de crédito con garantías de los mismos.—Facilita giros, cheques y cartas de crédito sobre todas las plazas de España y extranjero.—Abre cuentas corrientes con y sin interés.—Admite en custodia en sus cajas depósitos en efectivo y toda clase de valores.

Departamento de Cajas de seguridad para el servicio de su clientela, abiertas desde las ocho de la mañana a las nueve de la noche.

Dirección telegráfica: **HISPAMER**