

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

I

SUSTANTIVIDAD DE LA INSCRIPCIÓN

El artículo 15 de la ley de 21 de Abril de 1909, que, con ligero retoque, fué incluido como artículo 41 en la vigente edición de la ley Hipotecaria, pareció desde un principio al insignificante autor de estos renglones, desproporcionado a las líneas generales del sistema inmobiliario español y llamado a provocar inmediatos conflictos.

Conceder a la inscripción de golpe y porrazo no sólo la fuerza legitimadora del derecho real, sino la energía de un título posesorio incontrovertible, cuando los especialistas lamentaban la decadencia del Registro de la Propiedad, el desdén de los Tribunales por la institución y la indiferencia del país en materia hipotecaria, equivalía a buscar por desusados y peligrosos senderos el vigor de un cuerpo que no necesitaba otros reconstituyentes que el juego natural de sus articulaciones y el normal empleo de su actividad.

Ciertamente, no pensábamos que las indicaciones hechas en tal sentido al Sr. Pazos y a los entusiastas Registradores que con el señor Martínez Pardo habían logrado la introducción del precepto en el Dictamen de la Comisión del Congreso, hubieran de recibir una confirmación tan categórica en menos de veinte años.

La sustantividad de la inscripción, entendida a la manera de

las antiguas leyes de Hamburgo, Luteck, Mecklemburgo y Sajonia, que otorgaban fuerza de *cosa juzgada* a los pronunciamientos del Registro, había sido abandonada por el Código civil alemán y por el recién votado Código civil suizo.

Según el artículo 891 del Código civil alemán, si en el Registro aparece inscrito un derecho real a favor de una persona, se presume que le corresponde; si aparece cancelado, se presume que no subsiste.

«Esta presunción, que se extiende a la propiedad y a todos los derechos reales, distingue este ordenamiento del régimen mobiliario, en el que la presunción a favor y en contra de cualquiera persona se deriva de la posesión, y puede en todo caso ser desvirtuada por la prueba en contrario. Su principal energía se desenvuelve en el derecho procesal. Quien tenga inscrito el dominio o un derecho real, puede, sin más que invocar el asiento del Registro, ejercitar todas las acciones reales y personales que del dominio o derecho inscrito se deriven, y esperar la contraprueba de que él no es propietario o de que el derecho no existe o no le pertenece» (1).

No tiene otro alcance el artículo 937 del Código civil suizo, aunque su alusión a las *acciones posesorias* haya confundido a algún comentarista.

«Del mismo modo que la posesión en cuestión de muebles, la inscripción en el Registro de la Propiedad crea en materia inmobiliaria una presunción en favor de la existencia del derecho inscrito. Quien está inscrito en el Registro como propietario, titular de una servidumbre, acreedor hipotecario, etc., se presume que tiene esta cualidad hasta que se haya probado la inexactitud de la inscripción» (2).

En ninguno de los dos Códigos citados se prescinde de la posesión extra-registral. Basta hojear una obra cualquiera de Derecho civil para comprender el importante papel que la institución juega en el sistema hipotecario.

Uno de los tratados más familiares al estudiante alemán de Derecho inmobiliario, *Das Liegenschaftsrecht* de Turnau-Förs-

(1) Gierke: *Deut. Priv.*, II, 325.

(2) Wieland: *Les droits Réels dans le C. c. s.*, II, 430.

ter, después de hacer constar con una concisión que acredita la evidencia del aserto, que la posesión no se inscribe en el Registro (1), entra en el comentario de los artículos 854-872 relativos al concepto, adquisición, término, protección y clases de la posesión, con especial referencia a los inmuebles. Las diferencias entre la custodia de muebles y tenencia de fincas no borran el común denominador de la doctrina romana, aceptada con ligeras variantes.

Por otra parte, la inscripción conserva algunos de los antiguos fueros, aun contra el Registro, y de ello son prueba evidente los artículos 900 y 927 del Código civil alemán, cuyo respectivo tenor es el siguiente :

«Quien está inscrito en el Registro como propietario de una finca, sin haber adquirido la propiedad, deviene propietario cuando la inscripción subsiste treinta años y él durante este tiempo ha poseído como propina la finca».

«El propietario de un inmueble puede ser privado de su derecho por vía de edictos, cuando la misma finca ha sido poseída por otro como propia durante treinta años. Este plazo se contará como en la prescripción de cosas muebles. Si el propietario se halla inscrito en el Registro, el procedimiento por vía de edictos no podrá tramitarse, a menos de que haya muerto o desaparecido, y siempre que no se haya practicado en los últimos treinta años ninguna inscripción que necesitase el consentimiento del propietario».

Un poco más dudoso se presenta el Código civil suizo, y acaso la letra del artículo 937 haya confundido a nuestro legislador, que si por una parte conocía el texto oficial de 24 de Diciembre de 1907, ignoraba, por otra, su alcance y desenvolvimientos prácticos, porque no ha entrado en vigor hasta 1912.

Sobre este particular he de repetir lo que hace algunos años he escrito : (2)

«Surge una distinción inevitable, nos dice la Exposición de Motivos del Anteproyecto (3), según la naturaleza misma de las cosas, entre las reglas adecuadas a los muebles y las que están

(1) Erster Absch ; págs. 62 y sig.

(2) En mis *Estudios de Derecho hipotecario*, pág. 261.

(3) *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département Fédéral de Justice et Police*. Berna, Büchler et Co., 1902, pág. 240.

destinadas a los inmuebles. En materia de transacciones mobiliarias, puede uno contentarse con admitir el poder de hecho, la potestad exterior sobre la cosa, la posesión, como la forma única de la manifestación de un derecho real. Siendo el poseedor el dueño de la cosa, está autorizado para obrar como tal respecto de cualquier tercero de buena fe, sin que este último pueda sufrir ningún daño. La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los bienes inmuebles, en los que la posesión no puede tener la misma importancia porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. ¿Qué significa ocupar un inmueble, habitar una casa, en comparación con la omnipotencia del poseedor de una cosa mueble? Este puede enajenarla, abandonarla, transformarla, destruirla, mientras que el poseedor del inmueble puede tan sólo gozarlo o excluir a otro o quizá modificar la superficie de la finca poseída. Así, tiene distinto valor, según se trate de inmuebles o muebles, la circunstancia de que la posesión o el goce virtual no puede ser expresado completamente por medio de una ficción, y si la idea de la manifestación exterior de los derechos reales ha de ser consagrada, esto no es realizable más que instituyendo formas especiales por las cuales los derechos reales sobre los inmuebles pueden ser percibidos por los sentidos. Dichas formas son entonces constitutivas del derecho. Quien se aprovecha de ellas puede ser considerado, por cualquier tercero de buena fe, como titular verdadero del derecho. Las formas inmobiliarias consistirán en actos emanados de una autoridad pública, en signos colocados en el inmueble mismo o en una inscripción sobre los Registros oficiales. Tendrán siempre una doble finalidad: por de pronto, la constitución del derecho real sobre el inmueble; después, su manifestación general y cierta».

«En su consecuencia, el articulado adopta la posesión como la base normal de la adquisición, transmisión, prescripción, constitución de prenda o establecimiento de usufructo sobre muebles, mientras fundamenta sobre el Registro (*Grundbuch*) el régimen de los derechos reales inmobiliarios; y lo mismo que a la posesión de aquellos une presuntivamente la existencia del derecho co-

responsiente y los efectos de la buena fe, liga a la inscripción análogas consecuencias por lo que toca a las fincas».

«Se engañaría, no obstante, quien supusiera que ambos medios legitimadores actúan en compartimientos estancos, de manera que la posesión no desempeña ningún papel en el régimen hipotecario, ni en el Registro en el ordenamiento mobiliario».

«La posesión es un elemento indispensable para la ocupación y para la usucapión, tanto de los bienes inmatriculados como de los que no lo estén. El poseedor de una finca, goce o no de inscripción a su favor, puede rechazar por la fuerza todo despojo o perturbación, exigir la restitución y pedir que cesen los actos perturbadores, que se prohíba causarlos y que se reparen los daños».

«En efecto, el artículo 937 del texto examinado preceptúa que cuando se trata de inmuebles inmatriculados en el Registro, la presunción del derecho y las acciones posesorias tan sólo pertenecen a la persona inscrita, mas el que tenga el señorío efectivo del inmueble, puede, sin embargo, accionar por causa de usurpación o perturbación».

«Interpretando este artículo, que tan enorme influencia (1) ha ejercido en los promotores del artículo 41 de nuestra ley Hipotecaria, dice Wieland :

«En su consecuencia, se puede admitir que, por regla general, el titular de la inscripción lo es también del derecho real. Viceversa, la posesión, en materia de inmuebles, no es un indicio del derecho del poseedor, porque la transferencia de la propiedad no necesita el traspaso de la posesión. Así, la inscripción tiene para la reclamación de los derechos inmobiliarios, la misma importancia que la posesión para la reclamación de los derechos sobre los bienes muebles, es decir, para las *acciones fundadas sobre la posesión*. Es preciso entender aquí la acción por medio de la cual

(1) Refiriéndose a los artículos 15 y 16 de la ley de 21 de Abril de 1909 (41 y 24 de la edición vigente de la ley Hipotecaria), dice el señor Aragnés (Modificación de algunos artículos de la ley Hipotecaria. Madrid, Góngora, 1909, pág. 78): «Desgraciadamente, ni este artículo ni el anterior han expresado fielmente el pensamiento del legislador. Ha sido la idea de sus autores implantar los efectos de los artículos 7 de la ley de Prusia de 1872, el 43 del Acta Torrens, el 937 del Código civil suizo».

se invoca un derecho real, derecho de propiedad o de otra clase, pero apoyándose sobre su apariencia externa tal y como resulta de la inscripción». «El que ejerce sobre un inmueble el señorío de hecho, tiene el derecho de ejercer una acción fundada sobre la desposesión arbitraria o la perturbación causada a su posesión». En aquellos supuestos, se hace valer una acción real (reivindicatoria, negatoria, confesoria); en los últimos, una acción posesoria». (1).

»Con análogo criterio, después de preguntarse qué significa la frase *acciones posesorias*, contesta Rossel y Mentha (2): «En nuestra terminología llamamos así precisamente a las acciones sometidas a un procedimiento sumario, nacidas de un hecho de usurpación o perturbación, que nuestro artículo permite ejercer a quien tiene el señorío de un inmueble, aunque esté inmatriculado, y aquél mismo no se halle inscrito (como titular) en el Registro. A tenor del segundo párrafo, el arrendatario, por ejemplo, puede accionar por causa de la usurpación o perturbación; luego las acciones posesorias del primer párrafo, que el arrendatario no puede ejercer, son distintas necesariamente de los remedios posesorios por causa de usurpación o perturbación.» Por eso concluyen asegurando que bastaba con que el texto dijese: «Si se trata de inmuebles inmatriculados en el registro, la presunción de derecho pertenece únicamente a la persona inscrita».

»Es la misma manera de discurrir que en la Exposición de Motivos (3). «La forma del derecho es distinta para los inmuebles y reside en la inscripción en el Registro que crea la indicada presunción de propiedad. Sin embargo, el proyecto no ha proclamado, *expressis verbis*, que el que esté inscrito como propietario de una finca es su poseedor. Seguramente está asimilado al poseedor de una cosa mueble respecto a las consecuencias jurídicas de que acabamos de hablar. Ahora bien, la posesión efectiva de los inmuebles no carece de importancia legal, puesto que el poseedor, aun no inscrito, puede oponer la fuerza a todo acto de usurpación. Esta facultad pertenece al poseedor de una cosa mueble, sin que

(1) *Les droits réels dans le Code c. s.*, II, págs. 430 y sig. Traducción de H. Bovay. París, Giard et Briere, 1914.

(2) *Manuel du Droit civil suisse*, II, pág. 356.

(3) *Exp. des Motifs*, pág. 707.

tenga que invocar el derecho en cuya virtud posee, y sin que se refiera a la presunción de propiedad. Lo mismo pasa en el caso de posesión efectiva de un inmueble. Así, pues, la inscripción tiene exactamente aquí el mismo valor que la invocación de un derecho real o personal sobre un mueble, combinada con la posesión.»

«Profundiza con mayor decisión Tuor en este campo de la posesión, y después de separar las acciones propiamente posesorias (*Besitzesschutzklage*, acciones protectoras de la posesión), de las que trascienden (1) al derecho objeto de posesión (*Besitzesrecht-sklage* = acciones del derecho posesorio), fija así los caracteres distintivos:

1.º La acción *protectora* se da contra un hecho prohibido, esto es, por un ataque positivo a la esfera posesoria del actor. La acción *jurídica* es, además, posible en casos en los cuales la pérdida de la posesión no es motivada por acto justo. Se concede, por ejemplo, cuando pierdo mi reloj en el bosque, y el que lo halla se niega a devolverlo, o cuando he confiado mi cosa a una persona que la enajena a un tercero de mala fe.

2.º La acción protectora se funda, tanto para los muebles como para las fincas, en el hecho de la posesión como tal. La acción jurídica solamente se une a la posesión en los muebles, pues, respecto de las fincas, la presunción de que existe el derecho afirmado, solamente puede ser invocada por el titular inscrito en el Registro. El mero arrendatario está obligado a ejercer la acción protectora de la posesión.

3.º A la acción protectora, salvo una ligera variante, no puede oponerse la excepción de mejor derecho, mientras ha de permitirse sin limitación contra la presunción jurídica. No siempre triunfa el poseedor, sino quien ha demostrado el mejor derecho».

4.º «El plazo para el ejercicio de la acción protectora de la posesión es muy corto. La acción jurídica de presunción tiene, por el contrario, largo plazo. No caduca, sobre todo cuando se dirige contra un poseedor de mala fe; por ejemplo, contra un ladrón o un encubridor; caduca a los cinco años cuando se trata de cosas robadas, extraviadas o cuya posesión se ha perdido involuntariamente.

(1) *Das neue Recht*, pág. 329 y sig.

También encontramos en el Código civil suizo normas parecidas a las del Código alemán sobre posesión *ad usucapionem*.

Art. 661. Los derechos del que aparece inscrito sin causa legítima como propietario de un inmueble no pueden ser impugnados cuando ha poseído el inmueble de buena fe, sin interrupción y pacíficamente, durante diez años.

Art. 662. El que ha poseído durante treinta años no interrumpidos pacíficamente y como propietario una finca no registrada, puede pedir su inscripción como propietario.

«El poseedor puede, en iguales condiciones, ejercitar el mismo derecho respecto a un inmueble cuya inscripción no revele el nombre del propietario, o cuando éste hubiese fallecido o sido declarado ausente si han transcurrido treinta años».

Creemos en su consecuencia estar autorizados para afirmar, contra las inexactas afirmaciones de los enamorados de la *substantividad* absoluta de la inscripción, que los Códigos civiles alemán y suizo no sólo conceden un extraordinario valor a la posesión de inmuebles en cuanto se refiere a su protección *ad interdicta*, sino también para confirmar o cancelar el contenido de los asientos hipotecarios *ad usucapionem*.

II

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41

El marasmo en que habían caído los estudios hipotecarios a principios de este siglo, la indiferencia, cada vez mayor, de la conciencia popular en esta materia, la falta de intuición en los Gobiernos y los escasos conocimientos inmobiliarios de los Tribunales justifican el descontento con que fué recibido y desenvuelto el texto del artículo 41, hoy derogado.

Por de pronto, nadie pensó en llamar la atención sobre el valor justificativo o legitimador de la inscripción ni sobre sus funciones procesales en el procedimiento declarativo. Todos se volvieron hacia la orientación interdictal (1) como si se tratase de hacer retroceder dos mil años a la técnica jurídica.

(1) La Real Academia no recoge la forma adjetiva *interdictal* ni *interdiccial*, empleada por el señor Navarro, como jurisconsulto purista. Sin

Conocidas son de todos las extraordinarias afirmaciones del señor Martínez Pardo en el prólogo a la obra del Sr. Higuera sobre la reforma hipotecaria y el intento de otorgar al procedimiento regulado en el Título XIV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil un valor incontrovertible para decidir la situación posesoria.

Más tarde vinieron las dudas sobre la naturaleza de la presunción: *si juris et de jure*, con verdadera ficción jurídica, o *si juris tantum*, que cedía ante la prueba contraria. Dividiéronse los Tribunales en este particular, y aun los predispuestos a admitir prueba contra la posesión del titular inscrito, se separaron de nuevo al discutir el momento y la forma en que la oposición podía admitirse y las consecuencias de la contradicción formalizada, sosteniendo unos, con la teoría clásica, que el procedimiento de jurisdicción voluntaria se transformaba en contencioso con arreglo al artículo 1.817, e indicando otros que este acto concreto de jurisdicción voluntaria, como los regulados en los artículos 2.175 y siguientes de la Ley procesal, se hallaba dotado de una especial fuerza coercitiva que anulaba las declaraciones del opositor.

Tales divergencias salieron a la superficie en el extracto de las Memorias que los Registradores elevaron a la Dirección sobre el tema que discutimos (Anuario 1917) y dieron como inmediato resultado el desprestigio de la norma contenida en el enigmático artículo.

Pero, poco a poco, y a la sombra del juicio de desahucio (1) fué abriéndose camino la idea de que la inscripción en el Registro

dejar de reconocer el parentesco íntimo de estas palabras con *interdictio*, nos inclinamos más a la primera, porque Ulpiano dice *edictalis*, y el grupo *et*, cuando no se transforma en *ch* por el pueblo, sigue con sonido dental fuerte. Además, los modernos latinistas conservan el sonido fuerte de la *t* en *dictio*, *gratias*, etc.; los italianos dicen *interdittale*...

(1) Con pleno conocimiento de que la Real Academia escribe desahucio (con *hache*), nuestro culto colaborador el señor Navarro pone *desaúcio*. La pronunciación de la palabra en nuestro foro es, indudablemente, la que corresponde a esta manera de escribir; pero el pueblo *virgen* separa la vocal fuerte de la débil, como en ahumar. Acaso valdría más corregir la prosodia que la ortografía, ya que el término viene de *desafiduciane*, *desafutiere*, *desafutio*.

llevaba consigo la posesión de la finca y provocaba el lanzamiento inmediato de quien poseyera sin título.

Así, el Tribunal Supremo, que en sentencia de 6 de Octubre de 1915, había aplicado al procedimiento regulado en el Título XIV Libro III de la ley de Enjuiciamiento civil, el precepto del artículo 1.817 de la misma, para convertir en contencioso el acto de jurisdicción voluntaria, en cuanto se formalizaba oposición por el poseedor real; que en 15 de Diciembre de 1916 pone de relieve los efectos de la posesión civil continuada por largo tiempo; que en 6 de Febrero de 1917 niega el carácter de tercero a quien contrapone posesión registral a posesión efectiva; que en 8 de Febrero de 1921 interpreta los términos del repetido artículo 41 en el sentido de que la inscripción lleva consigo la presunción de que se posee, pero no una posesión real y efectiva, y que en 24 de Enero de 1922 asegura ya que la posesión judicial conferida con arreglo al mismo artículo, vale muy poco si no altera la llevanza o tenencia material, comenzó en estos últimos años a reputar que la posesión del cultivador sin título, que no paga renta ni merced, se aproxima cuando se halla en contradicción con el Registro al *precario*, y justifica por su menguada virtualidad el lanzamiento decretado en juicio de desahucio.

En el primitivo derecho romano, se designaba con el nombre de precario a todo lo que el patrono concedía a un cliente para su uso y a su ruego (*preces precarium*). De la relación social en que ambas personas se encontraban, surgía la posibilidad de que estas concesiones fuesen revocadas, sin necesidad de previa estipulación, porque el patrono no podía obligarse respecto de su cliente, ni éste respecto de su patrono. Frente a terceros, el cliente se defendía con toda clase de remedios procesales, mientras que frente a su patrono, se desvanecía su resistencia.

Para la existencia de esta situación posesoria se necesitaba, según el derecho clásico, una súplica del precarista (*precario rogatio*) y el otorgamiento del objeto pedido (*precario concessio*).

Dentro de estas líneas se desenvolvió la primitiva enfiteusis y una gran parte del derecho agrario medieval. A principio del pasado siglo se confundió al precario con el comodato de inmuebles, y en los artículos 1.740 y siguientes de nuestro Código civil se le expulsó violentamente de este último reducto.

En la fatigosa reconstrucción del tipo por la jurisprudencia, se pasó desde el caso de posesión rogada al de posesión tolerada y se fué olvidando que el precario es una verdadera concesión, un permiso de usar otorgado por el *precario dans* a ruegos más o menos explícitos del precarista, para incluir dentro de este concepto a toda posesión sin título escrito.

Desde este momento, la lucha entablada por las familias labradoras, por el agricultor secular, el pueblo castellano, contra la propiedad procedente de antiguos señoríos, de organizaciones sociales caducadas o de estados jurisdiccionales abolidos, se hallaba irremisiblemente perdida. Los títulos comprensivos de grandes extensiones territoriales encontraban fácil acceso al Registro y adquirían nuevas fuerzas vitales en los pronunciamientos del artículo 41.

Con ello salieron a la luz del día los vicios principales de este precepto: la confusión de la propiedad con la posesión y el desconocimiento de la realidad jurídica. Se había ido demasiado lejos y era necesario proceder con mayor cautela.

Por de pronto, se imponía el deslinde enérgico de la posesión tabular y de la real por razones más poderosas que en otros países. Si, como hemos visto, en Alemania se admite el valor *ad interdicta* y *ad usucapionem* del señorío de hecho extra-registral, a pesar de que su Código civil no reconoce como modo de adquirir normalmente un inmueble mas que la inscripción en el Registro, ¿cómo íbamos a negar tal doctrina eminentemente romanista en España donde la vida civil ha impuesto el documento público, el privado unido a la tradición, el contrato en cualquier forma con entrega, la inclusión en el catastro, la modificación del amillaramiento y el pago de la contribución como otros tantos medios de entrar en la posesión legítima y más tarde en la propiedad de cualquier finca?

¿Y qué diremos de las múltiples situaciones y contratos que ligan las manos del propietario sin encontrar cabida en el Registro?

El más común de todos, el arrendamiento de pisos y habitaciones, provocaba situaciones posesorias de enérgica defensa, contra la cual se estrellaban los términos absolutos del artículo 41.

Pero se preguntará: ¿El tercero, eje del sistema, queda inde-

fenso y entregado a los azares de una situación que no conoce?

Nada de eso. El juego del artículo en cuestión se desenvuelve casi siempre cuando no hay tercero hipotecario. Vamos a verlo.

I I I

ALCANCE DE LA REFORMA.

El Real decreto de 13 de Junio de 1927, manteniendo en lo posible la estructura del texto derogado, acoge las dos presunciones del artículo 41 como fundamentales bases del sistema: 1.º Al titular inscrito competen las facultades propias del derecho registrado. 2.º Si el derecho inscrito puede engendrar un estado posesorio, se reputa poseedor de buena fe al propietario o titular del derecho según el Registro.

Ambas presunciones *juris tantum* desenvuelven sus respectivos efectos en los procedimientos petitorios y posesorios, por lo que dejando para el apartado siguiente la extensión y eficacia de la posesión tabular, vamos a examinar en este la fuerza legitimadora de la inscripción respecto del señorío jurídico.

Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de bienes inmuebles o cualquier derecho real sobre los mismos, gozará de las facultades atribuidas a tales derechos por las leyes. Este es el espíritu del precepto si hemos de atender a su letra y a la exposición de motivos elevada a Su Majestad.

Para ejercer, por lo tanto, la acción reivindicatoria, será suficiente la certificación autenticada por el Registrador y no necesitaremos retroceder al título de transmisión inscrito, ni a la información de dominio, ni a la posesoria cuando se haya convertido en dominical la inscripción de posesión.

Lo mismo puede decirse de la acción negatoria en el supuesto de que alguien quiera imponernos una carga o servidumbre no consignada en la inscripción extendida a nuestro favor.

Si, por el contrario, como titulares de alguna servidumbre activa queremos hacer valer nuestras pretensiones, ejercitaremos la acción confesoria apoyándonos en la correspondiente inscripción y sin necesidad de exhibir otro título.

Es indudable que podemos desplegar nuestro ataque como demandantes o defendernos como demandados en cualquier procedimiento declarativo, pero la materia ya no está clara si la inscripción, lejos de defendernos, nos compromete.

Al pasar un niño por la calle cae una teja y lo hiere. El padre ejercita la acción de daños y perjuicios contra el dueño de la casa ruinosa. Sostiene este último que ha abandonado el edificio hace tiempo y así lo ha manifestado a sus vecinos. ¿Bastará la aportación del certificado del Registro para decidir la cuestión y condenar al dueño del edificio? El Derecho alemán contesta afirmativamente, pero nuestro artículo 41 tan sólo indica que el titular *gozará* de todos los derechos consignados en el libro 2.º del Código civil, sin referirse a los deberes que el artículo 1.907 del mismo Cuerpo legal estatuye, y, por otra parte, el Reglamento hipotecario nada preceptúa sobre la inscripción del abandono a que se refiere el número primero del artículo 460 del mismo Código.

Una vez admitida la concordancia entre el Registro y la situación jurídica de naturaleza real, sin elevarla a la categoría de *ficción*, o de presunción *juris et de jure*, ni reputarla siquiera *cosa juzgada*, surge la posibilidad de que la inscripción no concuerde con la verdad, o mejor dicho, con la realidad jurídica: a) por falta de los presupuestos necesarios; b) por error del Registro; c) por modificación del derecho inscrito, y e) por caducidad o extinción.

a) *Falta de presupuestos*.—En el sistema hipotecario español, para practicar una inscripción primera se necesita de ciertos documentos o expedientes, y para extender una segunda, de lo que corrientemente llamamos título translativo o constitutivo inscribible. Los expedientes pueden haber sido tramitados con vicios de nulidad; los títulos pueden adolecer de defectos insubsanables, y sobre unos y otros apoyará el contradictor del Registro su ataque o defensa.

Por ejemplo: Se puede alegar que el dueño, según el Registro, ha comprado a un José Fernández y González, persona distinta del verdadero dueño que impugna la transferencia y lleva el mismo nombre y apellidos; cabe negar que el vendedor tuviera la facultad de disponer por existir una prohibición de enajenar co-

nocida ; se aduce la nulidad del consentimiento, la ilicitud de la causa, la falsedad del documento, etc.

En todas estas hipótesis, el contradictor pedirá, con arreglo al artículo 24, la declaración de su derecho y la nulidad de la inscripción, con mayor o menor comodidad, según se trate de procedimientos *inter partes*, o contra tercero, y según alegue la existencia de dolo, o se presuma la buena fe. Mientras no pruebe sus alegaciones, sea demandante o demandado, la balanza de la justicia se inclinará del lado del titular inscrito, aunque éste no se halle en el pleno y pacífico goce de la finca.

b) *Error del Registro*.—Son tan conocidos por los especialistas los títulos de la Ley y del Reglamento que regulan la materia y los artículos concordantes con tales preceptos, que sólo vamos a dedicarles breves líneas. Si el título es la base de la inscripción y ésta no coincide con el mismo por inadvertencia, culpa o delito del encargado del Registro, o por cualquier otra circunstancia, diremos que la situación real no concuerda con los términos de la inscripción.

Algunas veces el titular alegará su condición de tercero, y como su adquisición pudo haber restablecido el paralelismo entre la inscripción y la realidad, por virtud del especial precepto contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el Juez mantendrá los pronunciamientos del asiento hipotecario frente a las pretensiones del contradictor.

c) *Modificación del derecho inscrito*.—Por regla general, la inscripción subsiste en pleno vigor mientras el derecho correspondiente no haya sido transferido o cancelado hipotecariamente.

Esta norma que respecto a tercero consagra el artículo 77 de la Ley, apenas si era tenida en cuenta si se trataba de resolver *inter partes* una cuestión litigiosa, porque se aplicaban lisa y llanamente los preceptos del derecho civil.

Si fuésemos a desenvolver con todo rigor las consecuencias del artículo 41, llegaríamos a las siguientes conclusiones :

«Cuando el acreedor hipotecario caiga en quiebra, formarán parte del activo o masa los créditos que figuren a su nombre en el Registro, aunque deba importantes cantidades a los respectivos propietarios. Estos cobrarán a sueldo la libra».

«El embargo trabado después de haber vendido el titular parte

de su finca, pero antes de que se inscriba la compraventa, tendrá preferencia sobre ésta, siempre que el crédito goce por sus características de prelación respecto a las obligaciones del vendedor».

«No habrá verdadera modificación de la propiedad mientras no se inscriba el título en el Registro».

Sin embargo, no creemos que los redactores del primitivo texto del repetido artículo, ni el Real decreto comentado hayan querido avanzar tanto (1).

Claro que con la redacción antigua, la persona que hubiera adquirido una parcela por compraventa en escritura pública, pagado el precio y tomado posesión de parte de la finca, podía verse despojada por el mismo vendedor si aquélla, por cualquier circunstancia, no lograra la inscripción; pero esta absurda consecuencia de un texto poco meditado no implicaba que la ley de 21 de Abril de 1909 se negara a admitir el traspaso de la propiedad por virtud de actos realizados fuera del Registro.

Con una honrada interpretación de las palabras, podremos asegurar que la situación registrada subsiste mientras no se demuestre que ha quedado modificada en virtud de actos a los que la ley confiere fuerza real.

Así, en el caso más arriba propuesto, si el dueño de la casa ruinosa demuestra con un instrumento público que la ha vendido quince días antes de caer la teja, no será reputado propietario, aunque el Registro nada diga. Y si la escritura de cancelación de un crédito se ha otorgado años antes de caer en quiebra el acreedor hipotecario, se entenderá inexacto el Registro durante el tiempo que medie entre el otorgamiento y la inscripción.

Nuevamente hemos de advertir que tales efectos se provocan mientras un tercero no haya inscrito un acto o contrato al amparo del artículo 34 de la Ley, porque en este supuesto la adquisición

(1) «La presunción en todo caso había de ser la de que probada la inscripción, se entendería probado el dominio. Este paso hubiera sido, sin embargo, un paso de gigante; significaría que la inscripción probada por sí sola, el dominio, y esto es tan contrario a nuestro Derecho hipotecario interpretado por la jurisprudencia, que el legislador se ha detenido en la posesión, suponiéndola embebida en la inscripción, sin atreverse a llegar al dominio». Morell: *Contentarios a la L. H.*, II, 727.

en parte derivativa y en parte originaria, es de superior energía al asiento de que se deriva.

d) *Caducidad o extinción*.—Si en virtud de los anteriores razonamientos damos por cierto que la ley española admite que los derechos reales se extingan como consecuencia de hechos o actos acaecidos o realizados fuera del Registro, hemos de convenir también en que los pronunciamientos de la inscripción pueden ser contradichos por el interesado en mantener la verdadera situación jurídica.

A veces diremos que el contradictor se apoya en los términos de la inscripción para destruir su eficacia; por ejemplo: si demuestra el cumplimiento de la condición resolutoria. También puede ejercitar una acción que tienda a rectificar el Registro. Así, supongamos que mi acreedor hipotecario me ha escrito admitiendo en pago de la deuda el saldo que contra una sociedad de que es gerente, tengo a mi favor. Después de haber aceptado el arreglo, encuentro dificultades para formalizar la escritura de cancelación e interpongo la demanda para que se le obligue a cancelar.

La presunción de que el derecho hipotecario le compete resultará desvirtuada por el contenido de la carta. En cambio, la existencia de un saldo favorable al deudor en las cuentas que tenga pendientes con el acreedor no le autorizará para pedir al Juzgado que cancele parcialmente la hipoteca si no consta el consentimiento del mismo titular.

Ignoramos si por defecto de redacción o porque no se quiera orientar la doctrina en tal sentido nada expresa el artículo 41 sobre el valor de las cancelaciones. Para ser consecuente, debiera preceptuar que el derecho cancelado se presume que no existe, y si ciertamente hemos de estar a los términos de la inscripción, será posible defenderse y atacar partiendo de este principio.

Con mi colindante A he convenido e inscrito la cancelación de una servidumbre que grava mi predio. Poco tiempo después, B., comprador con anterioridad de la finca de A., no inscrita en el Registro, trata de hacer efectivo el derecho de servidumbre. Su pretensión será un verdadero ataque a la cancelación que me favorece y necesitará probar la inexactitud del Registro, aunque yo acaso no sea tercero hipotecario.

De igual modo, si el nudo propietario de una finca, cuyo usu-

fructo pertenece a J. B. C., hasta que llegue a los treinta años, presenta una certificación de nacimiento del mismo, correspondiente a 1896 y obtiene la cancelación, ha de ser mantenido en su posición de dueño, mientras no se demuestre que el usufructo subsiste. Tal sería el caso si J. B. C. demostrara que la certificación presentada se refiere a otro hermano suyo que llevaba el mismo nombre y que había muerto años antes de nacer el usufructuario.

Con estas explicaciones, entendemos haber fijado lo que el Real decreto llama realidad jurídica, o sea el verdadero estado de derecho que se puede oponer a las declaraciones del Registro.

La inscripción *pro veritate habetur*, si el Juez no decide que hay inexactitud, falta de integridad o falsedad en sus datos.

De los asientos practicados en virtud de información posesoria puede asegurarse lo mismo, porque si el segundo párrafo del vigente texto, ha suprimido la frase *mientras subsista*, queda subordinada la posesión al precepto general contenido en el párrafo anterior. Sólo que aquí los Tribunales pueden apreciar otras acciones y estimar otras excepciones nacidas del derecho de propiedad no inscrito.

* * *

No faltará quien asegure que en la Ley de 21 de Abril de 1909 tan sólo se atendía a la posesión tabular y que los términos de su artículo 15 no nos autorizan para deducir las anteriores conclusiones.

Cierto es, que los tratadistas de derecho hipotecario apenas si han entrevisto el aspecto substantivo de la cuestión y que el principio de la legitimación judicial o extrajudicial, por medio de la inscripción ha quedado en la sombra; pero la intención de quienes introdujeron en la ley el tan discutido artículo aparece con una claridad meridiana.

«Por mi teoría, dice Aragonés y Carsi, en una obra que vió la luz en 1909 (1), la ley sólo reconoce como único propietario a aquel que aparece en el Registro. A este sólo le concede las acciones reales dirigibles contra todos los que traten de coactar el ejercicio de su dominio.»

(1) *Legislación hipotecaria*. Madrid, 1909, pág. 143.

Aldama deduce del artículo 15 (hoy 41) tres consecuencias, a cual más beneficiosas: una, que quien tenga inscrito el dominio de inmuebles o derechos reales, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del Código civil a favor del propietario y del poseedor de buena fe; otra que será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción, y la última que pueda ser reintegrado judicialmente (1).

Más explícito el Sr. Martínez Pardo (2), después de citar, por vía de ejemplo, el caso de un propietario que en dos ocasiones distintas se había visto desposeído de su finca por virtud de simple providencia dictada sin su conocimiento, añade: «Los artículos 15 y 16 de la ley de 21 de Abril fortaleciendo resueltamente la virtualidad jurídica de la inscripción y el respeto absoluto al derecho que ella reconoce y garantiza, imposibilita para lo sucesivo la repetición de casos como los expuestos. La inscripción no debe convalidar actos nulos o falsos; pero mientras subsista, ínterin los Tribunales no la hayan anulado mediante las solemnidades de un juicio declarativo, debe surtir forzosamente todos sus efectos e imponer por sí misma el imperio del estado jurídico de que es proclama y garantía.»

En los Comentarios a la Ley de 1909, el Sr. Aragonés centra la fuerza de los artículos 15 y 16 sobre la posesión, como si con ellos se tratase de poner en posesión al titular inscrito y dejar a su contradictor el ejercicio de las acciones correspondientes; mas de los puntos de su pluma, se escapa la ya recogida cita del artículo 7.º de la Ley Prusiana de 1872, cuyo alcance, según Heidenfeld (3), es el siguiente:

«Como lógica consecuencia de la teoría de la inscripción se deduce que el propietario, según el Registro, está autorizado, en virtud de la inscripción, para ejercitar todas las acciones judiciales que competen al dueño, así como viene obligado a contestar todas las demandas que se dirijan contra el propietario de la finca (artículo 7 de la ley I). La propiedad inscrita se sobrepone a la posesión; el adquirente está autorizado para vindicar sin gas-

(1) *La reforma hipotecaria*. Madrid, Fernando Fe, 1909, pág. 124.

(2) En el prólogo a *Reforma de la legislación hipotecaria*, de Higuera. Madrid, «La Correspondencia Militar», 1909, pág. XXVI.

(3) *Das preussische Immobiliarrrecht*. Berlín, Weidu, 1873, pág. 17-2.

tas la finca *cum omni causa* de cualquier poseedor que la tenga de buena o mala fe».

La Dirección de los Registros, por su parte, ha sentado el principio en repetidas ocasiones :

«Considerando, dice la Resolución de 18 de Junio de 1926, que una vez admitido por el artículo 15 de la ley de 21 de Abril de 1909 (41 de la vigente ley Hipotecaria) que las declaraciones del Registro de la Propiedad corresponden *prima facie* a la realidad jurídica y que el titular de un derecho, según el asiento hipotecario, lo es para todos los efectos legales, se imponía como lógico complemento que el artículo 16 de la misma ley (24 de la vigente) recogió, el precepto de que para contradecir judicialmente la situación inscrita debía atacarse en forma directa la inscripción».

Precisamente uno de los primordiales efectos que el artículo 41 produce y la Dirección sanciona es obligar a los Registradores de la Propiedad a estar y pasar por lo que digan los asientos, sin entrar a discutir de nuevo la calificación de su predecesor en el cargo, y a respetar el valor de los términos empleados en la inscripción y la presunción de la legitimidad sentada por el artículo 41 de la ley Hipotecaria a favor de cuantos aparezcan en el Registro como titulares de derechos reales. (Resolución de 20 de Octubre de 1925.)

Aunque la autoridad de los extractos de las Memorias de los Registradores no es comparable con la fuerza jurídica de las Resoluciones dictadas en un recurso gubernativo contra la calificación de los mismos, citaremos como antecedentes doctrinales un párrafo publicado en el Anuario de 1922 (página 439):

«En cuanto al artículo 937 del Código civil suizo, derivado de los citados precedentes germánicos, desenvuelve el paralelismo de la inscripción con la posesión, estableciendo que, de igual manera que la posesión en materia de muebles, la inscripción en el Registro crea una presunción en favor de la existencia del derecho inmobiliario a que se refiere. Es decir, admite como regla general, que el titular, según la inscripción, lo es también del derecho real, y que la posesión efectiva no es una prueba del derecho del poseedor. Pero, conforme lo declara el mismo artículo, la posesión respecto de inmuebles no ha perdido toda su impor-

tancia; el que ejerce el señorío de hecho puede reclamar y ejercitar las acciones correspondientes contra quien le haya perturbado o desposeído arbitrariamente. Esta fundamental distinción de acciones reales (reivindicatoria, negatoria, etc.) y demandas interdictales (basadas sobre la perturbación o usurpación), no se ha tenido en cuenta al comentar y aplicar el artículo 41 de nuestra ley Hipotecaria, por lo que la doctrina aparece distanciada de la jurisprudencia, y la presunción dislocada, ya que se la centra corrientemente sobre el poder *de hecho*, en vez de referirla al señorío *jurídico*.»

En fin, Morell (II-723) dice, refiriéndose a la norma discutida :

«Quiso ésta favorecer el crédito territorial, quiso aumentar las prerrogativas de la inscripción, quiso dar un paso más en el sentido de la fuerza substantiva que debe concederse a los asientos del Registro; quiso, en fin, que el derecho inscrito, por el hecho de la inscripción, fuese por todos reconocido y respetado con toda la extensión y alcance que debe tener.»

JERÓNIMO GONZÁLEZ

(*Se continuará.*)