

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Año III

Junio de 1927

Núm. 30

El art. 41 de la ley Hipotecaria

(Impresiones sobre su reforma)

TEXTO PRIMITIVO

Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe; y *será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su caso, judicialmente por medio del procedimiento establecido en la ley de Enjuiciamiento civil.*

La posesión inscrita producirá *mientras subsista* iguales efectos que el dominio en favor del poseedor y conforme al artículo 446 del Código civil.

TEXTO REFORMADO

Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, *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 art. 445 del mismo Cuerpo legal.*

La posesión inscrita producirá iguales efectos que el dominio *en favor del poseedor.*

La última y recientísima reforma de la ley Hipotecaria, nos ha dejado algo confusos, un mucho perplejos y bastante desorientados por lo que al artículo 41 de la misma hace referencia. No ha sido bastante a librarnos de esas confusión, perplejidad y desorientación, el notable preámbulo que a la parte dispositiva del Decreto-ley precede, en el que, a través de una marcada tendencia socialista hacia el régimen de la propiedad territorial, no se ve mas que una animosidad y una animadversación absolutas hacia el mencionado artículo 41 en su pristina redacción; y claro es que con esa premisa, la parte dispositiva del Decreto tenía que ser lo que ha sido: la muerte rápida, violenta, sin agonía, del re-

petido precepto. La destrucción completa y absoluta de la obra de los legisladores del 9.

No hay que hacerse ilusiones. El artículo 41 de la ley Hipotecaria no ha sido modificado: el citado artículo ha sido derogado, enterrado, más bien, el día 14 de Junio de 1927, fecha de la publicación en la *Gaceta* del Decreto reformador.

Y que estamos en lo cierto lo vamos a demostrar, exponiendo lo que el artículo 41 era y significaba antes de la reforma, y lo que es y significa después de ella, al menos mientras por una disposición, no reglamentaria, sino *complementaria*, sea reintegrado en la parte esencial y fundamental del mismo.

Prescindiendo de los antecedentes que en las legislaciones extranjeras puedan existir, y que fueran la causa determinante que llevara a los legisladores del 9 a introducir en la ley del Registro de la Propiedad inmueble en España esa novedad, es lo cierto que ésta fué admirablemente acogida por cuantos en nuestra patria hemos consagrado nuestra actividad al desarrollo y desenvolvimiento de dicha institución, harto desconocida, a veces, y otras, menospreciada, y que requería inyecciones vigorosas por parte del Poder público para que recuperase la vitalidad que iba perdiendo. Y de tal actuó el artículo 41.

En su virtud, el titular que tuviese inscrito su derecho, ya fuera en dominio, ya en posesión, adquirió una posición fuerte y definida de que antes carecía, y frente al detentador y al perturbador de mala fe, consiguió un arma de golpe rápido y certero, que le mantenía o reintegraba (según los casos) en su verdadero derecho, sin necesidad de recurrir al juicio interdiccial o al más dilatorio y costoso declarativo correspondiente.

Al que ha hecho público su derecho *ergo omnes*; al que se ha colocado en las condiciones que el Estado le exige para que su derecho sea respetado y reconocido por todos, y se halle bajo la salvaguardia de los Tribunales, era lógico, justo y equitativo que se le concediese una situación de privilegio respecto de los demás que no se hallen en sus condiciones; y esto es lo que hicieron los legisladores del 9.

Antes de esta fecha, al que se veía perturbado o despojado de la posesión de lo que en concepto de dueño tenía inscrito en el Registro como suyo, no le quedaba otro remedio que acudir

a los Tribunales, ejercitando la acción interdiccial, o la reivindicatoria, según los casos, con los consiguientes disgustos, gastos y molestias que la iniciación y la prosecución de todo litigio lleva consigo, y de los cuales, si los primeros y últimas no tienen nunca posible reintegro ni compensación, los segundos, en la mayoría de los casos, no son resarcidos, bien por no haber expresa condena de costas, bien porque, aun de existir ésta, la mayor parte de las veces es ilusoria, en realidad, por el estado de insolvencia en que se colocó la parte condenada a su pago.

Esta laguna que existía en nuestra llamada ley Hipotecaria, fué llenada por los legisladores del 9, comprendiendo que al propietario inscrito había que librarle de ese calvario, y que ya que no fuera posible eximirle de la necesidad de acudir a los Tribunales de justicia, puesto que nadie puede tomarse ésta por su mano, había que suministrarle un procedimiento sencillo, rápido y económico, que en ningún caso pudiera degenerar en contencioso.

Este fué, indudablemente, el pensamiento de los legisladores, y así nació el artículo 41 de la ley. Pero ¿respondió plenamente a su intención?

Aun cuando su redacción fué bastante clara y terminante, y en realidad, no debió dar lugar a dudas su interpretación, la remisión que hizo a la ley de Enjuiciamiento civil, para el procedimiento a seguir, fué causa de que transcurriesen bastantes años antes de que en los Tribunales se siguiese una norma casi constante, aun después de las declaraciones del Tribunal Supremo de que la ley de Enjuiciamiento había sido derogada por la Hipotecaria, en esta materia.

Desde los jueces que entendieron que la posesión judicial pedida al amparo del artículo 41 de la ley Hipotecaria, no era procedente en los casos en que los bienes inscritos lo estuviesen a título de herencia, hasta los que opinaban que el expediente de jurisdicción voluntaria había de ser sobreseído en cuanto se formulase la más ligera oposición, existían una variedad de criterios que no fueron unificándose hasta que no fué debatida la cuestión ininidad de veces en los Tribunales, libros revistas, conferencias, y hasta en las conversaciones particulares.

La prueba de la importancia que se concedió a este tema, la

dió la Dirección general de los Registros, al proponerle para el desarrollo de la Memoria reglamentaria, hace unos cuantos años, y si la nuestra no nos es infiel, diremos, de pasada, que la reforma actual para nada ha tenido en cuenta las observaciones que entonces se formularon, lo que demuestra, una vez más, la inutilidad de esos trabajos que periódicamente se nos encomiendan.

En nuestra ya larga práctica de Registrador, y en la no menos dilatada de Abogado en ejercicio, hemos tenido ocasión infinitas veces, de rozarnos con la aplicación del artículo 41 de la ley Hipotecaria, y, en verdad, podemos decir que, ni una sola de las que conocemos, lo haya sido de mala fe. El que pidió la posesión judicial, al amparo de dicho precepto, *siempre* lo hizo contra un detentador, contra un usurpador, o contra un falsario. Nunca hemos visto que se pidiera contra un colono, contra un arrendatario, a merced, o contra un precarista. Y sin embargo de que entre cientos de casos no hemos visto ni uno solo de los citados, a ellos parece referirse constantemente el preámbulo del Real decreto.

Y así, una vez más viene a resultar que, para precaver el abuso en el ejercicio de un derecho, en lugar de dictar normas que lo eviten, se conta por lo sano, y se suprime el derecho.

Demos por sentado que el abuso pueda pretenderse; que quiera utilizarse el artículo 41 para ejercitar un desahucio o para privar del goce de una finca a aquel a quien le ha sido vendida, y que por una u otra causa no ha inscrito su título.

Es evidente, de toda evidencia, que en dichos casos no cabe aplicar el mencionado artículo. Y esto es así porque ni el espíritu ni la letra de su antigua redacción, ni los de los artículos del Código civil que a la posesión se refieren en correlación con aquél, autorizan tal acción, *ni pueden ni deben* interpretarse en tal sentido.

Tanto la ley Hipotecaria como el Código civil en los artículos de referencia a aquélla, tratan de la posesión que se tienen *en concepto de dueño*, no de la que pueda gozarse en otro aspecto.

El *mantenimiento* y la *reintegración* de que habla el primero de los citados preceptos, es en el derecho *dominical* (comprendiendo en éste no sólo el dominio en su sentido estricto, sino también la posesión en concepto de dueño), y es claro, que ese

derecho no se ha perdido porque un tercero goce de la cosa en concepto de arrendatario, por ejemplo.

Es, pues, condición indispensable, *sine qua non*, para que la acción del artículo 41 pueda ejercitarse, que el detentador o perturbador de la posesión no tenga relación alguna contractual con el solicitante ni su causahabiente; es decir, que entre ambos no exista ni el más remoto vínculo contractual. Desde el momento en que aparezca el más ligero vestigio de éste, hay que acudir al juicio correspondiente para declarar cual de los dos derechos debe prevalecer. Pero cuando esto no ocurre, cuando el derecho dominical ha sido desconocido, entonces, el que le tiene publicado en el Registro, debe ser mantenido, y si necesario es, reintegrado en él fulminantemente, con la menor pérdida de tiempo y el más mínimo dispendio, humanamente posibles.

Como en la solicitud que al Juzgado se dirige se ha de justificar el título de propiedad del peticionario, y se han de relacionar los hechos que originan la petición deducida y la persona que ha de ser privada de la tenencia de la cosa, en esos antecedentes tiene base el Juzgado para determinar si la petición es o no procedente. Que de aquellos resulta que no hay vínculo alguno contractual entre ambas partes; la acción procede y se lleva a cabo el requerimiento. Que, por el contrario, aparece que sí que lo hay; la petición debe ser rechazada de plano.

Pero supongamos que el autor ha falseado los hechos; que por su falsa relación el Juzgado ha accedido a lo que no debía acceder, y que por esta causa se lleva a efecto el lanzamiento (llamémoslo así) del tenedor de la cosa. Habrá, es inconcuso, una momentánea perturbación del derecho, pero este, al fin y a la postre, será restablecido, pues el atropellado acudirá al juicio correspondiente, y en él conseguirá, no sólo la reintegración de su derecho, sino también la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, con lo cual el falaz será castigado y su castigo servirá de ejemplar escarmiento para hechos análogos.

Y nótese que no hablamos de los casos en que el juez admita una oposición fundada, y sobresea el expediente de jurisdicción voluntaria, pues en favor de los detractores del artículo 41, hasta suponemos que no sea admisible ninguna clase de oposición,

prescindiendo de nuestro particular criterio de que la única que no es admisible es la sistemática, pero que sí que lo es la que se haga acompañada de un principio de prueba.

Resulta, pues, que el artículo 41 de la ley Hipotecaria, tal como se hallaba redactado en el texto del año 9, daba una garantía al titular inscrito de que hasta entonces había carecido y consentía, con su recta aplicación, que en caso de perturbación o despojo, el mantenimiento o la reintegración del derecho fueran rapidísimos y poco dispendiosos. Con su recta aplicación no podía haber lugar a abusos, pero en el caso de que los hubiese éstos podían ser corregidos y castigados posteriormente.

Veamos a lo que hoy ha quedado reducido todo esto.

Empezaremos por reconocer que con la nueva redacción que se le ha dado, los abusos que se querían corregir ya no pueden realizarse, por la sencillísima razón de que *sublata causa tollitur effectus*. Y como se ha suprimido lo principal...

Ya la eliminación del texto de las palabras *mantenimiento* y *reintegración* hacen inútil toda tentativa de posesión judicial. Hasta la referencia del procedimiento a seguir ha sido suprimida del artículo, y huelga decir que, por consiguiente, su concordante del Reglamento ya no puede tener aplicación.

Es indudable que hoy puede seguir acudiéndose al procedimiento de la posesión judicial desenvuelto en la ley de Enjuiciamiento civil, pero no al amparo de la ley Hipotecaria, sino sólo al de aquella, y sujeto a todas las limitaciones y contingencias que la misma prevé, así es que ni puede ejercitarlo el que alegue un título de herencia, ni, por regla general, llegará nunca a conferirse la posesión, pues la oposición más ligera bastará para hacer contencioso el expediente.

Vemos, pues, que, por lo pronto, la actuación rápida ha desaparecido de la ley.

¿Qué garantía, qué fuerza es la que da hoy la nueva redacción al titular inscrito? ¿Será una presunción *juris et de jure*, contra la que no cabe prueba en contrario, para alegarla en el juicio correspondiente? No; en primer lugar, porque en esa parte el artículo no ha sido modificado, y la que existía en la antigua redacción era *juris tantum*. ¿Será una prueba tasada? Tampoco; ni hay nada en la redacción del artículo que así lo esta-

blezca expresamente, ni aun permita deducirlo, ni puede olvidarse la omnímoda facultad judicial para apreciar las pruebas en conjunto, y a mayor abundamiento, uno de los últimos incisos de la nueva redacción deja a los Tribunales en libertad para declarar que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica, lo que equivale a decir que ella no tiene más valor que el de un principio de prueba, sin más fuerza ni categoría que otro cualquiera de los admitidos por nuestro derecho.

¿Qué ha quedado, pues, del artículo 41 de la ley Hipotecaria? En nuestro concepto, nada. Unos cuantos renglones, bajo un número, pero que ni dan más fuerza a la inscripción que la que antaño tenía, ni colocan en situación de privilegio al titular inscrito, ni le exime de seguir el calvario de un litigio, en caso de necesidad, ni le garantiza contra la mala fe.

El propietario que teniendo arrendado su predio a una persona de su confianza se ausentó de España, y por vicisitudes de la vida tardó algunos años en regresar a ella, y se encontró con que de su propiedad se habían adueñado unas personas extrañas, por abandono o muerte del arrendatario, ya no tendrá un procedimiento rápido y eficaz para reintegrarse en su fundo. Se verá precisado a acudir al juicio declarativo, y si la finca vale cuatro mil pesetas, al cabo de la jornada se encontrará con que ha tenido que gastar más de esa cantidad para que su derecho prevalezca, cuando este le tenía publicado en el Registro. No hubiera salido más castigado si lo hubiese tenido sin inscribir.

Esto, que no podía ocurrir antes del 9, puede suceder hoy, por el temor de que puedan falsearse los hechos y darse una excepción. Lo más frecuente es la regla general; lo menos, la excepción. Para que ésta no se pueda dar, se suprime aquélla... y en paz.

No creemos que la reforma haya sido afortunada. En buen hora que quiera precaverse la posibilidad de que se cometan abusos, pero estimamos que hubiera sido más acertado establecer un procedimiento especial y bien regulado para la efectividad del artículo 41, que no el suprimirle lo más esencial e interesante que tenía, pues esto tanto equivale a abrir una profunda fosa donde, en breve, vaya a reposar el ya debilitado organismo de la institución del Registro de la propiedad inmueble, que ninguna garan-

tía eficaz proporciona al que a él acude tras de infinitas molestias y dispendios.

Y aquí damos fin a estas impresiones a vuela pluma, sugeridas por la reforma del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, pidiendo a Dios que El ponga tiento en las manos de los encargados de completar la reforma con la modificación del Reglamento, y les inspire el medio de reintegrar a los asientos del Registro de la propiedad en la fuerza, eficacia y garantía que deben tener.

JOAQUIN NAVARRO Y CARBONELL.

BANCO HISPANO-AMERICANO

CAPITAL: 100 000 000 DE PESETAS

Domicilio social:

Sucursal del Sur:

Plaza de Canalejas, 1. MADRID

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, Ecija, Egea de los Caballeros, Elda, El Ferrol, Estella, Figueras, Gandía, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Játiba, 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, Vivero, 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