

# El principio de publicidad

Desde dos puntos de vista puede ser examinado el principio de publicidad, eje de nuestro sistema hipotecario: como legitimación registral y como emanación de la *fides pública*.

Como principio legitimador, derivado directamente de la *gewere* o investidura germánica, reemplaza a la misma propiedad con su forma jurídica, y la protege en sus apariencias, mediante una presunción *juris tantum* suficiente para la vida práctica. Para que ésta se desenvuelva normalmente mientras no haya terceros interesados, basta presuponer que la inscripción corresponde a la realidad jurídica y acredita *prima facie* que el derecho inscrito existe y que el cancelado se ha extinguido.

Explicado queda por qué razones no es posible afirmar, con referencia a nuestro sistema hipotecario, que la inscripción produce, como sentencia de un juez territorial, efectos de *cosa juzgada* (1). Trataremos de aquilatar su valor procesal.

La técnica moderna concede a la inscripción, respecto de los inmuebles, las mismas funciones legitimadoras que a la posesión corresponden en orden a los muebles.

Sin necesidad de presentar títulos, el favorecido por el Registro alega ante el Juez esta condición con la misma esperanza y las mismas pretensiones que quien, con referencia a muebles, afirma «soy poseedor». Demandante o demandado, el titular emplea como arma ofensiva o medio de defensa la inscripción, y a su contrario compete la tarea de destruir los fundamentos del derecho subjetivo en que se apoya el ataque o la contestación.

(1) Véase el número 11 de esta REVISTA.

Por este sencillo mecanismo, se ponen inmediatamente en ejercicio las acciones reivindicatoria, hipotecaria, etc., o se paralizan las deservueltas por el adversario no inscrito en el Registro.

Es más, profundizando en la doctrina de las presunciones, los juristas alemanes, después de haber separado las *presumptiones homini seu facti* como eslabones racionales que enlazan, en el ánimo del juzgador, la prueba de un hecho a la demostración de otro (N), distinguen en el grupo contrapuesto de las presunciones legales, *presumptiones juris*, dos clases un tanto confundidas en el artículo 1.251 del Código civil español: 1.<sup>a</sup> las que apoyan una conclusión de hecho en otro hecho; por ejemplo: la contenida en el artículo 191 que, de las circunstancias de haber pasado treinta años desde que desapareció un ausente o se recibieron las últimas noticias de él, o noventa de su nacimiento, deduce que ha dejado de existir; y 2.<sup>a</sup> las que partiendo de un hecho acreditado, inducen la existencia de una relación *juridica o de un derecho subjetivo*; v. gr.: de la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas de un mismo propietario, pasa el artículo 541, caso de enajenación, a estimar que la servidumbre continúa activa o pasivamente.

Pues bien, la presunción hipotecaria que estudiamos pertenece a esta última clase y ostenta, como otras muchas, que deben su origen a los órganos de la jurisdicción voluntaria, la garantía del Estado otorgada procesalmente, en virtud de los supuestos aducidos y de la documentación aportada. (*Narra mihi factum, dabo tibi jus.*)

¿Qué sucederá en el caso de contienda judicial?

Dejemos a un lado las presunciones *juris et de jure* que no admiten contradicción y limitémonos a examinar cómo se impugnan las que pueden ser objeto de prueba en contrario (*juris tantum*) entre las que se encuentra la discutida.

Si se trata de una presunción de hecho, perderá sus efectos probatorios en cuanto se alegue y pruebe auténticamente el hecho contradictorio. Por ejemplo: la presunción de muerte se desvanece en cuanto acreditamos que el ausente vive.

En cambio si la presunción legal es de derecho, surge un pro-

(1) Véase el artículo 1.253 de nuestro Código civil.

blema de difícil solución: ¿cómo probar que el derecho no existe con una serie de medios de prueba que se refieren directamente a hechos? ¿Cómo demostrar que un propietario según el Registro, no lo es en realidad?

La presunción legal llena las lagunas del razonamiento judicial, mientras el Tribunal no adquiera la certidumbre sobre la relación jurídica alegada en contra. El que se defiende o apoya su derecho sobre los pronunciamientos de una inscripción, no puede ser vencido más que con la prueba de los hechos positivos y negativos de los que se desprenda la inexactitud o la ineficacia del asiento.

Prácticamente, el límite de esta prueba quedará fijado en nuestro sistema por los fundamentos de la demanda o de la contestación.

Si el titular, según la inscripción, afirma al demandar que adquirió por sucesión abintestato la finca objeto de reivindicación, su contrario puede responder y probar que él mismo es heredero testamentario o que es falsa la declaración de herederos, base del asiento hipotecario, y que por hallarse éste equivocado, él tiene derecho preferente. En tal sentido todos los títulos mejoran de condición al pasar por el Registro y el certificado de un asiento añade a la fuerza probante de los documentos inscritos, la presunción legitimadora del derecho a la que el juzgador debe atender en primer término.

¿Puede afirmarse que la presunción del citado artículo 41 se desprende totalmente de la causa y se funda más en la situación jurídica actual que en el título inscrito?

Si lo admitimos así, el adquirente de una finca, por compra-venta a un incapacitado, podrá alegar por ejemplo: que es un heredero abintestato del mismo, para conservar su posición hipotecaria, y de rechazo agravaríamos la carga de la prueba que pesa sobre los hombros de quien contradiga al Registro.

Por este camino llegan los juristas alemanes a la siguiente conclusión:

La impugnación de la presunción legitimadora en que descansa el sistema, no se corona con la demostración de que el asiento ha sido ilícitamente practicado, sino que ha de probarse igual-

mente la imposibilidad de que subsista la relación jurídica al amparo de otras causas normales y corrientes.

En el supuesto de que aparezca como propietario en el Registro el demandado, dicen Turnau-Förster, no puede desvirtuarse la presunción de que la finca le pertenece, probando tan sólo que el título de adquisición es ilegal. Por ejemplo: si el demandado inscribió un expediente declarativo del dominio por prescripción, debe ser reputado como tal propietario, mientras no se le demuestre que por ningún otro título ha llegado a serlo (1).

El artículo 9.º del Código civil suizo no se refiere en verdad a las relaciones jurídicas, cuando declara que los registros públicos y los títulos auténticos hacen fe de los *hechos* que atestiguan y cuya inexactitud no se haya probado. Pero los autores extienden el precepto a los libros hipotecarios y como éstos consignan derechos sobre las fincas, deducen que para invalidarlos debe probarse la inexactitud de su peculiar contenido (2).

Trabajo costará a los autores de derecho hipotecario español imbuir estas doctrinas en la mente de sus lectores. Detrás de los teoremas del régimen inmobiliario verán siempre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que apenas concede a los asientos del Registro la categoría de títulos.

Sin embargo, la doctrina expuesta se armoniza con el párrafo primero del artículo 24 de la ley de 1909, a cuyo tenor: «No podrá ejecutarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que consta dicho dominio».

Con todos sus defectos, este párrafo pone de relieve las dos fundamentales orientaciones del principio estudiado: 1.ª La ins-

(1) *Das Liegenschaftrecht*, I, com. al art. 891 del Código civil alemán, página 239, 3.ª ed. Paderborn-Schöningh, 1906. Plank y Wolff se contentan con la prueba de que la inscripción se practicó ilícitamente.

(2) Véase sobre estos extremos Kuttner: *Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Iherings Jahrbuch*, 61, págs. 109 y siguientes. Fischer (Otto): *Zur Lehre von der Rechtsvermutungen*. *Ibid.*, 63, págs. 269 y siguientes.

cripción, sin tener la fuerza de cosa juzgada, produce, mientras no sea anulada, sus peculiares efectos.

2.<sup>a</sup> Para impugnar el derecho base de la inscripción, debe atacarse el mismo asiento y asegurar de este modo el paralelismo entre Registro y realidad jurídica.

#### POSESIÓN Y REGISTRO

Contrasta la escasa atención que, en el examen del artículo 41 de la ley Hipotecaria, dedican los comentaristas a la presunción discutida, con el ardor puesto al estudiar el paralelismo del registro y de la posesión.

En verdad, la primitiva redacción del artículo 15 del Dictamen de la Comisión nombrada por el Congreso, respondiendo a la preocupación del Cuerpo de Registradores, que veía en peligro al sistema por la lucha entre la posesión y la propiedad registrada, está sentada sobre el precepto «La posesión de inmuebles o derechos reales se presume a los efectos del Código civil en quien los tenga inscritos a su nombre».

La ley de 21 de Abril de 1909 no reproduce esta fórmula, pero mantiene sus términos con ligeras modificaciones.

«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 el título XIV de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

(1) El dictamen de la Comisión del Congreso decía: «...en el título XIV del libro III de la ley de Enjuiciamiento civil». En el dictamen de la Comisión mixta se omitió el libro, y en el artículo 41 de la edición vigente el título. El artículo 100 del Reglamento Hipotecario declara que el procedimiento a que se refiere el artículo 41 de la ley es el regulado en el título XIV del libro III de la ley de Enjuiciamiento civil. Véanse los escasos antecedentes parlamentarios en la obra de Higuera Sabater *Reforma de la legislación hipotecaria*, tomo I (único publicado). Madrid. La Correspondencia Militar, 1909.

A juzgar por las declaraciones hechas posteriormente por las personas que han intervenido en la redacción de este artículo, su finalidad iba mucho más lejos de lo que consiente un buen régimen hipotecario.

Del Sr. Aragonés son estas palabras :

«El principio que se ha querido sentar en la nueva ley, ha sido el de que el *modo* se obtiene por la inscripción. El de que la posesión civil radica *siempre y necesariamente* en la persona que aparece en el Registro, y como por el conocido principio de que nadie puede tomarse la justicia por su mano, el propietario inscrito no puede tomar posesión material de un inmueble si su tenedor lo rechaza, la ley ha declarado que basta con acudir al Juzgado para que éste la otorgue, sin necesidad de una contención, de un juicio, sea ordinario o especial, bastando para ello con acreditar el dominio inscrito y qué inscripción es la última» (1).

Con ellas concuerda la opinión del Sr. Martínez Pardo: «La ley ha querido evitar toda contención y molestia al dueño inscrito, y para ello, aun cuando éste tenía a su alcance el empleo del interdicto, le ha otorgado otro medio más rápido y sencillo de lograr el reintegro en su derecho, permitiéndole utilizar el procedimiento especialmente mencionado. No significa esto, sin embargo, que el acto de reclamar el dueño la posesión mediante esos trámites que figuran en la sección relativa a la jurisdicción voluntaria deba ser considerado como acto de esta clase sometido a las reglas generales que comprenden a todos los de su índole, y por tanto, a la suspensión o al sobreseimiento de diligencias en cuanto alguien formulase oposición a lo solicitado...»

«Se trata, pues, no de un nuevo acto de jurisdicción voluntaria, sino de la aplicación, al caso determinado en el artículo 15 (hoy 41), del procedimiento señalado en el título XIV, libro III de la ley de Enjuiciamiento civil, mediante el cual y sin que se admita oposición de parte interesada, por no tratarse de acto de jurisdicción voluntaria, habrá de ser pedido y realizado el reintegro en la posesión, pretendido por el dueño del dominio o derecho real inscrito, sea cualquiera el título por el que lo hubiera adquirido. Quien creyere tener derecho perfecto, habrá de deman-

(1) Modificación de algunos artículos, etc. Madrid. Góngora, 1909.

dar y ventilar la declaración del mismo en el juicio que proceda, de acuerdo con lo que se establece en el siguiente artículo (hoy 24): es precisamente lo contrario de lo que hasta ahora acontecía» (1).

Desde los primeros meses de la vigencia de la ley de 1909, la Dirección General de los Registros se hizo cargo de las dificultades que en la práctica forense iba a encontrar tan extraordinario precepto, y para encauzarla propuso como tema de una de las Memorias que anualmente han de redactar los Registradores de la propiedad, uno que hería directamente el punto examinado: «Aplicación del artículo 41 de la ley Hipotecaria y efectividad de sus disposiciones».

Del examen de los trabajos presentados en tal ocasión (2) se deduce la existencia de dos opiniones opuestas. Para la mayoría, la presunción del citado artículo no admite prueba en contrario; es de las denominadas *juris et de jure*, y resulta, por lo tanto, inaplicable al procedimiento en el mismo establecido, lo que previene el artículo 1.817 de la ley de Enjuiciamiento civil (3), para el caso de que se formulase oposición en el acto de jurisdicción voluntaria por quien tenga interés en el asunto.

Según la otra tendencia, tal presunción es de las que admiten prueba en contrario (*juris tantum*), y el acuerdo de los Tribunales, encaminado al mantenimiento o reintegro de la posesión, está subordinado a la circunstancia de no existir persona alguna que manifieste su oposición a que se dicte o ejecute.

El Tribunal Supremo se había inclinado en este sentido al discutir en 6 de octubre de 1915 un caso relacionado con el problema.

Necesario es reconocer que la reforma no ha sido hecha con

(1) Prólogo a la citada obra de Higuera, XXVII. Menos explícito el señor Pazos en la Memoria de la Asociación de Registradores, 1913, pág. 176.

(2) Véase el resumen en el *Anuario de la Dirección general de los Registros*, 1917, págs. 528 y siguiente.

(3) Artículo 1.817 de la ley de Enjuiciamiento civil: «Si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieran, al tiempo de ser incoado los interesados y lo que fuese objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía.

la reflexión debida, y que el artículo 41 de la ley no ha sido fruto de una correcta ponderación de las instituciones a que afecta.

Si la posesión consiste principalmente en un señorío de hecho sobre las cosas, en un sometimiento efectivo de la misma a la voluntad humana, la llamada posesión registral o titular, basada sobre la inscripción de una finca o de un derecho real en el Registro a favor de persona determinada, no es verdadera posesión. La titularidad emanante del asiento no implica potestad inmediata sobre la cosa ni ejercicio del derecho. De aquí que pueda aparecer como poseedor jurídico una persona no inscrita (1).

Un imperfecto paralelismo de la *gewere*, o investidura germánica, y de la posesión romana, puede llevar a la confusión de ambos conceptos; pero en el orden inmobiliario (2) la primera se caracteriza por su fuerza legitimadora y valor transmisivo, así como la segunda por ser relación de hecho, a la que el derecho concede enérgica e inmediata protección.

Por eso resultan delicadísimos los problemas referentes al ejercicio de la acción Publiciana por el poseedor no inscrito y a la adquisición del dominio de fincas inscritas por medio de la prescripción.

En nuestro derecho, la reivindicatoria puede ser desvirtuada o paralizada siempre que el actor haya transferido la propiedad y entregado la finca al demandado, o haya constituido a favor del mismo un derecho real, hecho efectivo con la posesión de la cosa. Igualmente puede estar justificada la posesión por título contractual (arrendamiento, etc.) o por un simple *jus retentionis*.

En todos estos casos y otros muchos, el antiguo dueño, según el Registro, a pesar de no haber inscrito el nuevo propietario o derecho-habiente, perdería el interdicto de recobrar, el desahucio, el juicio posesorio y el declarativo de propiedad; ¿cómo, pues, vamos a conceder a la inscripción, después de haberla hecho independiente de la situación efectiva del inmueble, la extraordina-

(1) En este sentido Krainz, Pfaff, Ehrenzweig. *System des Oesterreichischen allgemeinen Privat-rechts*, 5.<sup>a</sup> ed., Vien., 1913. Manzschek, n K.—Hof. Verlags.—I.—459.

(2) Si se trata de muebles, la posesión tiene no sólo función defensiva, sino que también sirve para legitimar las transmisiones. Véase mis *Estudios de Derecho Hipotecario*.



ría virtud de trastornar el estado de hecho, en un procedimiento sumarísimo, y sin anuencia ni casi audiencia del poseedor?

Urge volver a los cánones consagrados por el derecho germánico, del cual desciende directamente nuestro sistema, y desenvolver con todo rigor el principio fundamental: la inscripción produce los efectos ofensivos y defensivos y posee la fuerza legitimadora de la investidura medieval (*gewere*).

Esta legitimación tendría valor activo y pasivo; es decir, favorecería al dueño y a los que con él hubieran contratado, o contra él formularan alguna reclamación, y aunque limitada a las declaraciones de carácter real, podría ser utilizada por los que, confiados en su contenido, hubieran realizado el pago de un cánón u otra prestación debida por razón de un derecho inscrito.

En fin, la presunción de que el inscrito es el titular efectivo, armonizaría el llamado consentimiento formal (o sea la posibilidad de solicitar asientos por la sola voluntad del lesionado o transmitente) con las exigencias del derecho civil, que exige un pacto para que se haga transferencia de propiedad o constitución de un derecho real.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

Para Registradores, Notarios, Jueces y Secretarios judiciales, es indispensable la consulta de los datos de las localidades y oficinas que  
\_\_\_\_\_ contiene la **GUÍA** de los señores \_\_\_\_\_

**JARAMILLO Y ESTEVEZ**

Juez de Alba de Tormes y Registrador de Pozoblanco, respectivamente.

Los pedidos a estos señores      Precio: 15 pesetas