

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXIX

Noviembre 1953

Núm. 306

Réplica y coronación del problema sobre el contenido de la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria

I

1.º Entre las consecuencias sustantivas derivadas del principio de la legitimación registral, haciendo caso omiso de toda idea de *ejercicio de acción*, señala ROCA SASTRE (1) tres presunciones posesorias: 1.ª La del inciso segundo del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; 2.ª La del artículo 35 de dicha Ley. Y 3.ª La del párrafo segundo del artículo 396 de la Ley Hipotecaria de 1909, conforme a la disposición transitoria 4.ª de la vigente Ley.

Vamos a ocuparnos aquí de la primera, y prescindimos de los antecedentes históricos de la misma y de los graves problemas y complicaciones que originó en el pasado.

Quien desee una información completa sobre estos antecedentes históricos, entre otros muchos y meritorios trabajos, puede consultar ROCA SASTRE (2), A. SANZ (3) y MARTÍNEZ-CORBALÁN (4).

(1) Derecho Hipotecario, tomo I, pág. 253 y ss.

(2) Obra citada, págs. 308 y ss.

(3) Instituciones, tomo I, págs. 330 y 495.

(4) La reforma de la Ley Hipotecaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 1946, pág. 96 y ss.

2.º Tres teorías fundamentales señala ROCA SASTRE (5) como posibles para explicar el verdadero significado de dicha presunción posesoria: la de A. SANZ (6)—el titular inscrito tiene la posesión de hecho del inmueble—; la nuestra (7)—la presunción posesoria tiene como contenido propio el «ius possidendi», pero entendido éste no como facultad dominical, sino en su ejercicio o goce—, y la del mismo ROCA SASTRE (8)—el titular registral es un propietario-poseedor o un titular del dominio o derecho real completo, en el sentido de hallarse en pleno ejercicio, a los fines de la legitimación para el tráfico jurídico.

3.º Al defender A. SANZ su teoría, no rebate ninguno de los argumentos de la nuestra. Se limita a rechazar el «ius possidendi» como contenido de la presunción posesoria (9), y sus razonamientos los comparte por completo, referidos simplemente al «ius possidendi» como una de las facultades integrantes del dominio.

Su error está (obra citada, tomo primero, nota 14 de la página 499) en que me atribuye una opinión que jamás ha estado en mi mente.

Yo nunca me he referido al «ius possidendi» como una de las facultades integrantes del dominio, sino a la posesión o goce que deriva del ejercicio aquél, para separarlo netamente del «ius possessionis», evitando la involucreción o confusionismo de ambos en que incurre A. SANZ, como claramente resulta de los fundamentos (texto de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 y en la naturaleza especial de tal facultad dominical), en que apoyo mi teoría. Así digo claramente (10): «Como consecuencia de tales palabras (las de la Exposición de los Motivos), la Ley quiere destacar en el primer párrafo del artículo 38, junto a la presunción jurídica de la existencia del Derecho (en estado estático), la presunción de su ejercicio (actividad, vida, fecundidad, goce), que se concreta fundamentalmente en el derecho de poseer, y así entendida la presunción posesoria, sirve de complemento a la presunción jurídica y deja de ser redundante o superflua.»

(5) Obra citada, pág. 255 y ss.

(6) Comentarios, pág. 196. Instituciones, tomo I, págs. 497 y ss.

(7) Mas, sobre los artículos 24 (38 Ley Unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria, págs. 522 a 529.

(8) Obra citada, tomo I, págs. 261 y ss.

(9) Instituciones, tomo I, pág. 498 (c.).

(10) Trabajo citado, pág. 522.

Y posteriormente (11): «El Registro sólo protege situaciones jurídicas, y cuando éstas confieren al titular el derecho de poseer, supone, con presunción «*juris tantum*», que el derecho existe (presunción jurídica), y, además, que su titular inscrito lo ejerce, poseyendo físicamente la cosa como base económica del derecho (presunción posesoria).».

Por tanto, quedan en pie todos mis argumentos y los de AZPIAZU contra la teoría de A. SANZ, reforzados hoy por los de ROCA SASTRE (12).

4.º ROCA SASTRE combate también mi teoría, pero como sus argumentos (13) tienen por base el mismo error en que ha incurrido A. SANZ (a pesar de que aquel autor recoge mi idea de ejercicio del Derecho), según se deja aclarado, no quitan fuerza a mis razonamientos, que en el fondo coinciden en absoluto con los de ROCA SASTRE. La misma idea se exterioriza con palabras y técnica distinta, y, como es natural, reconozco noblemente que ROCA SASTRE se expresa con más claridad y mejor técnica; pero sustancialmente lo mismo da decir que el titular inscrito es un propietario-poseedor, que es un propietario que ejerce, goza y disfruta el «*ius possidendi*»; en ambos casos se expresa claramente que se trata de un propietario completo.

Por ello ratifico totalmente la afirmación final de ROCA SASTRE de que en el caso del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se contiene, más bien que una presunción de posesión, un precepto de carácter material, consistente en reputar o considerar al titular de un derecho como poseedor del mismo. (Ver Hedemann, *Las presunciones en el Derecho*, págs. 245 y 285.)

5.º Necesidad de tal presunción.—ROCA SASTRE la estima perturbadora (obra y tomo citado, pág. 254). Nosotros la consideramos

(11) Trabajo citado, pág. 526.

(12) Obra citada, págs. 256 y ss.

(13) a) Es redundante (pág. 259, tomo I).

b) El «*ius possidendi*» es extraño a la legitimación registral (página 260, nota 1.ª).

c) El «*ius possidendi*», como facultad registradora de la posesión perdida, no es exclusiva del dominio o derecho real que implica que posesión, pues también la posesión en sí, a pesar de constituir un hecho como situación jurídicamente protegida que es, entraña también dicha facultad de reintegración posesoria cuando reacciona contra el despojo producido dentro del año de que habla el núm. 4.º del artículo 460, C. c. (pág. 260, nota 2.ª).

necesaria y útil; en primer lugar, porque hace posible el cumplimiento de la doctrina de la tradición, conforme a la jurisprudencia que después diremos. Además, es el único medio legal que ROCA SASTRE arbitra para salvar la fe pública, con base en dicha jurisprudencia, todo lo cual desvirtúa, con el apoyo de la doctrina que después diremos de VALLET DE GOYTISOLO, la fuerza del «dogal» de BERASÁTEGUI; en segundo lugar, porque sin dañar o perjudicar al artículo 41 de la Ley Hipotecaria, lo aclara y refuerza, ya que éste toma base del artículo 38, y siempre será mejor que la presunción de éste parta del derecho completo, con posesión, cuando el derecho inscrito la lleva aneja. La ventaja procesal práctica será la de seguir dando base a la jurisprudencia para mantener, como lo viene haciendo, la doctrina del desahucio, por precario, mediante la idea del poseedor mediato o superior a favor del titular inscrito. Por todo ello nos causa extrañeza esta falta de concordancia o consecuencia en que incurre ROCA SASTRE: por un lado, la considera perturbadora e innecesaria, y por otro, la acoge como único resorte posible para proteger al tercero hipotecario. Así le dice BERASÁTEGUI, como después veremos, que si prescinde de ella se aprieta más el «dogal». Queda, pues, aclarada y simplificada esta cuestión en bien de las ideas y en beneficio de todos.

Si la meta de nuestro trabajo fuera dejar coronado y resuelto el problema del contenido de la presunción posesoria del inciso segundo del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, con lo dicho haríamos punto final; pero tal meta es mucho más ambiciosa, discutida y complicada, pues tiende, a través de tal presunción, y con motivo de fijar los efectos sustantivos de la misma, intentar demostrar que está también resuelto el problema de integrar y armonizar los textos del Código civil y los de la Ley Hipotecaria respecto a la adquisición del dominio y demás derechos reales que impliquen posesión, salvando los escollos de la teoría de la tradición y los del requisito de la buena fe hipotecaria, y con ello limpia y perfilada la figura del tercero hipotecario.

II

EFFECTOS SUSTANTIVOS DE DICHA PRESUNCIÓN

6.º A la presunción posesoria así concebida señala ROCA SASTRE como único efecto el de legitimar al titular inscrito como propietario poseedor, como propietario completo, a los efectos del tráfico de inmuebles.

Dice así (ROCA SASTRE, obra y tomo citados, pág. 172): «En virtud del artículo 38 se presume que este titular registral tiene la posesión del derecho inscrito a su favor, es decir, es considerado como poseedor o está legitimado como tal para el tráfico jurídico, mientras no se demuestre que el Registro es inexacto, en cuanto lo proclama como titular del dominio o derecho real, de cuya posesión se trata. Y como en virtud del artículo 34 de la Ley, la presunción de existencia y de titularidad del derecho deviene incommovible en beneficio del tercero, protegido por fe pública registral, de modo que en provecho de éste el Registro inexacto vale como exacto; de aquí que por tener que considerarse que el titular registral, que actúa de transferente, es un propietario-poseedor, o sea que está legitimado como tal para el tráfico jurídico precisamente para que los terceros puedan fundarse inatacablemente en la apariencia registral, todo ello trae como consecuencia lógica que la carencia de la posesión real o material en el «tradens» sea una circunstancia que no puede repercutir en perjuicio del tercer adquirente, protegido por la «fides publica» del Registro.»

«Este resultado, fundado en el juego de la presunción de exactitud del Registro ante tercero protegido, unido al de la presunción posesoria, tiene también su apoyo en la jurisprudencia, ya que ésta, enlazando la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código con la presunción posesoria del artículo 38 (antes 41) de la Ley, venía a declarar que tratándose de bienes inscritos a favor del transferente, dicha tradición instrumental operaba la transmisión (ver Sentencias de 20 de enero de 1912, 28 de enero de 1916, 2 de julio de 1925, 24 de junio de 1926, 7 de julio de 1927, 4 de mayo de 1940, 4 de marzo y 24 de mayo de 1941 y otras; ver asimismo las

Sentencias de 3 de junio de 1899 y 21 de diciembre de 1905). Como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, el Tribunal Supremo, más en contacto con la realidad, se ha visto en la necesidad de separar la tradición ficta de la tradición real, y se inclina a estimar consumada la venta cuando aparece inscrita la finca, concediendo al comprador una acción reivindicatoria frente al tercer poseedor.»

A. SANZ (14) estima que tal jurisprudencia hay que estimarla rectificada. Considero que tal jurisprudencia subsiste; lo que ocurre, a mi juicio, es que en orden a la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código civil, la jurisprudencia tiene dos vertientes: una, que mira a la propiedad inscrita, que es la indicada anteriormente, y otra, orientada hacia la propiedad extrarregistral, conforme a la cual, para que la tradición exista, es necesario que al efecto el «tradens» se halle en posesión de la cosa tradida, conforme a las Sentencias de 12 de abril de 1890, 10 de noviembre de 1903, 29 de mayo de 1906, 10 de febrero de 1909, 24 de noviembre de 1914, 23 de noviembre de 1917, 25 de octubre de 1924, 22 de marzo de 1930 y 9 de enero de 1941.

7.º ANGEL SANZ valora la inscripción como una forma de tradición presunta, referida sólo al principio de legitimación y a uno de los elementos constitutivos del derecho real, o sea al modo, y así a la presunción posesoria del artículo 38 le da el alcance de una presunción de tradición que revalora la del artículo 1.462 del Código civil (15).

Ya combatimos esta doctrina (16).

8.º NÚÑEZ-LAGO (17) estima que para transmitir registralmente no hace falta la presunción posesoria del artículo 38, lo que considera hasta peligroso, bastando para la protección del tercer hipotecario la teoría de las adquisiciones a «nom domino», en la cual está fuera de campo la teoría del título y el modo.

Rebate tal teoría el mismo ROCA SASTRE (18).

9.º URIARTE BERASÁTEGUI (19) dice así: «En el estado actual, la

(14) *Instituciones*, tomo I, pág. 260.

(15) *Comentarios*, pág. 198. *Instituciones*, tomo I, págs. 259, 260 y 500.

(16) Trabajo citado, pág. 528.

(17) Nota bibliográfica a la 2.ª edición de las «Instituciones de Derecho Hipotecario», de Roca Sastre, publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, I, pág. 25.

(18) Obra citada, pág. 172 a 177.

(19) «Revisión de ideas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1950, pág. 240.

posición es clara: el sistema registral, adjetivo, garantiza la pre-existencia de titularidad en el transmitente, pero deja al titular protegido sujeto a las contingencias de su propio negocio adquisitivo por vicios internos y externos."

«Por tanto, vigente la teoría del título y del modo, sujeta a la posible nulidad de la adquisición por falta de tradición si el transmitente no pudo efectuar materialmente la entrega por carecer de su posesión anterior, no se negará al titular protegido su carácter de tal, sino el valor jurídico de su adquisición por falta de tradición.»

«He aquí prácticamente el derrumbamiento de todo el sistema registral imaginado, que satisface a los civilistas a ultranza y conturbaba profundamente a los hipotecaristas.»

Posteriormente rebate a ROCA SASTRE (20) con las siguientes palabras: «Después de esto pretende (ROCA SASTRE) salvaguardar el sistema registral por caminos en que éste carece de vigor con argumentación forzada, basada en el tipo germánico, impreso a los artículos de la Ley en que se basa: «Se presume que el titular registral es poseedor» (art. 38). «Luego para el tercero del artículo 34 esa presunción deviene incontrovertible y es un propietario poseedor» (pág. 172).

«No lo admitimos: el artículo 38 implica una presunción «*juris tantum*» del negocio inscrito antes de derivarse otro, que entra de lleno en el juego de la «legitimación», como el mismo autor sostiene acertadamente en la sección VIII del mismo tomo, sin enlace directo con el juego de la fe pública registral, que pone en vigor la presunción de «*juris et jure*» del artículo 34, en beneficio del tercero y en relación al título de derecho del transmitente y no de las situaciones de hecho que puedan afectarle. Y en tal forma, salvado íntegramente el vigor de este artículo 34, caducará el valor del negocio derivado por su propio vicio de falta de tradición.»

«Señalamos la involucreción de ideas. Se trata de saber si la teoría de la tradición clásica vigente permite que los artículos comentados tengan el valor y puedan ser aplicados en la forma pretendida por los legisladores o, por lo menos, por ROCA. Este invierte el orden de ideas. Las tratrueca. Parte del aquel valor germánico para su «argumentación.»

«Mas todo será inútil si deja subsistente la tradición clásica en

(20) Trabajo citado, pág. 252.

el Derecho civil. Escamoteada registralmente, no podrá hacer lo mismo civilmente. Habrá de sustituirla inevitablemente por la concepción espiritual.»

«Y, sustituida por ésta, no hará falta alguna el escamoteo registral, como no fué necesario en el sistema germánico, que prescinde de la tradición. Le amenaza el dogal.»

«Y si su sinceridad le obliga, antes o después, a rechazar aquella presunción posesoria de tipo germánico, por innecesaria y erróneamente concebida, se lo habrá apretado él mismo, arrastrando tras sí el aparato de su argumentación, de que desde el principio estaba insatisfecho, siquiera le esgrimiera desesperadamente en su afán hipotecarista.»

Termina URIARTE tan interesante trabajo dejando la solución en manos de la jurisprudencia.

10. VALLET DE GOYTISOLO (21), después de combatir el concepto de inscripción convalidante de A. SANZ conforme al cual «la inscripción convalidante asegura los efectos «erga omnes» del derecho real, y puede dar lugar a nacimiento del mismo en el momento de la protección al tráfico jurídico», afirma que la inscripción a favor del *adquirente* nada convalida, pues sólo representa un requisito *a posteriori* para que se mantenga una adquisición realizable anteriormente, y termina explicando cómo se logra esta adquisición, diciendo (pág. 950):

«ALEJANDRO BÉRGAMO («Protección de la apariencia jurídica en el Derecho español», curso de conferencias de 1945 en el Colegio Notarial de Valencia, pág. 244), con la precisión que le caracteriza, ha afirmado que no puede existir una apariencia susceptible de protección jurídica mientras no concurren, «unidos como hermanos siameses», dos elementos: uno material y otro psicológico.»

«En la fe pública registral, el elemento material es la inscripción a favor del transferente; el psicológico, la buena fe del adquirente.»

«En la buena fe, como hemos dicho, radica la fuerza motriz de la adquisición a virtud de la fe pública; es el elemento dinámico. La inscripción a favor del transferente es el elemento estático, la polea fija sobre la que se apoya la buena fe para operar la transmisión.»

«Vamos a ver ahora cuál es la mecánica y, si puede ser, con todo

(21) Juan Vallet de Goytisolo, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», *Revista de Derecho Privado*, año 1947, págs. 944 y 945.

detalle, el movimiento a cámara lenta de la adquisición verificada al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.»

«Hemos repetido que la adquisición del dominio y de los derechos reales (excepto la hipoteca) se opera en nuestro sistema fuera del Registro. No exceptúa a esta regla la adquisición verificada en virtud del juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El tercer adquirente de buena fe adquiere de quien no es propietario ni tiene poder de adquisición por obra y gracia de su fe en el contenido registral inscripción a favor del transferente). Pero esto sucede en el mismo instante en que se operó aquella transmisión, que hubiese sido nula por falta de titularidad en el transferente de no haberse obrado el milagro de la fe pública. Y normalmente coincide con el otorgamiento de la escritura pública con fuerza de tradición.»

«No hay, pues, excepción al régimen normal de transmisión inmobiliaria. La anomalía está en que se adquiere de quien no tiene título, y tal vez ni siquiera es poseedor.»

«La fe en el contenido registral purifica el título. La presunción «iuris tantum» existente a favor del transferente se transforma, más que en presunción «ius et de iure», en palpitante realidad a favor del adquirente.»

«La fe en la presunción de posesión del propio artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando no exista una posesión suficientemente clara a favor de otro, o si el poseedor oculta dolosamente su condición al adquirente, purifica también la tradición instrumental a favor del adquirente de buena fe.»

11. Recoge después VALLET (pág. 951) la afirmación de ROÁN (22) de que la conversión de la presunción posesoria de «iuris tantum» en «iuris et de iure», representa una «conclusión contraria técnica y a la indomable realidad social», y la rebate en la siguiente forma:

«A tal afirmación hay que contestar haciendo una distinción esencial. Ciertamente, sería contrario a la propia realidad considerar que la presunción «iuris tantum» de posesión del artículo 38 de la Ley Hipotecaria pueda convertirse en su integridad por la acción del artículo 34 en presunción «iuris et de iure». Pero no hay obstáculo físico, jurídico, técnico ni lógico en que, en cuanto no choque con esta

(22) «Texto refundido de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Privado*, núm. 355, pág. 737.

realidad que representa la posesión de otro como dueño, pueda extenderse a dicha presunción de posesión el tránsito de ser «iuris tantum» a serlo «iuris et de iure» a favor del tercero de buena fe.»

«En efecto, vemos, como resultado del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que el tercer adquirente registral queda durante un año en la situación del poseedor despojado del número 4.º del artículo 460 del Código civil, que conserva su posesión hasta que se cumpla un año a partir de su despojo, sólo que aquí, por ser la situación análoga, pero no idéntica, en lugar de poder ejercitar los interdictos durante dicho año, cabe utilizar el procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Y ya hemos dicho que el ejercicio del mismo caduca igualmente al año, tal como se desprende del propio artículo 36 antes comentado.»

«Pues bien : otro efecto que no choca con la realidad es que la tradición verificada por quien no es poseedor resulte eficaz. Es inconciliable con la realidad que el tercero tenga una posesión que no tiene. Pero no que su fe en la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (en los casos excepcionales en que no es operada su neutralización por el artículo 448 del Código civil) otorgue, por la virtud de la fe pública, fuerza de tradición verdadera al otorgamiento escriturario de la misma, pese a estar vaciada por falta de posesión del transferente (titular inscrito). Al igual como se revaloriza la adquisición en cuanto al título, que tampoco sería válido por falta de derecho del mismo transferente, sucede aquí con la tradición.»

«Ahora bien : la diferencia de ambos casos estriba en que la adquisición del título es firme y definitiva (una vez se haya inscrito), mientras que la de la posesión, una vez surtido el efecto de la tradición, ha de ceder ante el peso de la «indomable realidad», quedando el tercer adquirente en la indicada situación, análoga a la del poseedor despojado, del número 4.º del artículo 460 del Código civil.»

«Es decir, la fe pública actúa sobre la presunción de posesión en aquello en que la realidad visible no la contradice.»

No hemos querido combatir el «dogal» de BERASÁTEGUI, así como la opinión de ROÁN, con nuestras pobres opiniones, sino apoyándonos en el juicio de un autor de tan elevada valía y tan poco sospechoso para la posición civilística como el admirado VALLET DE GOYTISOLO.

12. Pero a fuer de sinceros, y lamentándolo muchísimo, no po-

demos aceptar el resto de la construcción de tan esclarecido autor en el citado trabajo, particularmente su concepción del requisito de la buena fe hipotecaria, basada erróneamente en la supervaloración que hace de la presunción que contiene el artículo 448 del Código civil, de la que deriva una presunción de dominio (basada en la publicidad física de la posesión), que enerva y destruye a la de igual clase establecida en el inciso primero del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (publicidad formal del Registro), con lo cual casi se derrumba el sistema hipotecario en cuanto a la transmisión del dominio y demás derechos reales que impliquen posesión como resulta de las consecuencias prácticas que deriva de su teoría para el juego de la fe pública (23).

«La fe pública tiene como premisa necesaria la legitimación; es decir, su base es la presunción legal «iuris tantum» de exactitud del Registro, o sea de titularidad del transferente. Ahora bien: si esta presunción queda contrarrestada, como hemos visto, por otra, concretamente la del artículo 448 del Código civil, que proclama que el poseedor en concepto de dueño realmente es el propietario, cae, con su base, el posible juego de la fe pública. La consecuencia será, pues, que si existe un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral, quien de este último adquiriera no estará protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.»

«A igual resultado se llega a través del párrafo 2.º del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, pues el verdadero propietario que además posea siempre podrá invocar la usucapio a su favor, apoyándose en la «accessio possessionis».

Y todavía es más lamentable su postura por lo fragilísimo del argumento en que la basa el párrafo 2.º del artículo 36 de la Ley Hipotecaria (24).

13. La «possessio ad usucapionem», aunque tenga más de un año, no perjudica nunca al tercer adquirente, por las siguientes razones:

a) Porque coincidimos en absoluto con ROCA SASTRE (25) en que tal precepto es completamente inútil y superfluo, y con él o sin él el tercer adquirente no puede sufrir perjuicio alguno, pudiendo interrumpir la posesión (aunque no inscriba) utilizando tal medio ci-

(23) Trabajo citado, pág. 939, a).

(24) Trabajo citado, pág. 939.

(25) Obra citada, tomo I, págs. 559 y 560.

vil tanto dentro del expresado año como después por cualquiera de los medios que la legislación establece, y entre ellos el del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que no queda enervado por el hecho de que haya transcurrido más de un año, a partir de la adquisición.

b) Porque A. SANZ (26), en cuya opinión se apoya VALLET DE GOYTISOLO (trabajo citado, pág. 939), al comentar dicho párrafo, dice textualmente:

«Acertadamente no habla en este caso el artículo 36 del requisito de la buena fe para la protección del titular. El simple conocimiento del estado posesorio no afecta a la buena o mala fe del mismo. Únicamente cesará su protección registral si existe mala fe en el sentido del artículo 34, es decir, si tiene conocimiento de que el poseedor es verdadero dueño en virtud de un título perfecto, aunque no inscrito, de su adquisición.» Luego para A. SANZ prevalece la publicidad formal del artículo 38 de la Ley Hipotecaria sobre la publicidad física de la posesión (art. 448 del Código civil), afirmando además que el simple conocimiento del estado posesorio, en contra de lo que afirma VALLET DE GOYTISOLO, no afecta a la buena o mala fe del adquirente.

Es verdad que A. SANZ sostiene que si el tercer adquirente no interrumpe la prescripción haciendo cesar el estado posesorio dentro del plazo del año sufre el perjuicio de no poder interrumpir *registralmente*, es decir, utilizar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, de lo cual «deduce la importante consecuencia de que el artículo 41 tiene en su aplicación, cuando se dirige contra un poseedor en concepto de dueño, la limitación de un año, a contar desde la fecha de la inscripción». En sus *Instituciones* (pág. 558) silencia este último inciso, que figura en los *Comentarios* (pág. 298), lo cual es significativo, pero tanto en sus *Comentarios* (pág. 323) como en sus *Instituciones* (pág. 355) afirma que contra el poseedor «ad usucapionem», sin título, puede prosperar el artículo 41; «pero por tratarse de una mera cuestión posesoria no podrá hacerse uso de él sino dentro de un año, a contar desde la fecha de la inscripción por aplicación del artículo 460 del Código civil».

Y tomando base en esta argumentación de A. SANZ, concluye

(26) *Comentarios*, pág. 298. *Instituciones*, tomo I, pág. 557.

VALLET DE GOYTISOLO (trabajo citado, pág. 939) diciendo: «Es decir, que quien arrebate la posesión en concepto de dueño al titular inscrito gozará plenamente frente a él de la posición que al poseedor en concepto de dueño asigna el Código civil. Eso tan pronto como sea verdadero poseedor, es decir, así que haya transcurrido el plazo de un año, señalado en el número 4.º del artículo 460 del Código civil.»

«En tal supuesto, la presunción del artículo 448 del Código civil se impondrá a la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.»

«Con ello llegamos a concretar que la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es una presunción «*prima facies*». Que cae si se demuestra que otra persona posee en concepto de dueño con más de un año de antigüedad, en cuya hipótesis la presunción del artículo 448 del Código civil se impone.»

Tiene importancia dejar bien destacado que :

a') Mientras para A. SANZ el simple conocimiento del estado posesorio no afecta para nada al requisito de la buena fe hipotecaria en tal materia, para VALLET DE GOYTISOLO, en cambio, es fundamental, hasta el extremo de paralizar el efecto de la fe pública, salvo escasas excepciones (trabajo citado, págs. 939 y 949).

b') Que de la construcción de A. SANZ no puede deducirse que el artículo 448 del Código civil enerve la presunción del párrafo 1.º del artículo 38, como hace VALLET ; y

c') Que en lo único en que coinciden ambos autores, con GARCÍA VALDECASAS, es en enervar el artículo 41 frente al poseedor en concepto de dueño por más de un año, posición que pasamos a combatir. Porque afirmamos que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria concede al titular registral una acción real vigorosa para la defensa de su derecho inscrito, como derivada, sin ninguna limitación temporal ni posesoria, de la presunción «*iuris tantum*» del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sin más limitaciones que las causas taxativas de oposición que el propio artículo 41 establece, fundándonos para ello :

1.º En que en el procedimiento del artículo 41 no se discuten cuestiones posesorias, sino las jurídicas que plantean las causas de oposición que el mismo artículo señala, por la razón fundamental de que lo que se pone en juego con carácter agraviado es una acción

reivindicatoria fundada en un «ius possidendi», sin contacto alguno con el «ius possessionis».

2.º Que lo que se discute en dicho procedimiento son cuestiones jurídicas y no posesorias está plenamente reconocido por el Decreto de la Presidencia del Gobierno, previo informe del Consejo de Estado y de acuerdo con el Consejo de Ministros de fecha 3 de noviembre de 1949 («B. O.» del 19 de igual mes), resolviendo cuestión de competencia promovida por el Gobierno Civil de Oviedo al Juzgado de 1.ª Instancia de Cangas de Narcea, admirablemente comentado por CÁNOVAS COUTIÑO en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1949, página 794 y siguientes.

3.º Que el poseedor «ad usucapionem», sin título o con él, aunque lleve más de un año de posesión, no puede formular demanda de contradicción contra el Registro, por no estar comprendido en ninguna de las cuatro causas de oposición que taxativamente admite el artículo 41, ni enervar tal procedimiento (27).

14. Esta opinión coincide con la de ROCA SASTRE y VILLARES PICÓ (28). Así, al referirse a la aplicación que hace A. SANZ del artículo 460 del Código civil, dice aquél expresamente: «Nosotros no entendemos qué quiere decir con esto dicho autor. Creemos que quizá el pensamiento del mismo es el de que tal proceso de ejecución no podrá ser utilizado por el titular registral después de transcurrido dicho año, o sea que sólo mientras transcurra éste será admitido el referido procedimiento; pero esta opinión no puede prevalecer por varias razones, la principal de las cuales es que ni el artículo 41 ni ningún otro precepto establecen tal limitación.» Y al combatir a GARCÍA VALDECASAS (29) (que afirma que frente al poseedor, en concepto de dueño por más de un año, no cabe más que la acción reivindicatoria plenaria en juicio declarativo), le replica: «Esta opinión no puede aceptarse, y contra ella se produce acertadamente VILLARES PICÓ. Sólo puede servir de base para oponerse al proceso de ejecución del artículo 41 de la Ley la posesión en virtud de título

(27) Mi trabajo antes citado, pág. 533, 1.º, y 537, 2.º. A la crítica que a esta teoría hace A. Sanz en sus *Instituciones*, tomo I, pág. 353, nota 42; me limito a replicar, para hacerla más serena y objetiva, con lo que dice Roca Sastre en su obra citada, tomo I, pág. 325 y ss.

(28) Obra citada, pág. 294, nota 3.ª; 325, nota 1.ª, y 303, primer párrafo, y Villares Picó, «La posesión y el registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1947, pág. 443.

(29) «La posesión incorporal del despojo y la posesión de año», en *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 425.

derivado del titular registral o de titulares registrales anteriores, y reuniendo tal posesión estas circunstancias lo mismo da que la misma lleve o no un año de existencia.»

Terminamos esta cuestión adhiriéndonos al concepto de buena fe hipotecaria que mantiene ROCA SASTRE tanto en su aspecto general hipotecario (obra y tomó citados, págs. 445 y sigs.) como en el caso especialísimo del artículo 36 (págs. 578 y sigs.).

Con la ponderada posición que este autor, que, a mi juicio, es el más profundo y completo de los hipotecaristas actuales, así como con la no menos equilibrada de LA RICA (30), se salvan, como antes hemos dicho, los escollos de la teoría del título y el modo y los de la buena fe hipotecaria.

Reconocemos que frente a esta posición doctrinal existe otra, integrada por autores de gran valía, pero nadie negará que aquélla se asienta en sólidos fundamentos doctrinales y legales y da base a la jurisprudencia para, siguiendo su actual trayectoria, coronarla definitivamente en reiteradas Sentencias.

Y afortunadamente hay bases fundadas para esperarlo así, en vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1953, a la que la ágil y brillante pluma de AZPIAZU da el relieve que merece en R. C. D., año 1953, páginas 401 y siguientes.

CONCLUSIONES

Primera.—La presunción posesoria del inciso 2.º del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es una consecuencia o derivación directa e inmediata del inciso 1.º de dicho párrafo. La ley no sólo presume a favor del titular la existencia de los derechos reales inscritos (inciso 1.º), sino que en el caso de que éstos impliquen posesión, presume en igual forma que ésta la tiene el titular inscrito (inciso 2.º). Por ello ambas presunciones las engloba en un mismo párrafo, para que no haya lugar a dudas. Y las dos, la del derecho y la de su posesión, cuando la lleve consigo, con carácter «ius tantum», como derivadas del principio de la legitimación registral en su as-

(30) Ver La Rica, «La buena fe y la publicidad del Registro», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1949, págs. 537 y ss. «Dualidad legislativa», en la misma Revista, año 1950, págs. 625 y ss.

pecto sustantivo y amparada por los Tribunales, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria.

Segunda.—Sobre esta base completa de propietario-poseedor, el artículo 41, como una de las manifestaciones más importantes del principio de la legitimación registral en su aspecto adjetivo o procesal, regula un procedimiento especial para las acciones reales que derivan de los derechos inscritos, en perfecto paralelismo con el párrafo 1.º; con sus dos incisos, del artículo 38.

Tercera.—El juego reivindicatorio del artículo 41, como ejercicio de acciones reales derivadas de la presunción completa del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es fuerte y vigorosa, como su paternidad y, por tanto, no tiene el carácter enfermizo y caduco de vivir bajo la espada de Damocles del artículo 448 del Código civil.

Cuarta.—La única consecuencia sustantiva, importantísima, de dicha presunción posesoria, es la de considerar al titular registral, a todos los efectos legales, es decir, tanto en orden al Código civil (título y tradición válidos), como en orden al hipotecario, como legitimado para el tráfico de inmuebles (presunción «*juris tantum*»), que se convierte, por el artículo 34, en presunción «*juris et de jure*» en beneficio del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso que inscribe (principio de fe pública).

Quinta.—Mientras no se reforme el Código civil y se derogue el sistema de la teoría del título y del modo, al menos en cuanto a la propiedad inscrita, considero muy útil y conveniente la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

JESÚS MARTÍNEZ-CORBALÁN.

Notario