

# Revisión de ideas<sup>(1)</sup>

## IV

### DESVIRTUACION GERMANICA DEL SISTEMA ESPAÑOL

En el examen del sistema registral español hemos llegado a un solo efecto: garantía de preexistencia, integridad del Registro, presunción de «juris et de jure» en beneficio del titular protegido, de que aquél refleja y agota la realidad jurídica.

Se dice que este primer efecto logrado pone en juego la fe pública del Registro y que responde al principio de publicidad.

Es posible afirmar que todos los sistemas registrales imaginables buscan y logran este primer efecto fundamental, que hemos dado en llamar de terceros. Y, por lo tanto, que el sistema germanico es un sistema de terceros al igual que el español en este primer plano de publicidad.

Entremos ahora en otro plano: el que surge al conjuro del llamado principio de legitimación, poniendo en juego la presunción «juris tantum». Puede llegar ahora el sistema a adquirir desenvolvimientos inusitados.

El negocio inscrito, en sí mismo considerado, antes de que del mismo derive otra inscripción que ponga en marcha el efecto de preexistencia propio del sistema en su primer grado de publicidad o «fides» pública, se halla sujeto a sus propios vicios y corre la suerte que civilmente le depare la realidad o irreabilidad de los presupuestos esenciales: capacidad, consentimiento, causa lícita, etcétera. Nada ha ganado el negocio por su inscripción, que se le impone tan sólo como tributo obligado al sistema registral al

(1) Véanse los números 261, 262 y 263 de esta REVISTA.

que se acoge, como un eslabón esencial de la cadena de que en adelante formará parte para el desenvolvimiento de aquel sistema.

Se trata de dar efectos propios a esta inscripción.

Considerarla como una primera apariencia de realidad, dándole el alcance jurídico adecuado.

No ya con presunción «*juris et de jure*», sino «*juris tantum*».

Presunción de realidad del derecho que aparenta.

Bien se alcanza que no podrá obrarse con la misma desenvol-  
tura, energía y seguridad, «orden jurídico, en definitiva», partien-  
do de un sistema como el inmobiliario germano, de prueba pre-  
constituida e inscripción obligatoria, que de un sistema como el  
español, de características contrarias, parcial, voluntario, adjetivo  
y circunstancial, según vimos.

En aquel sistema, toda concesión de efectos tendrá las mayo-  
res probabilidades de acierto, precisamente por basarse en las for-  
malidades probatorias de certeza exigidas al negocio, al refuerzo  
ganado por las inscripciones anteriores y a la obligatoriedad de la  
inscripción, que desvanecen la posibilidad de vida clandestina  
válida. Se hace patente que el sistema germánico toma su fuerza  
no en el Registro mismo, sino en el total civil registral en que  
consiste, lograda ahora con pleno rigor científico, como anterior-  
mente se impuso, carente del mismo, en la «guewere», acusando  
así la racial tendencia a un derecho fuerte sobre toda considera-  
ción jurídica.

Ciertamente, dará a la presunción consideración de «*juris tan-  
tum*», pero tendrá en esencia valor casi absoluto al acortarse la  
distancia que la separa de las bases de previsión que harían pos-  
ible considerarla de «*juris et de jure*».

Por el contrario, todo indica que el Derecho español ha de ma-  
nejar estas ideas básicas con exquisita figura y previsora cautela,  
a menos de caer en la confusión y el desorden jurídico.

Veamos cómo lo han hecho los legisladores que han sucedido  
a los primitivos.

El hecho de que éstos crearan un Registro de legalidades, al  
igual que el germano, hizo a aquéllos olvidar, o tal vez no percibir,  
la originalidad y el alcance de la desviación de la embestida  
germanizante de Luzuriaga por el engaño de la larga cambiada  
del capotillo español de García Goyena, considerándole como una

especie de sucedáneo del sistema germano, como una obra de discípulos carentes de la decisión del maestro. Como un sistema germánico vergonzante.

Y teniendo todos ellos por norte este sistema, buscan ciegamente la meta, sin otra finalidad que alcanzarla y sin más medios que el insertar a viva fuerza en el español las piezas de aquél que consideran fundamentales, sin percibir que amenazan hacerlo saltar en mil pedazos al introducirlas como palanquetas. Y ni siquiera al llegar al desorden absoluto—como veremos—les volverá a la realidad.

Inicia la marcha la ley Hipotecaria de 1909, en sus artículos 24 y 41 (hoy 38 y 41), con base parcial en los artículos 15 y 16 de la ley de abril anterior. Su aliento vital se expresa sin rodeos por los comentaristas de la época: D. Pascual Aragónés dirá que la idea de sus autores fué implantar los efectos del artículo 7.<sup>º</sup> de la ley de Prusia de 1872, el 43 del Acta Torrens, el 937 del Código suizo y demás Códigos alemanes; Barrachina, coincidiendo en parte con aquél, añadirá que «no nos desagrada esta tendencia, ni menos diremos que haya pecado el legislador por carta de menos: Lo importante es fijar jalones para recorrer el camino que habremos de seguir pausadamente, pero sin retroceder, hasta llegar al sistema absoluto».

Esta es la ideología de todos los hipotecaristas, salvo Sanz, culminando en Roca Sastre, que nos dirá: «La reforma de 1909, al fortalecer en sus artículos 24 y 41 el principio de legitimación, acentuó dicho carácter (germánico). En la reforma de 1944, esta nota característica se acusa aún más.» Sigue señalando el autor el entronque del artículo 38 (antes 24) con el 891 del Código alemán y el 937 suizo, y afirma «que nuestro sistema quedó catalogado en el grupo germánico», declarando que no halla en ello un mal, sino todo lo contrario.

Cierra la marcha el intento de introducción de la pieza fundamental germánica, inscripción obligatoria de la ley de 1944, absoluto desorden jurídico, cuyo examen dejamos para la segunda parte de este trabajo.

La ley Hipotecaria de 1909 dice en su artículo 41 que quien tenga inscrito el dominio se presume que tiene la posesión:

Procede no sólo sin una previa meditación del sistema español,

sino con desconocimiento del sistema germánico en su esencia. Lo rebasa, o, mejor, lo desarticula.

Introduce una presunción de posesión totalmente innecesaria y perturbadora. Luego lo veremos claramente.

Su consecuencia es que deja en la indefensión a los titulares no inscritos, posiblemente válidos en el sistema español, así como a los poseedores extraregistrales con usucapión consumada, en defensa de titulares que dejaron de serlo civilmente o tal vez de momias vivificadas en sus sucesores, de buena o mala fe. Esta presunción posesoria, que se utiliza prácticamente en lugar de la presunción de realidad del derecho en que se apoya, permite convertir en precaristas a aquellos titulares contrarios que válida y legalmente son tales titulares con arreglo al sistema civil español, al que sujetaron su vida jurídica y económica, e incluso autoriza al ejercicio de acciones interdictales netamente posesorias. También, jurisprudencialmente, al desahucio por precario. Y con ello se llega, en aras a un pretendido sistema germánico poco estudiado, e impuesto con intención de no admitir oposición, a provocar el desorden social incluso en formas directas y cruentas.

A más, no faltará quien afirme que la presunción es de «juris et de jure», con lo que amenaza en convertir en definitivo el inmediato despojo legal, privando incluso del ulterior restablecimiento de la realidad y de la justicia que pudiera asistir a los despojados «presuntivamente».

La reforma de 1927 se ofrece como un remedio de urgencia para esta indefensión.

Toma el asunto como se lo presentan. No puede resolverlo a fondo, replanteándolo, por su carácter circunstancial e inmediato. En consecuencia, se ve obligado a partir de la presunción posesoria ya esgrimida, y se limita a restringir sus desorbitados efectos, subordinándolos a la inexistencia de un poseedor de mejor condición y a la posibilidad de la declaración judicial de que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica.

En tal estado se plantea el problema a los legisladores modernos de 1944.

Lo solucionan en los artículos 38 y 41, que vamos a examinar seguidamente.

Siguiendo nuestra costumbre, en vez de torturarnos mental-

mente en su exégesis, forzándola hasta sujetarla a nuestra interpretación, una más entre las tantas como comentaristas (lo que prueba su misma confusión), optamos por replantearnos el problema que abordan los legisladores, con las ideas sencillas que debieron haber tenido presentes.

En el sistema inmobiliario alemán se ciñe la primera exactamente a su expresión «la inscripción de un derecho implica la presunción («*juris tantum*») de que «el mismo» existe en la persona del titular registrado». Su inmediata consecuencia será justificar la efectividad de la entrega de la cosa al titular registral, «pretensión de entrega». Esta expresión, bien se alcanza, equivale jurídicamente a la pretensión de ejercicio de la titularidad por el titular inscrito (sea aquélla cualquiera y envuelva o no su material entrega o posesión material).

Ejercicio de la titularidad, entrega y posesión, cobran idéntico valor espiritual, identificándose jurídicamente ahora.

La presunción de «existencia» de la titularidad en el titular registral del sistema germano lleva implícitamente el ejercicio de todas las pretensiones que sean contenido de la misma titularidad, y, por lo tanto, el de las acciones concedidas procesalmente para su efectividad y para su defensa (así se desenvuelve en los artículos 891, 895 y siguientes del Código alemán).

Para nada juega, como vemos, la idea de presunción de posesión; sin ella actúa el sistema germánico sin fisura alguna, certamente. Casi absolutamente, diremos: la inscripción obligatoria y las propias garantías de su derecho inmobiliario permiten asegurar que frente al titular inscrito sólo habrá detentadores.

Si después de ello leyéramos el artículo 937 del Código civil suizo: «La presunción del derecho y las acciones posesorias tan sólo corresponden a la persona inscrita», tendríamos buen cuidado de no dejarnos influenciar por la expresión y seguiríamos apartando de nosotros la interposición de la «presunción de posesión».

Seguidamente se encadenarían las ideas:

1. La titularidad que muestra el Registro, y sobre la que pretendemos proyectar el efecto legitimador germánico, muestra a un titular de derecho. La proyección legitimadora consistirá en la presunción «*juris tantum*» de que es perfecta y real. No la pose-

sión, sino la realidad del titular de derecho que muestra. La de esta titularidad de derecho.

2. La titularidad de que se trata, cualquiera que sea, tiene en su contenido el poder ejercitárla y el de impedir la ejercitación contraria que se oponga a aquélla y las acciones correspondientes a ese poder: reivindicatoria, confesoria, negatoria, etc.

Pero no es menos cierto que todos los aparentes titulares de derecho de una misma titularidad, inscritos o no inscritos, tienen potencialmente a su favor ese contenido y las correspondientes acciones. En el Derecho germano se simplifica la cuestión, puesto que en principio no existen titulares de derecho no inscritos.

En el Derecho español la base del problema es la contraria. En aquél se plantea la lucha entre un titular de derecho y un poseedor extrarregistral que ha de ser vencido. En éste, entre dos posibles titulares de derecho. O entre un titular de derecho inscrito y otro no inscrito que posee. O entre aquél y un poseedor sin título. Y en beneficio del titular de derecho inscrito se ha de conceder la presunción de realidad de derecho.

Mas esa presunción, en el Derecho español, la tienen todos los titulares de derecho.

Partiendo, pues, de ello, nada habrá ganado el titular inscrito con la presunción registral, que también tenía antes de la inscripción, como la tienen los titulares contrarios.

3. Todo titular de derecho lleva potencialmente en su titularidad, como contenido de la misma, un doble poder, ofensivo y defensivo, que puede resumirse así: «Autorizarle para el ejercicio de la titularidad e impedir el ejercicio de la misma por quien lo pretenda en contrario; impedir que se vea perturbado en el ejercicio por una ejercitación contraria. Y para ello, utilizar las acciones correspondientes ofensiva y defensivamente.»

En la contienda, todos los titulares de derecho, así como el prescribiente con usucapión consumada, esgrimen las mismas armas: sus títulos de derecho respectivo. Potencialmente iguales, ofensiva y defensivamente.

En esta lucha de titulares de derecho, de lo que uno pretende ejercitárla y se opone otro que ya ejercita, en que uno pretende y otro se opone a la pretensión, se percibe una posición de ventaja, procesal, a favor del que por tener la posesión real se halla

en postura defensiva, que arroja la carga de la prueba a quien le ataca. Prueba que se contrae a la realidad o irrealidad, a la virtualidad en suma, de los títulos de derecho que se alegan. Nunca a la posesión material misma, sino a la base jurídica, de derecho, que la sustenta.

4. La legitimación registral presumida, si ha de tener algún valor jurídico, será el de conferir al titular inscrito la posición de ventaja en la contienda.

Se concibe que ello tenga lugar sin necesidad de un desplazamiento material de la cosa, sin una puesta en posesión directa e inmediata del titular inscrito sobre la cosa mediante conferirle simplemente la posición de ventaja a efectos procesales. Pero ello significaría tan sólo una declaración de principio, sin trascendencia práctica e inmediata para el ejercitante, que seguiría poseyendo, y sin ventaja directa para el titular inscrito, que continuaría desposeído.

La contienda entre ambos no es un episodio de índole especulativa y teórica, sino práctica y real, que se plantea a la finalidad de ser obtenido por el vencedor el ejercicio de la titularidad que pretende. Y la expresión material de esa concesión registral de la posición de ventaja ha de ser la puesta en ejercicio al titular inscrito de la titularidad que encarna presuntivamente mediante un procedimiento en el que el juez invierta las posiciones, confiriéndole directa e inmediatamente la posesión jurídica o ejercitación, prohibiendo al que se opone el ejercicio de la titularidad que ejercita y autorizando al inscrito su ejercicio «provisional y presuntivamente».

En esta concepción la operación abarca todas las titularidades reales, tanto las que impliquen ocupación o contacto material de la cosa como las que no sean de contacto, siquiera tome mayor relieve en aquéllas.

Decimos que le autoriza provisional y presuntivamente porque lo realizado por el juez al invertir las posiciones no prejuzga el valor de los títulos de derecho en contienda. El desposeído, si bien queda privado de las defensas interdictales de su posesión, que pasan al repuesto en la posesión, contiene con éste con la fuerza de su propio título de derecho o con el vigor que los ordenamientos civiles den a la posesión en el campo prescriptorio hasta ele-

varla a título de derecho en la usucapación consumada. En nada disminuye su poder, si bien ocupa ahora la posición desventajosa de cargar con la prueba de su mejor derecho sobre el opuesto. Esto es todo.

Por su parte, al titular registral así protegido por la legitimación no le ha hecho falta alguna utilizar acciones posesorias, de desahucio e interdictales, que no podía invocar sin violencia jurídica. Y esa posición de ejercitación así obtenida evitara tal vez la contienda, sustituyendo ventajosamente para él incluso a la propia acción reivindicatoria.

Se puede afirmar ahora que no se trata del ejercicio de acciones con carácter ejecutivo, sino de una sencilla inversión de posiciones en función de procedimiento.

Ahora bien: ¿es esto lo realizado por los legisladores en el artículo 41?

Si es así, lo aceptamos complacidos, cualesquiera que sean las deficiencias técnicas de la realización.

Continuando en su examen, nos detendremos en el mecanismo de la inversión de posiciones. Ciertamente, la última palabra, contienda acerca de los derechos, realidad o irreabilidad jurídica de la inscripción presumida real, será pronunciada en el juicio declarativo correspondiente. Pero entretanto, no es menos cierto que en este primer procedimiento de inversión de posiciones, efectuación posesoria, proceso de ejecución o como quiera llamársele, se efectúa una operación jurídica que requiere la cautela que la vida jurídica exige para su armonía, y como primera previsión, la posibilidad de oposición por parte del amenazado mediante el ejercicio de demanda de contradicción, fundada en causas evidentes y directa e inmediatamente apreciables: falsedad, inscripción a su favor, error material de finca. Y en razones jurídicas amparadas por el mismo derecho registral:

a) Tener su derecho (no su posesión) por derivación directa del mismo u otro titular registral, naturalmente, dentro de los términos que señala el sistema, o sea con respecto de los artículos 34 y 32, y

b) Que lo base en el juego y vigor civil de la prescripción, reconocido por la misma ley registral aun en contra de la propia inscripción.

Así lo hace el artículo 41.

Nos detendremos en el inciso b), que ajustándose al principio indicado truncará, sin duda, las aspiraciones de los hipotecaristas. Podrá el poseedor oponerse, en la demanda de contradicción, invocando el alcance del artículo 36, y éste, en esencia, deja en la indefensión al titular registral, si no es tercero, ante la prescripción consumada, y si es tercero no sólo le limita su ejercicio (del artículo 41) a un año, si estaba ya consumada, sino que para su ejercicio, aun dentro del año, en este supuesto de consumación, no ha debido conocer, al adquirirla, que estaba poseída por otro.

Confesamos que ello no nos contraría. Y que esa supeditación del artículo 41 al sistema español en que se introduce, así como su ingeniosa construcción total, provoca nuestra admiración.

Nos satisface también observar que la obra del legislador presupone la debilitación de la teoría del título y el modo en tal forma que sólo puede hallar base jurídica en la concepción espiritual que defendemos. (Lo mismo que la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid que cita Cánovas Coutiño en el número 240 de esta REVISTA, que permite utilizar el artículo 41 contra el vendedor qué no entrega.)

Frente a ello, por contra, los legisladores recaen en el máximo error: dejan viva la presunción posesoria en el artículo 38.

Presunción inútil después del artículo 41.

Podrá decirse que no hay perjuicio en que subsista.

Nada más lejos de la realidad.

Porque ésta nos dice que mediante el artículo 38 se pretende nuevamente dar a la inscripción aquel desorbitado valor de la ley de 1909, reforzado aún más con la nueva redacción más amplia: «A todos los efectos legales...» Ello nos sitúa en línea más avanzada que en los peores tiempos de la germanización a ultranza, sin meditación y adecuación al sistema español, con sus desahucios e interdictos. Sin posibilidad de oposición de los despojados, ni siquiera con las débiles defensas de la reforma de 1927 y del artículo 100 del Reglamento anterior. Utilizando los fusiles como mazas, según frase de D. Jerónimo:

Pero a los hipotecaristas, ante la debilidad del artículo 41 (adequado al sistema), les ofrece el camino extraviado del artículo 38, incontenible como río desbordado, pero utilizable a su terca fina-

lidad mediante equilibrios mentales e involucración de ideas, y les permite ofrecer el sistema español con vigor inusitado; casi tan absoluto como el germánico.

Tal vez sea ello lo que les impida el ataque franco que merece, que no ha impedido a la sinceridad de Roca Sastre volverse contra la presunción posesoria de dicho artículo 38 pidiendo su supresión, *combinándola con el abandono de la teoría del título y el modo*, no obstante haberse apoyado en el mismo, en relación con el 34, para evitar el derrumbamiento del sistema registral ante la falta de la tradición que invoca Sanz. Y que desasido de tal soporte, cuya debilidad se acusa ahora por el mismo Roca, caería inmediatamente con estrépito.

Aun admitido el criterio de los hipotecaristas, se percibe la existencia de una amenaza directa del sistema sobre la realidad jurídica. No nos rebelamos contra ella, sino contra la escasa preocupación que ha merecido al legislador, que, de haberla sentido, hubiera salido al paso sin merma del sistema registral que preconiza. Vuelve a sentirse la necesidad de un procedimiento rápido y expeditivo que permita la eliminación de momias registrales, antes de que produzcan la perturbación civil a que el sistema registral puede conducir sin beneficio para nadie.

El párrafo tercero del artículo 38 (antes 24), al sobreseer todo procedimiento de apremio contra quien no sea el titular registral, avanza por la misma vía, con idénticos espíritu y despreocupación. Sacrifica ahora al acreedor en aras de lo absoluto, y carga con todo el armamento registral al titular momificado, sin que el deudor sucesor, desertante del Registro, pueda sospechar el milagro de vivificación que en su beneficio se produce.

Y si del mismo artículo 38, presunción de exactitud, deducimos que al titular inscrito le afectan los deberes y responsabilidades de su titularidad, y que, en último término, los bienes inscritos a su favor responden, no sólo de aquéllas, sino de sus obligaciones puramente personales, nos hallaremos a un paso de asistir a un místico sacrificio del titular inscrito o del no inscrito, o de ambos a la vez, a la diosa registral.

A la diosa registral germánica, desde luego.

Por último, la lírica consagración del párrafo tercero del artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley nada añade ni quita al sistema español inmo-

biliario, que, como todos los jurídicos, implica que los derechos se hallan bajo la salvaguarda de los Tribunales, que los defiende, imponiéndolos en la contienda con su propia fuerza y energía.

Pero nos permite esbozar seguidamente el radio del Derecho inmobiliario español, en nuestra opinión.

1. *Ley civil*.—Atrai a su órbita toda la vida sustantiva de las titularidades reales: creación, definición de su contenido, sucesión de titulares, extinción de titularidad, requisitos de fondo y forma, etc., etc.

Con carácter y efecto general y universal.

Sin más límites a su generalidad y universalidad de efectos que los que sean precisos para la actuación del sistema registral, que se interfiere adjetivamente: «Los efectos civiles señalados por este cuerpo legal se alteran en la forma y extensión que determine la Ley registral y el sistema de Registros.»

2. *Ley registral*.—En esencia, determina los efectos del sistema de que es instrumento el Registro, en sus dos disposiciones fundamentales:

a) Fe pública: «Se presume, con presunción «juris et de jure», en beneficio del titular derivado, oneroso y de buena fe, que el contenido del Registro, en que se basó, muestra y agota la realidad jurídica.»

b) Legitimación: «En cuanto no alcance la presunción anterior, se presume, con presunción "juris tantum", en beneficio del mismo titular inscrito, que su inscripción refleja la realidad jurídica.»

El restante contenido de la Ley constituirá la regulación de su mecanismo: libros, asientos, calificación, etc.

3. *Ley procesal*.—Regulará los procedimientos especiales que requiera el sistema registral, como los del civil. Y ambas Leyes, civil y registral, constituirán la base de los derechos de los litigantes, que protegen los Tribunales.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI.

Notario.

(Continuará.)