

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Julio-Agosto 1947

Núm. 230-231

La posesión y el Registro

I. — POSEER UNA COSA.

El tener señorío de hecho sobre una cosa, el dominarla realmente, tener poder efectivo en la misma, tener la cosa sometida a las posibilidades jurídicamente reconocidas de nuestra voluntad; todo ello determina una situación de la cosa en relación con la persona que tiene conexión con ella y que se conoce con el nombre de *posesión de hecho*.

De esta situación, de este estado de hecho de la persona y la cosa se derivan consecuencias que, por concesión del ordenamiento jurídico, unas veces se traducen inmediatamente en derechos provisionales (derechos de protección, de accesión) y otras conducen a la obtención de derechos definitivos sobre la cosa (la adquisición del dominio por la usucapión y la adquisición del dominio al amparo del artículo 464 del Código civil, en cosas muebles, y al amparo del artículo 1.473, en bienes inmuebles, en el caso de que la inscripción no determine la preferencia).

Es decir, que el hecho de la posesión produce: 1.º, derecho a la protección, en caso de inquietación o despojo; 2.º, derecho de accesión; 3.º, la posesión es medio para adquirir el dominio, unida a los demás requisitos para la prescripción; y 4.º, la posesión es medio para transmitir con seguridad derechos reales, en cuanto se le atribuye a la posesión exteriorización de tales derechos.

El ordenamiento jurídico, al regular la posesión, no emplea léxico preciso, y así, con los mismos términos, unas veces se refiere al hecho de la posesión y otras al conjunto de los derechos deriva-

dos de aquel hecho, y al hacer tal referencia, sin especificar si alude al hecho o al derecho de la posesión, se conduce a erróneas interpretaciones.

II. — SEÑORÍO DE HECHO.

Se habla con frecuencia en la doctrina del señorío de hecho, y, sin embargo, no sabemos lo que es legalmente, porque la ley no determina su concepto ni sus requisitos, y así, en la práctica, la existencia de hecho de tal señorío la estima el juez mediante la información popular, que se basa generalmente en las posibilidades de la persona sobre la cosa, en el *ponimiento de pies* que exteriorice o dé la sensación de «ejercicio intencionado y exclusivo del derecho», y así la conciencia común, impresionada por la ostentación que hace el poseedor, llega a suponer la existencia de una relación jurídica hasta estimar una situación de derecho, de tal manera, que si aquel ejercicio intencionado aparenta uso de facultades de dominio, se le tiene al ejercitante como poseedor en concepto de dueño, y así lo afirman seguramente los testigos al ser interrogados; mas si sólo ejercita facultades de goce de la cosa o derecho, como arrendatario o usufructuario, tal ejercicio o señorío no excluye la potestad del dueño, y tratándose de inmuebles, puede el poseedor gozarlos, puede excluir a otros, puede modificar la superficie de la finca, sin que estos actos impliquen la cualidad de dueño.

Según la fuerza y evidencia del señorío sobre la cosa, así será el concepto que la opinión pública tendrá de la relación del poseedor con la cosa o derecho, concepto tal que puede ser base para tener al poseedor como dueño.

Y dice a este respecto el profesor alemán Wolff: «Un derecho de señorío sobre una cosa adquiere el carácter notorio mediante el notorio ejercicio del señorío; así el señorío ejercido de hecho, la *gewere*, la posesión, aparece al mismo tiempo como un medio, aunque un medio muy incompleto, para hacer notorio el derecho posesorio del poseedor.

Los derechos particulares modernos y el Código civil aprovecharon y perfeccionaron estas ideas del Derecho antiguo para el derecho de bienes inmuebles.

Este efecto de la posesión se manifiesta en el Derecho procesal y en el sustantivo. En el juicio existe a favor del poseedor la pre-

sunción de su derecho a la posesión, de modo que en el procedimiento moderno su adversario tiene el cargo de la prueba. Esta presunción se ha conservado para las cosas muebles.

En el Derecho sustantivo, la posesión es el medio para la disposición sobre derechos reales. Y así la transmisión de derechos reales requiere regularmente la transmisión de la posesión. Gran parte de este *efecto traslativo* de la posesión se ha conservado en el derecho de bienes muebles. El titular no poseedor carece de poder para transmitir su derecho real.

En el moderno *Derecho inmobiliario*, la posesión ha perdido su virtud de representar y hacer notorio el derecho real, quedando sustituida a este efecto por la inscripción en el Registro inmobiliario.

La publicación de esta posesión será raras veces una publicidad a primera vista. En la mayoría de los casos sólo es visible la *existencia* de un señorío sobre la cosa, pero no *a quién corresponde*.»

Traigo a colación estos párrafos del distinguido autor alemán porque nuestro Derecho civil, en varios extremos de la posesión y de la transmisión de la propiedad, está influido por el Derecho germano, y esto ya nos lo dice bien claro el notable magistrado D. Claudio Antón de Luzuriaga, que tanto trabajó en el proyecto del 51: «Las principales disposiciones (sobre el régimen inmobiliario) convienen con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico, admitido en otros diecisiete Estados y que sucesivamente va extendiéndose también por Italia, y que amenaza asimilarse la legislación francesa, con la de otros Estados que siguen hasta ahora el sistema mixto francés.»

Vemos destacada esta influencia en algunos artículos de nuestro Código civil; verbigracia, en los artículos 448, que confiere al poseedor en concepto de dueño la presunción de que posee con justo título, y este efecto legitimador de la posesión se hace notar más todavía en el artículo 464 respecto a muebles, que dice que la posesión adquirida de buena fe equivale al título; y hay otro artículo en el Código que especifica expresamente los efectos traslativos de la posesión y de la inscripción en los casos de colisión derivada de la doble venta; es el artículo 1.473, que establece que si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad se

transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

Se da preferencia en la adquisición al que primero haya usado del mejor medio de publicidad: la inscripción; en segundo lugar, la posesión, y luego el otorgamiento de las escrituras.

O sea, que en este artículo se recoge la tendencia del Derecho moderno, apuntada ya en el proyecto de Código civil del 51, de reconocer que la inscripción hace más notorio el derecho real; más auténtico, más definido que lo hace la posesión. Se tiene en cuenta el espíritu de la Ley Hipotecaria.

Dice Pérez y Alguer en las notas de la traducción de la obra *Ennecerus* que «la regulación de la posesión en el Código civil español es un conglomerado de principios y conceptos romanos, germánicos y canónicos, no siempre conexos entre sí, sin faltar tampoco ideas y construcciones con propósito de superación original. Si a esto se une el sistema del Derecho inmobiliario, que trata de conciliar, aunque tímidamente, la vetusta armazón del Derecho civil español con ideas de moderna técnica germánica, se comprenderá la apariencia totalmente inorgánica de nuestro derecho de posesión. Todo ello explica, aunque no justifica, la inseguridad de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia en tema de posesión».

Como veremos luego, en la ley de reforma de la Ley Hipotecaria, a pesar de esta inseguridad en la doctrina y la tendencia del Derecho moderno a dar publicidad de los derechos reales sobre inmuebles, se le concede a la posesión de bienes inmuebles una excesiva importancia como hecho exteriorizador de la propiedad, como si se tratase de bienes muebles, y lo mismo como medio para adquirir por usucapión; también se le reconoce a la posesión gran importancia, cuando la prescripción sobre bienes inmuebles, a tono con los sistemas inmobiliarios más perfectos, debiera pasar a lugar muy secundario.

Con la reforma, a este respecto, en vez de progresar, retrocedió nuestro régimen inmobiliario.

Antes de la reforma, interpretada objetivamente nuestra legislación, la prescripción no afectaba a terceros hipotecarios.

Dice el citado tratadista alemán Wolff, en el *Ennecerus*, refiriéndose a la prescripción: «La norma a cuyo tenor prescriben las pretensiones, tiene una excepción para las pretensiones derivadas de derechos inscritos. Estas no son prescriptibles. El fundamento está en que el Registro inmobiliario tiene por objetivo evitar la inseguridad de los derechos, que es también la finalidad principal de la institución de la prescripción.»

Es decir, que en el Derecho germánico la prescripción no perjudica al titular inscrito, de no constar en el Registro el derecho del usucapiente. En cuanto a nuestra legislación, los principales tratadistas del Derecho civil establecían que la prescripción, fuese ordinaria o extraordinaria, no perjudicaba a terceros hipotecarios, y así dicen Pérez y Alguer, que tratan las materias de Derecho inmobiliario con acierto profundo, refiriéndose a la inscripción: «La inscripción aquí (la inscripción a favor del usucapiente) no es requisito de la adquisición, sino en el sentido en que lo es en general dentro de nuestro Derecho inmobiliario, o sea con relación a terceros. Se trata de un modo de adquirir, cuyos distintos supuestos de hecho no perjudican a tercero si no están inscritos. Esta es la significación de los tres primeros apartados del artículo 35, en cuanto exigen frente a tercero la constancia en el Registro de la posesión, del justo título y de la fecha... En nuestro Derecho todas las adquisiciones se desarrollan y consuman plenamente fuera del Registro menos la hipoteca; pero tales adquisiciones son relativamente ineficaces frente a determinadas personas, los llamados terceros, concepto clave del sistema, que carece de la unidad y de la precisión que fueran apetecibles, dada su trascendencia, y que por el contrario, se quiebra en fórmulas arrancadas por interpretación, las más de las veces literal, y que desarticulan en una serie casuística los resultados, que debieran reconducirse a un principio neto y general de publicidad material. Aquí, pues, como en los demás órdenes del Derecho inmobiliario alemán, comparado con el español, advertimos el contraste entre una técnica segura, unitaria y general y una técnica vacilante, compleja y casuística.»

Que se vea ahora en el artículo 36 de la reforma, donde está el «principio neto y general de publicidad material». Las palabras del

apartado a) de este artículo son la negación absoluta de la técnica unitaria y general de un sistema hipotecario, y son una excepción desafortunada al principio de la fe pública registral, y de sentido contrario al criterio de nuestros principales civilistas, como Valverde, que decía: «La prescripción tiene importancia en las legislaciones en que no dan a la inscripción en el Registro todo el valor que exige su propia naturaleza, al no haber llegado todavía a la sustantividad de la inscripción. La prescripción de inmuebles, que va perdiendo importancia en las legislaciones modernas, sobre todo en aquellas que dan valor propio o sustantividad a la inscripción en el Registro, la tiene en nuestra legislación todavía, aun tratándose de inmuebles, *cuando tiene lugar entre los interesados, pero no la tiene tan grande cuando perjudica a terceros, puesto que para éstos, según el sistema hipotecario español, la inscripción produce efectos y tiene propia sustantividad en cierto modo.*»

«Tanto en el Código como en la ley se parte de la base de respetar la inscripción en lo que se refiere a terceros, porque no puede admitirse prescripción contra ellos, amparados como están en su título inscrito.»

La usucapión es causa de adquisición del dominio y demás derechos reales susceptibles de posesión; es modo de adquirir que deviene título de tales derechos, y por ello no podía silenciarse la prescripción en la Ley Hipotecaria, y así la de 1861, en su artículo 35, decía: «La prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallase éste inscrito en el Registro.»

«El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción.» (Resultaba, pues, una prescripción tabular.)

«En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.»

¿Cómo poder inscribir el prescribiente su título para la prescripción a fin de que ésta perjudicase a tercero? El tercero era el mismo a que se refería el artículo 23, o sea a un titular del dominio o de otro derecho real con título inscrito de protección hipotecaria, que traía su derecho de persona distinta del prescribiente; de tal manera, que en el momento de la adquisición del tercero no podría estar inscrito el título del prescribiente, pues que de estarlo

no podría ser aquel tercero hipotecario, y refiriéndose al dominio, el título del tercero y el del prescribiente se excluyen por incompatibles en el Registro. Sin embargo, entonces podrían ser inscritos los títulos de ambos en virtud de períodos transitorios. Así decía el artículo 35 del Reglamento hipotecario de entonces que «la prohibición de inscribir títulos de fecha anterior a la del último inscrito en el Registro, contenida en el artículo 17 de la ley, se entiende sin perjuicio de la facultad que, según la misma ley, tengan los dueños de inmuebles o derechos reales para registrar en plazos determinados los títulos que oportunamente no hubiesen presentado al Registro.»

Este artículo fué derogado por la Real orden de 28 de agosto de 1883, que dice que desde 1.º de enero de 1875 no tiene aplicación lo dispuesto en el citado artículo 35 del Reglamento.

Decía La Serna, al comentar este artículo 35 de la ley, que «la Ley Hipotecaria siempre se muestra consecuente, limitando sus efectos a que no pueda ser perjudicado el tercero, dejando los derechos de los que hayan tenido intervención en los actos y contratos dentro de las condiciones del Derecho común». Dice que sólo lo inscrito perjudica a tercero, y que desde la fecha de la inscripción es público el título. Y refiriéndose al último párrafo del artículo 35, que fué objeto de tantas erróneas interpretaciones, dice: «La ley Hipotecaria sólo tiene por objeto consultar el interés del tercero, no cambiar las condiciones de los que no han sido inducidos a error por una omisión cometida en el Registro. Consecuencia de esto es que el dueño verdadero de la finca quede dentro de las condiciones en que se hallaba antes de la publicación de la reforma. El que viendo que una finca suya, poseída por otro que carece de título para tenerla, y resignado calla, sólo puede decirse engañado por su negligencia. No tiene razón de quejarse de que una ley, hecha con muy diferente objeto, no venga en su auxilio.»

Está bien claro que este comentarista y coautor de la ley entendía por «dueño legítimo del inmueble» al que estuvo tolerando la posesión del prescribiente durante el plazo de la precripción y no al que adquirió, fundado en el Registro, el inmueble precrito, por que éste no fué el que estuvo viendo que otro poseía la finca careciendo de título para tenerla; resignado, calla.

La ley de 1869 agregó al artículo 35 lo relativo a la prescripción

que no requiere justo título, o sea la extraordinaria, y queda redactado el primer párrafo del artículo como sigue: «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito en el Registro.»

Bien claro queda establecido en este artículo que la prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria, no perjudicará a tercero, y sólo podría perjudicar en los casos difíciles o imposibles de que el prescribiente inscribiese su justo título en la ordinaria, o la posesión, en la extraordinaria.

¿Modificó el Código civil este artículo 35 de la ley de 1869? Entendemos que no, y aun en el supuesto de que tácitamente lo modificase el Código, vuelve a restablecerse su vigor en la Ley Hipotecaria del año 1909.

El Código civil, en su artículo 1.949, exige expresamente la inscripción del justo título para que la prescripción perjudique a tercero, repitiendo lo que en cuanto a la prescripción ordinaria decía el artículo 35 de la ley, y en el artículo 1.959 omite el requisito de la inscripción de la posesión para que la prescripción extraordinaria perjudique a tercero hipotecario, según se decía en el artículo 35; pero el artículo 462 del Código dice que la posesión de los bienes inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida ni transmitida *para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero*, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (lo dispuesto en los artículos 23, 34 y 35).

Este artículo 462 contiene un precepto de carácter general, y para que el artículo 1.959 fuese una excepción de esta regla general tendría que especificarlo expresamente.

Existiendo el artículo 462, el artículo 1.949 sobra, pues no es más que redundar que la prescripción ordinaria no perjudica a tercero hipotecario, toda vez que lo referente a la inscripción del justo título del poseedor no tiene posibilidad legal, y sólo ha servido este artículo 1.949 para que los refractarios a la eficacia de la inscripción esgrimiesen la sutileza de que el artículo 1.959 permite la prescripción extraordinaria aun contra tercero hipotecario al no exigir expresamente la inscripción de la posesión del prescribiente, como exige el artículo 1.949 la inscripción del justo título.

El artículo 1.959 no hace más que establecer los requisitos para la prescripción extraordinaria de inmuebles, así como el artículo 1.957 determina las condiciones de la prescripción ordinaria, de la misma manera que lo hace el artículo 1.955, en el primer párrafo, para la prescripción ordinaria de muebles, y en el segundo, para la prescripción extraordinaria, diciendo al final de este segundo párrafo algo que omite el artículo 1.959: «sin necesidad de ninguna otra condición». Si el artículo 1.959 terminase con esta frase sí que había que interpretarle como indican los aludidos refractarios.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1909 dice: «A partir de los hechos expuestos es inconcuso que no puede prevalecer el fundamento consistente en la prescripción que sirve de apoyo a la sentencia; primero, porque no puede negarse a la recurrente el carácter de tercero en los contratos celebrados entre los dos hermanos y uno de éstos y el demandado, en orden a la finca que se reclama, en razón a no haber intervenido en los mismos; segundo, porque a tenor de lo prescrito en el párrafo primero del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, *la prescripción que no requiere justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla*, como en el caso actual acontece; tercero, porque no es aplicable la excepción del último párrafo de dicho artículo (el 35), por referirse éste al dueño legítimo *que lo fuere al empezar a prescribir el derecho, así como a los que le hubieren sucedido por título lucrativo, universal o singular*, conforme tiene declarado la sentencia de 20 de diciembre de 1901; pero tal excepción no puede comprender a quienes, como la recurrente, sucedieron al primitivo dueño en la propiedad del inmueble por título oneroso, y no tiene, por tanto, el carácter de causahabiente del vendedor en el sentido que lo interpreta la Audiencia, y cuarto, porque la recurrente tiene amparado su derecho por el artículo 34 de la precitada ley, toda vez que contrató con quien aparece en el Registro con derecho para contratar con ella.»

Como se ve, esta sentencia hace una interpretación clara y técnica del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, y así vemos: primero, que el Tribunal Supremo reconoce vigente el primer párrafo del artículo 35 en cuanto se refiere a la prescripción que no requiere justo título, o sea la extraordinaria, sin que resulte derogado tal artículo por el 1.959 del Código civil; segundo, que en la alusión

que hace el último párrafo del mencionado artículo 35 al dueño legítimo del inmueble no está comprendido el tercero que adquiere por título oneroso el inmueble o derecho que se esté prescribiendo o se haya prescrito, y tercero, que este adquirente a título oneroso tiene además reforzada su adquisición por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si adquirió con buena fe de quien en el Registro figuraba con derecho a transmitir.

La prescripción fué desde los tiempos más remotos institución jurídica admitida por necesidad, por deficiencias de órganos autenticadores para subsanar adquisiciones que no reunían los requisitos establecidos por la ley y para proveer de título supletorio a los poseedores que hubiesen conseguido ostentar durante mucho tiempo el señorío sobre bienes. Fué así como un mal menor en aras de la estabilidad social.

La prescripción de inmuebles en el Derecho moderno puede admitirse como institución supletoria, pero nunca enaltecer su legitimidad, y menos subordinar a ella los principios básicos del sistema registral, que tanto en la práctica como en la teoría conducen a una perfecta seguridad de los derechos reales. Con una fe pública registral sin excepciones desaparecen los pleitos; si se le concede relieve a la prescripción sobre inmuebles queda por ella un resquicio abierto para litigar.

La prescripción se basa en la posesión, y la posesión respecto a inmuebles, como decía Gayoso Arias, es casi siempre ficticia porque no consta con evidencia el concepto en que se posee, y tratándose de predios rústicos suele ser más que posesión uso o disfrute del tenedor, las más de las veces tolerado por el dueño, y además hay que tener en cuenta la poca distancia a que irradia esta supuesta visibilidad posesoria.

Y si es corta esta visibilidad de la posesión, y no es claro el concepto con que se posee, ¿por qué la ley no exige del poseedor algo que ponga auténticamente en claro su posesión en concepto de dueño? ¿Por qué se eliminó del Registro la constancia del hecho de la posesión? ¿Por qué no se ha de permitir al poseedor que ande a la luz del día, sin tener que esperar al amanecer de la prescripción para encararse con el titular inscrito? ¿O es que la prescripción es resultado del robo o de la actuación clandestina del poseedor para cazarle la propiedad al titular inscrito al cabo de unos cuantos

años? Los autores de la reforma de la Ley Hipotecaria han creído que el hecho de la posesión no es digno de figurar en el Registro, y así, la posesión o se presume en el titular del dominio inscrito o tiene que andar por fuera del Registro, cuando realmente está separada del titular inscrito hasta que haya pasado por el Jordán de la prescripción y pueda entonces reingresar en el Registro, revestida de una información de dominio o de la victoria de un pleito.

¿Por qué no admitir en el Registro el hecho de la posesión por medio de anotación preventiva cuando realmente haya un poseedor en concepto de dueño distinto del titular del dominio inscrito? Y ¿por qué en tal caso al prescribiente no se le exige el requisito de la anotación de la posesión que haya de producir la prescripción para que ésta pueda tener efecto contra tercero hipotecario?

Esto sería muy sencillo tomando anotación preventiva de la posesión mediante información posesoria en que se haya acreditado el concepto en que posee, y practicada tal anotación, ésta reflejaría una inexactitud del asiento a nombre del titular del dominio, y por lo menos de la presunción de posesión que establece el artículo 38 de la nueva ley. Así, tal anotación, a más de servir para anunciar a los futuros adquirentes el estado posesorio, puede conducir a la usucapión del dominio si no es contradicha por el titular inscrito y ser convertida en inscripción del dominio al cabo de un plazo determinado por la ley. Así, el poseedor podrá hacer constar en el Registro el hecho de la posesión por medio de la anotación, de efectos más o menos transitorios o provisionales, pero que puede ir preparando la inscripción de un derecho más definitivo y permanente.

En los derechos modernos que tengan un ordenamiento inmobiliario basado en el sistema germánico debe caer en desuso aquella vieja máxima jurídica: «*Prescriptio, patrona generis humani*», y reconozcamos sinceramente (aunque no lo hagan los que defienden al «prescribiente») que existe un fondo de verdad en los anatemas que lanza contra la prescripción Acollás cuando dice: «Si es patrona, lo es de un género humano, que ha comenzado, a la manera de las bestias feroces, su carrera sobre el Globo, donde la fuerza que prevaleció en el origen prevalece todavía, siendo una muestra de ello la enorme herejía, brotada de la emponzoñada fuente de la jurisprudencia romana, de que se puede prescribir contra el Derecho.»

III. — ESTUDIO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY NUEVA.

Se observa con la simple lectura de este artículo, y por el comentario de alguno de sus autores, que existe en él un confusionismo de conceptos incompatible con una buena técnica de Derecho inmobiliario.

1.º Se establece el artículo 36, supeditándole al artículo 609 del Código civil, conceptuando este artículo como pedestal de todas las adquisiciones de derechos reales, sin admitir excepciones, reedificando el derruido sistema del «título y modo», dándole un carácter de precepto constitucional que no admite merma, y menos derogación alguna por una ley especial.

2.º Que se equiparan los efectos del señorío de hecho de los bienes inmuebles a los del señorío de los muebles, exigiendo como esencial en la transmisión del dominio y de los demás derechos reales de disfrute inmediato la transmisión de la posesión inmediata, porque dicen que no hay adquisición de tales derechos en virtud de contrato sin la tradición.

3.º Que se confunde el señorío de hecho o poder de hecho o efectivo con el derecho subjetivo de posesión, o sea el hecho posesorio con el «jus possessiones» o conjunto de derechos que produce aquel hecho a favor del poseedor; atribuyendo igual efecto al señorío de hecho para la usucapión que para la exteriorización del derecho real, afirmando no obstante que el señorío de hecho es un problema físico que no tiene la categoría de situación jurídica o de derecho que pueda ser rechazada por la eficacia de la fe pública registral.

4.º Que se cree que el tercero hipotecario no estará protegido contra la «possessio ad usucapionem» porque existe un vicio—dicen—en la adquisición que le impide ser dueño, que es la falta de tradición.

5.º Que quieren los autores del artículo 36 que se sobrentienda que la acción real derivada del derecho inscrito se equipare a la acción interdictal.

6.º Que el citado artículo 36 fué defendido manejando tópicos que, a más de no ser exactos, resultan anacrónicos en lo que se refiere al carácter social con que quieren proteger al poseedor prescribiente.

*De la supeditación del artículo 36 de la ley al artículo 609
del Código civil.*

En cuanto a esta subordinación del artículo 36 y de toda la parte sustantiva de la Ley Hipotecaria, hemos de decir, con los acreditados civilistas Pérez y Alguer, en sus notas de la traducción de la obra *Ennecerus*, que en tal artículo 609 resalta la carencia absoluta de un criterio sistemático y la deficiencia técnica de toda regulación, resultando así fuente caudalosa de errores y vacilaciones en el campo doctrinal y en la jurisprudencia. Tal artículo 609 no separa netamente los modos de adquisición de la propiedad de muebles e inmuebles, y los anuncia globalmente, aunque existen reglas especiales en el mismo Código que concretamente determinan cómo se adquiere la propiedad de los inmuebles (arts. 1.473, 633, 1.957, 1.959, etc.) y de los muebles (464, 632, 1.955, etc.), y dicen dichos tratadistas que los civilistas han prestado excesiva atención al artículo 609, porque respecto de este artículo puede afirmarse que carece de todo contenido eficaz desde el momento en que si se suprimiera nada se alteraría en la sustancia de nuestro Derecho positivo, pues se limita a ser una mala enunciación asistemática e incompleta de otros preceptos útiles. Respecto a esta añeja teoría del título y modo, sólo quedan en pie—dicen—desacreditados prejuicios doctrinales sobre ella. En nuestro Código civil—siguen diciendo—se manejan indistintamente las palabras *título* y *modo*, sin asignarlas un concepto preciso y una función distinta (arts. 464, 1.467, 470, 523, 537, 540, 598 y 1.952). El descrédito de la teoría del título y modo es evidente. La frase «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», que emplea el artículo 609, no es suficiente apoyo—dicen—para erigir sobre ella todo un sistema, cuando en rigor esos términos sólo responden a rechazar la doctrina del Código civil francés, que establece que la propiedad se adquiere por el solo consentimiento.

Una excepción a esta frase «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» es el artículo 1.473 del Código, en lo que se refiere a la inscripción, según estos citados civilistas; inscripción a la que el mismo Código civil, en caso de colisión por doble venta, confiere mayor eficacia que la tradición real o toma de posesión; inscripción que a este efecto tiene la virtud, según decía D. Jeróni-

mo González, de transformar *la situación obligatoria en real, teniendo, por tanto, la inscripción en estos casos fuerza constitutiva.*

Decía Azcárate: «El Registro tiene un fundamento racional en cuanto se deriva de la naturaleza misma del derecho de propiedad. Es aquél en su esencia una institución formal y de garantía de éste, y es su fin hacer público el estado de los bienes inmuebles, mediante la inscripción de todos los actos, por los cuales se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas referentes a los mismos. Para realizarle, preciso es que haya un registro público en el que se hagan constar esas vicisitudes, en el que tenga cada finca su historia, por decirlo así, de tal suerte que el que quiera adquirirla o constituir sobre ella un derecho real o prestar con la garantía de la misma, sepa que sólo puede perjudicarle cuanto en él conste; esto es, que no hay más dueño que el que en él figura como tal, ni el fundo tiene otros gravámenes que los que en él están consignados.»

«La consecuencia de esta organización se ha expresado diciendo que la inscripción o transcripción *ha sustituido a la tradición*; que la inscripción en el Registro puede considerarse como la forma moderna de la transmisión de la propiedad, y que las reformas llevadas a cabo en este punto han verificado una revolución en la doctrina del título y modo.»

Respecto a esta revolución, iniciada hace más de un siglo en nuestra Patria, el Notario de Madrid Sr. Sanz se siente reaccionario y se aferra al Derecho caduco.

La inscripción aquí es la base de lo que antes se entendía por modo de adquirir en la tradición; la inscripción pública mejor que la tradición y que cualquier otro modo conocido de exteriorización, el traspaso de la propiedad, anunciando a todos y a cada uno de los individuos de la masa general la relación jurídica entre el sujeto activo y el objeto, dándoles a saber que no son ellos ese sujeto y que no existe con ellos tal relación, siendo así la inscripción el medio de que todos aquellos individuos de la masa general respeten y todos reconozcan los derechos reales sobre inmuebles y aquellas personas a quienes correspondan.

Este es el efecto general de la inscripción, que exterioriza a la masa en general la titularidad de los derechos reales.

Pero además de este efecto general de la inscripción de publicar

a todos, existe otro efecto especial de publicar a aquel individuo que surge de la masa y que está interesado en la adquisición del inmueble o de un derecho real sobre el mismo, quien es el verdadero dueño y el estado jurídico de tal inmueble, y la Ley, ante la fe en esa publicidad, confiere a tal individuo seguridad irrestricta en la adquisición onerosa. Y por esto decía Azcárate que «la necesidad de la preexistencia del derecho en el transmitente se consagra en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria vigente». Y a base de esta preexistencia en el transferente o presunción firme de tal preexistencia se desarrolla el principio de la fe pública registral, establecido en el artículo 34 de la Ley. Y aquí la inscripción no sólo publica a todos el nuevo titular, sino que es medio para éste de hacer irrefutable su adquisición en el tráfico jurídico, sin necesidad de acordarse del artículo 609 del Código.

Y que los defensores del artículo 36 no consideren exótico este artículo 1.473 del Código, pues tiene bien adquirida carta de naturaleza en España desde los proyectos del Código civil, y mejor aún, desde la Pragmática de Don Carlos y Doña Juana, como se dice en la Exposición de motivos de la Ley del 61, y que si no tuvo arraigo entonces es porque en aquel siglo no existían, como hoy, sistemas inmobiliarios perfectos, y así los jurídicos de entonces, que pensaban en forma parecida al Sr. Sanz, empapados en el régimen de las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá, ahogaron el contenido de la Pragmática y triunfaron en el régimen caótico de la propiedad inmueble que tan bien le expresa el preámbulo del Decreto de 8 de agosto de 1855, régimen aquél por el que parece ser que sienten añoranzas los autores o defensores del artículo 36, al establecer en él la brecha que, según la interpretación que le den los Tribunales, podrá ir carcomiendo la buena titulación, ya que con la usucapión toda pertenencia se puede convalidar, al igual que en los tiempos primitivos.

El artículo 1.473 del Código no puede resultar derogado por el artículo 36 de la nueva Ley Hipotecaria, si es que nos atenemos al criterio del Sr. Sanz de que la Ley Hipotecaria no puede derogar los artículos del Código civil; y así supongamos que una finca está inscrita a nombre de A y éste un día la vendió a B por escritura que no inscribió, o en documento privado, pero que entró en posesión de la finca el comprador, y pasados cerca de diez años falleció A

y los hijos de éste ponen en venta las fincas heredadas, después de inscribirlas a su nombre, incluso aquella finca que había sido vendida, pero que seguía figurando inscrita a nombre del causante, y la compró C, después de ver que en el Registro estaba inscrita a nombre de los vendedores, inscribiendo la compra a su nombre; pero cuando quiere hacerse cargo de las fincas se entera de que la aludida finca la había adquirido por compra B hacía en aquel momento más de diez años y que había poseído de buena fe. Si se va al pleito, los Tribunales se encuentran hoy, para decidir a quién pertenece la propiedad de la finca, vendida dos veces por una persona o sus causahabientes, con el precepto claro y terminante del artículo 1.473, persuadido el juzgador de que no ha habido mala fe por parte del comprador, y tal artículo le lleva a decidir que la propiedad pertenece a C. Pero el juzgador leerá el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, apartado a), y tiene que estudiar el caso, viendo si hay por medio, en esta doble venta, una prescripción; y aquí pueden entrar en juego las sutilezas de la interpretación y tienen los Tribunales el artículo 1.473 para decidir que en caso de doble venta la propiedad pertenece al que primero inscribe; tienen el artículo 34 de la Ley para decidir que C adquirió por compra y con buena fe de quien en el Registro figuraba con facultad para vender; pero existe el artículo 36 y consta en los autos que B, viendo que no puede probar que C tuvo conocimiento evidente de que aquél había comprado la finca y la poseía en concepto de dueño al comprarla C, se acoge al apartado a) de dicho artículo para lograr la prueba, como se puede lograr siempre, de que el comprador C tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que B venía poseyendo la finca en concepto de dueño; es decir, que el prescribiente, dentro de la inmensidad de medios que pueden estar al alcance de la razón de C (medios racionales), puede probar siempre que al comprador le era posible saber o investigar el hecho de la posesión en concepto de dueño. Aquí los autores del artículo 36 han dado el máximo de margen al arbitrio judicial en merma del principio de la fe registral. Pues bien; si quieren los titulares inscritos en el artículo 36 pueden dejarle sin contenido mediante el artículo 41, procurando expulsar de sus fincas a todo poseedor intruso o sin derecho a poseer, y que los compradores se fijen antes de comprar si hay alguien que posea las fincas que no sea el ven-

dedor, y en tal caso que se enteren de la situación jurídica extraregstral, para que vean si les conviene o no comprar.

Aparte de este artículo 36 de la Ley, yo me atrevo a afirmar que el mismo Código civil subordina el efecto de la posesión para la usucapión, el efecto usucapiante de la posesión al efecto traslativo de la misma y de la inscripción, como instrumentos exteriorizadores de los derechos reales. Lo vemos respecto a inmuebles, además de lo que se determina en el citado artículo 1.473, en el 462 y en el 1.949, y en cuanto a los muebles, en el artículo 1.955, que viene a decir que el dominio de los muebles se adquiere por la prescripción, mediante la posesión, de tres años con buena fe, y de seis años sin otra condición; pero, no obstante ser así dueño por prescripción, si la cosa mueble se adquiere por otra persona en las condiciones que establece el artículo 464 del Código, que alude a la fuerza traslativa de la posesión, adquirida de buena fe, sobre todo cuando se adquiere en venta pública, en ferias, en comercios, en Bolsas, etcétera, en tal caso se extingue para el que tenía el dominio por efecto de la prescripción, o de otro título, la acción reivindicatoria, que es el exponente del derecho de propiedad; es decir, que si, por una parte, el poseedor que haya adquirido conforme al artículo 464 no necesita los tres años o los seis para prescribir el dominio, por otra parte, el prescribiente pierde el dominio adquirido si se interpone un tercero que adquiera de acuerdo con el artículo 464, en cuanto a los bienes muebles, y respecto a inmuebles, si adquiere e inscribe según previene el artículo 1.473. Así es como debe interpretarse el artículo 36 de la Ley, de acuerdo con el espíritu y con la letra del Código civil.

¿Puede considerarse en estos casos poseedor de buena fe al prescribiente?

El poseedor prescribiente de una finca inscrita puede ser poseedor de buena fe o de mala, según los casos. En la obra «De la usucapión» dicen sus autores, Alas, De Buen y Ramos, que se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide (elemento negativo) y cree que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio (elemento positivo). Pues bien, si el prescribiente adquirió una finca, en documento privado o en escritura

pública, de quien en el Registro aparece con derecho a transmitir, sin que aquél haya inscrito la adquisición, en tanto siga el inmueble inscrito a nombre del transferente, puede el poseedor prescribiente poseer con buena fe, y en tal caso, si al cabo de doce años, por ejemplo, si se interpone un tercero, que pudo conocer evidentemente que el dominio del inmueble estaba prescrito, puede el poseedor excepcionar la prescripción ordinaria. Pero si la finca se inscribe a nombre de otra persona, por título oneroso, antes de transcurrir los diez años de la prescripción ordinaria, desde tal momento deja el poseedor de poseer con buena fe, porque, a tenor del artículo 435 del Código civil, existe un acto, que es la inscripción, que le publica al poseedor y que acredita, como pública que es, que él no ignora que posee desde entonces la finca indebidamente. Y en este sentido dicen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1910 y de 14 de junio de 1916 que no podrá prescribirse por el término ordinario si está inscrita la finca a nombre de otros. Todo esto se funda en el Código civil y no en la Ley Hipotecaria, porque, respecto a la buena fe del poseedor, deja de ser buena en cuanto exista un acto, que puede ser la inscripción o puede ser otro cualquiera, que acredite que el poseedor no ignora que posee indebidamente; y sabe que posee indebidamente, al conocer la inscripción del tercero, porque el artículo 1.473 del Código le dice que en caso de doble venta la propiedad pertenece al que primero inscribe; por esto decimos a Roca Sastre, y a los efectos del artículo 36 de la Ley, que el poseedor pierde los efectos de la buena fe si surge una inscripción a nombre de tercero antes de ser consumada la prescripción ordinaria, y todo esto sin necesidad de fundarse en los efectos de la Ley Hipotecaria, excepto aquellos preceptos que hacen público el Registro de la Propiedad, sino que es de conformidad con el Código civil.

Respecto al número 2.º, o sea que se equiparan en el artículo 36 los efectos del señorío de hecho de los inmuebles a los del señorío de los muebles, estableciendo como esencial en la transmisión del dominio y demás derechos reales de disfrute inmediato, la inmediata transmisión de la posesión, aun tratándose de inmuebles, porque dicen no hay adquisición sin tradición real. No perdamos de vista que nuestro Derecho civil está influido por el Derecho germánico, en lo que atañe a la exteriorización de los derechos reales y a la

eficacia traslativa de la posesión y de la inscripción. No es posible dejar de ver esta influencia germánica, influencia que debió en estas materias acentuarse por nuestros legisladores, hasta llegar a la inscripción constitutiva, ya que los sistemas perfectos deben ser imitados, sea cual fuere su progenie, y así regular categóricamente los efectos legitimadores de la posesión en el sentido germánico, o de la *gewere*, y expresar sin deficiencias técnicas que, tratándose de inmuebles, estos efectos de la *gewere* se trasladan a la inscripción. Resulta pueril pretender prescindir de los modelos más perfectos extranjeros cuando nuestra solera, en régimen inmobiliario, es aquella que condujo al caos jurídico que nos pinta el preámbulo del Decreto de 1855. Bien entendido, así resulta del Código civil, pues, tratándose de muebles, los efectos de la *gewere* los tenemos en el artículo 464 y en el mismo artículo 1.473, y en cuanto a inmuebles, este artículo concede preferencia a la inscripción.

El Derecho inmobiliario alemán y sus tratadistas (principalmente la obra *Ennecerus*) siguen influyendo en nuestro ordenamiento inmobiliario, en nuestros tratadistas y, naturalmente, en la jurisprudencia. Sin embargo, en la Ley de Reforma Hipotecaria, si bien se observa dicha influencia en la mayor parte de su contenido, incluso en el léxico, verbigracia, el principio de legitimación, el no admitir la inscripción de la posesión, la usucapión tabular, etc., no han querido seguir el criterio germánico de establecer con rigor la protección del tráfico inmobiliario, en el sentido de declarar imprescriptibles los derechos inscritos, sino que, concediendo a la posesión extrarregistral casi una sagrada estima, subordinando la seguridad del tráfico a la prescripción, ganada por el poseedor extraño al Registro. En este caso, y respecto al principio de la fe pública registral, no se ha querido recoger el contenido del artículo 893 del Código alemán, que establece con carácter general que el registro se considera exacto en el caso de celebrarse cualquier otro negocio jurídico entre un titular inscrito y otra persona, por el cual se disponga sobre un derecho registrado, siempre que el adquirente tenga buena fe, que se presume, y sólo se considera excluida esta buena fe, y, por tanto, la protección del tráfico, si al efectuarse la disposición estaba inscrito un asiento de contradicción de la exactitud del registro, o si el adquirente conocía la inexacti-

tud. Y esta excepción se interpreta como sigue: 1.º Sólo el conocimiento positivo destruye la buena fe y no la ignorancia por negligencia inexcusable, porque en el registro inmobiliario se puede tener mayor confianza—dicen—que en la posesión; 2.º El conocimiento de la inexactitud del registro no es idéntico al *conocimiento de los hechos* de los que se deriva la inexactitud.

En el artículo 36 de la Reforma se establece que no sólo se destruye la buena fe con el conocimiento positivo de la inexactitud registral sabiendo que otro distinto del transferente era dueño por prescripción, sino con la ignorancia por negligencia inexcusable, equiparando en valor el conocimiento de la prescripción al conocimiento del hecho de la posesión, del que pudo derivar la prescripción, cual si se tratase del tráfico de bienes muebles.

La posesión de los muebles lleva con mucha más fuerza a presumir que el poseedor es dueño, porque la vida práctica nos enseña que el señorío de hecho sobre un mueble corresponde generalmente al titular del poder jurídico sobre el mismo; al que tiene un piano en su casa, al que monta un caballo, al que conduce un coche particular a tono con su porte, etc., se le tiene como dueño; pero no sucede así tratándose de inmuebles, como se dice en la exposición de motivos del anteproyecto del Código civil suizo, porque el ejercicio de la posesión de los inmuebles, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. Un poseedor de un mueble puede enajenarlo, abandonarlo, transformarlo, destruirlo, mientras que el poseedor del inmueble puede tan sólo gozarlo, o excluir a otro, o quizá modificar la superficie de la finca, o sea que la posesión de los inmuebles no se presta a la presunción de pertenencia deducida del señorío de hecho y hacen falta formas auténticas (como dice dicha exposición) que sean constitutivas del derecho real sobre el inmueble. Según Wolff, la publicidad de la posesión será varias veces una publicidad a primera vista. Puede por ella ser visible la existencia de un señorío sobre la cosa, pero no a quién corresponde. Y decimos nosotros que, respecto a inmuebles, generalmente en el origen de la posesión se basa la conciencia popular para formar el juicio del señorío de hecho; y así, en varios casos, en Derecho inmobiliario puede existir una presunción de precariedad, aunque haya apariencia de señorío de hecho, como tener el poseedor en el Avance

catastral la finca a su nombre, por no haber en tales casos la presunción de *intervención del título* del poseedor.

Veamos algunos casos: A, que tiene una finca inscrita en el Registro, la vende a B con pacto de retro, que inscribe, quedando A en posesión de la finca por pacto de arrendamiento, y transcurrido el plazo de la retroventa, B vende la finca a A, y éste no inscribe, y al cabo de doce años, B, o sus herederos, venden la finca a C, que presume que A seguía llevando la finca en el concepto de arrendamiento que expresaba el Registro. Otro caso: A arrienda varias fincas a B, y éste, transcurrido algún tiempo, compra a A algunas de las fincas arrendadas, sin inscribir el título de compra, continuando inscritas a nombre de A; al cabo de veinte años los herederos de A, previa inscripción a su nombre de las fincas vendidas, por su padre, proceden a la venta de todo el patrimonio que llevaba B procedente de A, y los compradores inscribieron su título de compra, otorgado con buena fe.

En estos casos dirán seguramente los juristas autores del artículo 36 que estos titulares inscritos, que tienen la condición de terceros según el artículo 34, no son dueños de aquellas fincas arrendadas y compradas luego por los arrendatarios, no sólo porque éstos las prescribieron, sino porque el transferente inscrito no tenía la posesión y que, por tanto, no pudo hacer entrega real de las fincas para el disfrute inmediato. Pero que tengan en cuenta que en estos supuestos no puede prevalecer la prescripción, toda vez que los adquirentes inscritos son verdaderamente terceros, dignos de la protección hipotecaria, ya que no habían conocido, ni seguramente habían podido conocer, la intervención del título de aquellos arrendatarios y han creído que éstos seguían poseyendo en el mismo concepto de antes. En estos casos, las circunstancias externas de aparente señorío de hecho son de difícil apreciación, aunque se apuren los «medios racionales» a que alude el artículo 36. Y es que en este artículo se mezcla el criterio romano sobre los efectos de la posesión (usucapión, protección posesoria, pensando en la posesión de año y día) y el criterio germánico, relativo al efecto exteriorizador de la posesión como requisito para transmitir la propiedad, y rechazando en cambio el criterio germánico de conceder a la inscripción un superior efecto exteriorizador y traslativo al de la posesión, subordinando, nada menos y reaccionariamente, los efec-

tos de la inscripción a los de la posesión, dejando así la protección del titular inscrito entregada a las sutilezas de la interpretación de las frases «medios racionales y motivos suficientes» para conocer el adquirente que existía un poseedor con características de prescribiente, quedando, pues, el artículo 36 *espetado* en la Ley Hipotecaria como algo extraño a ella y a toda ordenación inmobiliaria moderna, tendente a dar seguridad al tráfico de la propiedad inscrita, hasta que un buen día el legislador, pensando muy objetivamente, le extirpe.

En cuanto el número 3.º, o sea que el contenido del artículo 36, al decir de alguno de sus autores, implica confusión del señorío de hecho sobre el inmueble con el derecho subjetivo de posesión o «jus possessionis», si, por una parte, se atribuye igual efecto al señorío de hecho para la usucapión que para la exteriorización del derecho real como medio traslativo, por otra parte dicen los autores, al comentar este artículo, que el señorío de hecho es simplemente «un problema físico», sin concederle, por lo tanto, la categoría de situación jurídica que pueda ser rechazada por la eficacia de la fe pública registral.

¿Qué es el señorío de hecho, o posesión de hecho, o hecho de la posesión? La ley no lo determina. Se debe distinguir el hecho de la posesión del derecho de la posesión. El hecho es la fuente de los derechos posesorios, y tal hecho se desenvuelve aparentando ejercicio de un derecho y, por tanto, si exterioriza que una cosa—y en nuestro caso, una finca—está bajo el dominio o poder de una persona, se le llama *señorío de hecho*, y así se aprecia por la conciencia popular y se dice que tal persona tiene poder de hecho sobre la cosa. Las consecuencias que, conforme a la ley, puedan derivarse de este hecho, que puede aparentar dominio, constituyen el *jus possessionis* o conjunto de derechos que aquel hecho origina en el sujeto llamado poseedor. Cuando aquel señorío responde a un título o causa que reúne los requisitos que el ordenamiento jurídico prefiija, en tal caso el señorío sobre la cosa se llama poder jurídico y el derecho derivado se titula propiedad. Cuando el sujeto que ejercita el derecho, aparentando el señorío, sin ostentar título suficiente o prescindiendo de la legitimidad de su derecho, se le llama en tal situación señorío de hecho, y su consecuencia es el derecho de posesión.

IV. — ASPECTOS QUE PUEDEN OBSERVARSE EN LA POSESIÓN

Tres aspectos pueden verse en la posesión: 1.º El señorío de hecho o punto de partida, que no es solamente la relación física con la cosa, sino todo estado de hecho en que exista «la posibilidad jurídicamente reconocida de ejercitar un derecho real determinado», o sea, el tener la cosa sometida a la dirección de la voluntad del sujeto que está en relación con ella. 2.º Otro aspecto es el ejercicio exclusivo de tal derecho, que es la actuación de aquella posibilidad que constituye el señorío de hecho, y que si con su actuación da a entender a los demás que es titular del derecho, colocándose de hecho en la posición de dueño, se le puede conceputar como tal; es decir, que se le puede tener como dueño cuando se le vea que ejercita las facultades que integran el dominio o el derecho que aparenta ejercitar, de manera que tal ejercicio vivifique aquel poder de hecho sobre la cosa, haciéndole al ejercitante digno de la protección legal; por de pronto, y elevándole con el tiempo a la categoría de dueño, y el señorío de hecho, a categoría de poder jurídico. Y 3.º El otro aspecto de la posesión es el conjunto de derechos que el señorío de hecho y el ejercicio del derecho originan en el poseedor, o sea el *jus possessionis*, que comprende el derecho de protección posesoria, el derecho conducente a la usucapión, derecho de accesión y, provisionalmente, todas las facultades que constituyen el derecho que se ejercita; y así, si el poseedor ostenta el dominio, el *jus possessionis* comprende las facultades que integran aquél, según las sentencias de 10 y 15 de febrero de 1914.

El primero y segundos aspectos de la posesión, o sea, el señorío de hecho y la actuación del mismo, son estados de hecho, son estadios de la adquisición de un derecho; el primer aspecto puede tener carácter de «problema físico», pero no siempre, pues cuando se trate de señorío mediato no estará al alcance de los sentidos simplemente; el segundo aspecto no encaja en los «problemas físicos», sino que es materia de apreciación jurídica como supuesto de una situación de derecho o base de una relación jurídica. El tercer aspecto es todavía menos susceptible de ser materia de «problema físico», porque se trata de un derecho subjetivo cuyas acciones (in-

terdictal y publiciana) son de carácter provisional, porque pueden quedar desvirtuadas con la defensa absoluta que corresponde al derecho de propiedad, mediante la acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la acción reivindicatoria del artículo 348 del Código civil. Pero, no obstante ser un derecho subjetivo provisional, jamás podrá conceptuarse como un «problema físico». Para los autores del artículo 36 parece ser suficiente, para destruir la buena fe del adquirente fundado en el artículo 34, la posesión material en persona distinta del transferente inscrito, y de este criterio emanarán muchos pleitos.

El Tribunal Supremo nos dice en las sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 18 de marzo de 1911 que el mero señorío de hecho o posesión material no hacen presumir la posesión en concepto de dueño para ganar la prescripción.

Así, según opina alguno de los autores del artículo 36, el que pretenda adquirir una finca al amparo del artículo 34 tiene que averiguar antes de la adquisición si el transferente tiene o no en su poder la facultad de goce de la misma, y si resulta que otra persona distinta tiene el disfrute inmediato de la finca, debe *investigar* si el que la disfruta ostenta la posesión de hecho en concepto de dueño, en cuyo caso el que va a adquirir tropezará con un estado de hecho que, según el sentido que quieren darle al artículo 36, hace las veces de una anotación preventiva, que anuncia al que pretenda adquirir que puede haber inexactitud en el asiento que figura en el Registro a nombre del transferente.

Este primer aspecto de la posesión o señorío de hecho es de fácil averiguación, porque para que se le tenga como existente habrá de ser notorio y por esto reconocido por la opinión general; o sea que, de los tres aspectos expuestos de la posesión, el primero, el poder de hecho o poder efectivo sobre la finca, es el que tiene que ser esencialmente público y notorio, y por esto el poseedor, cuando quiera hacer valer sus derechos de tal, tiene que probar, generalmente con prueba testifical, emanada de la opinión pública, que ha tenido aquel poder de hecho. El segundo aspecto, o sea, el tener la posesión en concepto de dueño, ha de ser enjuiciado, no simplemente a base de la opinión pública, sino por la apreciación del juez, y así se admiten para probar este aspecto otros medios de prueba que no derivan de la opinión pública y a veces no hay conformidad

entre la opinión pública, que estima hay posesión en concepto de dueño, y los demás medios de prueba, que destruyan aquella opinión pública, como se ve en varias sentencias del Supremo, como las de 7 de noviembre de 1895 y 18 de abril de 1910, en las que se ve que, aun probándose que el poseedor venía poseyendo en virtud de títulos de compra e información posesoria, no prevaleció la prescripción por existir título de arrendamiento a nombre de antepasados del poseedor; y esto nos demuestra que, aunque el poseedor tenga señorío de hecho y se le conceptúe públicamente en posición de dueño, los Tribunales estiman que la posesión se ha venido disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, como dice el artículo 436 del Código.

Esto nos demuestra que en el artículo 36 se le ha dado excesiva importancia a la posesión de hecho en concepto de dueño para destruir la buena fe del adquirente en virtud del artículo 34.

Este concepto de dueño lo tiene que determinar el adquirente por los «medios racionales y motivos suficientes» que humanamente estén a su alcance; pero el adquirente no sabrá de antemano, según nos dice el Sr. Sanz, si esos medios y motivos son racionales o suficientes, ya que esto lo tendrá que apreciar el Juez. El Sr. Sanz es un amante del arbitrio del juzgador; parece no serle grata la precisión técnica en el régimen inmobiliario, y pone como motivos de motivos suficientes el estado físico de la finca, como si los arrendatarios no pudieran hacer considerables reformas y mejoras, con o sin la tolerancia del dueño, por el estado fiscal de la finca, cuando sabemos que una finca puede estar amillarada o catastrada a nombre de cualquiera, incluso, a veces, a nombre de desconocidos; por esto mismo el Tribunal Supremo ha rechazado como medio de prueba fehaciente las certificaciones del amillaramiento y del avance catastral (sentencias de 21 de enero de 1910, 28 de junio de 1916, 21 de junio de 1919). Y respecto a la documentación de la finca, a que alude el Sr. Sanz, distinta de la titulación que figura en el Registro, si al comprador se le exige, en aras de su buena fe, que investigue esa titulación extrarregistral, es mucho exigirle, porque es obligarle a hacer el ridículo al ir a rogarle al poseedor que le enseñe los documentitos que tenga relativos a la finca que posee. Estoy seguro de que en un caso de éstos el poseedor le dará con la puerta en las narices o le fija una sonrisita maliciosa, con una pal-

madita en el hombro, diciéndole: «Yo, en su caso, no compraría.» ¿Qué determinación habría de tomar el futuro comprador en este caso, y qué suerte correrá la eficacia de su buena fe? Ya se lo dirá el Juez en su día, al fallar el pleito como fruto del artículo 36.

Respecto a qué clase de prescripción se refiere el artículo 36, huelga discutir si este artículo hace alusión o no a la prescripción extraordinaria, pues que, tanto los tratadistas como el Código civil, al enunciar la prescripción del dominio y demás derechos reales, comprenden en un solo título la usucapión ordinaria y la extraordinaria, y el distinguir donde la ley ni la doctrina distinguen no es precisar objetivamente, sino mermar la eficacia de la inscripción. En el artículo 36 se hace referencia tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria, y que prevalecerá contra el adquirente inscrito si se prueba que éste tuvo, antes de la perfección de la adquisición, evidente conocimiento (empleemos la frase del Tribunal Supremo) de que estaba consumada la prescripción, ordinaria o extraordinaria, o que pudo tener este evidente conocimiento, y a este respecto habrá de sentar pronto doctrina el Tribunal Supremo, fijando sentido a las palabras «medios racionales y motivos suficientes» del artículo, impropias para expresar preceptos de un sistema hipotecario.

Todo esto en cuanto al dominio y demás derechos reales que lleven aneja la facultad de inmediato disfrute, y que por esto parece ser que se quiere exigir que el transferente lleve a la celebración del contrato la finca a cuestras, para que así pueda hacer la entrega material al adquirente; pero si se trata de la hipoteca que adquiere el acreedor en la constitución de la misma, como éste no necesita entonces el disfrute inmediato de la finca, o el cesionario en la cesión del crédito, en tales casos, aunque se trata de derechos de realización de valores y que, por tanto, algún día podrán producir la adquisición del dominio, no se extinguirá aquel derecho por usucapión ordinaria o extraordinaria del dominio de la finca. ¡Magnífica técnica inmobiliaria!

V. — LOS AUTORES DEL ARTÍCULO 36 QUIEREN HACERNOS CREER QUE EL TERCERO HIPOTECARIO NO ESTÁ PROTEGIDO CONTRA LA «POSSESSIO AD USUCAPIONEM», PORQUE EXISTE UN VICIO EN LA ADQUISICIÓN QUE LE IMPIDE SER DUEÑO, QUE ES LA FALTA DE TRADICIÓN.

Dice el Sr. Sanz, refiriéndose al artículo 36, que «el que adquiere según el Registro e inscribe su derecho, no es dueño de la finca mientras no haya tomado posesión de ella, ya que al ser declarativa la inscripción en nuestro sistema tiene que limitarse a recoger la realidad exterior, sumándole la fuerte protección registral, pero sin atribuir el carácter de dueño a quien no lo es, ni puede serlo, por aplicación del artículo 609 del Código civil». Ya dijimos antes bastante de lo que significa el artículo 609 para ver que este artículo no es nada ante el artículo 1.473 del Código y de los demás artículos del mismo y de la Ley Hipotecaria que determinan los efectos de la adquisición, y ahora diremos que esa fuerte protección registral a que alude el Sr. Sanz, él mismo intenta negarla al exponer su extraña opinión que vierte de paso en la explicación del artículo 36; opinión que, como dice el Notario Sr. Martínez Corbalán, es la bomba atómica contra la inscripción. Esta bomba no ha de hacer mucho daño porque los Tribunales saben aplicar el Derecho, gracias a Dios.

Todos nuestros modernos civilistas afirman que la inscripción en nuestro sistema suple a la tradición, a que alude el artículo 609 y a la que se referían las Partidas, como luego veremos, pero superándola, y así dicen Pérez y Alguer, en las notas del *Ennecerus*, que el artículo 609 y el 1.095 del Código establecen que el derecho real sólo se adquiere a virtud de la tradición, «salvo, naturalmente, las excepciones que puedan resultar del artículo 1.473». De Buen, en las notas de la obra de Colín y Capitán, dice que «el establecimiento del Registro viene a alterar la lógica del sistema de la tradición. Organizada tal institución, ya no se reputa decisiva la entrega de la cosa para la creación del derecho real. La tradición basta cuando no hay inscripción. Si la hay, no adquiere ya el que primero obtiene la posesión, sino el que primero inscribe, como lo reconoce nuestro Código civil en su artículo 1.473».

Nuestro mejor hipotecarista, D. Jerónimo González, dice, refi-

niéndose al Código civil: «Momentos hay en que puede crearse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o mejor dicho, en que se le atribuye valor constitutivo; por ejemplo, en el artículo 1.473, que, caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.»

Nosotros afirmamos que la inscripción vino a reemplazar a la tradición en la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles desde la vigencia de la Ley Hipotecaria de 1861, en la que sus autores y comentaristas lo dicen claramente en la exposición de motivos, y resulta de los artículos 17, 23, 25 y 26, inspirados más que en el principio de la fe pública registral en el principio de *oponibilidad* o «prior tempore potior jure» para oponer el título inscrito al que no lo esté, dando el titular de éste con su negligencia *ocasión* a que se inscribiese otro posterior, recogiendo este sentido de la ley de Brumario del año VII, suprimida por el Código de Napoleón, pero restablecida por la ley de Transcripciones de 28 de marzo de 1855; resultando mejorado este principio de prioridad en nuestro sistema por el principio de especialidad, llevando el Registro por la unidad de finca, bajo cuyo número se ve o puede verse el historial del inmueble.

Nuestros hipotecaristas, menos el primer comentarista de la ley, D. Pedro Gómez de la Serna, se han distraído con el artículo 34 de la ley para concentrar en él la fuente total de la eficacia de la inscripción, fijándose sólo en la fe pública registral y nada en el principio de prioridad u oponibilidad, prescindiendo del artículo 23 (hoy 32), de más amplitud que el 34, pues en aquél caben uno y otro principio, y de cuyo contenido emana o puede emanar toda la protección que se le confiere al tercero hipotecario, entendiendo por éste no sólo el que resulta del artículo 34, sino el concebido con la pauta del artículo 23 de la ley anterior, que viene a ser todo titular inscrito, que puede, por efecto de la inscripción, oponer su título a los contratos o actos inscribibles que no fueron registrados y a toda situación jurídica sobre inmuebles que no conste en el Registro, desconocida del inscribiente al tiempo de adquirir.

Este artículo 23 fué preterido por los autores de la ley de la reforma, hasta que los redactores de la nueva ley le dieron un puestecito en el artículo 32. Si no fuese rehabilitado este precepto que-

daría coja la Ley Hipotecaria y habría que acudir al Código civil en sus artículos 606 y 1.473.

Es decir, que del artículo 32 de la ley actual derivará la eficacia especial de la inscripción a nombre del tercero hipotecario, basado en la publicidad del Registro, bien por el silencio que se refleja en el mismo de los otros títulos no inscritos, dando *ocasión* a que se inscriban otros (efecto negativo de la publicidad), bien fundándose en la inscripción, que figura a nombre del transferente con facultad de transmitir, o sea por la fe pública registral propiamente dicha (efecto positivo de la publicidad). Queremos decir que hay casos en que la eficacia de la inscripción del tercero no deriva del artículo 34 porque no cabe en su contenido, sino del artículo 32, que tiene más amplitud. Ejemplo de un caso que no está comprendido en el artículo 34 y sí en el 32: Sucede, y con frecuencia, que el transferente en una venta o permuta se presenta con el adquirente en la Notaría con su título, pendiente de inscripción; razón por la que no podrá el adquirente acogerse a la eficacia de la fe pública registral propiamente dicha porque el transferente no figuraba en el Registro con facultad de disponer en el momento de la perfección del contrato, y proceden a otorgar la escritura, no obstante, y luego se llevan las dos al Registro para inscribir a nombre del transferente, y luego a favor del adquirente. En este caso el adquirente no es tercero comprendido en el artículo 34, sino en el 32, quien puede oponer su título oneroso contra cualquier tercero que no hubiese inscrito basándose en el principio de prioridad y en la fe del silencio del Registro, relativo a cualquier título referente a la finca o derecho del adquirente inscrito.

Veamos lo que dice la exposición de motivos de la ley de 1861 respecto a los efectos de la inscripción relacionados con la tradición, y cómo lo interpreta el comentarista D. Pedro Gómez de la Serna en 1862. En la exposición de motivos, después de hablar del sistema romano, del sistema del Código de Napoleón y de «las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se consideran constituídos o traspasados, en cuanto conste la inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el de-

recho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque tenga la posesión, será dueño con relación al vencedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

La Serna dice, comentando el artículo 23, que el proyecto del Código civil del 51 ya procalmó el principio de este artículo, limitando los efectos de la inscripción a los que no han sido parte en el acto o contrato, y que decía en su artículo 1.858: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público.» Y dice el artículo 1.859 de este proyecto que cuando el propietario enajena unos mismos inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenecerá la propiedad al que primero inscriba su título. Y decía La Serna que respecto al dominio de lo enajenado hay un cambio grande entre la antigua legislación y la nueva. Las leyes de Partidas—dice—aceptaron el principio romano de que la tradición en las cosas muebles y la posesión en los inmuebles transfería la propiedad... «Veamos la innovación que en ella (la ley de Partidas) ha introducido el artículo que estamos comentando: Si el primer comprador inscribió su derecho *oportunamente*, nada hay que alterar; la ley de Partidas conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo, dando lugar a *que otro, engañado por el silencio del Registro*, comprara la finca, *creyendo que el dominio existía aún en el que lo vendió*, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior.»

Es de observar que La Serna comentaba los artículos 17, 23, 25 y 26 de la ley, atento al principio de prioridad, en el sentido de *oponer* el título inscrito a los títulos que no lo fueron y que tuvieron la oportunidad de serlo, y entre las legislaciones extranjeras que cita como concordantes menciona para los cuatro artículos la ley de Transcripciones francesa de 23 de marzo de 1855, que dice en su artículo 3.º: «Los derechos que provengan de los actos y sentencias sujetos a inscripción no pueden oponerse mientras no sean transcritos a un tercero que tenga derecho sobre el inmueble, conformándose con las leyes.» La palabra «oponerse» se emplea también en la exposición de motivos de la ley de 1861, y La Serna, en

cambio, no alude para nada a la ley de Transcripciones en el comentario del artículo 34; lo cual indica que este comentarista veía principalmente en los artículos 17, 23, 25 y 26 el principio de prioridad o de oponibilidad, fundamental en el sistema francés, viendo solamente en el artículo 34 el principio que hoy llamamos de fe pública registral.

La Serna, en su obra, transcribe un párrafo del ilustre jurisconsulto francés Troplong, que dice: «... es, a mi entender, el establecimiento de una formalidad intrínseca, vehículo de una publicidad, cuyo objeto sea traspasar la propiedad con relación a un tercero. El haberse abandonado el sistema de la ley de Brumario del año VII, acerca de la enajenación de derechos reales, es causa verdadera de la perturbación que se observa en el sistema hipotecario del Código de Napoleón y de la incoherencia que reina en muchas de sus partes.» La ley de Brumario fué restablecida por la de Transcripciones de 1855.

Nuestro artículo 23 de la ley del 61 recogió, pues, influencias del sistema de transcripción, sin excluir el sentido predominante del sistema germánico, y, por tanto, traemos a colación también la interpretación de los efectos de la transcripción que hacen los tratadistas franceses Colin y Capitant con la claridad que les caracteriza, y dicen que «entre las partes la transmisión es válida; pero respecto a terceros el acto no transcrito es ineficaz. Ejemplo: Primo vende sucesivamente el mismo inmueble a dos compradores, Segundo y Tercio. ¿Cuál será preferido? No será, como si se tratase de un mueble corporal, aquel de los dos compradores que primero haya tomado posesión (art. 1.141); no será, como se deducía del artículo 1.138, antes de la ley de 1855, el que presentase escritura de venta más antigua; será aquel de los dos compradores que primero haya transcrito el título de su adquisición».

Estos civilistas tratan en su obra de Derecho civil de los medios empleados para poner en conocimiento de los terceros la transmisión de los derechos reales, y dicen que el sistema del Código de Napoleón de que surge la transmisión del derecho real únicamente de la convención, «que puede traer graves inconvenientes por la clandestinidad del acto traslativo». Dicen que estos inconvenientes serían menores si se hubiera conservado el sistema romano, pues con él eran informados los terceros por un hecho ex-

terior visible, que era la posesión; pero añaden a continuación que este sistema romano exponía también a los terceros a inconvenientes importantes: primero, porque el sistema romano admitía la tradición ficticia, y en ella los terceros continuaban expuestos a los inconvenientes de la clandestinidad de la transmisión; segundo, que aunque se hubiesen suprimido estas tradiciones ficticias y se exigiese rigurosamente la tradición efectiva, el sistema sólo podrá aplicarse a los derechos que al verificarse la transmisión permiten la entrega inmediata de la cosa, pero no respecto de ciertos derechos reales, como la hipoteca, en los que no es posible aplicar el sistema de la tradición material, y la clandestinidad sería inevitable, y tercero, que no conviene perder de vista que el sistema de la tradición, en el que las transmisiones de la propiedad se manifiestan por medio de un cambio en la posesión (sistema del señor Sanz), expone a los terceros a constantes confusiones, pues nada diferencia al exterior un propietario de un simple detentador precario, usufructuario o colono. Y expresan seguidamente que el único remedio posible para los inconvenientes indicados consiste en una organización de una *publicidad* eficaz, que puede poner al público en situación de apreciar las eventualidades a que se somete tratar con tal o cual individuo. Fué el Derecho moderno—dicen—el que en gran parte y de un modo aun imperfecto realizó la publicidad de las transmisiones. Quieren decir Colin y Capitant respecto de la tradición que ésta está inspirada en la necesidad de dar publicidad a la transmisión del dominio y demás derechos reales, pero que la publicidad que lleva consigo la tradición es muy incompleta y equívoca, y que del Derecho moderno surgió otro sistema de publicidad categórica, concentrada en el registro de la finca, proclamando como el más perfecto el sistema alemán; y desde luego, si se refiere a la publicidad que proporciona el sistema francés de la transcripción, tiene razón en decir que el sistema moderno es aún imperfecto, pero no así en nuestro sistema, en que se lleva el registro por fincas con los principios de especialidad y legalidad, y conociendo en todo momento el historial de la finca y la situación jurídica de la misma, es como se les puede conferir eficacia a los principios de prioridad y de fe pública registral.

VI. — PARECE SER QUE LOS AUTORES DEL ARTÍCULO 36 QUIEREN QUE SE SOBRENTIENDA QUE LA ACCIÓN REAL, DERIVADA DEL DERECHO INSCRITO, SE EQUIPARE A LA ACCIÓN INTERDICTAL.

Alude el artículo 36 a una prescripción adquisitiva, que puede consumarse dentro del año siguiente a la adquisición del tercero del artículo 34, que puede prevalecer contra éste si ha contratado con conocimiento de tal prescripción o con culpa lata, o si no ha tenido tal conocimiento ni tal culpa relativos a la posesión de hecho, el adquirente inscrito la consiente expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición. Y dice también el cuarto párrafo del artículo que la prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito si éste no la interrumpiere en el plazo de un año.

Nos dice el Sr. Sanz que el artículo 36 no protege al titular registral contra la «posesio ad usucapionem», sino que se limita a señalar la posibilidad de adquirir la posesión en el plazo de un año, que es el que señala el artículo 460, número 4.º, del Código civil. Parece que adivinamos que el Sr. Sanz nos quiere decir: Primero, que la posesión que corresponde al dueño de un inmueble inscrito (el «jus possidendi») se pierde por la posesión de otro durante más de un año; segundo, que no obstante haber perdido esta posesión el titular inscrito, si surge un adquirente con arreglo al artículo 34, en tal caso el artículo 36 le concede a este adquirente un plazo de un año para que interrumpa la prescripción, según el artículo 36, y para que pueda adquirir la posesión, dice el Sr. Sanz.

El número 4.º del artículo 460 no se refiere a la pérdida del «jus possidendi» o derecho a obtener el poder jurídico que corresponde al dueño de una cosa; no se refiere a la facultad de goce que corresponde al titular del dominio; se refiere a la pérdida de la posesión como «jus possessionis», como una relación de hecho, como un derecho de puro ejercicio. Por virtud del número 4.º del artículo 460, el nuevo poseedor prescribe la posesión en cuanto prescribe respecto del anterior poseedor la acción interdictal, según el número 1.º del artículo 1.968 del Código. Como dice Manresa, el artículo 460 se refiere a la pérdida de todo derecho *para lo sucesivo*

que esté fundado exclusivamente en la posesión, y el derecho de cualquier titular inscrito, respecto de su facultad de goce, no está fundado, ni mucho menos, exclusivamente en la posesión. Es titular del dominio, y, por tanto, tiene las facultades que le atribuye el artículo 348 del Código, que le confiere la acción reivindicatoria para ir contra el tenedor y el poseedor de la cosa, y si a la posesión en concepto de dueño se le atribuyen tales facultades del dominio es con carácter provisional, en tanto no surja y actúe un titular del dominio, desde entonces el poseedor tendrá que apoyarse en los derechos que derivan exclusivamente de la posesión y no del dominio. Se trata, además, del dominio inscrito, cuyo titular tiene a su favor la presunción de que está en poder de la facultad de goce o del «jus possidendi» (art. 38 de la ley), y tiene como tal titular inscrito una *acción real* que le confiere el artículo 41 de la ley, ejercitada mediante un procedimiento especial establecido en este artículo, sin más excepciones que las determinadas en el mismo, y en él no aparece la excepción de la prescripción de posesión o de la acción interdictal, sino la de la prescripción adquisitiva del dominio o de los derechos reales, que llevan aneja la facultad de disfrute, a que se refiere el artículo 36.

Por tanto, es inadmisibile lo que dice en la *Revista de Derecho Privado*, en el número de junio de 1946, el catedrático de Derecho civil Sr. García Valdecasas, de que la acción real del artículo 41 no se puede ejercitar contra un poseedor que lleve más de un año y un día en la posesión. Esta afirmación es otra bomba atómica contra la inscripción. ¿Dónde ve este civilista en el artículo 41 la excepción de la posesión de año y día? ¿La confunde con la prescripción consumada del dominio? Para que sea excepción la posesión de año y día es preciso que esa posesión que tenga el contradictor derive de un contrato o de otra cualquiera relación jurídica, contraída directamente con el último titular inscrito o con causantes anteriores, si el titular no es tercero hipotecario respecto a estas relaciones anteriores con el contradictor; pero en tal caso la excepción no se fundará en la posesión de año y día, sino en el contrato o relación que dió lugar a la posesión, la cual podría en tal caso servir de base para oponerse, aunque no hubiese transcurrido el año y un día. Esta posesión de año y día no era obstáculo tampoco para la aplicación del artículo 41 de la

Ley Hipotecaria de 1909, ni siquiera después de la reforma del mismo, en 1927, según insinúa Roca Sastre.

VII. — EL ARTÍCULO 36 FUÉ DEFENDIDO POR LOS AUTORES MANEJANDO TÓPICOS, QUE A MÁS DE NO SER EXACTOS RESULTAN ANACRÓNICOS EN LO QUE SE REFIERE AL CARÁCTER SOCIAL CON QUE QUIEREN DEFENDER AL POSEEDOR PRESCRIBIENTE.

En primer lugar hemos de decir a los defensores del «prescribiente» que resulta fuera de tiempo aplicar, como dicen, al artículo 36 las palabras del preámbulo del decreto-ley de 13 de junio de 1927 por dos razones: una, porque aquel decreto no tuvo éxito alguno; no gustó a nadie porque fué rebuscado en su confección para avenir la fuerza decisiva y excluyente que debe tener la inscripción en un sistema inmobiliario perfecto para que haya completa seguridad en la titularidad en que el sujeto del dominio y de los derechos reales inscritos cifra sus facultades y obligaciones, que hacen relación a los mismos con el clamoreo de los labradores de la aldea de San Nicolás, que por virtud del artículo 41 de la ley de 1909 iban a ser desahuciados en masa; y si aquí, en este caso, resultaba injusta la interpretación que entonces se le daba al artículo 41, no lo era en la casi totalidad de los demás casos, y otra razón es que si entonces resultaba necesario y justo amparar al cultivador del suelo en la interpretación de dicho artículo, aunque fuese en merma de la eficacia de la inscripción, pero sin ser admisibles ni entonces ni hoy aquellas expresiones demagógicas vertidas en el preámbulo del decreto, hoy existen leyes de carácter social que defienden al cultivador del suelo, y están con ellas aseguradas las relaciones entre el llevador de la tierra y el dueño de ésta, sin que éste merezca censura por el hecho de que tenga asegurado su derecho «en la almohada de la inscripción en el Registro». Existe la legislación de arrendamientos rústicos, que protege al colono suficientemente, y no había necesidad, como no sea para proteger a los cultivadores intrusos y a los renuentes a toda buena o mediana titulación, de establecer en la reforma de la Ley Hipotecaria precepto alguno que fuera contra los principios de la ordenación inmobiliaria moderna, tendente a dar seguridad categórica a la propiedad inscrita, y así, con el artículo 36 todo adquieren

te de una finca no puede cifrar, como antes, y cual sucede en todo buen sistema hipotecario, la seguridad absoluta de su adquisición en el Registro de la propiedad, sino que, lo mismo que antes de nuestra ley Hipotecaria, tiene que *investigar* antes de la perfección del contrato, y valiéndose de todos «los medios racionales», y estar al tanto de «los motivos suficientes», si hay algún prescribiente que esté en posesión de la finca y se la haya ganado por prescripción o esté a punto de prescribirla; en tal caso ya sabe el adquirente a qué atenerse; ya sabe que el Registro no le garantiza totalmente la adquisición, y solamente la ley le conceptúa dueño, liberándole de la prueba, que estará a cargo del contrario.

Por una parte, los autores de la ley de la reforma han establecido preceptos muy importantes, dirigidos a mejorar el Derecho inmobiliario español con una técnica más segura, que acerca nuestro sistema a los regímenes inmobiliarios más perfectos, suprimiendo el casuismo y la vacilación de los preceptos de la ley anterior, según se ve en los artículos 34, 38 y 41, nuevamente redactados; y por otra parte se establece el artículo 36, de contenido mucho más vacilante que el 35 de antes, y que con merma del principio de la fe pública registral puede dar lugar a un semillero de pleitos si la jurisprudencia no reduce su sentido a los casos en que se pruebe que el adquirente inscrito *tuvo evidente conocimiento o que pudo tenerlo* de la prescripción, ordinaria o extraordinaria.

Con el artículo 36 se ha dado un salto atrás en el ordenamiento inmobiliario, concediendo a la prescripción y, por tanto, a la posesión aquella importancia que tuvo en épocas lejanas como institución admitida por el Derecho para determinar la pertenencia de fincas poseídas durante bastante tiempo. Pero el Derecho moderno instauró el Registro para evitar la inseguridad de los derechos reales sobre inmuebles; finalidad que se cumple con tanta más eficacia cuanto más perfecto sea el sistema hipotecario, sin que sea precisa ahora la prescripción adquisitiva. Y así dicen los comentaristas del Derecho alemán, como Wolff y Nussbaum, que «en el moderno Derecho inmobiliario la posesión ha perdido su virtud de representar y hacer notorio el derecho real, quedando sustituida a este efecto por la inscripción en el Registro inmobiliario». ¡Ah! Pero los autores del artículo 36 se han sentido obligados a defen-

der la posesión y al prescribiente, obligando al adquirente a tener conocimientos de Derecho para poder deducir de un estado de hecho, de una posesión material, una inexactitud del registro de la finca, y el no tener este conocimiento de Derecho supone, por lo visto, culpa lata. Pero dicen los autores del artículo 36 que la situación del poseedor es la realidad sobre la forma, la vida sobre la ficción, que mantiene viva y constante su relación con la tierra y la trabaja y la cultiva. Yo me permito decir a los señores que le defienden y le ponen como símbolo del labrador español que estas frases hubieran tenido una nutrida salva de aplausos en Extremadura cuando el Frente Popular; pero carecen de la suficiente verdad para emplearlas en la discusión de una ley. No se puede admitir que el labrador español esté simbolizado por el ganador de fincas por prescripción, poseedor que no es un símbolo, sino una persona real, viva, existente. Los señores de la Comisión que le defendieron parece no le conocen; pueden no haber pisado el pueblo donde vive, y él no va a las grandes capitales porque es muy bruto. Yo le conozco mucho y le trato. Es un granuja, un ganador de dominios por la posesión, que generalmente tiene una mala causa de origen. Es un ducho litigante. Yo le conocí varios pleitos, ganando unos y perdiendo otros. Conviene hacer referencia de algunos:

Hace más de treinta años quedaron huérfanos de padre y madre unos chicos de corta edad, que vivían con sus padres en la capital, teniendo éstos varias fincas arrendadas en un pueblo; el arrendatario no sé cómo se las pudo arreglar para que el tutor de los menores, muy amigo suyo, le vendiese en documento privado unas veintitantas tierras de las varias que los menores habían heredado de sus padres, y sin mediar subasta. Pasaron muchos años, y el comprador había venido poseyendo en concepto de dueño las fincas compradas al tutor. Los chicos llegaron todos a la mayoría de edad, e ignorando que el tutor había vendido las fincas, formalizaron la testamentaria de la herencia de sus padres, incluyendo, claro está, en el inventario las fincas vendidas, que figuraban inscritas a nombre de los padres, y las inscribieron a su nombre en el Registro, y así las tuvieron unos cuantos años, quienes venían percibiendo la misma renta que antes cobraba el tutor. ¿Será justo que a los que están en estas circunstancias se les llame titulares de

cadáveres jurídicos insepultos, fósilizados en los libros registrales, y que se crea que es más respetable y preferida la situación del comprador porque haya éste mantenido viva y constante su relación con las fincas aludidas, mal compradas o estafadas, siquiera las haya trabajado y cultivado? ¿Parece preferible esta realidad a la titularidad registral, a la que se llama ficción? Digamos de paso que, según el criterio del Sr. Sanz, y que lo cree recogido en el artículo 36, se pueden suprimir las instituciones autenticadoras de las relaciones jurídicas inmobiliarias, las Notarías y los Registrós, porque la realidad es preferida a la forma, aunque aquella sea fruto del robo, y la vida a la ficción, aunque la vida se lleve a tumbos con el deporte de los pleitos. El caso es que fueron los titulares inscritos al pleito; se alegó de contrario la prescripción extraordinaria y se ganó esta por aplicación del último párrafo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria anterior, ya que no había tercero hipotecario, y hoy, aunque lo hubiera, se alegaría el artículo 36, protector de prescribientes de toda estofa.

Otro caso fué: Un patrimonio que pertenecía *pro indiviso* a tres hermanos, que comprendía varias tierras, inscritas a nombre de los mismos. Dos de los hermanos residían en América y el otro, que estaba aquí, se permitió vender en documento privado tales tierras al poseedor, por sí y, además, diciendo que tenía la representación verbal de los otros dos hermanos, por un precio tan bajo como se merecía la ilegitimidad de la transmisión. Pasados algunos años, el hermano vendedor murió, habiéndole heredado los hermanos de América. Estos dieron poder a un amigo para que formalizara la testamentaria de la herencia del hermano fallecido y luego que procediera a la venta de las fincas. El comprador llevaba poseyendo las fincas mal compradas más de treinta años, y al enterarse de que iban a poner en venta tales fincas promovió una información de dominio, pidiendo al Juzgado que se librara mandamiento al Registro ordenando la anotación preventiva que acreditase la incoación de la información de dominio y destruir así la buena fe del futuro comprador de las fincas que se iban a poner en venta por el mandatario, y de esta manera la experimentada habilidad del prescribiente de dominios no dejó surgir el tercero, y tramitado el correspondiente juicio declarativo se falló a favor del comprador poseedor.

Otro pleito fué el siguiente: Una viuda, que tenía una cuantas tierras, viéndose necesitada de dinero, acudió a un prestamista para que le prestara una cantidad; pero éste, echando el ojo a la mejor tierra de las que tenía la viuda, le propuso que le vendiese aquella finca, con la reserva conveniente, y para hacer menos ruido en el pueblo, se fueron a la capital de la provincia a otorgar la escritura de venta por un precio conveniente para el prestamista. El Notario de la capital se encargó, como siempre, de llevar la copia de la escritura adonde hubiera que llevarla, y luego la presentó solamente en la Abogacía del Estado, sin mandarla al Registro de la Propiedad correspondiente. Pasados unos dos meses, el interesado fué a recoger la escritura a la Notaría y se la llevó para casa, creído de que estaban ultimados todos los trámites para una segura adquisición. A los ocho años, la viuda, que vivía con el hijo en otra parte, confirió a éste poder para vender todas las fincas de su madre, que figuraban en la hijuela de ésta, inscritas en el Registro, y entre ellas estaba la que había comprado el prestamista; y como las comprase todas un señor de otro pueblo, éste procedió a inscribir la compra inmediatamente. Pero al querer tomar posesión de las fincas compradas, tropezó con el prestamista respecto de la mejor finca, quien, muy ufano y parsimonioso, le ha enseñado al segundo comprador su escritura de compra, y el otro comprador le dijo que tal escritura no podía figurar inscrita en el Registro, ya que, de lo contrario, no se hubiera podido inscribir la segunda compra; y entonces fué cuando el poseedor se dió cuenta, sin manifestarlo, de que su escritura no había sido mandada al Registro por aquel Notario de la capital. ¡Cómo le maldecía el prescribiente! De todas maneras, éste se resistió a entregar la finca y continuó llevándola unos tres años más, hasta que el segundo comprador le demandó cuando ya estaba vigente el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Y el poseedor alegó en la contestación a la demanda la prescripción ordinaria, apoyándose también en el contenido del artículo 36; pero el Juez falló desestimando la prescripción ordinaria, porque cuando el segundo comprador inscribió a su nombre la finca objeto del litigio sólo llevaba poseyendo ocho años, y como desde la inscripción a nombre del segundo comprador se le estima al prescribiente como po-

seedor de mala fe, no cabe la prescripción ordinaria, y perdió el pleito el poseedor.

No podrá negar nadie que el Derecho moderno tiende a crear un orden inmobiliario adaptado a la naturaleza de la propiedad inmueble. Tal orden está basado en unos principios conducentes a la seguridad de tal propiedad, y si en algunos casos puede parecer injusta la aplicación rígida de tales principios, debe sostenerse su validez en aras de la seguridad jurídica, y, por ende, tanto el ordenamiento inmobiliario como la administración de justicia habrán de evitar cuanto pueda dar lugar a litigios y al casuismo de la interpretación. Por esto decimos que el artículo 36 resulta diametralmente contrario a aquellos principios; y esa realidad y vida a que se refiere el Sr. Sanz, y que dice es superior y preferida a la ficción y a la forma, es generalmente fruto de la rebelión contra las formas que desenvuelven tales principios y que el ordenamiento prefija para disciplinar las relaciones jurídicas, o la vida jurídica sobre bienes inmuebles, que podríamos llamar relaciones legítimas. Y la prescripción viene a ser como el reconocimiento de situaciones bastardas, nacidas fuera o en contra de aquellas formas prefijadas; y esta realidad bastarda, si la ley admite que algún día puede ser legitimada, conduce *incontinenti* a aquel estado caótico de la propiedad inmueble que expresa el preámbulo del Decreto de 8 de agosto de 1855.

MANUEL VILLARES PICO.
Registrador de la Propiedad.