

## A manera de réplica

En un trabajo, modelo de los de su clase, publicado en el número de agosto-septiembre de esta Revista, bajo el epígrafe «Más sobre los artículos 24 (38 Ley unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria», debido a la ágil pluma del culto Notario de Sama, señor Martínez-Corbalán, se me alude varias veces; y yo, que jamás rehuyo la polémica, voy a contestar en estilo casi telegráfico.

No me mueve a ello tanto el deseo de ratificarme en mi postura como el sincero placer que me produce el destacar los innegables aciertos que contiene esta disertación.

Se combate en ella, con fácil dialéctica, la frágil posición de Sanz en relación con la doctrina del artículo 41 de la nueva Ley Hipotecaria, y se llega a conclusiones diametralmente opuestas a las de este brillante y discutido comentarista. Ya en otro trabajo anterior sobre el mismo tema nos habían llamado poderosamente la atención las singulares dotes de exégeta de Martínez-Corbalán, dotes que en el trabajo que comentamos se vuelven a manifestar con tono más acusado.

Estamos conformes con él en que la mejor manera de llegar al sentido interno de la Ley es acudir a la exposición de motivos y a las explicaciones de los redactores. Por ello juzgamos lo mejor del trabajo ese engarce preciso de sus opiniones con las palabras de la exposición de motivos y con el pensamiento del Ministro, deducido de las consideraciones con las que presentó la Ley a las Cortes. Por esos parajes nos parece a nosotros que está el camino para llegar a la verdad.

Y a esos mojones que acotan el sendero que lleva directamente a conocer el espíritu y sentido de la Ley nosotros añadiríamos otro. Otro en el que no se ha pensado y que, a nuestro entender, es el faro más brillante y luminoso de los que alumbran el campo de la interpretación.

Nos referimos a los motivos de la reforma. Nos referimos a las razones de los fracasos de las reformas anteriores que hicieron necesaria la que comentamos. Una breve y serena meditación

sobre las razones de aquellos fracasos nos apartarían de tropezar en las mismas piedras.

Por eso no nos explicamos cómo Sanz, tan inteligente, tan sólidamente formado, tan experto para la polémica y la glosa, quiere volver a aquél fracasado procedimiento de jurisdicción voluntaria o a aquella posesión, *sin posesión*, que no otra cosa es esa posesión *sin lanzamiento*.

Es que no ha meditado en que el fracaso del anterior artículo 41 se produjo precisamente por haberle adscrito primero, al procedimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, y después, al de los interdictos.

Decimos más, nos atrevemos a decir que la reforma que comentamos en esta parte de la Ley no hubiera sido necesaria si al primitivo artículo 41 se le hubiera dotado de un procedimiento adecuado y especial. ¡Pero se le vistió de traje ajeno!

Y con estas disquisiciones nos hemos apartado del tema. Volvamos a él.

Estamos conformes con Martínez-Corbalán en que la presunción posesoria debe referirse al derecho de poseer, al JUS POSSIDENDI, emanación y facultad del dominio. Si se refiriese al hecho de la posesión sería facilísimo destruirla por la prueba en contrario, ya que casi siempre que se acude al procedimiento del artículo 41 es porque el actor no tiene la posesión de hecho y al solo efecto de recabarla.

En la realidad, como dice muy bien Roca, «posee quien posee» y de nada serviría una presunción, que se vendría al suelo al primer soplo en contra.

Mucho tendríamos que censurar a los autores de la reforma si después de todo lo que se dijo y escribió sobre la innocuidad de tal presunción, referida al hecho de la posesión, en el interregno de 1909 a 1944, la resucitaban ahora con el propio alcance.

Por cierto que el autor de estas líneas ya sostuvo en un pleito sobre el artículo 41 en el año 1939 que la presunción posesoria se refería al derecho de poseer. Se dijo entonces: «En el procedimiento del artículo 41 no pueden admitirse otras alegaciones que las referentes al DERECHO DE POSEER.» Nos fundábamos entonces en el artículo 1.644 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que sólo permite, en los interdictos de adquirir, alegaciones sobre el derecho

a poserer y no sobre el hecho de la posesión; y llegábamos a esa conclusión pensando que para algo se había adoptado en la reforma del 27 el procedimiento de los interdictos de adquirir, único interdicto en el que se ventila el derecho a poseer y no el hecho de la posesión.

Conformes también en que en el procedimiento del artículo 41 actual no hay ninguna parte de jurisdicción voluntaria. Hay, si, una primera parte ejecutiva que puede o no provocar una contenciosa. Exactamente igual que en el procedimiento ejecutivo de los artículos 1.429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento. Por eso nosotros, si bien reconocemos que no es un procedimiento ejecutivo puro, dijimos en otro trabajo que era un procedimiento ejecutivo *español*.

Pero donde nos unimos con verdadero entusiasmo a la tesis de Martínez-Corbalán es en aquella parte de su estudio en la que rechaza la postura de Sanz cuando éste dice que la simple aparición de un poseedor extrarregistral con título derivado directa o indirectamente del titular o titulares anteriores enerva el procedimiento, obligando al titular inscrito a acudir al juicio ordinario.

Tal tesis de Sanz, de acuerdo con Martínez-Corbalán, la reputamos insostenible y perturbadora.

¿De dónde saca Sanz esa conclusión? Porque las palabras del artículo son claras y con precisión establecen la facultad de oponerse para ese titular extrarregistral cuando deriva su derecho «por contrato u otra relación jurídica DIRECTA del mismo titular registral o de titulares anteriores». Pero aunque puede oponerse, no por eso paraliza el procedimiento. Eso no lo establece la Ley en ninguna parte.

Por cierto que no nos explicamos cómo se asocia Martínez-Corbalán a la tesis de Sanz, que defiende que cualquier derivación del titular o titulares anteriores, aun las que no son directas, pueden fundamentar una oposición en este procedimiento.

Nosotros disentimos de esa interpretación, pues entendemos que tal interpretación debe ser restrictiva, y entendemos también que la palabra «directa» está puesta ahí para limitar la oposición. No hay duda que es un mojón que acota el campo del debate. Si no, no tendría explicación.

Señalados los aciertos, vamos ya con la contestación. En rela-

ción con los problemas de la prescripción y de la buena fe disiente de nuestra opinión Martínez-Corbalán.

En un trabajo sobre el ámbito del procedimiento establecido en el artículo 41 de la nueva Ley Hipotecaria habíamos dicho nosotros que la prescripción oponible en este procedimiento tenía que haber sido declarada en un juicio ordinario anterior.

Y Martínez-Corbalán rechaza tal aserto, si bien no deja de reconocer que fué cierto antes de la reforma. Pues bien; decimos nosotros: Si esa postura fué cierta antes de la reforma, ¿es que no subsisten acaso las mismas razones para que lo siga siendo? ¿Es que aquel principio de Derecho: «*Ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*», ya no es un auxiliar poderoso del exégeta?

Y no se diga que las palabras actuales del artículo autorizan tal interpretación, que si bien es cierto que la prescripción que debía perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36, puede servir de apoyo a una demanda de contradicción, no lo es menos que dicha disposición se guarda muy bien de asegurar que esa prescripción se pueda declarar en el mismo procedimiento.

No queremos traer a cuenta las razones que en otros trabajos expusimos en apoyo de nuestra tesis; tampoco queremos reseñar otra vez unas sensatas frases, hijas de su experiencia profesional, del compañero La Rica, que comparte nuestra opinión; pero sí queremos argüir: ¿Es que sin esa declaración judicial hecha en adecuado procedimiento se puede decir que la prescripción existe? Y si no existe, porque le falta ese requisito que le da vida, y que puede decirse los comprende a todos—posesión, tiempo, buena fe—, que no son otra cosa que presupuestos de esa declaración judicial. ¿cómo se ha de poder oponer ni en este ni en ningún otro procedimiento?

Se dice de adverso: «Esa prescripción se declarará en la misma sentencia.» Y ahora preguntamos nosotros: Y antes de esa declaración de la sentencia, ¿existía la prescripción? ¿Tenía vida y producía efectos?

Pues si existía y producía efectos antes de tal declaración, después para nada la necesitaba; y si no vivía ni actuaba sin dicha declaración, ¿cómo se había podido fundar una demanda en ella?

Ahí quedan esos interrogantes que nosotros no hemos sabido contestar.

Si de esos obstáculos procesales pasamos a las perniciosas consecuencias que para la misma seguridad del dominio se producirían, de admitir una declaración de dominio por prescripción en un procedimiento que no produce excepción de cosa juzgada y puede ser revisada en otro procedimiento, entonces el panorama aun se ensombrece más, pues habrá necesidad de llegar a la conclusión de que hay dos clases de dominio en la legislación española: uno definitivo, indiscutible, capaz de producir una rectificación en el Registro; y otro provisional, revisable, incapaz de producir dicha rectificación. ¿No es bien peligroso andar así jugando con los conceptos fundamentales?

Tampoco comparte Martínez-Corbalán nuestra opinión de que contra el Registro no es posible la buena fe.

No vamos nosotros a traer ahora a la polémica lo que sobre tal problema dijo con frase feliz el culto y laborioso inspirador de esta reforma—nos referimos al Sr. Porcioles—, ni vamos a traer tampoco lo ya menos interesante que nosotros hemos venido diciendo sobre el mismo tema; tampoco queremos adelantar lo que en un trabajo, aun no publicado, sobre *la prescripción ordinaria y el Registro* decimos con relación a ese problema de la buena fe, pero sí queremos apostrofar a todos nuestros contrincantes con esta pregunta: Si es admisible la buena fe contra el Registro, ¿en qué consiste la publicidad registral y para qué sirve?

Y es que nosotros admitimos que pueda darse la buena fe contra el Registro; lo que no admitimos es que esa buena fe contra la Institución pueda aprovechar al que la tiene. También es posible la ignorancia de las leyes, pero esa ignorancia de las leyes no puede aprovechar al ignorante.

«El error o ignorancia de derecho a nadie favorece ni excusa.» (Sentencias de 20 de febrero de 1861 y 25 de octubre y 10 de diciembre de 1873.) O, como dice el artículo 2.<sup>o</sup> del Código civil: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.»

Terminamos nuestro trabajo felicitando al Sr. Martínez-Corbalán y estimulándole a que, de vez en cuando, nos regale con sus producciones.

JOSÉ AZPIAZU.

Registrador de la Propiedad.