

La Nueva Ley Hipotecaria y el «tercero» ⁽¹⁾

CONCORDANCIA DEL REGISTRO Y LA REALIDAD JURÍDICA

Forman una teoría completa los artículos 38, 39, 40, 198 y siguientes y demás de la nueva Ley, a tal finalidad dirigidos.

POSESIÓN Y REGISTRO

Materia delicada y difícil, que nos obliga a detenernos en su articulado especial: 5.º, 38, 35, 36 y 41.

El medio más fácil para desentrañar su significado es examinar primero cuál sería el estado jurídico sin ellos, es decir, si el sistema de Registro no alcanzase a la posesión ni la Ley Hipotecaria la regulase en relación a aquél, pasar luego a precisar en qué extensión y forma se proponen los legisladores modificar aquel estado jurídico supuesto en que no existiría otra regulación de la posesión que la del sistema civil, y comprobar, por último, si el acierto les ha acompañado al redactar el articulado legal.

I.—En principio, el hecho posesorio es extraño a la finalidad del sistema registral: actúa éste directamente sobre títulos de derecho, opera sobre titulares de derecho. Ese es su campo propio. Y ninguno de los artículos que regulan el sistema, salvo los que luego veremos, hacen relación al hecho posesorio. Se contraen a los títulos de derecho, con independencia total del hecho posesorio, y no extienden la protección del sistema a la posesión de hecho, contraria al título de derecho inscrito.

(1) Véase el número 219-220 de esta REVISTA.

Por el contrario, el sistema civil de posesión actúa directa e inmediatamente sobre el hecho posesorio.

En pura doctrina, si actúa cada sistema en su propio campo, valiéndose de sus propias armas, no debe haber interferencia de un sistema en el otro, siquiera surjan puntos de contacto.

En su forma más simple, un titular de derecho, tanto si es titular inscrito como si no lo es, que no tiene la posesión de su titularidad, interpela al poseedor de hecho y le vence, a menos que este poseedor haya adquirido de derecho la titularidad poseída, por prescripción usucativa, en forma legal.

Por su parte, el titular de derecho, inscrito o no inscrito, que no ejerce su titularidad durante años, que no la posee de hecho, por lo tanto, pierde su titularidad de derecho, sin que pueda interrumpir la posesión en curso del poseedor de hecho, aun en el supuesto de que éste no haya completado la prescripción usucativa que le convierta en titular de derecho por usucapión.

Bien se ve que el sistema civil puede arruinar todo el sistema registral: si el que adquiere una finca o dominio como libre de usufructo, fiándose en el contenido del Registro, que sabe que elimina al anterior usufructuario, que olvidó inscribir su usufructo, ve que éste desaparece por una puerta—como titular de derecho—y vuelve a surgir por otra puerta como poseedor de hecho, que suma a su tiempo de posesión el de los anteriores titulares, que le darán, seguramente, la posesión completa y consumada, lo menos que puede decir es que se le ha jugado una pesada broma jurídica.

Veamos cómo se propone alterar este juego normal civil el legislador hipotecario.

1.º Que se presuma a favor del titular registral, sea o no sea derivado, con presunción *juris et de jure*, que es poseedor de hecho.

Rechaza toda posesión extrarregistral.

No es éste el propósito del legislador, sin duda.

2.º Que se presuma, con igual presunción de *juris et de jure*, a favor del titular registral derivado, oneroso, de buena fe, que preexiste la posesión de hecho en el titular anterior inscrito de quien adquiere su derecho, o sea que la presunción de realidad de los asientos del Registro alcanza a la posesión de hecho.

Es lógico que esta idea seduzca al legislador, pues constituye la esencia del sistema que ha implantado.

Sus consecuencias inmediatas serán: a), que si hay un poseedor con usucapión consumada, la pierde en el mismo momento de la inscripción derivada, quedando indefenso ante el titular derivado inscrito; b), que si la posesión no está consumada, no puede el poseedor alegar, contra el mismo titular derivado inscrito, *el tiempo de posesión anterior a esta inscripción*, perdiéndolo, y empezando, por lo tanto, una nueva prescripción contra el mismo, en el supuesto de que éste la consienta, posesión nueva que durante el primer año no tendrá siquiera la autodefensa del párrafo 4.º del artículo 460 del Código civil.

Como vemos, en este último caso se establece una relación directa (prescripción que empieza) entre el titular inscrito que consienta la posesión del poseedor sin utilizar su derecho de interrumpirla, y este poseedor, en la que debe jugar el sistema civil: el titular derivado se coloca, una vez que ha eliminado el anterior tiempo de posesión—o sea desde su adquisición—, en la posesión de un titular para el que empieza a correr una prescripción nueva, de un poseedor de hecho, al que puede en todo momento eliminar, mientras esa posesión nueva, que empieza a contarse, no consuma la prescripción adquisitiva de la titularidad poseída. Y en esa relación directa y también nueva, como se ve, rige el sistema civil de posesión entre el poseedor y el titular, que, por ser derivado, ahora actúa con estas ventajas.

Ahora bien: las disposiciones que anulan la usucapión consumada y la pérdida del tiempo de la en curso, que hemos indicado, asustan algo al legislador.

Para mitigar su dureza, imagina lo siguiente:

1.º No registrarán si el titular derivado tiene mala fe o conoce o puede conocer con cierta elemental diligencia que hay otro poseedor de hecho que no es el titular inscrito transmitente de quien la adquirió (le exige que demuestre su ignorancia del hecho posesorio y su diligencia para pesquisarlo, cuando tal vez debió darlo por conocido tratándose de titularidades, como el dominio, que llevan consigo ejercicio directo y ostensible).

La consecuencia de esta primera excepción será que el adquirente quede en la misma situación jurídica que su transmitente, o sea que si estaba consumada la usucapión por el poseedor, sea también vencido por ella el titular derivado inscrito.

Igualmente, deberá ser privado del derecho de descontar o eliminar el tiempo de posesión anterior que le concedía el sistema registral, quedando en la misma posición de su transmitente. En el sistema civil, el adquirente de derecho de una titularidad poseída por otro, puede eliminar a este poseedor si no ha consumado la usucapión, en todo momento antes de la consumación, tanto si el hecho posesorio contradictorio le era conocido, como si lo ignoraba, y cualquiera que sea el tiempo que lleve de posesión no consumada. Y ésta será la posición del titular derivado en el caso que examinamos. Llegamos a esta conclusión a la vista del párrafo 4.º del artículo 36, optando por considerar un simple descuido de redacción el padecido en los párrafos 1.º y a) del mismo, al afirmar el a) que no prevalecerá el efecto del supuesto del párrafo 1.º (pérdida de la usucapión consumada y de la que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición), con lo que resulta que no podrá hacerle perder la *antigüedad de la no consumada si al poseedor le falta menos de un año para la consumación* y el titular inscrito conocía o pudo conocer su posesión.

Y estando privado, en el supuesto que examinamos, del poder de descontar la posesión anterior a su adquisición, porque conoció o pudo conocer el hecho de la posesión contraria al tiempo de derivarla del asiento anterior del Registro, este poseedor se defenderá de él con todo el tiempo de posesión que tenga hasta la impugnación, sin descuento alguno del anterior a la adquisición del titular inscrito derivado impugnador (párrafo 5.º).

2.º Añade otra excepción: aun no siendo conocida la posesión consumada o en el curso por el titular derivado, no obstante su diligencia probada, al tiempo de su adquisición, presume el legislador que debe ser conocida por el mismo dentro del año de tal adquisición, al ejercitarla con la diligencia normal (si la ejercita y el poseedor no se opone, gana la posición de poseedor, y aquel poseedor pierde su posesión e incluso la autodefensa del párrafo 4.º del artículo 460 del Código civil; y si se opone, podrá utilizar su poder de anular la consumada o interrumpir la en curso); y si no la ejercita dentro de dicho año, quiere el legislador que pierda tales poderes de anulación y de interrupción, quedando en la misma situación que un titular regulado por el sistema civil, a saber: la posesión consumada le perjudica y elimina de su titu-

laridad de derecho, ganada por el poseedor por usucapión; y en la no consumada, el tiempo de posesión de éste se cuenta con arreglo al sistema civil y, por lo tanto, sin descuento de la anterior a la fecha de la adquisición de su titularidad por el inscrito. Ello no le impedirá, también de acuerdo con la regulación civil, que intente posteriormente la eliminación del poseedor y venza a la posesión en curso, si mediante la suma de sus posesiones por éste —anteriores no descontables, y posteriores hasta la impugnación, que también se cuentan—, no ha consumado la prescripción usucativa (párrafo b), 4.º y 5.º). Y es natural que si se trata de una titularidad limitativa que no es de ejercicio directo e inmediato, el plazo del año empieza a contarse desde que debió ejercitarlo en uso de su derecho.

3.º Todo lo expresado resulta claro tratándose de la adquisición e inscripción de titularidades, como el dominio, que lleva consigo el contacto directo con la cosa, y en algunas titularidades limitativas de dominio que, como el usufructo, llevan aneja facultad de inmediato disfrute. Y en relación a esas titularidades limitativas de inmediato disfrute, el titular derivado de buena fe y oneroso que las adquiera debe tener a su favor la presunción de posesión en el transmitente, actuando en su pro y en su contra en la misma forma y alcance acabados de exponer. En las que el ejercicio no consista en el disfrute de la cosa o de alguno de sus servicios, sino en uno indirecto, v. gr.: cobro de la pensión del censo, el plazo del año empezará a correr desde que pudo y debió utilizar su derecho; y en las que no llevan ejercicio o disfrute directo o indirecto de la cosa, no es fácilmente conciliable una posesión contraria extrarregistral.

4.º Todo titular, derivado, inscrito, de buena fe, oneroso, *de dominio*, sabe que, como tal titular de derecho, no pueden afectar a su dominio, de derecho, anteriores titularidades limitativas del dominio, no inscritas; v. gr.: usufructo, hipoteca, censo, servidumbre, etc.; el sistema registral, *de títulos de derecho*, le deja a salvo de ellas. Pero si no le defiende de la posesión de hecho de las mismas titularidades limitativas, deberá temer que el eliminado como titular de derecho surja ahora como poseedor de hecho, tal vez con usucapión consumada. (Y lo mismo ocurriría con un poseedor sin título.) El legislador saldrá al paso de ello ordenando: a), que si la titularidad limitativa, poseída de hecho extrarregistralmente, lleva

en su ejercitación alguna facultad que impida o contrarie el ejercicio de su dominio por el dueño, v. gr.: usufructo o servidumbre continua aparente positiva, dicho dueño que la sufre deberá ejercitar su poder de eliminación del poseedor, dentro del año siguiente a su adquisición, durante el cual tendrá conocimiento de la posesión contraria, a menos que el poseedor no la ejercite, en cuyo supuesto éste perderá su cualidad de poseedor e incluso la autodefensa del antes citado párrafo 4.º del artículo 460 del Código civil (y claro está que si no ejercita el titular su poder de eliminación durante ese año, perderá este derecho, sin perjuicio de quedar en la posición de un titular civil de derecho, en la forma que antes vimos (párrafo 4.º, artículo 36); b), que si la titularidad limitativa *poseída* no lleva disfrute inmediato de la cosa o dominio (como sería la hipoteca), no puede la posesión afectarle en ningún caso (salvo la mala fe, que ya el sistema hace excepcionar la aplicación para los títulos de derecho, y estimamos debe ser de aplicación al hecho posesorio); y c), que si la titularidad limitativa *poseída* no fuere incompatible en su ejercitación con el ejercicio del dominio, deberá ocurrir lo mismo, salvo que se produzca el hecho incompatible que necesariamente revele al dueño la existencia de la posesión de hecho contraria; v. gr.: servidumbres continuas y aparentes negativas, desde que se produzca el acto obstativo, o censo desde que es reclamada la pensión. En tales casos, a partir de la exteriorización de la posesión, comenzará a tener valor la posesión para el poseedor, en contra del dueño, y a surtir sus efectos contra éste, que serán los que se deducen del párrafo b) y 4.º del artículo 36, según deje correr o no el año que cita en la forma que vimos, en líneas generales, anteriormente.

5.º Cuanto llevamos expuesto se refiere a la posición jurídica de un titular de buena fe, que deriva una inscripción de un titular anterior contra el cual existía ya una posesión de hecho consumada o en curso.

Y hemos visto el juego de las presunciones legales.

Habrá que determinar ahora cuáles son las presunciones respecto del titular registral contra el que se inicia la posesión, antes de que del mismo se derive otra inscripción, incluyendo en este grupo a los titulares que, aun siendo derivados, se colocaron en situación de no favorecidos con el sistema, por haber dejado perder sus po-

deres de anulación de la posesión consumada y descuento de la en curso, o que por la Ley le fueron negados en determinados supuestos.

La presunción será *juris tantum*, y regirá el sistema civil para el cómputo de la posesión, pues el sistema registral sólo debe actuar al conjuero de las inscripciones derivadas y de las que no hayan perdido éste carácter por haber sido excluidas de sus beneficios (artículo 24 y párrafo 5.º del 36).

6.º Prescripción extintiva: De dominio y de titularidades limitativas.

En el sistema civil se extinguen por el no uso durante el tiempo señalado. Extinguidas, queda el titular desconectado totalmente con la titularidad, que habrá pasado a un poseedor el hecho extrarregistral, si lo hay, cumplido o en curso, o habrá devenido *nullius*, si se trata del dominio, o si se trata de titularidad limitativa, habrá originado la liberación de la extinguida a favor del dominio que gravaba.

La proyección del sistema registral, en todo rigor, consistirá en imponer, en beneficio del titular nominal o titular limitativo, derivados, la presunción *juris et de jure* de que el titular inscrito de quien la adquirió era un poseedor de hecho, en *ejercicio*, sin tener extinguida la titularidad ni hallarse siquiera en curso de extinción por no uso, no consumado el período prescriptorio. Y producirá la consecuencia de que al adquirente derivado no le afecta la extinción consumada, ni el tiempo pasado de no uso de la en curso de extinción. Sigue este criterio en la titularidad *dominio*, según se vió en los primeros párrafos del artículo 36 que antes examinamos, con las salvedades que allí se expresan, ya que el párrafo 7.º nada dice del *dominio*. Por el contrario, parece asustarle este resultado al tratarse de las titularidades limitativas ostensibles o de disfrute, virbigracia: usufructo, y dispone que si se hallasen extinguidas por no uso, extinguidas estarán también para el titular derivado, con lo que no alcanza el sistema registral a traer este supuesto a su órbita. Regirá el sistema civil y, por lo tanto, no se presume la posesión en el titular inscrito transmitente, si la tiene perdida por consumación del no uso, y suponemos que tampoco, si está en curso de extinción, podrá descontar el tiempo de no uso anterior, sino que, por el contrario, corre para él, sin perjuicio de poder inte-

rumpirlo, no ya registralmente, sino civilmente. Pero es el caso que en los primeros párrafos del mismo artículo 36 ha afirmado lo contrario, puesto que le ha concedido una presunción de posesión en el titular de quien la adquirió, ya que sólo así podrá rechazar al poseedor extrarregistral o descontar su posesión en curso, según allí se le faculta. Examinaremos después esta aparente contradicción.

En cuanto a las titularidades limitativas no susceptibles de protección posesoria, disfrute u ostensible o perceptible exteriormente (la hipoteca lo es mediante a que consta la fecha del término de plazo en la escritura de transmisión), que no incluye el párrafo 7.º, entendemos que se regirán por los primeros párrafos del artículo 36, en la forma que vimos: el titular derivado que no imponga el uso de su titularidad, v. gr.: ejercitándola en las servidumbres discontinuas dentro del año, u oponiéndose al acto obstativo, o exigiendo el pago de la pensión del censo, perderá tal presunción y regirá el sistema civil, con la consecuencia de que si está extinguida, seguirá extinguida, y si estaba en curso de extinción, se le contará todo el anterior en su perjuicio; por el contrario, si ejercita su poder en tiempo oportuno, desde que pudo ejercitarlo, no le afectará la extinción consumada e interrumpirá la en curso de extinción.

Como vemos, hace bien el artículo 36 en no referirse en el párrafo 7.º más que a la extinción de las titularidades limitativas que implican disfrute, pues los demás supuestos están embebidos en la presunción de posesión del párrafo 1.º. Mas en este punto hemos de fijar nuestra atención en la contradicción aparente de ambos párrafos, por considerar lo más trascendental, doctrinalmente, de toda la nueva Ley. Veamos su fondo. No es la aparente contradicción señalada la que nos preocupa, sino su desplazamiento a planos superiores, únicos capaces de explicar la contradicción. Se ofrece una imposibilidad conceptual y filosófica que trataremos de resolver: no puede concebirse una presunción jurídica que no incluya la negativa contraria; la presunción de posesión de la titularidad limitativa de disfrute en el titular anterior no es compatible con la no presunción del no uso de la misma. Mas, en el caso que examinamos, la contradicción se salva en otro campo diferente del de la posesión. Veámoslo: el párrafo 7.º no ataca directamente el poder presuntivo de la posesión del párrafo 1.º. Excluye de la protección o sistema de registro, en relación a la presunción de posesión del artículo 36,

la titularidad limitativa de disfrute extinguida por prescripción. A la titularidad limitativa, *como título de derecho*. Deja el juego de la titularidad limitativa, en el caso de extinción, al sistema civil; y éste no priva al *título inscrito* de su poder posesorio civil, si no fuera porque de antemano le niega su valor de *título de derecho*; y le niega esta cualidad (no podrá siquiera luchar contra un poseedor *no consumado* de hecho) por haberla perdido, *como título de derecho*, por su no uso consumado.

Bien se ve la trascendencia de la idea: el párrafo 7.º deberá emplazarse en su lugar adecuado, que no es el artículo 36, y equivaldrá a excluir del sistema registral las titularidades limitativas, de disfrute, extinguidas por prescripción anterior o no uso.

Del mismo modo que pudiera excluirse del sistema registral *la falsedad* de los títulos de derecho, podrá excuirse también la *inexistencia* de los mismos por extinción interior. Dirá la Ley: «No rige el sistema para los títulos falsos ni para los títulos extinguidos por prescripción o no uso, relativos a las titularidades limitativas de disfrute.» En la actual Ley, esta salvedad o excepción se impondrá taxativamente en el artículo 34, echándose de menos el desaparecido artículo 27 de la Ley antigua, en el que propiamente cuadraba su imposición.

Todo esto implica una total alteración del sistema registral español, siquiera sea para el caso particular que nos ocupa. En éste, actualmente, el titular derivado habrá de cerciorarse, previamente a su adquisición, de que la titularidad limitativa está poseída de hecho por el titular inscrito de quien la deriva, si quiere lograr el efecto buscado, que no puede ser otro que el de adquirir la titularidad de derecho que le permita su disfrute, ejercicio o posesión de hecho. Es decir, que si pretende acogerse al sistema registral, habrá de cerciorarse previamente de la realidad de la posesión en el titular registral. Si aplicáramos la idea al dominio, habría de añadirse al sistema general la salvedad de su exclusión.

Y si se aplicase a todas las titularidades, habría de ponerse al frente de la Ley: «Este sistema no hace referencia ni incluye los títulos, titulares y titularidades extinguidos por no uso, que ni son defendidos por el mismo, ni los defiende de ellas.»

Es decir, quedaría todo el sistema condicionado a la verdad del hecho posesorio en el titular inscrito. La posesión de hecho sería

presupuesto necesario para la aplicación del sistema; este no partiría de la presunción de hecho, sino de la realidad de la posesión.

Mas esto, que no es lo que el actual legislador se propuso, que ni siquiera sería aceptado por la teoría, que sin duda provocaría la repulsa general, ¿no será, en definitiva, la intuición de la verdad? Algún día lo examinaremos más a fondo.

7.º Veamos otro supuesto: aquel en que hay un titular limitativo inscrito, derivado, a título oneroso, de buena fe; un titular del dominio sobre el que aquél gravita, inscrito, y un poseedor extrarregistral del dominio, consumado o en curso, que ha minado o va minando el dominio.

Al titular derivado limitativo no le afecta el hecho extrarregistral de la posesión del dominio ni sus consecuencias respecto de las relaciones entre el poseedor y el dueño inscrito; el titular limitativo defenderá sus derechos y titularidad y el sistema actuará en su favor o en su contra en la forma que hemos visto anteriormente al tratar de los dos supuestos: el de la posesión extrarregistral de su propia titularidad limitativa, y el de la extinción por no uso de la misma (párrafo 6.º, artículo 36).

8.º Veamos ahora un último supuesto: un titular de dominio, inscrito, no poseedor de hecho porque existe un poseedor extrarregistral de dominio con usucapión consumada o en curso, sea con título hábil que no inscribió, o sin él, sea porque perdió el inscrito su titularidad por extinción por no uso, constituye una titularidad limitativa y ésta es inscrita. Si este titular por constitución transmite su titularidad limitativa, sabemos que origina una titularidad derivada de titularidad limitativa, cuyo alcance nos es conocido. Mas veamos el caso de que no la transmite. Desde luego, nadie le discutirá que es un titular *de derecho*, protegido, como tal, por el sistema. Pero se trata de saber si, *como poseedor*, puede ejercitar la titularidad adquirida e inscrita; es decir, poseerla de hecho en su ejercicio. Y no vacilamos en admitir que se halla en la misma posición que hemos visto de un titular *derivado* (considerado que la deriva del dueño inscrito que la constituyó a su favor), con los beneficios y contras del sistema registral, tanto al tratarse de la presunción de posesión en el constituyente, como a la posibilidad de su no uso por el mismo, en curso de prescripción o con prescripción consumada. Y si con diligencia normal ha podido conocer

la no existencia del dominio en el constituyente, no habrá presunción a su favor en el caso de la posesión consumada, al paso que si no ha sido posible tal conocimiento, deberá ejercitar su titularidad limitativa, según la naturaleza de ésta, en el término de un año desde que pueda y deba serlo.

9.º En la supuesta Ley Hipotecaria, a base de presunciones, que imaginamos ahora, daríamos a las ideas aquí expuestas la siguiente expresión:

Artículo XX. Todo titular inscrito, derivado o no, tiene la presunción *juris tantum* de que posee la titularidad inscrita. (Trayendo así el hecho de la posesión a la órbita del sistema, pero sin impedir que sea restablecida la verdad y el imperio civil de aquélla, una vez desvanecida la presunción.)

En beneficio del titular inscrito derivado, oneroso, de buena fe, se impone la presunción *juris et de jure* de que el titular transmitente de quien la adquirió, o constituyente de la titularidad limitativa, era poseedor de la titularidad originaria. La presunción perderá su eficacia de *juris et de jure* si la titularidad originaria implicare en su ejercicio actuación sobre la cosa que diera a conocer, con diligencia normal, al adquirente, la irrealidad de la presunción; y cuando no la diere a conocer pese a tal diligencia o cuando por su naturaleza no fuere perceptible su irrealidad por el adquirente, perderá tal eficacia si transcurre un año desde que éste pudo y debió ejercitar su titularidad y en su caso su defensa presuntiva en defensa y ejercicio normal de la titularidad adquirida.

(Dando los beneficios del sistema registral a los supuestos en que juega la presunción *juris et de jure*, y privando de este sistema y dejando como única realidad el sistema civil de posesión a los supuestos o casos de excepción e ineficacia de aquél.)

Y si hubiéramos de recoger el párrafo séptimo, no lo haríamos aquí, sino al articular el sistema en relación a los títulos de derecho en la forma que antes vimos y modificando, por lo tanto, nuestro artículo X.

10. ¿A qué clase de prescripción se refiere el artículo 36? En nuestra opinión, tanto a la ordinaria como a la extraordinaria. Una y otra han de doblegarse ante el mismo, que modifica y restringe el libre juego del sistema civil de posesión, buscando e imponiendo

la protección del sistema registral a favor del titular inscrito, contra toda posible posesión de hecho contraria.

La pretensión de rechazar en absoluto la prescripción ordinaria contra el Registro, negando al poseedor extrarregistral buena fe y justo título, por el hecho de existir una inscripción de derecho contraria, equivaldrá a involucrar caprichosamente la clara teoría del justo título y de la buena fe, de los artículos 1.950 y siguientes del Código civil.

Por el contrario, la pretensión de que la prescripción extraordinaria no doblegue su poder civil ante el sistema registral del artículo 36, sólo puede sostenerse a través de caminos extraviados, mediante imprecisas referencias a supuestos estados jurídicos anteriores, que en ningún caso pueden servir argumentalmente para fundamentar tal criterio.

Si la Ley posterior deroga la anterior sin que la derogación haya de ser expresa, el artículo 36 habrá derogado los artículos 1.949 y 1.959 del Código civil (prescripción ordinaria y extraordinaria), y si la derogación ha de ser expresa, no podrá sostenerse la derogación del primero y la subsistencia del segundo, sino la ineficacia total del artículo 36 por vigencia de aquéllos. Esto es inadmisibile y nos sitúa ante la Ley nueva, por sí sola, dando como inexistentes aquellos preceptos civiles en todo lo que pudiera contrariar el alcance jurídico del artículo 36.

Para valorar éste, nos basta considerar: *a*), que no distingue la prescripción ordinaria de la extraordinaria; *b*), que en el espíritu del sistema, expuesto en las líneas anteriores, no hallamos el argumento, base, principio ni razón que clame por la exclusión de la prescripción extraordinaria, y *c*), que el artículo 608 del Código civil remite a la Ley Hipotecaria la determinación de los efectos del sistema, haciendo lo mismo el artículo 462 para la posesión y el artículo 10 en general.

Y si no obstante ello, siendo la intención de los legisladores excluirla, olvidaron consignarlo expresamente, a base de proyecciones del pensamiento a supuestos estados hipotecarios anteriores, referentes a una legislación no sólo diferente, sino que partía de hechos contrarios, reforzada con apelaciones a una jurisprudencia también anterior, por otra parte discutible en su interpretación,

tendremos que creer que existe una providencia hipotecaria que ha velado por el sistema registral.

Observamos que este trabajo va tomando cierto tinte de desciframiento de charadas jurídicas, por otra parte no ausente de la mayoría de los estudios de la Ley Hipotecaria, y en tal forma despediremos al desaparecido artículo 35 de la Ley anterior, torturador implacable de sus comentaristas.

Son sus datos: 1.º, el sistema registral se refiere exclusivamente a los títulos de derecho; el sistema civil de posesión se refiere al hecho posesorio; 2.º, el sistema posesorio civil, actuando sin la cortapisa expresa del sistema registral, arruina a éste, dando a este sistema registral poder pleno contra la posesión, arruina a ésta, sin defensa posible, a menos que pueda acogerse a aquel sistema, mediante su inscripción y publicidad.

Pues bien; artículo 35. Para que la posesión, ordinaria o extraordinaria, perjudique al titular *derivado del titular de derecho inscrito* (tercero), será preciso que conste inscrita la posesión extraordinaria y el título de la ordinaria respectivamente; surtirá efecto desde la fecha de la inscripción. Si no hay titular derivado del de derecho, registrará el sistema civil de posesión, tanto si ésta se halla inscrita como no inscrita, y si es ordinaria o extraordinaria.

El bromazo jurídico de esta charada es que no existe inscripción posible de posesión contraria a la del título de derecho inscrito, ni de la doble inscripción de un título de derecho en la persona de dos titulares simultáneos contrarios.

11. La Ley que impuso a las inscripciones de inmatriculación y sus derivadas de los artículos 205 y 206 de la misma la suspensión de efectos durante dos años, silenciando la regulación de los mismos respecto a las del artículo 199 y siguientes, en cuanto a títulos de derecho, nada dice de unas ni de otras, respecto de su efectividad en cuanto a la posesión de hecho contraria. Tampoco nosotros lo haremos, en tanto no sea conocido el criterio del legislador, que, por otra parte, requerirá un detenidísimo estudio.

12. Llegamos ahora al examen de los medios de expresión utilizados por el legislador para imponer en la Ley su concepción ideal.

Que el sistema hipotecario alcanza y se proyecta sobre el sistema civil de posesión, nos lo asegura el párrafo 1.º del artículo 38.

Hay una presunción de que el titular de derecho inscrito es poseedor de hecho, con lo que trae a la órbita del sistema registral el hecho posesorio, que no queda aislado y armado con todas sus armas, sino supeditado a esta presunción, netamente registral. Aun cuando la Ley no lo dice, es indudable que esta presunción será en principio tan sólo *juris tantum*, pasando a *juris et de jure* cuando el sistema registral de titularidades derivadas o *terceros* lo exija así. Ello resultará determinado en el artículo 36.

Hemos visto lo fácil que al legislador le hubiera sido prescindir del *tercero*, poniendo en juego tan sólo el concepto de *presunción*. Sin embargo, utiliza aquella expresión dos veces: a), en el último párrafo del artículo 36, del que, a tenor del alcance jurídico del mismo, ya examinado, resulta «tercero» igual a titular registral, *incluso en el caso de que sea derivado*, con lo que desvanece la suposición de que la extinción por prescripción pudiera afectar solamente a aquel que la inició y consumó, y no al derivado del mismo, y b), en el párrafo 5.º, que examinaremos tan sólo en cuanto sirve para corroborar la idea central que venimos sosteniendo.

Se sirve del término «tercero» nuevamente, para imponer el juego del sistema registral mismo; para expresar quiénes son los titulares inscritos para lo que el tiempo de posesión se cuenta con arreglo al sistema civil, sin hallarse protegidos por el sistema registral. Sabemos quiénes son, porque lo ha dicho el legislador clara y llanamente en los restantes párrafos a) y b), 4.º y 6.º del artículo 36. Si no lo supiéramos, habríamos de imaginar por nuestra cuenta un sistema en relación al cual resultará ser el «tercero» enunciado precisamente de que ahora resulta serlo. Y para ello, necesariamente, tal sistema imaginario, articulado, reproduciría exactamente los párrafos anteriores y siguientes del mismo artículo 36.

Ahora bien; si a esa reproducción diéramos la expresión que sostenemos apropiada — presunciones y excepciones — sobraría el mismo término «tercero».

Por lo tanto, si ahora hallamos la significación concreta y exacta de esta expresión—clave descifrada—es porque nos la da resuelta el contenido restante del artículo 36, expresivo del juego del sistema registral en este aspecto posesorio, señalándonos quiénes son los que se benefician del mismo, no porque resulten determinados en la expresión «tercero», sino precisamente por lo contrario, por deter-

minarse e identificarse el «tercero» por referencia a ese sistema pre-establecido. Y he aquí la razón de que, por no existir *seriamente* este sistema en la legislación anterior, el artículo 35 de la Ley antigua, haya podido darse tantos significados jurídicos diferentes como comentaristas ha tenido, cada uno de los cuales para ello ha tenido que imaginar atrevidamente un sistema registral posesorio, existente tan sólo en su desesperado bracear en el vacío.

13. Prescripción tabular. Artículo 35. Si la presunción de posesión del titular inscrito es de *juris et de jure*, sobra todo el artículo 36. Si es *juris tantum*, una de dos: o el titular inscrito no tiene la posesión, en realidad, y se desvanece la presunción al conjuero del artículo 36, o tiene de hecho la posesión real, y en este supuesto, si su título de derecho era vulnerable como título de derecho tan sólo por una posesión de hecho contraria, y ahora está cubierto de hecho por esta posesión en el mismo titular inscrito, nos hallaremos, sin duda, en presencia de la auténtica *entelequia jurídica*.

14. Crítica general.—Aunque no se ciñe al tema que desenvolvemos, no queremos dejar pasar la oportunidad que aquí se nos ofrece de expresar nuestra aspiración, frustrada por los artículos 36 y 38 de la Ley nueva, de que ésta hubiera prescindido de regular la posesión, dejándola fuera del sistema registral, con todo el vigor, aun contra éste, del sistema civil. Creemos que cada sistema debe actuar con su propia fuerza y que toda supervaloración artificiosa del registral sobre el civil ha de cuartear el total sistema inmobiliario, que se nutre de las fuerzas de uno y otro. Y que, en definitiva, en este aspecto inmobiliario general, en persecución de la paz social y estabilidad de las relaciones inmobiliarias, la base firme, la decisiva, es la posesión. Algún día intentaremos exponer su inmenso poder y hallaremos, tal vez, que el mismo sistema de Registro ha de nutrirse necesariamente de la posesión de hecho, para subsistir. Pero no de la presumida, sino de la real. Posesión real, insustituible por la presunción jurídica, que puede presumirlo todo menos la realidad vital.

Por fortuna, la legislación nueva es lo más aproximado posible, dadas sus cortapisas y distingos, a esa independencia de sistemas que nos seduce.

En cuanto a su expresión en la Ley, vemos que impone una

teoría de presunción o absorción de la posesión por el sistema, en el artículo 38, que con alguna imprecisión desenvuelve en el artículo 36, y que lleva a sus últimas consecuencias de inversión de posiciones jurídicas en función de procedimiento el artículo 41, profundo y científicamente impecable de fondo y perfecto de forma, en una de las más atrevidas y bellas realizaciones jurídicas que conocemos.

CONCLUSIÓN

De la intrascendencia de este trabajo viene a nuestras manos, como fruta madura, una conclusión cuyo pleno alcance doctrinal apenas imaginamos, pero cuyo enorme peso nos apresuramos ahora a declarar que percibimos: el sistema registral no es sistema de efectos ni de derechos, ni siquiera de «principios». Es sistema de presunciones.

Ha estado emplazado en aquel campo, y en lo futuro se emplazará en éste. Netamente y con todas sus consecuencias.

El legislador de 1909, y D. Jerónimo González en 1927, tendieron el puente levadizo sobre el foso de separación de ambos campos, cuando redactaron en forma tan extraña como certera, de realidades y presunciones, el artículo 41.

Los modernos legisladores lo han atravesado limpiamente, situándose en el campo nuevo. Este es su acierto.

Pero no han levantado el puente levadizo, dejándonos, en consecuencia, un híbrido sistema deslavazadamente repartido en ambos campos y expresado con imprecisión tanto en uno como en otro.

JOSÉ URIARTE, BERASÁTEGUI.

Notario.