

Más sobre los artículos 24 (38 Ley unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria (1)

En mi deseo de contribuir al esclarecimiento y fiel interpretación del artículo 41, envié a la Redacción de esta REVISTA, en el mes de abril de 1945, un trabajo sobre dicho artículo, publicado en el mes de febrero de este año. Después de aquella fecha, una pléyade de compañeros y juristas de alta alcurnia científica, con su prestigio, se han ocupado, iluminándola, de la materia.

Reconozco que la reforma de 1944 es la más trascendental y técnica que ha sufrido nuestro régimen hipotecario desde su implantación en 1861; pero, a pesar de ser tal reforma tan interesante y progresiva, mucho me temo que todo quede en vistosos fuegos artificiales que deleitan un momento, pero que después sólo son humo que se evapora, sin imprimir un nuevo rumbo real a los hechos sociales o jurídicos. Y esto podría ocurrir con la reforma si las brillantes y perfectas declaraciones de los principios sustantivos de legitimación y fides pública no llevan consigo, en la realidad de la vida, ante los Tribunales de Justicia las necesarias repercusiones procesales. De aquí la trascendental importancia que concedo a los artículos de este tipo (artículo 41, artículos 313, 314 y 315), y sobre todo al primero, que debe conceder al titular inscrito, cuando no se formule demanda de contradicción, una defensa efectiva y eficaz por los trámites sencillos y expeditivos que, en mi opinión, se regulan en dicho artículo. Por ello me preocupa que dejemos bien aclarado el alcance legal y práctico de dicho artículo, para que los Juzgados y Tribunales encuentren un camino recto y despejado, sin la encrucijada de

(1) Siempre que en este trabajo citemos artículos de la Ley Hipotecaria, nos referiremos al texto refundido de 28 de febrero de 1946.

varias direcciones; y para dejar llano y único este camino, sería un precedente muy funesto el que *los de casa* no formáramos una especie de «communis opinio».

Como dice muy bien Romero Vieitez refiriéndose a los *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, de Angel Sanz, publicados por la Academia Matritense del Notariado, prologados por nuestro querido director, D. Eduardo López Palop (1), «para la teoría vigente de nuestra Ley Hipotecaria es aportación valiosa esta obra de Angel Sanz», juicio que lo ratifico y lo elevo al cubo, pues he quedado admirado ante la profundidad de su saber y la claridad de su juicio y de su exposición. Pero, por lo mismo que Angel Sanz se nos ha revelado como un valor completo y extraordinario, sus opiniones pesan ya mucho, y por ello es necesario que, ante sus posibles errores, busquemos entre todos la verdad, la entraña auténtica de la Reforma, que es lo fundamental y lo que interesa a la Institución del Registro y a todos nosotros, único fin que justifica y me mueve a terciar, a pesar de mi modestia en esta materia tan fundamentalísima.

EL CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38

Afirmé en mi anterior trabajo, y ratifico en éste, que tal contenido es el *jus possidendi*.

Se apoya esta afirmación:

a) *En las palabras de la exposición de motivos de la Ley de 1944 sobre tal facultad dominical*.—Habrá en ellas, y en esto estamos de acuerdo con Angel Sanz (2), inexactitud o error de terminología al calificar el *jus possidendi*, simple facultad dominical, de Derecho real autónomo, pero la afirmación sustancial que encierran es exacta y lógica. Como consecuencia de tales palabras, la Ley quiere destacar, en el primer párrafo del artículo 38, junto a la presunción jurídica de la existencia del derecho (en estado estático), la presunción de su ejercicio (actividad, vida, fecundi-

(1) *Revista D. P.*, año 1946, pág. 142.

(2) Véase los *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, de Angel Sanz, página 194, nota 19.

dad, goce), que se concentra fundamentalmente en el derecho de poseer, y así entendida la presunción posesoria sirve de complemento a la presunción jurídica y deja de ser redundante o superflua.

b) *En la naturaleza especial de tal facultad dominical.*—La facultad de disponer, reivindicar, etc., tienen una consistencia jurídica fuerte y enérgica no apta para ser vulnerada fácilmente por otra persona; por el contrario, el *jus possidendi* puede ser y es sumamente frágil y sensible, pues basta la perturbación posesoria de más de un año (artículo 460, número 4.º, Código civil) para que la posesión se pierda. Y si bien es cierto que esto no quiere decir que se pierda con tal perturbación el derecho de dominio, ya que éste puede reaccionar enérgicamente con la acción reivindicatoria, sí es cierto que el titular del dominio pierde con aquella perturbación la acción interdictal, y no le queda, frente a ella, otro medio de defensa que el caro y dilatorio de la acción declarativa. Para evitar esta situación deprimente para el titular inscrito, la nueva Ley, mejorando al legislador de 1909 y 1927, protege no sólo la presunción jurídica, sino también la presunción del ejercicio del derecho, abriendo nuevas facilidades con el procedimiento especial del artículo 41, en el que no caben cuestiones sobre el hecho de la posesión, como después veremos. Si no se acepta que el contenido de la presunción posesoria del artículo 38 es el *jus possidendi*, la única posición lógica y técnica, en mi opinión, es la de Roca Sastre, figura consolidada del máximo prestigio entre los modernos hipotecaristas, que estimando fenecida y sin finalidad la presunción posesoria, califica su supervivencia de absurda y perturbadora, juicio que en el fondo coincide con el mío, pues si la presunción posesoria no es el *jus possidendi*, no es nada (1). Estima, por el contrario, Angel Sanz que el conte-

(1) «También subsiste en este artículo 24 la antigua presunción posesoria del artículo 41 anterior, al disponer que igualmente, a todos los efectos legales, «se presumirá» que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la *posesión de los mismos*». Esta persistencia en nuestra Ley de dicha presunción posesoria—por no querer morir, continuará como pesadilla de juristas y abogados—la consideramos sencillamente absurda, tanto más cuanto que el artículo 41 reformado viene a satisfacer la finalidad que persiguió el legislador de 1909 al introducirla.

»Aquella presunción posesoria—que se enquistó en nuestra Ley Hipo-

nido de la presunción es el señorío de hecho (1). No puede aceptarse, ni por sus fundamentos, ni por sus efectos.

1.º *Por sus fundamentos.*—Se apoya:

a) Que el legislador puede presumir no sólo derechos, sino también hechos, como lo revela la clasificación de las presunciones en *presumptio juris* y *presumptio facti*.

b) En las palabras de la exposición de motivos—«pues—dice—de las diversas acepciones en que por ella se recoge la institución (*jus possidendi*, *possessio ad interdicta* y *possessio ad usucapionem*), sólo en estas dos últimas cabe situar la presunción posesoria», añadiendo, por nota, que equivale a ignorar el

tecario por imitación de una norma semejante, aunque no equivalente, del Código civil suizo—tenía como objetivo proporcionar al titular inscrito un proceso simplificado de reivindicación, aunque aquí le dimos malamente una regulación procesal de tipo interdictal, carácter que acentuó la reforma hipotecaria de 1917, la cual complicó el problema mediante el juego prelatorio del artículo 445 del Código civil.

El artículo 41, en su nueva redacción, ha recogido el juego reivindicatorio que en el fondo de la cuestión se debatía y lo ha resuelto en forma bastante aceptable, lo cual ha dejado sin finalidad adecuada dicha presunción posesoria, que, por perturbadora e inconsistente, hubiera debido desaparecer. Se dirá que tal presunción es útil aun a los efectos del juicio de desahucio, pero creemos que no debería serlo, si bien no dejamos de reconocer que así como la reivindicación por el titular inscrito ha de ser objeto de una tramitación procesal especial, por lo rápida o expedita, así también el desahucio promovido por el titular según el Registro debía de haber sido objeto de normación específica, cosa que no ha hecho la reforma.

«La solución dada por este artículo 41 al problema que pretendió resolver la reforma hipotecaria de 1927 creemos que se estimará acertada, pues armoniza, en lo posible, los intereses en conflicto del título registral y del poseedor de la finca en cuestión, el cual continúa, bajo ciertas garantías ineludibles, en la posesión durante el proceso de ejecución de la acción reivindicatoria, lo que demuestra que la presunción posesoria a favor del titular registral es inoperante aquí, cosa lógica, puesto que en la realidad posee quien posee.» («Breve examen informativo-crítico de la nueva Ley de Reforma Hipotecaria», trabajo publicado por D. Ramón María Roca Sastre en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en marzo de 1945, pág. 25 del folleto editado por Reus.)

(1). Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, págs. 195 a 199.

concepto del *jus possidendi* atribuir éste como contenido de la presunción posesoria—.

Es indudable que existen presunciones legales de derechos y hechos, pero estas últimas no se admiten en general en nuestro régimen hipotecario, por lo que mal pueden protegerlas la inscripción, y en cuanto al hecho concreto de la posesión física, lo repudia expresamente en las conocidas palabras de la exposición de motivos que transcribo por nota (1).

¿Cuál es la entraña y significado de tales palabras de la ex-

(1) «Atención especial se ha dedicado a las relaciones de la posesión y la prescripción con el Registro. Los arduos problemas que en todos los sistemas hipotecarios ha suscitado esta controvertida materia, alcanza mayor gravedad en un régimen como el nuestro, en que los derechos nacen fuera de los libros registrales. Para resolverlos se ha partido de la clásica distinción entre el *jus possidendi* y el *jus possessionis*. El derecho a poseer, como parte integrante del dominio, es un derecho real que el Registro debe reflejar y proteger. El mero hecho de poseer, en cambio, si bien trasciende jurídicamente, con dificultad alcanza la integridad de un derecho real. Aunque no se admita el principio *res facti non juris*, es obligado reconocer que, por lo menos, las consecuencias dimanantes del *jus possessionis* están subordinadas a una situación de hecho que, como tal, escapa del área de protección del sistema.

»Registro, tutela de derecho y posesión de *facto* se mueven en campos distintos. De ahí que si el derecho de poseer y las acciones reivindicatorias, negatorias y confesorias corresponden en principio al titular registral, la posesión de hecho permanece completamente desconectada del Registro, de forma que quien ostente el señorío efectivo podrá siempre defenderse contra todo perturbador, cualquiera que sea el contenido de aquél. Llevar al Registro el simple señorío de hecho equivaldría a introducir confusión en el sistema e intentar una protección jurídica en absoluto extraña a su naturaleza y fines. No se desconoce con ello el valor de la posesión. Sus dos especies fundamentales, la *possessio ad interdicta* y *possessio ad usucapionem*, continúan en vigor.

»La *possessio ad interdicta* subsiste con plena virtualidad al no venir condicionada por las declaraciones del Registro. Derivada de la necesidad de mantener la paz pública o de la conveniencia de conservar la continuidad en las relaciones de la vida, se desenvuelve con independencia de la institución registral.

»La *possessio ad usucapionem* tiene claramente regulados sus efectos en los artículos 35 y 36, y, en general, en el título XIII, llegándose a reconocerle en muchas ocasiones un valor predominante, incluso contra el mismo titular.» (Palabras de la exposición de motivos.)

posición de motivos? A mi juicio, éste: El Registro sólo protege situaciones jurídicas, y cuando éstas confieren al titular el derecho de poseer, presupone, con presunción *juris tantum*, que el derecho existe (presunción jurídica), y, además, que su titular inscrito lo ejerce poseyendo físicamente la cosa como base económica del derecho (presunción posesoria). Por ello, la nueva Ley sólo establece la presunción posesoria en dos artículos: el 38 (para la hipótesis de que el derecho inscrito sea perfecto: *jus possidendi*), y el 35 (para el supuesto de que el derecho inscrito sea inexacto: *possessio ad usucapionem* «*secundum tabulas*»).

La posesión como simple poder físico está desconectada del Registro y sería absurdo la protegiera desde sus asientos con ninguna presunción; ahora bien: tampoco la estrangula, como hacía la Ley de 1909, como institución sustantiva, dejando sus problemas fuera del área del Registro; y así la *possessio ad interdicta* nada tiene que temer del Registro, pues el titular inscrito y el poseedor extrarregistral están en absoluto pie de igualdad ante el derecho sustantivo y el adjetivo, y la *possessio ad usucapionem contra tabulas*, a diferencia de la anterior, puede ingresar, además, en el Registro cuando en la realidad extrarregistral haya engendrado un derecho real perfecto, incluso cuando perjudica a tercero hipotecario en las condiciones que establece el artículo 36.

2.º *Por sus efectos*.—Si examinamos a fondo los dos aspectos sustantivos y el procesal que Angel Sanz da a la presunción posesoria, observamos que quedan en la nada. Veámoslo:

a) Efectos de presunción de tradición: El mismo Angel Sanz reconoce lo precario de este valor, absorbido en la casi totalidad de los casos por el artículo 1.462 del Código civil. Únicamente le concede importancia en las inscripciones por expediente de dominio cuando se alegue título que requiera tradición.

Contra esto alegamos: 1.º Que, en la generalidad de los casos, el expediente de dominio se iniciará sin título, en base a la prescripción, es decir, a una posesión cualificada, que excluye y es incompatible con la idea de tradición como elemento constitutivo del derecho real. 2.º Que, en los poquísimos casos que se alegue título que exija tradición, la posesión real tiene que ser base fundamental del expediente, ya que sin ella no se concibe a nadie incoándolo, dadas las garantías que el procedimiento ofrece a ter-

cero, sobre todo la citación de colindantes y poseedores de hecho del inmueble (párrafo 3.º de la regla 3.ª del artículo 201).

Con lo dicho bastaría para dejar destruido, en el orden práctico, el valor de la presunción en cuanto a la tradición. Pero aquí apunta un problema doctrinal de gran envergadura, que pone de manifiesto lo frágil y trágico de la reforma al querer armonizar y defender la supremacía de la teoría del título y el modo contra el sistema de inscripción registral. Los auténticos principios de legitimación y fe pública y sus efectos sustantivos y procesales no pueden convivir con aquella anticuada teoría del título y el modo, ni mucho menos estar supeditados a ésta. O régimen de tradición o de inscripción: es imposible compatibilizar y armonizar, en caótica amalgama e interferencias, dos sistemas que por su naturaleza se excluyen radicalmente el uno al otro, como se excluyen la luz y las tinieblas. Así se evitaría la posición ultracivilista de Angel Sanz (como veremos más adelante, deja al titular inscrito protegido por el artículo 34 en situación precaria y le niega la acción reivindicatoria), cuyo valor reconocemos y proclamamos noblemente y muy alto, tanto, que gracias a él he aprendido muchas cosas que ignoraba y he ahiñado conocimientos que me colocan por completo frente al sistema de adquisición de derechos reales aceptado por la nueva Ley. Así lo reconoce también Romero Vieitez, con frases más suaves, pero que, al parecer, reflejan la misma convicción (1).

Yo había aprendido con el maestro por antonomasia que la inscripción era constitutiva cuando no mediaba la tradición (2). Y

(1) «Entretanto, el Derecho privado habrá de continuar preocupándose de precisar los distintos momentos obligacionales, dispositivos y registrales del proceso creador y transmisivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles; pero no cabe reconducir la equívoca bipartición de título y modo.» (M. Romero Vieitez, *R. D. P.*, año 1946, pág. 142, *in fine*.)

(2) «Ni el Código civil, ni, por descontado, las legislaciones forales, ni la Ley Hipotecaria, requieren la inscripción como requisito *sine qua non* para la transferencia de la propiedad.

»El párrafo segundo del artículo 609 del Código civil sanciona la técnica de la tradición romana, de tanto arraigo en la Península, y su concordante el artículo 1.095, después de preceptuar que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, declara netamente que no adquirirá *derecho real* sobre ella hasta que le

esta postura, a pesar de ser la más lógica y única posible, al menos, con el principio de legitimación, choca hoy abiertamente con lo que dice Angel Sanz en sus *Comentarios* sobre el contenido de la presunción legitimadora (1).

Buena prueba de ello es este valor denigrante para el principio de legitimación registral que da a la presunción posesoria del artículo 38. Nosotros concebimos que ésta complete el derecho inscrito refiriéndose al ejercicio del mismo, pues así la presunción jurídica se refuerza, completa y armoniza con la posesoria y el artículo 41; pero nos parece equivocado que junto a la presunción de que el derecho existe y pertenece al titular inscrito, exista otra presunción que se refiera, no al derecho perfecto, sino a algo imperfecto y en embrión, o sea a uno de los elementos constitutivos de éste, la tradición. Desde el punto de vista civilista de Angel Sanz, fija la mirada en la teoría del título y el modo, es lógico que se completen y armonicen la presunción jurídica (título) y la posesoria (modo); pero desde el punto de vista hipotecario, a la luz del principio de legitimación registral, no se concibe tal postura. Además, nos parece peligroso involucrar el valor de la posesión como señorío de hecho (*jus possessionis*), con el que tiene como elemento exteriorizante del derecho real (instrumento de publicidad).

b) Efectos de la presunción adquisitiva *secundum tabulas*: Por mucho que hemos meditado, no hemos podido comprender qué servicio o efectos pueda suministrar la presunción posesoria del artículo 38, concebida, como *presumptio facti*, al artículo 35 de la nueva Ley. Parte éste del supuesto de hecho de una posible

haya sido entregada. Podrán discutirse las formas de la tradición y sus clases: natural, real, simbólica, *presunta, ficta, longa manu, brevi manu, constitutum possessorium*...; pero cuando no existan los problemas, se resolverán aplicando las reglas del Derecho de obligaciones. La inscripción del título adquisitivo, sin embargo, *transformará* la situación obligatoria en real, aunque en este supuesto los textos citados nada digan, mientras en el de tradición reconocerá el derecho real constituido. Es decir, será constitutiva o declarativa, según los casos.» (Jerónimo González: «El principio de inscripción en el Derecho hipotecario», R. C. D. L. 1925, página 773.)

(1) Véase *Comentarios* citados de Angel Sanz, pág. 188, letra C).

inexactitud registral, pero atribuye al titular, con presunción *juris tantum*, la posesión de hecho del inmueble, que de no ser destruida de contrario, acabará por concordar el Registro con la realidad exterior; pero ¿qué falta le hace al titular inscrito, ni para qué le puede servir la presunción posesoria del artículo 38? Le basta con el artículo 35, que le protege en forma sustantiva y autónoma y en grado mucho más enérgico y eficaz.

c) Efecto procesal: Ya reconoce el mismo Angel Sanz que es muy débil; pero, aun siéndolo tan débil, es también muy discutible que lo admitan los Tribunales de Justicia. El interdicto se regula exclusivamente por la Ley de Enjuiciamiento civil, y la nueva Ley Hipotecaria se inhibe de las cuestiones posesorias, que deja abandonadas al Código civil y a aquella Ley riuaria.

Si el titular inscrito entabla el interdicto, no podrá apoyarse en la presunción posesoria del artículo 38, para evitarse la prueba que exige el artículo 1.659 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ni el demandado tiene por qué destruir esta presunción mediante la prueba en contrario. Ambos contendientes están en pie de igualdad y, por tanto, sujetos a las mismas normas sustantivas y procesales en materia de posesión. Precisamente nuestra convicción de que la presunción posesoria del artículo 38, ó lo es de *jus possidendi* (tesis mía), o es inútil, absurda y perturbadora (tesis de Roca Sastre), radica en que la nueva Ley no da norma procesal hipotecaria, como lo hacía el legislador de 1909 y 1917, para las cuestiones posesorias, sino para el ejercicio de las acciones reales, en el artículo 41.

ALCANCE DEL ARTÍCULO 41

Con lo que llevamos dicho creemos haber despejado el camino para entrar con base firme y paso seguro ante el examen de los importantísimos problemas que tal artículo plantea.

Fundamentalmente se pueden reducir a tres: naturaleza del procedimiento, cuestiones que pueden plantearse y discutirse y su eficacia.

a) *Naturaleza*.—Este punto se halla aclarado por la doctrina, sobre todo por los fundamentales trabajos de D. Manuel de la

Plaza (1) y de D. Enrique del Valle Fuentes (2). Aceptamos, sin vacilación alguna, la opinión coincidente en el fondo de éstos.

El texto refundido, influído, sin duda, por la crítica señalada, sustituye la frase «proceso de ejecución» consignada en la Ley de 1944, por la de «el procedimiento que señalan los párrafos siguientes». Se trata, pues, de un procedimiento híbrido, intermedio, *sui generis*, típicamente hipotecario, establecido para la defensa de los derechos reales inscritos y derivado del principio de la legislación registral en su aspecto procesal, que no cabe encuadrarlo de una manera pura en los tipos de juicios conocidos, pero dotado, indudablemente, de la energía precisa para que los asientos del Registro no sean meras declaraciones formularias sin repercusión en la vida real.

Pero es indudable que dentro de las reglas procesales del artículo 41, tal y como queda redactado, no caben más que dos fases: una ejecutiva, si, provocada la oposición, ésta no se produce; otra contenciosa, sumaria y de efectos limitados. Esto es lo que afirma también D. Manuel de la Plaza (3), a mi juicio.

La fase ejecutiva, en la que nosotros vemos la más eficaz protección del derecho inscrito y que expresa o tácitamente se acepta por cuantos hasta la fecha se han ocupado de la materia, no aparece en los *Comentarios* de Angel Sanz, que, al contrario, la sustituye con una frase de jurisdicción voluntaria, con efectos muy limitados.

(1) En la nueva Ley Hipotecaria «se ha llegado a articular un proceso que no es ciertamente de cognición pura, que tampoco puede reputarse de pura ejecución, sino que, como suele decirse, está montado a dos vertientes, ni más ni menos que los procesos de intimación; por eso, cuando la oposición en potencia no se formule, los Tribunales actuarán ejecutivamente por la *sola virtud del título*, y entonces estaremos en presencia de un proceso de ejecución propiamente denominado así, aunque resulte un tanto matizado por la previa intimación en forma de emplazamiento. En los demás casos se tratará de un proceso de cognición abreviada, ni más ni menos que lo eran aquellos en que la alegación de excepciones quedaba limitada a los supuestos de *fácil demostración*». (D. Manuel de la Plaza: «Los principios fundamentales del proceso de ejecución», en *R. D. P.*, año 1945, pág. 84.)

(2) *R. C. D. I.*, año 1946, pág. 8 y siguiente.

(3) Trabajo antes citado.

Estimamos, por el contrario, que esa fase de jurisdicción voluntaria no existe, ni puede existir, ni en el espíritu ni en la letra del artículo 41, ni mucho menos en las palabras sobre este particular de la exposición de motivos.

La fase de jurisdicción voluntaria, como la ejecutiva, sólo puede producirse por un hecho común a ambas tesis: la falta de oposición. Cuando ésta no surge, en el artículo 41 sólo quedan en pie, aparte del párrafo 2.º, que es neutral, los párrafos 1.º y 5.º, que reconocen y declaran la fuerza ejecutiva de los asientos del Registro. El párrafo 1.º, que concede al titular una acción real, que ha de apoyarse en el contenido de su derecho inscrito, y el párrafo 5.º, que ordena al Juez acuerde la práctica de cuantas diligencias exija la plena efectividad del asiento registral.

¿Cómo, pues, con estos materiales, hijos del principio de la legitimación registral, puede extraerse y formularse un acto de jurisdicción voluntaria con los limitadísimos efectos de tipo posesorio e interdictal que Angel Sanz le señala? ¿No implicaría ello un claro y lamentable retroceso al estado legal de 1927? Ahora el procedimiento no se inicia, como en 1927, por ningún acto de jurisdicción voluntaria; ni la oposición, si surge, se tramita interdictalmente, como dice el artículo 100 del Reglamento Hipotecario virtualmente derogado por la reforma, sino mediante el ejercicio de una *acción real* y por las reglas procesales del artículo 41.

Bien está negar a los asientos del Registro el valor de una sentencia judicial firme; pero negarle la fuerza ejecutiva, en los casos prudentes que prevé el artículo 41, equivaldría a desnaturalizar uno de los puntos más básicos de la reforma hipotecaria llevada a cabo. ¿Dónde, sino en esta fase, pueden tener entronque las palabras del Ministro de Justicia? (1).

(1) «El artículo 41 (se refiere a la Ley de 1909) de la misma Ley se propuso, según sus autores, atribuir al titular una protección más decidida; pero al orientarla hacia una situación de hecho ajeno al Registro, como ocurre con el derecho de posesión, dió lugar incluso a alteraciones de orden público de todas conocidas y a una nueva organización legislativa. Sin embargo, cualquiera que haya sido el resultado de dichas normas, han servido como antecedente y forjaron una aleccionadora experiencia de preciado valor para elaborar la reforma actual. Como reza el preámbulo, tratándose del ejercicio de acciones reales inscritas, no es preciso formar la convicción del Juez. La naturaleza, condiciones y efectos de los derechos

b) *Cuestiones que pueden plantearse y discutirse en la fase contenciosa.*—Es un acierto de Angel Sanz haber puesto de manifiesto que el titular extrarregistral puede reaccionar contra el Registro por tres medios (1). Pero aquí nos limitamos sólo al procedimiento contencioso del artículo 41. Y como dice también dicho eximio compañero, con frase técnica y precisa, «todo hecho, acto o conducta que pueda suponer una perturbación, lesión u oposición al derecho inscrito y que pudiera fundar el ejercicio de la acción reivindicatoria, negatoria, confesoria o cualquiera otra de naturaleza real, da lugar al procedimiento del artículo 41».

Pero téngase en cuenta que el titular registral se ha limitado a iniciar el ejercicio de la acción real, señalando los hechos en que consiste la perturbación, lesión u oposición a su derecho inscrito y a solicitar que se adopten medidas que el Juez estime necesarias para asegurar la sentencia que recayese, y que el que ejercita realmente la acción de contradicción es el titular extrarregistral, que ha de fundamentarla exclusivamente en las cuatro causas que señala el mismo artículo 41, añadiendo a ellas, con acierto, Angel Sanz la inexactitud de los hechos alegados en su escrito por el titular según el Registro.

Mirando, pues, a esas causas, y desde el plano del titular extrarregistral, hay que centrar la naturaleza jurídica de las cuestiones que puedan plantearse y discutirse. Y basta una simple lectura de las mismas para darse cuenta que van dirigidas contra situaciones jurídicas constantes en el Registro; es una demanda de contradicción contra el Registro y, por tanto, es rotunda y terminante la afirmación de que no cabe plantear ni discutir cuestiones posesorias,

que sirven de base al procedimiento aparecen claramente definidos en los asientos registrales que, por ministerio de la Ley, deben presumirse exactos e íntegros, mientras no se demuestre lo contrario. De ahí que la nueva redacción del artículo 41 preceptúa que las acciones reales podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución, con los requisitos que taxativamente se señalen. De este modo, el titular, según el Registro, gozará de la adecuada y eficaz protección que exige su propia condición jurídica, evitándose que, al socaire de pretendidos derechos, resulte poco menos que irrisoria la protección debida al que de buena fe contrató al amparo del Registro.» (Párrafo del Excmo. Sr. Ministro de Justicia, D. Eduardo Aunós, en su discurso de defensa del proyecto de reforma ante las Cortes.)

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 326.

ya que actualmente el Registro no puede reflejar ni recoger en sus asientos nada de tipo posesorio, como ocurría antes de la reforma.

Las causas de falsedad, doble inscripción contradictoria y falta de identidad del objeto, se refieren a inexactitudes registrales relacionadas con meros hechos; causas bien explicadas por Angel Sanz, y no ofrece su comprensión y alcance dificultad alguna.

Los problemas cruciales y candentes surgen en la causa segunda. Con arreglo a ella, el demandante ha de fundar su demanda en una *posesión con título*, no en el hecho de la posesión, sino en un mejor derecho de posesión derivado de «contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción».

¿Es posible que haya quien dude de que en el artículo 41, ni por las reglas procesales de éste, ni por la naturaleza jurídica de las causas de oposición que admite, no cabe nada de tipo posesorio ni de jurisdicción voluntaria?

Examinemos ahora por separado los dos supuestos que caben en la causa segunda: posesión con título no inscrito y usucapión.

1.º *Posesión con título no inscrito.*

Al fundamentar el titular extrarregistral la demanda de contradicción en una posesión con título no inscrito, éste podrá ser de dominio o de algún otro derecho real que lleve aneja la posesión. Claro es que también podrá ser un derecho personal, pero esto no tiene importancia para el tercero hipotecario, ya que la posesión arrendaticia goza de una enérgica protección legal que hoy nadie desconoce.

Podría pasar, por parecer justa, la interpretación extensiva de Angel Sanz a la frase «relación directa con el último titular o con titulares anteriores», aun cuando tal interpretación, por empeorar la situación del titular inscrito, parece ser dudosa y discutible. Ahora bien: donde la posición civilista de Angel Sanz resulta asaz apasionada, perturbadora y despectiva para la doctrina hipotecaria es al afirmar rotundamente que el poseedor con título no inscrito, con su simple oposición, enerva y paraliza el procedimiento del artículo 41 y obliga al titular inscrito a que sea éste el que accione en juicio declarativo (1). Todavía refuerza más esta posición equi-

(1) «Esta posición del legislador parece, a primera vista, quebrantar

vocada al fijar el alcance de los efectos de la fe pública registral, pues niega eficacia al artículo 41 para tomar posesión de la cosa, obligando al titular inscrito a entablar la acción reivindicatoria si existe un poseedor con título no inscrito (1).

Resulta, pues, que contra todo lo que llevamos dicho y razonado, apoyado en razonamientos fríos y objetos tomados del texto y espíritu de la nueva Ley y de su exposición de motivos, en el procedimiento del artículo 41, según Angel Sanz, no cabe discutir cuestiones jurídicas (salvo la usucapión y las que derivan de las tres restantes causas del artículo 41), sino simples cuestiones de mera perturbación posesoria producidas por poseedores sin título o sin *animus domini*.

Ante esta interpretación, ya no me extraña que Angel Sanz vea en la presunción posesoria del artículo 38 una presunción del hecho de la posesión, que perciba una fase de jurisdicción voluntaria en

duramente la fe pública registral. El artículo 23 (hoy 32), derogado establecía expresamente que los títulos inscribibles no inscritos no surtían efecto en cuanto a tercero, aunque, suprimido este artículo, es indudable la vigencia de la misma doctrina. Pues bien: la posibilidad de que el opositor del artículo 41 invoque frente al titular estos títulos no inscritos, parece ser opuesto a ella. Sin embargo, no es así; debe observarse que mientras el artículo 34 es de carácter sustantivo y general, el 41 es de carácter puramente procesal y sus reglas son especialísimas, pues se limita al procedimiento de ejecución que en él se regulan. Con arreglo al primero, nunca pueden prevalecer contra el titular inscrito los títulos no inscritos *en perjuicio de su derecho*. Conforme al segundo, estos títulos pueden invocarse *en perjuicio del procedimiento especial ejecutivo*, es decir, al solo efecto de paralizar e impedir éste, sin detrimento del derecho del titular, que podrá ser invocado siempre en juicio ordinario. El alcance del artículo 41 es, pues, exclusivamente, privar al título inscrito de esta fuerza ejecutiva frente al poseedor con título.» «El fundamento de esta solución es muy claro. Cuando el titular se encuentra frente a un poseedor que no lo es en virtud de título, la cuestión que se plantea es más de Derecho que de hecho, no es una simple y mera perturbación. La protección por el artículo 34 exige ciertos requisitos, cuya existencia debe ser apreciada judicialmente, lo cual, unido a que por este mismo medio debe determinarse si el título del poseedor tiene o no virtualidad suficiente para reaccionar contra el titular, plantea la cuestión en términos que exceden de los límites de este proceso especial y exige el planteamiento del juicio declarativo.» (Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 322.)

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 268.

el artículo 41 y que, cerrando su postura equivocada, dé a la resolución judicial que dicte el Juez, cuando no se formula oposición, en cumplimiento de lo ordenado en el párrafo 5.º del artículo 41, el valor de un acto de los comprendidos en los artículos 1.638, 2.058 y 2.059 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el que no cabe el lanzamiento directo, sino a través del rodeo del desahucio, previa conversión del poseedor en precarista, postura regresiva que, como hemos dicho antes, nos dejaría la reforma en el punto muerto del año 1927 (1).

Es otra muy distinta la interpretación que debe darse. La nueva Ley, en el artículo 41, para evitar los posibles abusos del titular inscrito y los peligros y perturbaciones que dicho artículo ocasionó en el pasado, protege también al titular extrarregistral dándole armas de defensa contra la inscripción. Por ello, puede alegar su posesión fundada en títulos no inscritos: en todo caso, sea su derecho real o personal, contra el titular inscrito que no tenga frente a él la condición de tercero hipotecario; con las limitaciones hipotecarias pertinentes, cuando se enfrente con un titular inscrito protegido por el artículo 34. Pero siempre el Juez admitirá la demanda de contradicción y la tramitará por las reglas procesales de los incidentes, fallando a favor de quien proceda con arreglo a Derecho, cosa muy distinta de enervar y paralizar el procedimiento del artículo 41, obligando al titular inscrito a entablar juicio declarativo. Y el Juez fallará siempre a favor del titular inscrito protegido por el artículo 34, porque, conforme al artículo 32 de la nueva Ley, ahora, como antes, los títulos no inscritos o anotados no perjudican a tercero, declaración legal absoluta y fundamental, viable, tanto en la vía declarativa como en la especial del artículo 41, que es un procedimiento para discutir cuestiones jurídicas, de juego reivindicatorio, como dice Roca Sastre, aunque de efectos menos enérgicos, ya que la sentencia que se dicte no produce excepción de cosa juzgada y deja abierta la vía declarativa. Si para tomar posesión material de la cosa, el titular inscrito recurre al procedimiento del artículo 41, poco importa que el perturbador tenga o no título, pues si lo tiene y no hace uso de su derecho de oposición, el Juez, ante la falta de ésta, pondrá al adquirente en posesión de la cosa,

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 325.

sin necesidad de que el titular inscrito tenga que irse forzosamente a la vía declarativa.

2.º *Usucapión* (posesión con título o sin el).

En el complejo juego de problemas espinosos y difíciles que plantea el examen de artículo tan fundamental como el 41, tócanos ahora tratar del punto importantísimo y vidrioso de las relaciones entre la usucapión *contra tabulas* y el Registro.

La materia, después de la reforma, ha sido bien tratada y con todo detalle por Angel Sanz, Núñez Lagos, Bérnago, Azpiazu, La Rica y otros, y esto nos desbroza mucho el campo. Por ello, yo, en gracia a la brevedad y para no hacer interminable este trabajo, me voy a limitar a articular en claras conclusiones mi posición sobre tan fundamental materia, englobando en ellas tanto el caso de prescripción sin título («extraordinaria»), como con título y buena fe (ordinaria). Son estas mis conclusiones:

1.ª Tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria se dan contra el titular inscrito: Interpartes siempre, con arreglo al Código civil; contra tercero protegido por la fe pública registral, cuando: a), la conozca (mala fe); b), haya tenido medios racionales y motivos suficientes para conocerla (culpa lata); c), la haya consentido expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición. Con la doctrina de la culpa lata es difícilísima la posición del tercero hipotecario, tanto, que casi equivale a negarle la protección registral.

No aceptamos la doctrina de Porcioles y Azpiazu de que contra tercero protegido por la fe pública registral no cabe buena fe y justo título; es más exacta la posición de Angel Sanz (1). En cuanto a la prescripción extraordinaria, de naturaleza jurídica idéntica a la ordinaria, mi posición doctrinal es la de que sólo debía perjudicar a tercero protegido en los mismos términos que la ordinaria; pero en el orden legal reconozco en este caso la fuerza de los argumentos de Angel Sanz (2); no obstante, no me extrañaría que el Tribunal Supremo, que tiene la puerta abierta ante el silencio del artículo 36, modificara su posición y recogiera la doctrina hipotecaria, justa y exacta, que defendemos.

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 296, nota 22.

(2) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 300, nota 22.

2.^a La usucapión en curso perjudicará también al titular inscrito protegido por el artículo 34, si éste no la interrumpe en la forma y plazo indicado, y sin perjuicio de que también pueda interrumpirla antes de su consumación total. Este aspecto lo trata magistralmente Angel Sanz (1). Pero, mirando a la situación del poseedor *ad usucapionem* extrarregistral que carezca de título (usucapión extraordinaria en curso), vemos que éste está privado de toda defensa por el artículo 41, pues hasta que consuma la usucapión no es dueño, y por carecer de título no podrá fundar su demanda de contradicción en la causa segunda; por tanto, como simple poseedor sin título, no le ampara el artículo 41.

3.^a El que ha adquirido por prescripción puede accionar contra el titular inscrito conforme a la causa segunda del artículo 41: La posición contraria de Azpiazu (2) era cierta antes de la reforma, hoy no. El artículo 41, en su causa segunda, le protege expresamente, y ya hemos demostrado que la naturaleza de tal procedimiento es apta para discutir estas cuestiones jurídicas. El usucapiente fundará su demanda de contradicción contra el Registro en la usucapión ganada, y en la tramitación del juicio tendrá que probar su perfecta adquisición (esta prueba será, por la difícilísima, lo más duro de su situación y lo que, en la realidad de la vida, dará casi siempre el triunfo al titular inscrito), y si así lo realiza, dictará el Juez sentencia a su favor. No hay por qué exigirle el requisito previo de tener declarada su usucapión por sentencia judicial anterior, porque no se lo exige el artículo 41, ni podría exigirlo, dada su finalidad de proteger a los titulares extrarregistrales que lo merezcan contra el Registro. No se deja a la mera afirmación del prescribiente que ha adquirido por prescripción, sino que ha de probarla judicialmente en el procedimiento, luchando con el titular inscrito, parapetado éste en su cómoda posición de demandado protegido por el juego de las prescripciones registrales. El que la sentencia no produzca excepción de cosa juzgada, ni sirva para rectificar el Registro, concordándolo con la realidad, no es obstáculo alguno para que con estas limitaciones triunfe, si ha lugar, en ese procedimiento contra el titular registral, siguiendo

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, págs. 297 a 299.

(2) Véanse artículos publicados por D. José Azpiazu Ruiz, en R. C. D. I., año 1945, págs. 328 y sigs., 430 y sigs.

tranquilamente en la posesión y disfrute de la cosa usucapida. En sus manos está, si quiere una sentencia firme que rectifique el asiento registral contradictorio de su derecho, reaccionar contra la provocación o intimidación del titular inscrito, no por la vía del artículo 41, sino por la declarativa en juicio ordinario, pidiendo anotación de la demanda.

Desde su plano, siempre civilista y sustantivo, sostiene Angel Sanz (1) que el medio procesal adecuado para desarrollarse la prescripción es la excepción, ya que la finalidad sustantiva de la usucapición es, más que hacer adquirir el dominio, hacer imposible el ejercicio de la acción reivindicatoria; y, en su consecuencia, niega al titular inscrito el ejercicio de dicha acción, porque, al faltarle la tradición (¡verdadera bomba atómica contra el Registro!), no es dueño. Pero al no dejarle al titular inscrito más medios que el del artículo 41 para oponerse a la usucapición y hacer cesar el estado posesorio y no caber en él que el dueño extrarregistral pueda excepcionar su propia adquisición por usucapición, en vez de reconocer a éste su derecho a fundar la acción de contradicción en la causa segunda del artículo 41, se limita a decir que podrá ejercitarla por la vía declarativa contra el titular inscrito.

Nuestra posición la estimamos más clara. El que ha adquirido por prescripción y es provocado por el titular inscrito, puede alegar (nunca excepcionar) su propia adquisición por usucapición, ejercitando la acción de contradicción que expresamente le concede la causa segunda del artículo 41; y si en este procedimiento es vencido, le queda el derecho de accionar de usucapición por la vía declarativa, o irse directamente a ésta, renunciando a su derecho a accionar por el artículo 41.

Los demás problemas de la prescripción no interesan a los fines de este trabajo.

c) *Eficacia del procedimiento.*—Como se deduce de cuanto llevamos dicho, para perfilar y coneretar la eficacia o efectos del procedimiento hay que partir, prescindiendo de calificaciones terminológicas, del contenido de las normas procesales que regula el artículo 41, y de ellas surge la imperativa necesidad de distinguir dos supuestos o fases, según se produzca o no la oposición: si

(1) Véase *Comentarios*, de Angel Sanz, págs. 295 a 297.

ésta no se formula, si no hay controversia, por la sola fuerza de la inscripción surge la fase ejecutiva; en caso contrario, la sumaria contenciosa. Técnicamente hablando, la fase contenciosa por la vía declarativa no es tal fase, porque se da siempre y en todo caso por ser básica y fundamental para la defensa en toda colisión de derechos: encarna la suprema garantía procesal.

1.ª Fase ejecutiva: Surge directamente del párrafo 5.º del artículo 41, que textualmente dice: «En caso de incomparecencia, de no prestar caución o de no formular la demanda en el referido plazo, se dictará auto acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la *plena efectividad del derecho inscrito*.»

Para mi temperamento, enamorado de las ideas rígidas, sencillas y diáfanas, bastaría referirnos a todo lo que llevamos dicho en este trabajo, sin tener que añadir una palabra más; no obstante, cerramos con el siguiente último razonamiento:

A través de una lenta elaboración hemos llegado a la finalidad que viene persiguiéndose desde el año 1909, y hoy resulta fruto sazonado tener un procedimiento adecuado a la defensa de la propiedad inscrita, sin que exista ya la posibilidad de emplear los fusiles como mazas, con cuya imagen criticaba el maestro (1) a los reformadores de 1909, al querer resolverlo todo por la vía posesoria.

2.ª Fase contenciosa: Realmente, no necesita aclaración alguna el precisar sus efectos. El Juez dictará sentencia, apelable en ambos efectos, por el trámite de los incidentes, con arreglo a lo que proceda en Derecho. Firme esta sentencia, se ejecutará lo que

(1) R. C. D. I., año 1927, pág. 751, «La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400». «La posición radical del legislador de 1909, para el que todos los derechos reales son capaces de producir situaciones posesorias, y que, admitiendo la posibilidad de impugnar la inscripción, como inexacta, no permitía, según algunos, discutir la posesión en sus procedimientos característicos, ha de estimarse como uno de los episodios de la lucha de la inscripción contra la posesión. En el último cuarto del pasado siglo, la práctica hipotecaria ha tratado de responder a la vida real, y los Registros rurales de la propiedad se transformaron en Registros de la posesión. Ahora se intenta resolver el problema sustituyendo la protección hipotecaria por la posesoria. Nueva señal de impotencia: se adopta el uniforme y las armas del enemigo para introducir el pánico en sus filas, y la confusión es general.»

«El sistema hipotecario tiene medios adecuados a la defensa de la propiedad y gana poco empleando los fusiles como mazas.»

proceda ; no produce excepción de cosa juzgada, pudiendo cualquiera de las partes promover juicio declarativo sobre la misma cuestión, sin limitación de causa.

CONCLUSIONES

Primera. La presunción posesoria del artículo 38, ó se refiere al *jus possidendi*, o (caso de estimarse que esto implique una redundancia superflua, porque presumido el derecho en sí, se entienden presumidas todas y cada una de las facultades que lo integran) representa una supervivencia absurda y perturbadora.

Segunda. El artículo 41, con sus dos «vertientes», ejecutiva y sumaria-contenciosa, es un procedimiento especial, *sui géneris*, creado por la nueva Ley para la defensa exclusiva de la propiedad inscrita, sin que en sus normas procesales quepa discutir nada de tipo posesorio, interdictal o de jurisdicción voluntaria.

Tercera. La rígida eficacia o roqueña invulnerabilidad, según los casos, que debe tener el juego de las presunciones registrales, exigen con imperativo categórico, como cimiento básico e ineludible, un sistema de adquisición de los derechos reales que sustituya la tradición por la inscripción, o al menos, como en el Anteproyecto de Porcioles, que deje a la propiedad inscrita y a la no inscrita en compartimientos estancos nítidamente separados, sin interferencias posibles, o de haberlas, que dé preferencia en todo caso al Registro sobre la tradición.

La «consolidación y ratificación del sistema hipotecario español», en que se inspiró la Comisión del Proyecto de reforma aprobado (*Comentarios*, de Angel Sanz, pág. 30), y que, en la forma que lo interpreta éste, destacado miembro de aquélla, deja reducida la presunción legitimadora del Registro, no al derecho en sí, sino sólo a uno de los elementos constitutivos de éste — título — (página 188) ; que en forma «aguada» reconoce el efecto procesal de la inscripción respecto al ejercicio de la acción reivindicatoria (página 192) ; que obliga al tercero hipotecario, cuando tropieza con un poseedor con título no inscrito, a entablar la acción reivindicatoria para poder tomar posesión real de la cosa (pág. 268), y que, además, le niega la acción reivindicatoria frente al dueño extra-

registral por usucapión (págs. 295 a 297); todo esto, aparte las demás irregularidades señaladas en el desarrollo de este trabajo, creo son, no palabras, sino hechos y razones suficientes para estimar equivocada y retrógrada la reforma en este punto básico y para volver la mirada con añoranza, cuando menos, al Anteproyecto de Porcioles. Solamente tenemos en pie para fortalecer la inscripción, a pesar de la modificación sufrida en la Ley unificada, el artículo 313. ¡Quiera Dios que los Juzgados y Tribunales lo interpreten rectamente, junto con el artículo 41!

JESÚS MARTÍNEZ-CORBALÁN.

Notario.

Sama de Langreo, 18 de mayo de 1946.