

«Las anotaciones preventivas tomadas por imposibilidad del Registrador»...

EN LOS REGISTROS DESTRUÍDOS Y QUE EN OTRO CASO SERÍAN INSCRIPCIONES, ¿SON APTAS PARA PODER PEDIR, CON BASE EN ELLAS, LA POSESIÓN JUDICIAL DE LA FINCA A QUE SE REFIEREN, DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA?

Traemos este problema a la REVISTA después de haberle llevado a los Tribunales, en los que fué apreciado de modo diverso y contradictorio por el Juzgado de instancia y por la Audiencia, y sin que por la naturaleza del procedimiento pudiésemos llevar el asunto al Supremo. Bien lo sentimos, pues nos hubiera tranquilizado en grado sumo que sobre tal problema se hubiese pronunciado tan alto Tribunal, disipando nuestras dudas.

Diremos también que el problema no le hemos visto tratado por los comentaristas de Derecho Hipotecario que tenemos a la vista (Morell, Roca, Gayoso, Díaz Moreno, etc.), y que suponemos que no habrá sido tratado concretamente. No tiene ello nada de particular, puesto que se trata de un problema de derecho transitorio, ya que hoy, por la reconstitución de los Registros destruidos, todas estas anotaciones deben estar convertidas en inscripciones.

De todos modos, el problema puede resurgir en cualquier tiempo, y nosotros, al alumbrarle, damos ocasión a que los aficionados a estos estudios se pronuncien sobre él.

Y aunque en el pleito se discutieron otros extremos relacionados con el ámbito del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que no se referían concretamente al problema enunciado, vamos a extractar brevemente el asunto y traer aquí el esquema del pleito, para que sea posible una visión objetiva y global.

En este extracto-esquema hemos de reseñar los principales argumentos esgrimidos por las partes, con una brevíssima referencia de los hechos.

Son éstos como sigue:

A adquiere en 1912 de su padre, por herencia, en escritura de partición, un lote de monte, que no inscribió.

B adquiere en 1916, por compra en escritura pública, un trozo de monte colindante con el trozo de A, y en parte confundido con él. Tampoco inscribe. Así las cosas, y luego de ser quemado el Registro, A pide anotación preventiva de su adquisición, con base en la orden de 3 de febrero de 1937, que permitía tales operaciones en los Registros destruidos, en tanto no fuese acordada su reconstitución.

Tal título hubiera producido en otro caso, y en tiempos normales, una inscripción al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Dicha anotación se hizo con el exclusivo objeto de pedir la posesión judicial de la finca, al amparo del artículo 41 de la Ley y de los artículos 100 y 101 del Reglamento.

Se pretendía con ello que B hiciese dejación en favor de A de la zona intermedia entre los dos montes, que estaba comprendida en los dos títulos, y que ambos propietarios sosténían les pertenecía.

Y, en efecto, A, con base en su anotación y por el procedimiento indicado, pidió la posesión judicial de su monte, tal cual aparecía descrito en su escritura de 1912.

Se justificaba tal petición en los tres argumentos siguientes:

a) Unas palabras de la exposición de motivos (esa exposición de motivos que ha hecho famosa la Ley y a sus redactores). Son éstas: "Fuera de estos casos (o sea de las anotaciones de derechos personales, antiguas hipotecas judiciales), las anotaciones preventivas son precursoras de la inscripción y hacen que ésta surta sus efectos desde la fecha que aquéllas llevan." Y se añadía en el escrito: sus efectos, todos sus efectos, y entre ellos el de poder pedir la posesión judicial.

b) La doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 1910, contenida en estas frases: "Las anotaciones preventivas de derechos, por ser precursoras de inscripciones definitivas, producen los efectos de éstas y desde la fecha de la anotación misma". Los efectos, dice, todos los efectos, y entre ellos el de poder pedir la posesión judicial.

c) El artículo 14 de la ley de 15 agosto 1873 sobre reconstruc-

ción de Registros, que deja en suspenso, mientras dura la reconstrucción, los efectos negativos, no los positivos de la inscripción o *anotación*.

Estos argumentos convencieron al Juzgado de instancia, que decretó la posesión judicial a favor de A.

Contra tal posesión reacciona B, y en su escrito de oposición pide se deje sin efecto, y, en consecuencia, se le entregue a él tal posesión. Y, cosa singular, en este escrito de oposición se acepta la tesis de que las anotaciones preventivas, precursoras de una inscripción, producen los efectos de éstas mientras subsisten, y por tanto, les es de aplicar el artículo 41; pero, conforme con esa doctrina, se alegó mejor derecho a la posesión y el dominio adquirido por prescripción.

En trámite oportuno se contesta por A oponiéndose a la pretensión articulada de adverso y pidiendo la confirmación de la posesión obtenida. Se esgrimen como fundamentales argumentos los siguientes:

1.º Que desde que A obtuvo la posesión de la finca, anteriormente poseída por B, existen dos poseedores actuales, y por tanto, en el juicio posesorio debe vencer el poseedor más antiguo, conforme al artículo 445 del Código civil.

2.º Que esta mayor antigüedad en la posesión se ha de determinar por los títulos que respectivamente ostenten, ya que la única posesión que cuenta, a los efectos de tal artículo, es la posesión con título.

3.º Que para vencer a la posesión derivada del Registro hay que pedir y conseguir la nulidad y cancelación de la anotación, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria. Así lo prescribe también la sentencia de 20 de mayo de 1925. Dice así: "Que si bien es cierto que la presunción establecida por el artículo 41 admite prueba en contrario por ser *juris tantum*, no lo es menos que esa prueba no puede admitirse en autos voluntarios, sino en los declarativos que correspondan en los cuales se pida además la cancelación del asiento discutido conforme ordena el artículo 24, todo ello como lógica consecuencia del *fin* perseguido por los mencionados artículos 24 y 41, dirigidos a garantizar, de un modo rápido y seguro, el *derecho inscrito en el Registro*." Y se añadía: "Pues si bien es verdad que dicha sentencia es anterior a la reforma del artículo 41, no lo es menos que dicha reforma se redujo a concretar los motivos de oposición, dejando, en lo demás, intacta la doctrina, y esos mismos fines de seguridad y protección siguen siendo los fundamentos de esos artículos."

Por fin, el Supremo, después de dudas y vacilaciones, en esta lumi-

nosa sentencia establece la buena doctrina. El Registro *prima facie* representa una situación de privilegio no inatacable, pero con exigencia ineludible de que este ataque se verifique en el procedimiento adecuado, con toda clase de garantías, interesando, al propio tiempo, la rectificación de la inexactitud registral. Ello acabaría con las desarmonías entre el Registro y la realidad jurídica exterior.

Y apurando los razonamientos, se citaban unas palabras de don Jerónimo González en el número de junio del '27 de la REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO que parecen confirmar esta tesis. Dicen así: "En todas estas hipótesis (se refiere a las hipótesis de oposición a la presunción posesoria de la inscripción que establece el art. 41), el contradictor pedirá, con arreglo al artículo 24, la declaración de su derecho y la *nullidad de su inscripción*, con mayor o menor comodidad, según se trate de procedimientos *inter partes*, o contra tercero, y según se alegue la existencia de dolo o se presume la *bueno fe*. Mientras no pruebe sus alegaciones, sea demandante o demandado, la balanza de la justicia se inclinará del lado del titular inscrito, aunque no se halle en el pleno y pacífico goce de las fincas." Y se cerraba el argumento con estas palabras. Lo contrario sería dejar en el Registro una inscripción capitidisminuida, que conservaría facultades de enajenación y gravamen para el titular; ¡ah!, pero que ni él ni sus sucesores intenten la posesión y con ello el disfrute de la finca, pues ese derecho, el más interesante, el de más utilidad, estaría reservado al contradictor del Registro. Y este contradictor del Registro y poseedor de la finca no podría, en cambio, enajenarla, pues su título de enajenación, al llegar al Registro, se encontraría con la barrera infranqueable del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que haría que el Registrador denegase su inscripción. ¿No es esto absurdo y contrario a la armonía que debe haber entre el Registro y la realidad? Fin principal que se propuso conseguir la reforma del artículo 41..

Se replicó por B en el acto del juicio con dos principales argumentos: 1º Que la posesión de hecho vence al Registro Apoya este argumento en unas palabras de D. Jerónimo González al poner un ejemplo en explicación del juego procesal, dentro del ámbito del artículo 41. Son éstas: "Por ejemplo, si el titular inscrito ha abandonado la finca, la ha cedido, o no ha reclamado dentro del año, se verá derrotado por su contrincante en el posesorio."

2º Que su posesión, por ser de más de treinta años, ha producido

el dominio por usucapión, y ese dominio debe vencer a la inscripción.

Frente a esos argumentos replicó A lo siguiente: En relación al primero, dijo: "Para llegar a la conclusión que en esas palabras sienta y que, como luego veremos, no explican su pensamiento, era preciso que el artículo 41 dijera: "O que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 460", y no como dice: "O que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 445." Pues da la casualidad que este artículo nos habla del poseedor actual, de dos poseedores, del más antiguo, del que presenta título, y para nada nos habla del abandono, ni de la cesión, ni del poseedor por más de un año." Y se añadía: "El pensamiento de D. Jerónimo González no es el que revelan estas palabras" ¿Dónde estarían entonces los privilegios de la inscripción, la posición desventajosa del adversario del Registro y las presunciones a su favor que el adversario ha de destruir en prueba difícil de que él nos habla . ?

Para que el pensamiento quede completo vamos a transcribir enteras sus palabras. Dicen así: "La concepción del artículo 445, como hace notar Sánchez Román, no es completa en cuanto se refiere al hecho, no al derecho de posesión, cuando éste sea de la misma naturaleza, pero desde este último punto de vista pueden aplicarse las reglas del citado artículo con toda propiedad para resolver el conflicto; entre la posesión actual y la que se haya perdido con arreglo al artículo 460 del Código civil; 2.º Entre poseedores actuales de la misma antigüedad, y 3.º Entre los que sean de la misma antigüedad y tengan o no título: por ejemplo, si el titular inscrito ha abandonado la finca, la ha cedido o no ha reclamado dentro del año se verá derrotado por el contrincante en el posesorio. Si los dos litigantes poseen de igual modo, es decir, contradictoriamente (jeste sí que es el caso de autos!) Discusión de linderos, cuestión de límites, contradicción, en una palabra), deberá atenderse a la antigüedad de la posesión y el titular tendrá la presunción del Registro a su favor y de sus causantes, mientras no sea destruido por el contrario. 3.º Si las posesiones son de igual antigüedad, el título inscrito desenvolverá su fuerza hipotecaria, aunque sea meramente una información posesoria conforme a la nueva redacción que al artículo 101 del Reglamento ha dado el Real decreto de 21 de julio de 1927. Por último, si todas las condiciones fuesen iguales, se resolverá la contienda a favor del titular, según el Registro, porque el artículo 41 exige se declare de mejor condición la posesión del que contradiga sus

asentos si ha de ser atendida. En resumen, la inscripción por sí sola no acredita apodícticamente el estado posesorio, pero grava al adversario con una prueba difícil por virtud de las distintas presunciones que éste ha de destruir." Y comentaba A de su cosecha: "Estas son sus palabras. No creemos que con arreglo a ellas, examinadas en conjunto, se nos pueda discutir el papel de vencedores."

Frente al segundo argumento se sostuvo por A que la prescripción no puede decretarse en este procedimiento, y para poder alegarla en él era necesario que ya estuviese decretada en una sentencia firme anterior. Y ello porque este es un procedimiento especial con fines específicos y concretísimos; porque es de prueba limitada; porque sobre el mismo asunto puede volverse en juicio ordinario. Se añadía en defensa de esa tesis las opiniones conformes de Morell, Campuzano y López de Haro, y se citaban como de aplicación varias resoluciones de la Dirección de Registros conforme con esa doctrina, tales como las de 27 de enero del 68, 16 de marzo del 81 y 21 de agosto del 95.

El Juez de instancia confirmó en la sesión a A. Sin vacilación alguna aceptó la tesis de que desde que el poseedor tabular pide la posesión judicial y se accede a su petición, hay dos poseedores actuales: el poseedor de hecho, extraregistral, y el que con base en una inscripción pidió y obtuvo la posesión judicial. Esto sentado, y con arreglo al segundo supuesto del artículo 445 del Código civil, debe vencer el poseedor más antiguo, que no puede ser otro en este procedimiento que el que presentó título más antiguo, en este caso, el poseedor según el Registro.

Respecto de la tesis motivo de estas líneas, nada dice la sentencia. El Juez no se creyó en el caso de discurrir sobre ella, una vez que las partes se manifestaron conformes en su admisión.

Se apeló de la sentencia. Y en la vista de la apelación se cambia de táctica y se alega por B que a las anotaciones por imposibilidad del Registrador, como la que juega en estos autos, no le es de aplicar el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y no procede mantener la posesión dada con base en una de estas anotaciones. Se fundamentó esta nueva postura en el artículo 70 de la Ley Hipotecaria, que dice: "Cuando la anotación preventiva de un derecho se convierte en inscripción definitiva del mismo, surtirá ésta sus efectos desde la fecha de la anotación." De este artículo deduce el alegante que hasta que la anotación preventiva se convierta en inscripción, no produce efecto alguno.

En dicha vista, A, un poco sorprendido de ese cambio de postura, repitió su argumentación: aquellas palabras de la exposición de motivos, aquella sentencia de 2 de marzo de 1910, aquella doctrina derivada del artículo 14 de la Ley de 1873 . . y, como nuevos argumentos, los que se derivan de una sentencia de 9 de julio de 1897, en interpretación del artículo 70 de la Ley y del móvil de la Orden de 3 de febrero de 1937 que autorizó estas anotaciones. Dice la sentencia: "Esta eventualidad—la de no haberse aún convertido la anotación en inscripción—no priva al dueño o poseedor de la finca anotada del ejercicio de sus derechos, interim, no se realice." Así tenía que ser, pues, de lo contrario, hasta tanto que esa eventualidad se realice, la anotación no produciría ningún efecto. Y se añadía: "El móvil de la Orden de 3 de febrero de 1937 que autoriza estas anotaciones, en tanto no se dicte la Ley de Reconstitución, no es otro que el de evitar la paralización del juego hipotecario y arbitrar medios de que estas anotaciones puedan producir los efectos de la inscripción durante este interregno."

Decímos nosotros: Si estos asientos son provisionales, transitorios y no producen ningún efecto, ¿para qué sirven?

La Audiencia, en una sentencia de 11 considerandos, que no vamos a reseñar aquí porque haríamos interminable este artículo, ya de suyo farragoso, acoge la tesis de B y sienta la doctrina de que las tales anotaciones no producen los efectos de la inscripción y que no les es de aplicar el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, debiendo revocarse, por tanto, la posesión amparada por el Juzgado.

Sus dos argumentos básicos son estos: a) La interpretación dada por B al artículo 70 de la Ley Hipotecaria, aceptada con todas sus consecuencias; y b) Las palabras del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que hablan de inscripción y no de anotación.

Ahí quedó la cosa. Como se trataba de un procedimiento que no admite el recurso de casación, nos quedamos sin saber el pensamiento del Supremo sobre tal interpretación.

Y ahora preguntamos nosotros: ¿Fué ésta acertada?

A nuestro entender, no. Para nosotros siguen en pie los poderosos argumentos que se derivan de aquellas luminosas palabras de la exposición de motivos. "Las anotaciones preventivas, precursoras de la inscripción—la de autos—, hacen que ésta surta sus efectos desde la fecha que aquéllas llevan: la impecable doctrina establecida en la sentencia de 2 de marzo de 1910 cuando dice: "Las anotaciones preventivas de

los derechos—la nuestra—por ser precursoras de inscripciones definitivas, *producen los efectos de éstas y desde la fecha de la anotación misma*"; la no menos acertada establecida por la sentencia de 9 de julio de 1897, en interpretación del artículo 70 de la Ley Hipotecaria, contenida en estas palabras: "Esta eventualidad no priva al dueño o poseedor de la finca *anotada* del ejercicio de sus *derechos*, ínterin no se realice."

Y ese otro argumento, sacado de las palabras del artículo 41, nos parece aún más deleznable. Es verdad que ese artículo, como el 24, hablan de inscripción y no de anotación, pero no es menos cierto que esas anotaciones, mientras subsisten, producen los efectos de la inscripción, y si ello es así, no hay más remedio que concluir aplicando esos artículos a estas anotaciones.

¿Cómo ven el problema los autores españoles?

Ya dijimos que no les hemos visto estudiando concretamente, pero de lo que dicen con relación a las anotaciones preventivas de derechos reales tomadas por defectos subsanables, o por imposibilidad del Registrador, podemos deducir su pensamiento.

Dice Díaz Moreno: "Siendo la referida anotación preventiva un asiento intermedio entre el de presentación y la inscripción del respectivo título, tiene, mientras subsiste, todo el valor que haya de tener la inscripción misma."

Dice Morell en el comentario del artículo 70 de la Ley Hipotecaria, al analizar la conversión en inscripción de las anotaciones: "En tal caso, la inscripción se enlaza con la anotación, *toma de ella su fuerza*, y por lo mismo sus efectos arrancan desde la fecha de la anotación."

Y el moderno y ya famoso tratadista Roca, al hablar de las anotaciones tomadas por defectos subsanables, idénticas en efectos a las por imposibilidad del Registrador, dice: "Consideradas en sí mismas tienen el juego propio del asiento de presentación, del cual no son más que simples prolongaciones, pero en el fondo vienen a ser verdaderas *inscripciones*, si bien siempre de carácter provisional y transitorio." Y más adelante añade: "Estas anotaciones, mientras subsisten, surten en general los mismos efectos que producirían los asientos de inscripción, y esto tanto si se consideran como una prolongación o prórroga de los efectos del asiento de presentación, como si se reputan verdaderas anticipaciones o entes registrales precursores de los asientos a que en definitiva tienden" "El título objeto de las mismas es como si estuviera per-

fectivamente registrado, consolidándose o deviniendo definitivo este efecto, se procede a la conversión de dicha anotación y extinguiéndose o desapareciendo este efecto si por no procederse a tal conversión la anotación caduca." Así podríamos ir citando autores, todos los cuales coinciden en atribuir a estas anotaciones, mientras subsisten, los efectos de la inscripción.

Pues bien, si ello es así, ¿cómo puede decirse que no les es de aplicar la doctrina del artículo 41? De ser esa la interpretación, tendrían que decir al unísono los autores, la jurisprudencia y la misma exposición de motivos: Estas anotaciones, mientras subsisten, producen los mismos efectos que las inscripciones, *menos el especial y concreto establecido en el artículo 41*.

Tampoco la reciente reforma de la Ley Hipotecaria resuelve el problema, pues nos habla en el artículo 41 de las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios *inscritos* y no de los solamente anotados. ¿Es que los excluye?

A nuestro entender no se le puede dar ese alcance a las palabras de ese artículo si ha de dársele algún contenido a la tesis de que esas anotaciones, mientras subsisten, producen los mismos efectos que las inscripciones.

Los mismos efectos dice la doctrina, los mismos efectos dijo la exposición de motivos de la Ley, los mismos efectos ha dicho la Jurisprudencia.

Y si son los mismos efectos, tienen que ser también todos los efectos, de no haber, como no hay, una exclusión especial respecto de algunos

Ubi lex non distinguit non distinguere debemus

JOSÉ AZPIAZU RUIZ.
Registrador de la Propiedad