

## El artículo 41 de la Ley Hipotecaria

Coincidiendo con la entrada del año actual, que quiera Dios sea de gracia, es decir, de paz, ha aparecido en el *Boletín Oficial del Estado* la reforma de algunos artículos de la Ley Hipotecaria, cuyo solo anuncio tanta expectación y esperanza despertó entre los profesionales y en el ambiente jurídico del país. Justo es decir que es realmente admirable y fecunda esta labor silenciosa en la mejora y pulimento de una de las leyes más trascendentales, en un mundo lleno de inquietos interrogantes y la serena elevación de nuestro legislador augustamente atento a la perennidad de las normas, sobre el precipitado turbión de una vesania universal.

Así, aquella admirable exposición de motivos de la primitiva Ley, que aunó la clara e insuperable motivación jurídica con la más bella construcción literaria, tiene en la que precede a la Ley de 30 de diciembre de 1944 una digna y castiza continuación. Ciertamente que la suntuosidad del pórtico, al articularse, no encuentra la debida y esperada correspondencia, ya que muchos de los enunciados propuestos — algunos importantísimos — no son ni siquiera vagamente desen-  
vueltos.

Reconocemos, no obstante, que con la reforma aprobada ha ganado la Ley Hipotecaria en rigorismo científico, en exactitud lógica y precisión jurídica, aunque nos asalten dudas que más adelante expondremos.

\* \* \*

"A los diecisiete lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras Leyes Hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del sesenta por ciento de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscriboria, y, paulatinamente, se retrocede en amplios sectores de

la vida nacional a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países..." "... la reforma obedece al propósito inquebrantable de acometer, con las mayores probabilidades de éxito, la ya inaplaorable solución que reclaman los problemas referidos..." "... Nuestro Registro inmobiliario, fundado especialmente en los principios de publicidad y legalidad, ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de Derecho material y procesal que lógicamente cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro..." "... concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos..."

Confesamos la falta de conformidad con alguna de las afirmaciones que se contienen en dicha exposición, de la que reproducimos las palabras anteriores como introducción a la reforma practicada en el artículo 41, del que queremos ocuparnos a continuación.

\* \* \*

La exposición de motivos de la primitiva Ley la justificaba ante la necesidad de dar certidumbre al dominio, seguridad a los contratantes y agilidad del propietario para su crédito eficaz, pero ningún precepto contenía sobre los conflictos a que después proveyó el artículo 41 de la Ley de 1909. La Ley del 71 creaba una situación de invulnerabilidad para la titulación registrada, ante la cual cedían—en tesis de López de Haro—los derechos civiles extraños al Registro, reforzada aún con el artículo 396, por el que se prohibía a los Tribunales y oficinas la admisión de documentos inscribibles y no inscritos presentados contra los que fueron registrados; arbitrio ideado para estimular la inscripción al no aceptarse el criterio de su obligatoriedad, que alguno de los vocales de la Comisión propugnaba. Sólo cabía ir contra los derechos inscritos, pidiendo su nulidad, y, por consiguiente, la cancelación del asiento, pero no se había previsto la posibilidad —o, si se previó, se quiso decidir en favor de la inscripción—de pertenecer el derecho a una persona, según el Registro, y no obstante hallarse en poder de otra. Es decir, la existencia de una situación dispar, amparada una por el Registro y otra por la fuerza incontrastable de la realidad jurídica.

Consagrada por la ley la legalidad de las resultancias del Registro, careciese, no obstante, de normas o reglas para la efectividad de

esta legalidad, y los redactores de 1909 hicieron surgir el artículo 41. Según Aragonés y Martínez Pardo, con este artículo—y el 24—se ha querido evitar al dueño inscrito toda molestia y contención. La posesión radica siempre y necesariamente en el dueño registral, y bastaría acudir al Juzgado para que, sin necesidad de juicio o controversia, pudiera tener la posesión material; y para atacar un derecho inscrito habrá que entablar previamente, o a la vez, la nulidad de la propia inscripción. El caso era distinto cuando era el dueño inscrito el que reclamaba la posesión que otro tenía.

El propósito de la reforma era, pues, buscar la concordancia entre el estado legal civil y la legalidad registral, considerada ésta como de orden público, ya que la posesión—dice López de Haro—vino al Registro representando el título de propiedad, y no podía ser inscrita si había asiento contradictorio sin oír al titular.

Se quiso dar tal fuerza al Registro, que no se formuló una doctrina, siquiera vaga, para resolver los estados de inexactitud, y al no darse a la inscripción los efectos constitutivos que pretendía Luzuriaga en la Base 52 del proyecto de 1843, y aceptarse en cambio en 1846 la fórmula transaccional que dió vida al “tercero”, empezaron a dibujarse patentes los conflictos que de la discordancia podían derivarse, supuesto que existían situaciones posesorias de largo tiempo en personas distintas de las que figuraban como dueños en el Registro. Además, voluntaria la inscripción, en cualquier momento podía romperse el trato y surgir la misma situación falaz. En definitiva, para reforzar la inscripción nació el artículo 24, y para la concordia, el artículo 41; y éste estableció una presunción: la de que el inscribiente posee civilmente, arbitrando reglas para hacerla efectiva.

Esta presunción era, según la opinión de los autores más ponderados, de carácter “juris tantum”, aunque los autores del Reglamento dijeron que “... seguramente la práctica judicial encontrará en los preceptos de la Ley procesal forma adecuada para dar a la inscripción todo su valor”.

Según la Jurisprudencia, la efectuación posesoria se verificaba unas veces mediante el procedimiento de los artículos 2.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento (SS. de 5-3-14, 6-10-15, 12-5-25); en otras, los Tribunales, obtenida la posesión judicial, aprobaran el desahucio fundado en la inscripción (SS. 21-3-16, 7-12-17, 10-6-24); en alguna se afirmaba no ser adecuado de desahucio por su carácter su-

mario, para resolver cuestiones de esta índole, mientras se desmentía de nuevo este criterio en la de 2-7-25. Se desprende de todo ello que los preceptos de 1909 no fueron claros ni mucho menos eficaces; no contribuyeron ni a fortalecer la inscripción ni a concordar situaciones dispares; ni protegía al dueño registral ni garantizaba al poseedor que vivía al margen de esta institución.

\* \* \*

De nuevo en 23 de junio de 1927 el artículo 41 sale a las columnas del periódico oficial. Habrá sido grande la lucha entre los partidarios de dar a la inscripción todo su vigor trascendental, tendiendo indirectamente a su obligatoriedad, y las que se inspiraban, tanto en el artículo 937 del Código civil suizo, que, sin perjuicio de la presunción a favor del inscribiente, respetaban en el poseedor efectivo las acciones interdictales, como en el tradicionalmente sistema espiritualista de nuestro derecho.

Poco a poco se abrió camino la idea de que el estado posesorio, no ingresado en el Registro por causas cuyo examen no son de este lugar, no podía ser desamparado; que "los llevadores de tierra durante siglos en virtud de títulos más o menos defectuosos no podían ser violentamente lanzados en procedimientos sumarios, sin poder alegar su posesión inmemorial", y que "... ni los principios hipotecarios ni las tendencias del moderno derecho de propiedad, ni los postulados de la acción social agraria permiten la consagración de tales ideas", según afirmaba el preámbulo del Real decreto-ley. En su consecuencia, en el artículo 41 se estableció la presunción a favor del dueño inscrito "... mientras los Tribunales no declaren que la inscripción no concuerda con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición, a tenor del artículo 445 del Código civil". Hay que reconocer que la referencia a este artículo era bastante desgraciada, que daba lugar a confusiones y no reforzaba ciertamente el articulado sistema de nuestra ley; por ello el Reglamento tuvo que aclararlo en el sentido de que, para sus efectos, en relación con el artículo 41, se reputará título el certificado de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Algún autor—López de Haro—afirmaba "... no hay para qué dilucidar el carácter jurídico de la posesión; estímese hecho o dere-

cho, en relación con el Registro, si está contrapuesto a sus asientos es, en realidad, una carga no inscrita, y admitir la existencia de una posesión frente a inscripción sería volver a las cargas ocultas, atacar el ordenamiento jurídico inmobiliario y cercenar el crédito". No tenía razón, porque la vida es más fuerte que la norma legal.

¿Cómo podía ser protegido el dueño inscrito en el sistema de 1927? Por los medios arbitrados en los artículos 100 y 101 del Reglamento; si mediaba oposición, se haría contencioso el expediente con arreglo al artículo 1.642 al 50 de la Ley de Enjuiciamiento. Pero ¿y si no mediaba esta oposición? Dos medios podían ofrecerse: el ejercicio de la acción de desahucio, fundada en la misma posesión obtenida, y en la inscripción, frente a la que el poseedor era ya un mero precarista, o reintegrar al vencedor por los trámites de la ejecución de sentencia; cosa que los Tribunales repugnaban, pero que, en nuestro entender, era el que la ley *había* querido para dar plena eficacia a la inscripción. Lo que no nos cabe duda es que, en caso de oposición, habría de ejercitarse previamente la acción de nulidad o cancelación, no sólo por aplicación del artículo 24, sino por la propia del artículo 41, puesto que la declaración de discordancia por los Tribunales había de ser recabada no por el inscribiente—que ya tenía a su favor la presunción registral—sino por el opositor, con todos los obstáculos que a éste se oponían en el artículo 34 y en la doctrina del ejercicio de las acciones rescisorias y resolutorias.

La verdad era y es que el poseedor tabular no puede ser perjudicado por una situación que no ha conocido ni se ha hecho pública; pero tampoco el hecho de la posesión puede ser olvidado por la ley, si bien, siguiendo a Jerónimo González, "mientras el tercero no quede indefenso y entregado a los azares de un hecho desconocido".

#### REFORMA DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1944

Llegamos así a la reforma del artículo 41 que nos ocupa, y que es una de las de mayores alcances y habrá de ser objeto del más detenido examen. Al justificarla, dice el notable preámbulo de la ley: "En "el ejercicio de acciones reales dimanantes de derechos reales inscritos, "el principio de contradicción, básico en el orden procesal, no puede "entrar en juego con tal premura o latitud que equivalga a poner en

"entredicho o a tratar con injustificado recelo declaraciones oficialmente tamizadas, dignas de equipararse a los títulos ejecutivos y otorgarles la confianza que éstos inspiran. En eventos semejantes no es preciso formar la convicción del Juez. La naturaleza, condiciones y efectos de los derechos que sirven de base al procedimiento, aparecen claramente definidos en los asientos registrales que por ministerio de "la ley deben ser considerados exactos e íntegros, mientras no se decide lo contrario. Todo ello ha inclinado a proponer que las acciones reales, no las demás provenientes de derechos inmobiliarios inscritos, puedan ejercitarse contra los que no inscribieron sus pretendidos techos, mediante un proceso de ejecución. No obstante, ante la posible inexactitud del Registro, se concede a éstos un breve plazo para formalizar la correspondiente oposición, en cuyo caso, y mediante fianza bastante, se paralizará la privilegiada fase para dar lugar a una discusión circunscrita a determinados extremos, sin perjuicio de una más amplia y definitiva controversia en el respectivo proceso de cognición. Sobre vigorizarse el Registro, se consigue aplicar sus principios en toda su integridad y amplitud, y en forma alguna se lesionan a los legítimos titulares de derechos que, estén o no inscritos, continuarán gozando de las debidas garantías".

El artículo 41 ha quedado absolutamente modificado. Ya no tiene, como en la anterior redacción, a establecer presunciones más o menos trascendentales, recogiendo sólo el espíritu de aquél en cuanto a la vitalidad o reconocimiento de la realidad jurídica en pugna con los supuestos inscritos. Ahora la presunción está clara y rotundamente en el primer párrafo del artículo 24: "A todos los efectos legales se presumirá que todo derecho real inscrito en el Registro existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento registral respectivo. En igual forma se presumirá que quien tiene inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos".

Es una presunción "juris et de jure"; sólo admite prueba en contrario la *causa* que motivó la inscripción. Y es así porque, según el artículo 25, los asientos del Registro se presumen exactos, y sólo cuando se declare que no lo son dejan de estar bajo la salvaguardia de los Tribunales, entendiéndose por inexactitud toda discordancia que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extraregistral, sin que a esta exactitud afecte—según la ex-

posición de motivos—los derechos no protegidos por la fe pública ni aquellos otros cuya registración no se considera necesaria por razones sociales o por su intrínseca exteriorización.

El artículo 41 establece de modo esencial la posibilidad de un proceso de ejecución de acciones reales procedentes de derechos inscritos contra todos los que no inscribieron sus títulos y se le opongan o perturben. Quiere establecer de una manera indubitable la exactitud y concordancia del Registro y defender enérgicamente los derechos inscritos. Lo que dice el Registro es la verdad, y sobre ser necesario respetar esta verdad es obligado conceder al propietario todas las consecuencias de su derecho. Se deduce que no basta la presentación del documento con la nota de inscripción, sino que es necesario presentar la certificación de que esa inscripción es actual.

Se da, pues, un paso decisivo en la llamada sustantividad de la inscripción. "Tanto si la inscripción es declarativa como si es constitutiva—dice Jerónimo González—, posee una fuerza legitimadora que exterioriza la facultad de disponer y la presunción legal a favor y contra terceras personas, pero no produce efectos de cosa juzgada, sino que por apoyarse en un título jurídico voluntariamente presentado en el Registro corre su suerte y es susceptible de impugnación mientras el principio de la fe pública hipotecaria no entre en juego.". "El principio de la seguridad del tercero por la inscripción ha evolucionado, y en su lugar pondremos la presunción germánica: El registro se supone conforme en tanto no se demuestre lo contrario."

En el proceso precautorio del artículo 41, el Juzgado adoptará las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar, en todo caso, el cumplimiento de la sentencia que recayere. La indicación de este proceso es vaga en demasía, y sin duda será fijada reglamentariamente, pero parece indudable que consta de dos partes: una, de admisión de la demanda y adopción de las medidas encaminadas al aseguramiento de la sentencia en su día. Así, podrá pedirse y obtenerse la administración judicial de la finca, el depósito de frutos, etcétera, y en el caso de los números 2, 3 y 4 del artículo 41, la anotación al margen de la finca o derecho que en su caso estuviere inscrito del opositor. Otra, de contención propiamente dicha, en que el demandado se persona y contesta, fundando su excepción taxativamente en alguna de las causas que dicho artículo enumera, y por los trámites del artículo 749 y siguientes del título III, libro II de la Ley

de Enjuiciamiento, o sea por el trámite de los incidentes, salvo que la excepción alegada sea la falsedad.

Análogamente al juicio ejecutivo se han propuesto unas terminantes causas de oposición, ya que por no producir excepción de cosa juzgada podrá la parte interpelada reproducirlas y ampliarlas en el juicio ordinario que corresponda.

De las causas de oposición que formula el artículo 41, la primera, tercera y cuarta son fácilmente comprensibles, ya que si media falsedad u omisión en la certificación registral, si la finca o derecho se encuentran inscritos a favor del opositor, o no se refiere a la finca poseída por el opositor, queda enervada lógicamente la acción entablada y sólo procederá la acción penal en el primer caso y el juicio ordinario civil en el segundo. De más difícil inteligencia es la excepción del número segundo: "Poseer el opositor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36". Confesamos que, para nosotros, este párrafo carece por completo de claridad y que, silenciado en la exposición de motivos de esta Ley, ha de dar lugar a distintas interpretaciones y a no pocas cuestiones judiciales, pudiendo ser el peligro más notorio para la propia intención del legislador, que quizás haya ido demasiado lejos en la aceptación de criterios transaccionales que rompen la armonía de la Ley.

El opositor ha de poseer la finca o derecho *por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular*—suponemos que este titular será el inmediatamente anterior al que acciona y éste lo sea por título lucrativo—, que en tal evento ha de tropezar abiertamente con los artículos 34 y 37, pues aún resulta más inconcebible que esta relación o contrato pueda proceder de "los titulares anteriores". ¿Qué contrato o relación puede ser ésta? ¿La posesión aquella de largo tiempo a que aludían los legisladores de 1927? No, porque a ella se refiere directamente otro de los incisos de este mismo párrafo. Sólo creemos que puede ser una: la arrendaticia, por la tendencia social que a la misma quiere darse en la moderna orientación del Derecho agrario.

Pero si tal fué el propósito, pudo hacerse una referencia clara y explícita a los efectos de esta legislación especial. Además, la posesión del opositor debe ser a propio nombre, y el arrendatario posee para el

dueño, y el conflicto es de otra índole y esfera. Tampoco el arrendamiento no inscrito es derecho real, al menos en la jurisprudencia hipotecaria, aunque vaya tomando sus características en su legislación especial, y por tanto no engendra acción real, y el propio preámbulo afirma la posibilidad de ejercicio "de las acciones reales, no de las demás". Tal vez se ha querido aludir a lo que Rossel y Menthé llaman acciones protectoras que el arrendatario puede ejercer por causa de usurpación o perturbación y que, sobre ser distintas de las posesorias propiamente dichas, tienen un período efímero de ejercicio y entendemos no caben contra el propietario. Sin embargo, aun contra éstos, parecen dibujarse en la legislación de arriendos.

También constituye excepción oponible, según el artículo que examinamos, la prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito—tercero que de buena fe adquiera a título oneroso de quien en el Registro aparezca con facultades transmisorias—, según el artículo 36; o sea, la adquisitiva consumada o que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseído de hecho y a título de dueño por persona distinta del transmisor, o cuando, no dándose estos supuestos, la consienta expresa o tácitamente durante el año siguiente a su adquisición.

Estos conceptos de la posibilidad de conocimiento por parte del titular inscrito, tributo rendido excesivamente al concepto de buena fe de nuestra Jurisprudencia, y de prueba tan vidriosa, merece capítulo aparte.

Ahora bien, como la Ley Hipotecaria es un todo que pretende estar perfectamente ensamblado, entendemos que los artículos 25, 24 y 41 están íntimamente trabados y han debido ir unidos por este orden. El artículo 41 consagra el derecho del titular inscrito de ejercer plenamente su derecho y ponerlo acorde con la realidad jurídica; el 24, párrafo 2.<sup>a</sup>, el de coordinar esta realidad con el Registro, y por ello entendemos que cuando se ejercente la excepción 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del artículo 41 deberá entablararse, previamente o a la vez, la demanda de nulidad o cancelación del asiento contrario, en relación con el artículo 355 del texto reformado, y que no puede ser más terminante.

Esperamos que, de acuerdo con la 2.<sup>a</sup> disposición adicional, en el texto definitivo de la Ley se aclaren los conceptos oscuros y polemicos

zables, y que en la reforma del Reglamento se determinen exactamente aquellos preceptos procesales que completen las disposiciones legales reformadas.

Estimamos, en resumen, de grandísima importancia y amplitud la reforma realizada, cuyas facetas irán exteriorizándose a medida que un minucioso examen crítico, despojado de prejuicios, se vaya haciendo por los profesionales más autorizados.

RAFAEL GÓMEZ PAVÓN  
Registrador de la Propiedad.