

## **TEMAS DE LA REFORMA HIPOTECARIA**

---

### **El tercero ante la Ley de 30 de diciembre de 1944**

#### **ANTECEDENTES**

La determinación del valor jurídico de la inscripción tuvo en el proceso histórico de la Ley Hipotecaria una evolución.

Denominada dicha Ley, por Cárdenas, Código de la propiedad territorial, y dictada para asegurar el dominio como fin principal, sin embargo, en definitiva quedó como Ley protectora de terceros, y por *Ley de terceros* es conocida.

La base 52 del proyecto de Código civil, en 1843, no nombró para nada a este *tercero*. Discutida más tarde, en 1846, se llegó a la fórmula de la precisión de toma de razón en el Registro, de los títulos constitutivos y traslativos del dominio, para que produjeran *efecto en cuanto a tercero*.

No hubo, por tanto, variación en los modos de adquirir, pero se protegió al *tercero* por las declaraciones del Registro.

Ni este es el lugar ni esta la hora para repetir lo que de todos es sabido; pero no queremos dejar de recordar la carta que el eminente jurista D. Eduardo Pérez Pujol dirigió al Sr. Oliver el 14 de mayo de 1893 (1), en la que dice: «Que cuando el derecho real se adquiere de otro que lo posee, de quien se *deriva*, hay tres elementos jurídicos: un *adquirente*, sujeto activo, y dos sujetos pasivos, el *cedente* y todas las *otras personas* individuales y sociales.

(1) Transcrita por Jerónimo González en *Principios hipotecarios*.

De la relación con el primero nace una obligación personal del cedente; de la relación con las demás personas nace la obligación de respetar al adquirente...». Y luego añade: «Si la obligación nacida del título es nula, la inscripción no la *convalida*, aunque no perjudique a *tercero*, que tiene inscrito su derecho. En tal caso, el *tercero* conservaría el derecho real inscrito, y declarada la nulidad del título *ex post facto*, por el efecto de esta nulidad el adquirente estará sujeto, con *obligación personal*, a indemnizar los daños y perjuicios al primer cedente o al perjudicado por el título nulo.»

No parece estar ello muy acorde con las corrientes doctrinales, cada vez más favorables a la inscripción *constitutiva* o sustancial siquiera; como luego se verá, en la reforma última no ha predominado.

No obstante ser harto conocidas, no son de olvidar las palabras de la Comisión redactora de la Ley primitiva, necesarias para el estudio de lo sucedido después: «Resultará de hecho—dice—que para los efectos de la seguridad de un *tercero*, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos y traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, *cuando no se haga tal inscripción*, subsistente el derecho antiguo.»

## EVOLUCION Y COMPLICACION DEL CONCEPTO DE TERCERO

¿Y quién es tercero? «Desde luego—dice Morell y Terry—la persona que no ha sido parte en un acto o contrato, la que no ha intervenido en él, la que no se halla ligada por ningún lazo, vínculo u obligación personal con otra u otras determinadas.»

Conformes con el ilustre y llorado comentarista. El concepto de tercero, claro, diáfano, no debió ser nunca deformado por interpretaciones más o menos justificadas.

El claro castellano del artículo 27 de la Ley antigua no autorizaba, en los términos que se ha hecho, su deformación: «Para los efectos de esta Ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.»

Y ello nos recuerda las palabras que al principio transcribimos

del ilustre Pérez Pujol: «... de la relación con las *demás personas* nace la obligación de respetar al adquirente...», obligación que, en realidad, no debiera nacer sino después de la inscripción que dé fuerza de publicidad a la transmisión del derecho real.

Seguir paso a paso las encontradas opiniones, las vacilaciones, las dudas, la intrincada literatura que alrededor del concepto de *tercero* se han creado, heriría la cultura de nuestros lectores.

El hecho es que, poniendo en juego los conceptos de *derecho* y el recíproco de *obligación* y las combinaciones con tres elementos A (transmitente), B (adquirente) y C (otras personas); situando las diversas posiciones de cada uno de estos elementos en sus dos posibilidades de constar o no inscrito su derecho en el Registro; distinguiendo entre que el adquirente lo sea por título gratuito u oneroso, y aderezado todo ello con la existencia o no de la buena fe, se ha llegado a tal confusión en la materia que al cabo de largos años de vida profesional nos hemos llegado a preguntar con estupor si acaso ignorábamos lo que era *tercero*.

Pueden consultarse como antecedentes los estimables trabajos de Calderón Neira (1), Morell y Terry (2), Días Moreno (3) y Roca Sastre (4), entre otros.

Roca Sastre, con esa difícil facilidad suya para el correcto enfoque del problema, dice textualmente: «El concepto de *tercero*, a los efectos del Registro de la Propiedad, no es tan complejo ni de tan difícil configuración. Lo que conviene en este punto, como en tantos otros de la legislación Hipotecaria, es emplear el proceso de simplificación a base de un buen enfoque del problema.»

Fijado el concepto de *tercero* en el orden civil puro, no es difícil llegar al del *tercero hipotecario*, y parece predominar la opinión de que el *tercero* del artículo 27 era el extraño al acto o contrato *inscrito*.

Mas no es menos cierto que gran número de autores entienden que las leyes no deben hacer definiciones, criterio que ha sido seguido por la Ley de 30 de diciembre de 1944.

(1) *Estudios hipotecarios*.

(2) *Comentarios a la Legislación hipotecaria* (1.<sup>a</sup> edición), tomo I, pág. 530, y tomo V, pág. 426.

(3) *Legislación hipotecaria*, tomo II, pág. 126.

(4) *Derecho hipotecario*, tomo II, pág. 180.

## CARACTER DE LA REFORMA

La reforma, acorde con la tendencia dicha de no definir, ha suprimido el antiguo artículo 27, sustituyéndole por otro texto ajeno a tal definición.

Para la mayor claridad de la exposición, conviene recordar, si quiera sea en leve rasgo, las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la inscripción:

- a) La teoría de la sustantividad con fuerza probatoria absoluta.
- b) La teoría de la sustantividad con fuerza probatoria presuntiva.
- c) La teoría de la sustantividad relativa o funcional.
- d) La teoría de la adjetividad.

«No se ha considerado oportuno—dice el legislador de 1944— elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico.»

El legislador, sin desconocer ni subvalorar las razones de los que propugnan la *inscripción constitutiva*, no ha creído prudente llevarla a la Ley:

1.<sup>º</sup> Por estimar que más de un 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro.

2.<sup>º</sup> Porque, en definitiva, quedaría incumplida, con menoscabo del prestigio legislativo.

3.<sup>º</sup> Porque ello agravaría el estado posesorio desconectado del Registro, existente en gran número de comarcas españolas y cuyo desconocimiento podría incluso llevar a conflictos de orden público.

4.<sup>º</sup> Por falta de cultura de la población rural, a la que sería difícil hacer comprender la diferencia entre el vínculo personal y la relación real.

Por ello, conociendo la dualidad de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos, aplaza *sine die* el dictado de una ley que pueda unificar la propiedad.

En cambio, entrando resueltamente en el campo de la teoría de la sustantividad relativa o funcional, da el primer paso en medidas de tipo coercitivo con la reforma de los artículos 355 y 356, en los que, de intento, se ha suprimido la palabra *tercero*.

La inscripción no es necesaria para que nazca la relación jurídica entre las partes, pero es un factor oponible a terceros que puede llegar a adquirir fuerza legitimadora bastante y con valor propio y sustantivo para motivar la existencia, modificación o extinción de un derecho real inmobiliario.

De este modo la inscripción continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, pero es premisa ineludible para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles con ciertas limitaciones.

Recordemos las palabras de Pérez Pujol al principio trascritas y comprenderemos que el *adquirente* frente al transmitente no necesita para nada la inscripción, pero en su relación con el resto del mundo nada puede hacer ni nada es si no registra previamente su derecho, aun cuando esta relación con otras personas sea para ejercitarse derechos contra el mismo transmitente.

Por tanto, «si no se concede a la inscripción carácter constitutivo se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal». Así se expresa el legislador en la reforma última.

Y con ello se llega al engarce entre el valor dado a la inscripción y la desaparición de la definición de *tercero*.

«No por ello—dice el preámbulo de la ley reformada—se limitan a terceros los efectos de la inscripción. El principio de legitimación, los preceptos sobre rectificación registral y ejercicio de acciones reales, la modificación del artículo 355 y las demás propuestas, dan a la inscripción tal alcance y a sus titulares privilegios tan destacados en la esfera civil y procesal, que hacen poco apropiado para nuestra ley la para algunos preferente o exclusiva denominación de o para *terceros*.

La reforma sienta, por tanto, las siguientes afirmaciones :

Primera. Que la noción del tercero no es privativa de las leyes inmobiliarias.

Segunda. Que todos los regímenes hipotecarios de tipo *intermedio* han regulado esta figura jurídica al fijar el ámbito del principio de publicidad. Es ello una realidad que no se puede soslayar.

La reforma, reconociendo la exagerada exégesis que del artículo 27 se había hecho, ha suprimido su texto y, en su lugar, en el artículo 34 ha determinado, no un concepto de tercero más,

sino la garantía que al mismo se concede, partiendo del concepto que se supone conocido por la legislación en general.

Tal vez se pensó en suprimir esta palabra *tercero*, que tantos y tan malos ratos ha proporcionado a algunos intérpretes meticulosos, pero es tan esencial en nuestro léxico hipotecario y civil, que no se atrevió el legislador a sustituirla por la palabra *adquirente*.

De este modo se torna al concepto simple, sencillo y claro de entender por *tercero* a los efectos de las *fides pùblica* al «tercer adquirente», es decir, «al causahabiente de un titular registral por vía onerosa». Con lo cual es lógico que no es tercero el «penitus extraneus».

Hablan o tratan del tercero los artículos siguientes reformados y cuyo sustancial contenido es :

*A)* La regulación de los efectos, en *perjuicio de tercero*, del aplazamiento del pago del precio (art. 11).

*B)* Para que surtan *efecto contra tercero* los derechos reales, deberán constar en la inscripción de la finca o derechos gravados (artículo 13).

*C)* No surtirán efecto, en *cuanto a tercero*, hasta dos años desde la muerte del causante, las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado a favor de herederos no forzosos (artículo 14).

*D)* *Contra terceros* adquirentes a título oneroso de bienes hereditarios, los legitimarios no podrán ejercer otras acciones que las derivadas de las menciones que se citan. Producirán efecto solamente *respecto de los terceros* adquirentes a título oneroso de los bienes hereditarios, no entre herederos y legitimarios que se rigen por la legislación civil (art. 15).

*E)* Se conserva el precepto de la necesidad de fundar en las causas taxativamente fijadas por la ley Hipotecaria, las demandas contradictorias de dominio, para que perjudiquen a tercero (artículo 24).

*F)* No perjudican los derechos adquiridos por *tercero* a título oneroso de buena fe, la rectificación de un asiento inexacto del Registro (art. 33).

*G)* El *tercero* de buena fe adquirente a título oneroso, será mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en el Registro.

La buena fe se presumirá, salvo prueba en contrario. Los adquirentes a título gratuito no gozan más protección registral que la que tuviese su causante o transferente (art. 34).

H) *Frente a terceros* sólo prevalece la prescripción adquisitiva consumada o consumable en el año siguiente a la adquisición, si fué conocida antes o si fué tolerada en el año siguiente. En cuanto a la prescripción comenzada, perjudica si no es interrumpida en los plazos indicados (art. 36).

I) *Contra tercero* no se darán las acciones rescisorias o resolutorias, salvo los casos ya conocidos (art. 37).

J) En cuanto a *tercero*, las inscripciones se extinguen por su cancelación o por la transferencia del derecho (art. 77).

K) Protege al *tercero* contra la ampliación de la hipoteca para asegurar intereses (art. 115).

L) Aun existiendo *terceros* es aplicable el procedimiento extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria (art. 129).

M) El acreedor ejecutante en el procedimiento sumario, indemnizará a *terceros* interesados por malicia en la exposición de hechos y demás circunstancias (art. 131).

N) Se extienden a *tercero* los efectos de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, en cuanto a la obligación del pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento (art. 156).

O) La hipoteca subsiste, en cuanto a *tercero*, mientras no se cancele su inscripción (art. 157).

P) No surtirán efecto *contra terceros* adquirentes hasta dos años desde su fecha, las inscripciones de inmatriculación (art. 347).

Q) También se establece igual limitación a la inmatriculación en virtud de título público otorgado por persona que haga constar fehacientemente la anterior adquisición del derecho (art. 352).

R) Finalmente, el artículo 355 envuelve la novedad de no admitir por los Juzgados y Tribunales, Consejos y Oficinas del Estado, Provincia o Municipio, ningún documento no inscrito, habiéndose suprimido el requisito de la ley anterior de que fuese «para hacer efectivo *en perjuicio de tercero*, derecho que debió ser inscrito».

## CONCLUSION

El primitivo proyecto de reforma del Código civil y de la Ley Hipotecaria formado por la Dirección General de Registros en 1943, propugnaba la reforma del artículo 607 del Código civil en esta forma :

«El tercero que en virtud de un negocio jurídico a título oneroso hubiese adquirido e inscrito a su favor el dominio o cualquier otro derecho real, fundándose de buena fe en un asiento registral, será mantenido en su derecho, aunque los términos del Registro no concuerden con la realidad jurídica.»

La reforma del Código civil a la que se quería llevar el concepto del tercero no progresó, y limitada la reforma de 30 de diciembre de 1944 a la Ley Hipotecaria, puede sintetizarse su contenido en esta forma :

Primero. Desaparición de la definición del *tercero*.

Segundo. Conocimiento de quien sea éste, por las garantías que el Registro le confiere.

Tercero. Equiparación de los términos *tercero* y *adquirente* que reuna los requisitos siguientes :

A) Que lo sean a *título oneroso*.

B) Que lo sean de *buena fe*.

Cualquiera que careciese de algunas de estas circunstancias, no gozará de las ventajas que la Ley ha concedido, de una mayor protección a los derechos inmobiliarios inscritos.

ANTONIO VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ  
Registrador de la Propiedad.

## 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 inaplazable 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>o</sup>, el de coordinar esta realidad con el Registro, y por ello entendemos que cuando se ejerzte la excepción 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del artículo 41 deberá entablarse, 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.