

En defensa de nuestra legislación hipotecaria

La serie de artículos publicados por el Sr. Cerdeiriña en esta Revista, con el título de «Inscripción de posesión e inmatriculación registral», es un ataque tan violento a nuestra legislación hipotecaria que, aun sin desconocer los méritos del trabajo y el fino análisis con que procede, nos creemos en el deber de poner las cosas en su punto y desvanecer las nieblas de una argumentación que, en algunos momentos, nos parece olvidar la tradición española y el precedente germánico.

Para nuestro distinguido colaborador, *la posesión carece de fuerza legitimadora y su inscripción es inoperante; porque el Registro no debe acoger sino derechos perfectos, sanos, fuertes y bien conformados.*

Estas radicales conclusiones, después de haber expuesto con galanura y claridad la doctrina, que en cierto modo podemos llamar clásica, de la posesión y de la inscripción como medios legitimadores en las dos grandes esferas del derecho de cosas, solamente pueden explicarse por haber olvidado que nos hallamos en presencia de una rama del derecho que ha recibido las influencias del romano y del germánico, mezclando las finalidades de instituciones diferentes (*gewere* y *possessio*) y concluído por emplear el último término para poner de relieve ciertas energías del primero.

Uno de los juristas alemanes de mayor fama en la materia, Gierke, dedica un largo capítulo del segundo volumen de su obra *Deutsche Privatrecht*, tan notable por la elegancia de los conceptos como por la prodigiosa erudición de las notas, a estas relacio-

nes entre *investidura*, *posesión* y *derecho registral*, y en sus ochenta páginas encontramos justificación sobrada para la iniciativa de la Comisión de Códigos: el célebre expediente posesorio, como titulación supletoria.

Al tener lugar la aceptación o recepción del Derecho romano, penetró en Alemania el concepto de la *possessio* con los matices que la doctrina italiana, poderosamente influída por el Derecho canónico, le había impuesto; pero la intuición y las normas romanas se amalgamaron con intuiciones y normas germánicas propias de la investidura para formar un todo poco armónico. Tan completo fué el triunfo de la doctrina posesoria, que hasta desapareció el término *gewere*. Tan arraigada se hallaba esta institución, que desfiguró las normas de la posesión y halló un cauce amplio en el registro inmobiliario.

Por de pronto, la discusión relativa al carácter de la posesión (*hecho* o *derecho*) no puede decidirse con la frase «señorío de hecho» en un ordenamiento que va atribuyéndole particularidades de la *investidura*, hasta convertirla en una dominación jurídicamente cualificada que, independientemente de los derechos reales, recibe garantías formales y cristaliza en una especie de derecho subjetivo. Así se explican la transmisibilidad de la posesión, las repercusiones de la investidura justa o recta en la usucapión, el uso de la palabra *gewere* en el sentido de *prescriptio*, las variadas especies de la posesión, la transformación de la *quasi possessio* (sólo admitida en Derecho romano para las servidumbres) en posesión de cosas incorpórales, la distinción de la posesión en originaria y derivativa...

Donde se pone más de relieve la mezcla de características es en el Derecho inmobiliario, que, nacido directamente de la investidura judicialmente otorgada, emplea términos latinos desconcertantes por referirse a una especie de posesión registrada. Sorprende, en verdad, al estudiante español que abre la Ordenanza hipotecaria Prusiana de 20 de Diciembre de 1783 el encontrarse ya en el primer título con los párrafos 35 y 36, que aluden a la rúbrica I del modelo oficial con las frases *bei dem titulo possessio-nis unter dem titulo possessionis*, y su asombro no tiene límites si repasa los modelos mismos y se fija en él encasillado: Nombre de poseedor (*Namen des Besitzers*).—*Titulus possessionis* (así, en la-

ín).—Valor del inmueble, *Wert des Immobilis* (en alemán y en latín).

Sin embargo, esta es la técnica corriente en las leyes y comentarios publicados en el segundo tercio del pasado siglo, que conceden al *título de posesión* el mismo valor que nosotros al *documento inscribible*.

La materia se vuelve más complicada y difícil con la admisión en el derecho austriaco y concordantes de la llamada *posesión tabular*, o sea la que resulta de la inscripción de una finca o derecho a favor de una persona, llamada por ello *poseedor tabular*. Los trabajos sobre esta posesión, discutidos apasionadamente cuando la Comisión de Códigos desenvolvía en España su famosa actuación, por Zlobitzki, Wittig, Winiwaster... y otros muchos, serían o no conocidos por nuestros juristas, pero acusan una innegable amalgama de instituciones y parten de valores indespreciables para quien pretenda trazar los precedentes y evolución del sistema hipotecario español. La inscripción legitima y eleva la situación jurídica a un plano intermedio entre la posesión y la propiedad (*Mittelding zwischen Besitz und Eigenthum*), y este *ens tertium* goza de los privilegios de la posesión justa y de buena fe.

En el derecho bohemio se reputaba que se poseía con justo título cuando el Juez autorizaba la tenencia. Solamente el titular inscrito, decían otros Ordenamientos, posee *justo título*, porque no se admite una prescripción *contra tabulas*. La ley favorecía esta posesión y de ahí que también se la denominara *legitima posesión*. ¿ Acaso quien obtiene la aprobación judicial de su título y ostenta su derecho *erga omnes*, proclamándolo a los cuatro vientos y desafiando a quien presuma de contradictor, no goza de sus bienes con publicidad, lealtad y nobleza superiores a las del poseedor que oculta, no ya un documento auténtico, sino la base o causa de su posesión ?

Consecuencia de estas normas era la rapidez de la *praescriptio tabularum*, cuyo plazo, en unos sitios, se reducía al *año y día* del antiguo derecho ; en Austria, se fijaba en tres años ; en la Moravia se cumplía a los tres años y dieciocho semanas ; en Hesse, llegaba a los cinco, y en el Código civil suizo no pasa de los diez. Algunas de estas leyes exigen la posesión real y efectiva, pero otras vienen a transformar la prescripción extintiva del derecho

correspondiente al titular no inscrito, en una especie de *usucapión* a favor de quien ha inscrito a su propio nombre.

Se replicará a esta argumentación que, en los casos aludidos, existe una causa de la posesión acreditada por documento auténtico y que para inmatricular el dominio hay que exigir las pruebas posibles de su adquisición.

Aparte de que se puede discutir si el título de posesión es, sobre todo, un título adquisitivo de la propiedad y de que la *prueba diabólica* no es el camino más recomendable para desenvolver un sistema hipotecario, hay que reconocer, con los modernos estudios, que la existencia de la investidura (*gewere*) se halla más ligada con su manifestación solemne, con una leal publicidad, que con el encadenamiento de actos o contratos clandestinos.

Veamos ahora rápidamente si el expediente posesorio de la primitiva ley Hipotecaria (con las modificaciones de la Ley de 17 de Julio de 1877) respondía a estas exigencias del sistema. Se trata de un procedimiento judicial, con intervención del ministerio fiscal, audiencia de los copropietarios y copartícipes, descripción hipotecaria de la finca, nombre del transferente, tiempo de posesión, aseveración de dos o más testigos cualificados, certificación del Alcalde, referencia a los amillaramientos, etc..., notificaciones a la persona de quien procediese el inmueble o a sus herederos, recibo de contribución, oposición de parte legítima...

Es decir, que la Ley se apoya en los más elevados funcionarios de la vida municipal: Jueces, Fiscales, Secretarios judiciales, Alcaldes y Secretarios de Ayuntamiento; en los ciudadanos de notoria solvencia: vecinos propietarios del pueblo; en las declaraciones auténticas de los que pretenden inscribir..., todo bajo la severa calificación del Registrador.

¿Qué más se puede pedir? A un autor tan imparcial como conocedor de la materia (D. Bienvenido Oliver: *Derecho inmobiliario*, I, pág. 572) le parece que hay marcadas desigualdades entre la titulación auténtica y la supletoria, que no responden a su respectiva naturaleza «porque el fundamento de la primera es mucho menos firme que el de la segunda». «El de aquélla, la auténtica, consiste en la simple palabra de los que otorgan el acto o contrato, atestiguada o confirmada por el Notario autorizante. El de la segunda, la supletoria, estriba no sólo en la palabra del in-

teresado, de igual modo que la anterior, sino en otros hechos importantes, como las declaraciones de dos vecinos propietarios... y la publicidad consiguiente a todo procedimiento judicial en la localidad donde radican las fincas». «Verdaderamente—añade—no están en relación los efectos tan inseguros y limitados de la titulación supletoria, con los trámites complicados y costosos exigidos para obtenerla.»

Para desvirtuar estos razonamientos se habla de los innumerables abusos cometidos a la sombra del expediente posesorio y de la falta de probidad, por no emplear un término más fuerte, de las personas que en él intervienen: el Juez municipal, es un iletrado; el Secretario judicial, un sinvergüenza; el Alcalde, un amigo de sus amigos; el Secretario del Ayuntamiento, un *fresco*; los testigos, unos falsarios; el solicitante, un embustero... *e via dicendo*. ¿Cómo es posible discutir de este modo las ventajas o inconvenientes de un procedimiento inmatriculatorio? ¿No hay en nuestro país Código penal ni personas decentes?

Indudablemente, se ha buscado en la información posesoria la salida para todas las situaciones jurídicas que por su complejidad, autenticación difícil o defectuosa documentación no podían ser llevadas al Registro, o sólo podían ser inscritas mediante enormes gastos, que absorberían el valor de los inmuebles. Fenómeno es éste que se observa en los ordenamientos jurídicos más progresivos. Por algo la ficción ocupa el rango de medio técnico y cauce adecuado al desenvolvimiento del derecho.

Consecuencia lógica de lo expuesto: la afirmación de que el asiento practicado en virtud del expediente posesorio no sirve para legitimar la situación jurídica, porque solamente exterioriza un hecho, desconoce los antecedentes, supuestos y funcionamiento del sistema hipotecario español. Ciento es que de una precipitada lectura de la Exposición de motivos pudiera deducirse que la ley Hipotecaria transforma a los propietarios en poseedores; pero aparte de que la finalidad entonces perseguida era la de proveer de titulación a quien de ella careciera, nadie pone hoy en duda que la inscripción del expediente tiene un contenido mucho más denso que el de un simple hecho, una riqueza jurídica no contenida en la protección posesoria de tipo romano. De otra suerte, ¿cómo admis-

tir que se pueda vender un hecho, constituir sobre él un derecho incorporal o gravarlo con una hipoteca?

No. En la inscripción posesoria todos vemos el reflejo gráfico de una relación dominical, que por el ordenamiento hipotecario es reconocida como exteriorización formal y legitimadora de un cierto señorío jurídico sobre la finca.

Con frase más sencilla, decían Galindo y Escosura (en los comentarios a los artículos 397 y siguientes): «La información posesoria viene a ser la prueba interina y de presunción de que al poseedor le pertenece el dominio.» «Inscrita ya la posesión..., queda habilitado el poseedor para transferir el inmueble en cuanto a sus derechos posesorios...» «La posesión, considerada en abstracto como un simple hecho, no es inscribible, porque el Registro no es archivo de hechos, sino de derechos...»

Desde este punto de vista, aceptado por el párrafo segundo del artículo 41 de la ley de 1909, se explican las resoluciones de la Dirección general de los Registros, los preceptos del Real decreto-ley de 13 de Junio de 1927 y, en general, la doctrina española. Citar para desprestigiárla el artículo 927 del Código civil alemán equivale a confundir la prescripción *contra tabulas* con el régimen de inmatriculación.

A. DE L.