

Consideraciones en torno al artículo 38 de la Ley Hipotecaria

Dice el párrafo segundo de este precepto que «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero».

FUNDAMENTO DE LA NORMA

Exige el precepto esta pretensión antecedente de cancelación o nulidad para mantener el adecuado paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica extraregistral.

Si, como consecuencia del ejercicio de una acción contradictoria de un derecho real inscrito, se produce una resolución favorable al actor, el derecho que detentaba el demandado deviene ineficaz en la realidad jurídica.

Por ello, si paralelamente no se ha solicitado la extinción registral de ese derecho, podría ocurrir que se originase un divorcio entre el mundo tabular y el extraregistral, por figurar en los libros como inscrito un derecho real extinguido en la realidad, en virtud de la declaración judicial de su inexistencia.

LA ACCIÓN CONFESORIA ANTE EL RÉGIMEN DEL ART. 38

Contra la autorizada opinión de ROCA SASTRE, nos atrevemos a confesar que, a nuestro juicio, la acción que tiende al reconocimiento de servidumbres no debe sujetarse a las exigencias de este precepto, por cuanto no es contradictria del dominio de los derechos reales inscritos.

Si el titular del predio dominante se dirige contra el dueño del sirviente, ejercitando frente a este último una acción confesoria, no sólo no se opone a su dominio, sino que se apoya en la existencia del mismo.

Presupuesto necesario para las servidumbres prediales es la existencia de una finca sobre la cual estén impuestas, cuyo dueño haya de soportar el gravamen. Sin predio sirviente no puede darse una servidumbre.

Y así como quien ejercita una acción reivindicatoria niega el dominio del demandado, basándose en que es un simple poseedor no propietario y con título endeble, quien entabla una acción confesoria parte del hecho de que el demandado es dueño del predio sirviente y se dirige contra él con la pretensión de que soporte el gravamen.

Las servidumbres son derechos reales limitativos del dominio. Por tanto, para subsistir necesitan de su existencia y reconocimiento.

EL DOMINIO DE INMUEBLES O DERECHOS REALES INSCRITOS

Tal vez fuese más correcto emplear la expresión «acción contradictoria del dominio o de los derechos reales inscritos» en lugar de la frase redundante «dominio de los inmuebles», pues ya se sabe que el dominio, para ser registrable, ha de recaer sobre bienes inmuebles.

Además, el artículo incurre en la distinción poco científica entre el dominio y los demás derechos reales inscritos, como si la propiedad no fuera un derecho real.

A NOMBRE DE PERSONA O ENTIDAD DETERMINADA

Parece ser ésta una frase innecesaria. Todo derecho ha de estar registrado a favor de una persona natural o jurídica, pues así lo exige el art. 9.^º de la Ley, desarrollado por el 51 del Reglamento Hipotecario.

En el supuesto de los derechos subjetivamente reales establecidos en beneficio de un fundo, el titular de los mismos lo es quien en cada momento sea dueño del predio dominante, sin que sea necesario constatar en la inscripción, que figurará en el folio del predio sirviente, el nombre y apellidos o la razón social de cada uno de los sucesivos titulares. El sujeto aparece determinado por la relación con la finca, no por su identificación personal.

Podemos preguntarnos : ¿Si el derecho no está inscrito a nombre de persona o entidad determinada, como ocurre en el supuesto de los derechos subjetivamente reales, no es necesario cumplir lo exigido por el art. 38 de la Ley ?

Es decir, que quien ejerce una acción negatoria de una servidumbre predial inscrita, ¿no necesita demandar la nulidad o cancelación del asiento correspondiente?

A una contestación afirmativa, contraria a la opinión de ROCA SASTRE, conduce la interpretación literal del precepto.

Y ello es así, porque la norma que comentamos está mal situada. El legislador ha querido encajarla en el art. 38, definidor del principio de legitimación. Y como en el mismo se protege al titular registral, tal vez con objeto de que resaltase claramente el propósito de tutelar al sujeto del asiento, se habla de «derechos inscritos a nombre de persona o entidad determinada».

LA DEMANDA DE NULIDAD O CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN CORRESPONDIENTE

Indudablemente, la nulidad de la inscripción a que se refiere el precepto es la nulidad material, basada a su vez en la del título que causó aquélla. Esto es lógico. Por cuanto que la demanda de nulidad se entabla como consecuencia de una acción que pone reparos

y quiere enervar un dominio o derecho real inscrito. Y si se tratase de pedir la nulidad formal del asiento, por error o defecto sustancial del mismo, esta pretensión justificaría suficientemente la demanda con abstracción del derecho registrado que pudiera vivir perfectamente formado extraregistralmente.

Sin preocupaciones hipotecarias y con el pensamiento puesto en la realidad civil, ya el Tribunal Supremo, en Sentencias de 22 de junio de 1880, 25 de enero de 1945, 2 de enero de 1946 y otras varias, había exigido para el éxito de una acción reivindicatoria, en el caso de que contrariase a un detentador con título, que se obtuviese previamente la declaración de nulidad del título en que el demandado fundase su derecho.

A nuestro entender, únicamente debería pretenderse la cancelación de la inscripción, pues nos parece excesivo exigir indiferiadamente la nulidad o cancelación. La nulidad material de una inscripción justifica por sí misma la existencia de un procedimiento específico, y por el contrario, la purga tabular, de que nos ocupamos, se solicita como consecuencia de haberse ejercitado una acción contradictoria del dominio o derechos reales inscritos.

Nuestra afirmación podemos refendarla suponiendo inscrita en el Registro la enajenación de un inmueble parafernado, realizada por mujer casada sin licencia marital, constando en los libros, en cumplimiento del art. 94 del Reglamento Hipotecario, la falta de consentimiento del marido.

Para destruir la titularidad del adquirente cabe ejercitar una acción de nulidad, basada en el defecto de capacidad civil del transferente.

Legitimado activamente para el ejercicio de esta acción es el marido o sus herederos (art. 65 del Código civil). Según el Tribunal Supremo, no puede intentarla la mujer, aunque pretendiera ampararse en la circunstancia de tener en la época de la reclamación judicial distinta personalidad jurídica.

Pero esta acción, que ni siquiera se ejercita por el transferente de los bienes, no vulnera directamente el dominio inscrito, ya que su objetivo propio es atacar el contrato, en virtud del cual se transfirió la finca.

Es decir, que nos situamos ante una acción personal derivada estrictamente del contrato.

852 CONSIDERACIONES EN TORNO AL ART. 38 DE LA L. H.

Por tanto, esta acción, si bien caso de prosperar pudiera dar base a la nulidad del título y consiguientemente a la de la inscripción, sin embargo no es contradictoria del dominio inscrito, porque el contrato que generó esta acción personal era un simple título para el establecimiento del derecho real.

La acción ejercitada por el marido no contradice el dominio del adquirente, sino su título o contrato (que es uno de los presupuestos para alcanzar la titularidad dominical).

Prueba de ello es que si concurriesen las circunstancias necesarias para el ejercicio de una acción reivindicatoria, que es la que verdaderamente se opone al dominio inscrito, ésta habría de entablararse por la misma mujer vendedora, como verdadera dueña de los bienes, si bien refrendada su deficiente capacidad procesal con la licencia marital (art. 60 del Código civil).

Cuando ante un Tribunal se pretende la declaración de nulidad de una inscripción, lo que se contradice es un título y no una situación dominical registrada.

Pudiera parecer que el argumento pierde eficacia si nos fijamos en el principio de la tradición instrumental. Con el otorgamiento de una escritura pública se concentran, para engendrar el dominio en el adquirente, el título y el modo.

En las adquisiciones verificadas en virtud de documento privado se advierte claramente la separación entre el título y el modo de adquirir. La acción de nulidad atacaría al título por vicios o defectos del mismo. Se opondría a una causa jurídica de la adquisición, pero no contradiría una situación verdaderamente real. Pero como el art. 38 se refiere a las «acciones contradictorias del dominio inscrito» y las adquisiciones realizadas en virtud de documento privado no son consignables en el Registro, no insistimos en el argumento.

Sin embargo, además de los instrumentos notariales, pueden servir de vehículos para inscribir una finca o un derecho real otros documentos públicos, judiciales o administrativos, con respecto a los cuales no rige el art. 1.462 del Código civil.

La Sentencia de 26 de junio de 1946 declara que, salvo casos especiales, no es de aplicación este precepto tratándose de ejecuciones y ventas de bienes muebles subastados.

Por otra parte, la Ley Hipotecaria, reguladora de las inscripcio-

nes, es una Ley de aplicación general a toda España. Y ROCA SASTRE entiende que en Cataluña y Navarra, por vigencia del Derecho romano, no actuará si no se pacta aquella tradición instrumental del artículo 1.462, y, por consiguiente, deberá resultar claramente del propio título presentado que la «*traditio*» ha sido cumplida en cualquiera de las formas admitidas en aquel Derecho (*constitutum possessorium, traditio brevi manu, acuerdo*). Así se expresa en la página 170 del tomo I del Derecho Hipotecario.

En todos estos supuestos se necesita del complemento de la entrega para que la adquisición dominical o del derecho real se produzca.

El art. 38 no debería alternar disyuntivamente el ejercicio de demandas de nulidad o cancelación de las inscripciones correspondientes. Porque, como acabamos de ver, las demandas de nulidad de las inscripciones (al tener que basarse en la nulidad del título que las motivó) no discurren coordinadas a las acciones contradictorias de los derechos inscritos, sino inordenadas con respecto a ellas. Por desplazamiento lógico de la nulidad de la inscripción a la del título causante, una pretensión que el legislador concibió con cariz hipotecario se trueca en esencialmente civil, con lo que se desnaturaliza la construcción legal, que era esencialmente registral (no se olvide que con el art. 38 se pudo haber conseguido la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica). Con el sistema del art. 38 sólo se consigue amalgamar dos acciones claramente civiles, atacante la una del derecho real perfectamente constituido y la otra del título que le dió nacimiento, siendo así que bastaría con la proposición de cualquiera de ellas por separado para conseguir en su día el efecto cancelatorio apetecido.

De conseguir sentencias favorables a la pretensión del actor sólo se habría logrado la redundancia de dos posibilidades cancelatorias. Según el número 3.^º del art. 79 de la Ley Hipotecaria, deberá ordenarse la cancelación de las inscripciones cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho. Dicha cancelación deberá ordenarse en la propia Sentencia en que se declare la nulidad de la inscripción.

Según el número 2.^º del propio precepto, procede esta cancelación cuando se extinga por completo el derecho inscrito o anotado.

Supongamos que alguien ejerce una acción negatoria de servidumbre inscrita. Si prospera su pretensión, se producirá una extinción

554 CONSIDERACIONES EN TORNO AL ART. 38 DE LA L. H.

ción del derecho inscrito y, por aplicación del art. 79, procederá la práctica de una cancelación.

El art. 38 fuerza al actor a demandar la nulidad del título que sirvió para adquirir la servidumbre contradicha. Declarada tal nulidad, se ordenará cancelar la inscripción de la servidumbre. Como vemos, se fuerza al actor a realizar dos ofensivas procesales para la consecución de un resultado, que a fuer de ser único resulta reiterativo.

No otro es el sentido de la jurisprudencia. En varias Sentencias se estableció que si el poseedor contra quien se dirige la acción tiene un título, es preciso obtener previamente la nulidad del mismo. Pero la Sentencia de 20 de marzo de 1897 determinó que no es aplicable esta doctrina cuando la acción de dominio no se funda en la nulidad del acto o contrato. Con la vista puesta en el art. 38 sostenemos que esta doctrina puede trasplantarse perfectamente al terreno hipotecario.

Bastaría con obligar a la demanda de cancelación de la inscripción, sin excederse a entrar en cuestiones de nulidad.

La conveniencia de la demanda de cancelación es obvia. La Sentencia que contradice el dominio o los derechos inscritos, ninguna alteración tangiblemente tabular produce. Para conseguir una modificación de la titularidad inscrita es necesario que se produzca la cancelación correspondiente, sirviendo para producirla, cuando no consintiere en ella aquel a quien perjudique, una Sentencia ordenándola, contra la cual no se halle pendiente recurso de casación (artículo 82 de la Ley).

Para que el Registro vaya acorde con la realidad jurídica, en la cual, si triunfa la pretensión del actor, se llegará al reconocimiento de un nuevo dueño, es necesario practicar la cancelación del asiento contradictorio. La simple declaración de extinción de un derecho precisa del complemento materializado y escriturado de la oportuna cancelación.

ESPECIALIDADES DE LA DEMANDA DE NULIDAD CUANDO HAYA DE PERJUDICAR A TERCERO

El último inciso del párrafo que comentamos del art. 38 dispone que la demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que establece esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero.

Esta norma se le antoja inexplicable a ROCA SASTRE, pues cree el ilustre hipotecarista que la demanda de nulidad nunca puede perjudicar a tercero, protegido por la fe pública registral.

Ello es cierto. Pero debe tenerse presente que el precepto comentado habla de «perjudicar a tercero». Y cuando al tercero hipotecario no le cubre el manto protector de la presunción de exactitud registral, tales demandas pueden indudablemente serle perniciosas.

Bastará para ello con que la causa de nulidad del título conste claramente en el Registro. Es el caso (aparte de otros muchos ejemplos que pudieran ofrecerse) del art. 94 del Reglamento Hipotecario, a que antes nos referíamos, referente a los actos otorgados por mujer casada sin licencia marital, cuando se hace constar en los libros la carencia de la venia varonil como advertencia para los terceros de hallarse pendiente una acción de nulidad.

En estos casos, como el tercero no puede alegar desconocimiento del contenido de los libros, no se hallará inmune, sino en posición vulnerable, en el caso de que, por demandarse la nulidad del acto inscrito, se derrumbe la titularidad del adquirente en virtud de la transmisión anulada.

Por ello estimamos correcto, en parte, el inciso final del art. 38 al permitir que la demanda de nulidad pueda perjudicar a tercero.

Lo que ya nos parece más heterodoxo es el hecho de aludir a «las causas establecidas por esta Ley».

En primer lugar, no deberían hacerse discriminaciones entre terceros y contratantes directos, ya que si para pedir la nulidad se establece un «numerus clausus» de motivos, el que inste la nulidad de un asiento habrá de escudarse en alguna de las causas pre establecidas, abstracción hecha de la condición de parte o extraño que, con respecto al título impugnado, concurra en el demandado.

Establece la Ley Hipotecaria en algún precepto específico, cau-

856 CONSIDERACIONES EN TORNO AL ART. 38 DE LA L. H.

sas de nulidad de las inscripciones por razón del título que las motivó?

Sólo extravasando el ámbito enunciativo y ejemplarizador del apartado d) del art. 40 de la Ley Hipotecaria, según el cual «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento..., la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial». Pudiera adivinarse en la trilogía literal que encauza el precepto una exposición exhaustiva de causas de nulidad de los asientos.

Pero es muy probable que la alusión a «las causas que establece esta Ley» sea debida a la confusa igualación entre nulidad y cancelación que establece este precepto. En este supuesto, habría que tener presente si la demanda dirigida contra el tercero encajaba en los artículos 79 y 80 de la Ley.

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ.

Registrador de la Propiedad