

Temas hipotecarios:

La legitimación del derecho inscrito *

CAPITULO XII

CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL.—EXAMEN DEL ART. 41 DE LA LEY.—EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO Y DERECHOS REALES INSCRITOS

I

CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL

Como decíamos en el capítulo anterior, la legitimación del titular registral equivale a un reconocimiento legal de su aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos de tráfico sobre los bienes y derechos inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad. Y gcza, por ello, de dos fuertes presunciones legales a su favor: la de exactitud e integridad del contenido del Registro y la del goce posesorio del inmueble o derecho real inscrito.

En el orden sustantivo, pues, la inscripción es promulgación, pro-

(*) Véase el número anterior de esta Revista.

banza y credencial de su derecho subjetivo. Y mientras no se cancela aquélla, en tanto no se declara la inexactitud del contenido registral en los términos establecidos en la propia ley», *el titular viene legitimado, activa y pasivamente, para el ejercicio pleno del derecho inscrito.*

La legitimación registral alcanza, por tanto, a las facultades de conservación y defensa de los derechos subjetivos inscritos. Que al exigir de su titular el ejercicio de acciones y pretensiones ante Organismos y Tribunales, le colocan en una evidente posición procesal de privilegio. De ahí el valor substantivo de las llamadas consecuencias procesales de la legitimación registral.

Las consecuencias o efectos procesales de la legitimación registral se establecen en la propia Ley Hipotecaria cuando no vienen deducidos de la formulación general del principio legitimador. Y son de señalar al efecto como esenciales:

- a) Una específica fuerza probante de la presunción de exactitud registral.
- b) Procedimiento especial para el ejercicio de acciones reales derivadas de los derechos inscritos.
- c) Garantías especiales para el ejercicio de acciones contradictorias del dominio o derecho real inscrito.

Estudiaremos por separado los efectos que producen cada una de estas consecuencias procesales de la legitimación registral.

A) *Fuerza probante de la presunción de exactitud registral.*

La presunción legitimadora, como todas las presunciones, se valora en nuestro Código civil, a tenor de sus arts. 1.215 y 1.249, como un medio de prueba indirecta. Pues su eficacia probatoria es resultado lógico de un razonamiento, que tiene su base deductiva en un hecho jurídico que la Ley admite como cierto y que le sirve de antecedente.

La presunción legitimadora es una específica presunción legal cuya finalidad no es otra que liberar al titular registral de la carga procesal que supone *alegar y probar el hecho presumido, este es, la vigencia y titularidad del derecho inscrito o la inexistencia del cancelado.*

Y aun cuando el art. 1.º de la Ley Hipotecaria—de acuerdo con

el art. 1.251 del Código civil—condicionan el valor sustantivo de la presunción legitimadora a la prueba en contrario de la inexactitud registral, el art. 38, párrafo 1º, de la propia Ley Hipotecaria concretamente establece el alcance probatorio de la presunción, a saber: «que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». Añadiendo el art. 97 de la propia Ley que, «cancelado un asiento», se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere.

En consecuencia, en tanto no se demuestre de contrario que el Registro es inexacto, el asiento registral proclama una verdad legal cuyos efectos jurídicos son de obligatoria observancia, incluso para el juzgador. Por consiguiente, siempre que en cualquier juicio, proceso o expediente el titular registral tenga que hacer valer—como actor o demandado—la existencia del derecho inscrito, su extensión y límites según la inscripción, la titularidad del mismo o la extinción del derecho cancelado, por ministerio de la ley viene dispensado de toda prueba conducente a acreditar tales extremos (art. 1.250 del Código civil).

En estos casos, como dice ROCA SASTRE, bastará afirmar tales hechos o circunstancias y aportar al juicio, proceso o expediente la oportuna certificación registral, sin necesidad de presentar más títulos, pruebas o justificantes, para que la presunción despliegue toda su fuerza probante. Si bien ello sea sin perjuicio de que la prueba en contrario enerve o destruya la eficacia de la presunción (47). De ahí que su eficacia probatoria deba graduarse siempre teniendo en cuenta las posibilidades más o menos contradictorias del procedimiento en que opera. «Demandante o demandado—afirma J. GONZÁLEZ—, el titular emplea como arma ofensiva o medio de defensa la inscripción, y a su contrario compete la tarea de destruir los fundamentos del derecho subjetivo en que se apoya el ataque o la contestación» (48).

La fuerza probante de la presunción legitimadora no había sido objeto de formulación técnica hasta la última reforma hipotecaria de 1944. De ahí la acusada reserva con que nuestro Tribunal Supremo de Justicia se venía produciendo a este respecto. A lo que contribuía en gran parte la equivocada doctrina que, estimando nuestro

(47) Obra citada, tomo I, pág. 281.

(48) *Principios...*, pág. 144.

Registro de la Propiedad un simple registro de títulos, pretendía valorar la inscripción registral como elemento probatorio de la existencia del título formal que la produce, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.222 del Código civil.

Mas el art. 38 de la nueva Ley Hipotecaria es bien terminante y explícito. Y no permite interpretaciones dubitativas, como así ha reconocido recientemente el Tribunal Supremo en la conocida y alabada Sentencia de 21 de marzo de 1953 al declarar que *«por estar encomendado a los Tribunales el amparo o salvaguardia de los asientos del Registro y a la vez la facultad de declarar su inexactitud o discordancia con la realidad extrahipotecaria, los mismos deben atenderse en este doble cometido a una razonable valoración de los hechos que estimen probados para poder dar por desvirtuada la presunción juris tantum de veracidad registral...»*. Pues *«por virtud del principio de legitimación registral... lo que diga el asiento se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular «secundum tabulas» de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada...»*, por lo que *al no entenderlo así la Sala sentenciadora, que actúa tan sólo en la esfera estricta del Derecho Civil, sin considerar este aspecto hipotecario del litigio, ha infringido el art. 38 de la Ley Hipotecaria»*.

B) Consecuente la propia Ley Hipotecaria con la sustantiva fuerza probante que atribuye la legitimación registral, establece al respecto, en el propio art. 38, párrafo 3.º, un importantísimo efecto que revaloriza el principio y su eficacia procesal. Nos referimos a la llamada—y con tanto acierto—por ROCA SASTRE (49) *tercería registral*; esto es, al obligado sobreseimiento de todo procedimiento de apremio cuando los bienes perseguidos figurasen inscritos a nombre de persona distinta de la apremiada (50).

A tenor del referido precepto:

(49) Ob. cit. Tomo I, pág. 280.

(50) El párrafo 3.º del art. 38 de la L. H.—párrafo 2.º del art. 24 de la Ley de 1909 que introdujo el precepto en nuestra legislación—dispone que *«en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o*

a) El acuerdo de sobreseimiento se producirá *«en todo procedimiento de apremio»* provocado por *«embargo preventivo, juicio ejecutivo u otra cualquiera vía de apremio, contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, inscritos en el Registro, o contra sus frutos, productos o rentas»*.

La amplitud con que se manifiesta el legislador evidencia que el sobreseimiento se producirá en cualquiera clase de procedimiento de apremio civil, criminal o administrativo. Incluso, como entiende ROCA SASTRE siguiendo a GAYOSO (51), «en trámite cautelar de juicios universales de testamentaría o abintestato, concurso y quiebra.

b) La circunstancia determinante del sobreseimiento es *«que los bienes o derechos apremiados estén inscritos en el Registro»*. Y a tal respecto es de entender que el concepto de inscripción debe apreciarse en amplio sentido. Opinamos con ROCA que el precepto debe ser aplicable al caso de anotaciones de embargo de legado de cosa inmueble específica propia del testador y al de anotaciones de suspensión en general, supuestos en los cuales opera el principio de legitimación.

c) El proveído de sobreseimiento habrá de producirse *de oficio y «en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes y derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento»*. La determinación de *cuál deba de ser este instante procesal* exige distinguir al respecto:

1) Si los bienes objeto del apremio figurasen inscritos a nombre de persona distinta del deudor ejecutado *con anterioridad* a la iniciación del procedimiento, al interesarse del Registro la anotación

rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes, respecto de los cuales se suspende el procedimiento».

El art. 9.º, párrafo 1.º, de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, de 1 de julio de 1911, inspirándose sin duda en la L. H. de 1909, se produce en términos análogos al disponer que «Si en el procedimiento administrativo se hubieren embargado bienes inmuebles que estuvieren inscritos con anterioridad a la fecha de origen del débito a favor de persona distinta del deudor, se sobreseerá desde luego en cuantos a tales bienes.»

(51) Ob. cit. Tomo I, págs., 273 y 274.

preventiva del embargo, ésta habría de ser denegada por aplicación automática del art. 20 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, el *mandamiento* conteniendo la nota denegatoria de anotación, *una vez incorporado a los autos, deberá ser la circunstancia determinante del sobreseimiento*. Sin embargo, el precepto legal exige—según hemos visto—se acredite tal extremo por certificación del Registro.

2) Si los bienes embargados pertenecieran a persona distinta del ejecutado *con anterioridad* a la fecha de su embargo, aunque figurasen inscritos en el Registro a nombre del apremiado, su verdadero dueño puede lograr que se sobresea el procedimiento inscribiendo los bienes a su favor y acreditando tal extremo con la oportuna certificación registral *«en cualquier instante»*, con tal de que el procedimiento no estuviera concluso.

3) Cuestión distinta es la que puede producirse por causa de la transferencia a tercera persona de los bienes ya anotados preventivamente. Pues en tal supuesto, y por efecto de la fe pública registral, el tercer adquirente deberá ser perjudicado, siempre, por el resultado del procedimiento de apremio (art. 32 de la Ley Hipotecaria). No obstante, el párrafo último del propio art. 38, en términos análogos a los que establece el art. 134 de la Ley Hipotecaria para el tercer poseedor de finca hipotecada, le reconoce la facultad de personarse en el procedimiento y subrogarse en el lugar del deudor ejecutado. Siempre, claro está, «antes que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca», esto es, antes de que el procedimiento hubiera terminado.

d) Establece asimismo el párrafo 3.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria una excepción al riguroso precepto del sobreseimiento. Tal es el supuesto de que, aun acreditándose que los bienes embargados figurasen a nombre de persona distinta del ejecutado, el procedimiento se siguiera contra éste «en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro».

e) Reconoce por último el párrafo 3.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria las facultades que asisten al acreedor en los supuestos de sobreseimiento del procedimiento iniciado a su instancia. Y que son, lógicamente :

- 1) Perseguir en el mismo juicio o proceso otros bienes del deudor.
- 2) Ventilar en el juicio correspondiente el derecho que cre-

vera asistirle en cuanto a los bienes que provocan el sobreseimiento. Y de triunfar en tal juicio, continuar el procedimiento de apremio sobreseído que, a tales efectos, considera en «*suspense*» el citado artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

II

EXAMEN DEL ART. 41 DE LA LEY HIPOTECARIA

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria—complementado con los artículos 137 y 138 del Reglamento Hipotecario—desenvuelve los trámites de un «procedimiento» especial para el ejercicio de acciones reales por el titular registral. Y antepone a dicha normativa procesal una previa y concreta enunciación de los requisitos o circunstancias, subjetivos u objetivos, exigidos para la viabilidad del procedimiento. Así dispone en su párrafo primero :

«Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio, siempre que por certificado del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.»

La instauración de este procedimiento especial de ejecución es una técnica consecuencia procesal de la legitimación registral. Y se apoya, lógicamente, en las sustantivas presunciones de exactitud del contenido del Registro. Así lo proclama la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 : «Los principios de legitimación y fe pública registral—dice—sufrirían considerable agravio de no ser aplicados hasta sus últimas *consecuencias*. Si los asientos registrales se presumen exactos e íntegros y al tercero a título oneroso sólo le afectan las cargas y condiciones que consten en el Registro, *no puede darse a la inscripción, prima facie, un valor inferior al de cosa juzgada.*»

Y en términos de elocuente precisión y evidente autoridad, añade : «en el ejercicio de acciones reales dimanantes de derechos inscritos, el principio de contradicción... 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 de otorgarles la confianza que estos merecen. En eventos semejantes, *no es preciso formar la convicción del juez*. La naturaleza, condiciones y efectos de los *derachos que sirven de base al procedimiento, aparecen tan claramente definidos en los asientos registrales, que, por ministerio de la Ley, deben ser considerados exactos e íntegros, mientras no se decida lo contrario.*»

No se pretende, pues, a través del nuevo procedimiento de ejecución, el simple restablecimiento de un disfrute posesorio interrumpido como en la Ley Hipotecaria de 1909. Ni el reconocimiento judicial de un mejor derecho a poseer, como en la reforma del artículo 41 por el R. D.-Ley de 1927. La nueva redacción del art. 41 en la Ley Hipotecaria de 1946 responde a conclusiones técnicas más perfectas y acabadas. Pues el «procedimiento» que instaura constituye un *típico ejemplo de amparo judicial al legitimado ejercicio de los derechos inscritos*. Si la inscripción registral «tiene un valor no inferior al de la cosa juzgada», lógico resulta—mientras no se demuestre su inexactitud—atribuir al titular inscrito el disfrute de un *amparo especial prestado ejecutivamente y por autoridad judicial*, cuando algún acto obstructivo contrario impide la realidad del goce o posesión de su derecho, para el que viene legitimado por el art. 38 de la propia Ley Hipotecaria. La finalidad del precepto justifica, pues, la técnica procesal de su desenvolvimiento. Y en ella conviene subrayar *dos puntos* muy esenciales antes de estudiar la sustanciación y efectos del «procedimiento». Nos referimos a su discutida *naturaleza jurídica* y a sus *presupuestos procesales*.

A) *Naturaleza jurídica del proceso.*

Ha sido objeto de fuerte polémica por un gran sector de la doctrina. Y hasta de inseguridades y vacilaciones en el campo legislativo.

Entre los *hipotecaristas*, CIMIANO califica este nuevo procedimiento de *similar a los interdictos* (52). MARTÍNEZ CORBALÁN destaca

(52) «Breves consideraciones acerca de la reciente e importantísima reforma de la L. H.», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Año 1945, página 23.

su carácter ejecutivo, pero le califica de procedimiento híbrido y *sui generis*, que no permite ser encuadrado en los tipos clásicamente conocidos (53); criterio en parte coincidente con el de VALLE FUENTES, para quien su *carácter especial* le configura como un típico proceso provocatorio (54).

Para SANZ, «no es posible dar una calificación exacta al procedimiento del artículo 41 si se le quiere encuadrar en alguno de los tipos admitidos por la doctrina o por nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, ya que ninguno de ellos conviene en la plenitud de sus caracteres». No obstante, aprecia en el mismo algunas características de los clásicos procesos ejecutivos, del proceso de cognición y hasta de la jurisdicción voluntaria. Y le califica de *procedimiento especial* (55). Para AZPIAZU, se trata de un *proceso ejecutivo especial*, que se produce con carácter puro cuando no surge oposición (56). Según LA RICA (57), el nuevo artículo 41 de la Ley Hipotecaria concede fuerza ejecutiva provisional a los pronunciamientos registrales, equivalentes a un previo juicio declarativo y cuya resolución produce efectos ejecutivos en un *proceso especial*. ROCA SASTRE, en fin, destaca sobre todas sus notas características su fuerza ejecutiva, en el estricto sentido de ejecución de sentencia (58).

Entre los *procesalistas* tampoco se ha logrado una coincidencia de opiniones. Y así vemos que PLAZA advierte un proceso de cognición *inertado* en otro de ejecución—proceso montado a dos vertientes—como en los típicos procesos de intimación (59). Para HERCE QUEMADA se trata de un *proceso especial* de conocimiento *sumario* (60). LOIS ESTEVEZ configura este procedimiento como un *proceso autónomo provocatorio y de naturaleza formal*, compuesto de dos fases: la *provocatoria*, iniciada con la demanda, y una *segunda fase* que puede ser *contradictoria* si se produce reconvencción, o ejecutiva si

(53) «Más sobre los arts. 38 y 41 de la vigente L. H.», en la citada REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1946, pág. 530.

(54) «Consideraciones sobre la nueva Ley reformadora de la L. H.», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1946, págs. 12 y ss.

(55) «Instituciones...» Tomo I, págs. 340 y 341.

(56) «Algunas ideas en torno a los problemas surgidos con ocasión de la delimitación de perfiles del proceso establecido en el art. 41 de la L. H.». Publicación del Centro de Estudios Hipotecarios; 1953, pág. 10.

(57) «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria», pág. 116.

(58) Ob. cit. Tomo I, pág. 321.

(59) «Derecho Procesal civil», Tomo II, págs. 302 y ss.

(60) GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: «Lecciones de Derecho Procesal», Tomo I, pág. 435.

no la hay (61). Para PRIETO CASTRO, según el propio LOIS (62), el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria *no es un procedimiento de ejecución* por más que pueda tener o tenga, como otros procesos, su correspondiente fase ejecutiva. Para GUASP, en cambio, *la teoría de la ejecución es en definitiva la preferible* y sin que la existencia de oposición la contradiga, pues tal oposición, por su carácter estrecho y limitado y necesitada de caución, puede concebirse como una fase anormal y de excepción en el procedimiento (63).

En el terreno legislativo puede apreciarse también la indecisión y la inseguridad. Y así vemos cómo en el Anteproyecto de Reforma del Código civil y de la Ley Hipotecaria—previo al Proyecto de Reforma Hipotecaria de 1944—y bajo la rúbrica de «Acción Real» se decía: que «*Las acciones reales* procedentes de derechos inmobiliarios podrán ejercitarse mediante los trámites de ejecución de sentencia». El artículo 41 de la Ley de Reforma Hipotecaria de 14 de diciembre de 1944, dijo que «*Las acciones reales*, etc.... *podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución*». Y el citado artículo, en el texto refundido de la nueva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946—rectificando el texto aprobado en Cortes—, concluyó diciendo que «*Las acciones reales... podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes*». Más tarde, sin embargo, y como hace resaltar ASPIAZU (64), el Código de la Propiedad del Africa Occidental Española de 1949 vuelve a destacar el *carácter ejecutivo del proceso*, al proclamar que «*Las acciones reales... podrán ejercitarse por el procedimiento especial de carácter ejecutivo que señalan los párrafos siguientes*».

Algo existe de común, sin embargo, en las abundantes y más o menos dispares opiniones doctrinales que quedan reseñadas. Pues todas reconocen en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, de una parte, el *carácter ejecutivo de la actuación del Juez*, cuya conducta va encaminada a dar entrega material del inmueble o a poner en el goce actual del derecho inscrito al titular registral que demanda, y, de otra parte, *sus notas de sumariedad en el trámite y de provisionalidad o limitación de efectos de la cosa juzgada*, circuns-

(61) «Una reaparición del proceso provocatorio», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año 1949, págs. 74 y ss.

(62) Trabajo citado, pág. 61.

(63) «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», pág. 57, nota.

(64) Trabajo citado últimamente, pág. 8.

tancias que, en definitiva, le cualifican como *un proceso especial de ejecución*, en armonía con la naturaleza de la tutela jurídica solicitada.

Como dice ROCA (65), el procedimiento establecido en el art. 41 se inicia o plantea como proceso directamente encaminado a la efectividad del derecho real inscrito, exige que las personas contra las cuales se sigue el procedimiento sean «emplazadas» a la manera de una *citación* de remate en el procedimiento ejecutivo ordinario y las enfrenta con el dilema de sufrir la ejecución en marcha o demandar, reconviniendo en forma tasada y mediante caución, al titular registral que pretende la efectuación del derecho inscrito. La fase de cognición, por tanto, es eventual y en todo caso va dirigida no a discutir la legitimidad del derecho inscrito—premisa indiscutible del proceso—sino a oponerse a la ejecución o efectividad del mismo. De ahí que, fracasada la oposición o transcurrido el plazo sin ser ejercitada, «la ejecución sigue adelante» hasta hacer efectiva realidad la situación jurídica inscrita en el Registro, por fuerza de un *imperativo legal* «y no porque el Juez esté convencido de la existencia del derecho del titular registral».

B) *Presupuestos procesales del procedimiento.*

El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria también exige *requisitos previos o presupuestos* que garanticen la validez y eficacia de su sustanciación. Afectan tales presupuestos procesales al órgano judicial, a las personas intervinientes en el proceso, al objeto del mismo y a sus causas instrumentales de iniciación.

a) *En cuanto al órgano judicial*, los artículos 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento Hipotecario definen la competencia para conocer y decidir esta clase de procesos en favor de la jurisdicción ordinaria civil. Concretamente a los Jueces de Primera Instancia, cualquiera que fuese la cuantía de los bienes, y con apelación ante las Audiencias Territoriales.

La competencia judicial queda sometida, no obstante, al *forum rei sitae* o lugar de radicación de las fincas y a la total prohibición de acumular los autos de este procedimiento (art. 137, Reglas primera y novena del Reglamento Hipotecario).

(65) Ob. cit., Tomo I, págs. 326 a 328. Véase también a RODRÍGUEZ SOLANO en «El proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1945, págs. 141 y ss.

Aunque ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario hablan de ello, ROCA SASTRE (66) y también ASPIAZU (67), consideran irrelevante la excepción de *litis pendencia* en este procedimiento en razón a que, al no producir excepción de cosa juzgada sus resoluciones, no provocan la excluyente incompatibilidad de sentencias, consustancial a la *litis pendencia*.

b) *En cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso*, los citados preceptos legales definen su condición de partes, *activa y pasivamente*.

La *legitimación activa* tan sólo se reconoce al *efectivo titular registral*. En términos tan concretos y precisos que, aun cuando por una cuestión de principio pudiera reconocerse legitimación activa para iniciar este procedimiento a los herederos del titular registral, la regla segunda del artículo 137 del Reglamento Hipotecario se produce en forma que no da lugar a dudas (68). En cambio, sí es de admitir personalidad para promover el procedimiento a cualquiera de los condueños (69).

Están *legitimados pasivamente* para ser demandados, «la persona o personas designadas por el propio titular demandante como *causantes del despojo o perturbación de su derecho*» (art. 41, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Y exige el citado artículo—párrafo primero—, que los actos que impidan o perturben el ejercicio del derecho inscrito no podrán estar amparados en un título jurídico igualmente inscrito. Y aun en este último supuesto, que «el título no fuese bastante para legitimar los actos en que la perturbación consista» (art. 138, Reglamento Hipotecario).

c) *El objeto del proceso ha de concretarse necesariamente en un derecho inscrito* (70). Pues a tenor del párrafo 1.º del citado artícu-

(66) Ob. cit. Tomo I, pág. 311, nota 2.

(67) «*Duplica...*» en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año de 1949, pág. 361.

(68) Para WOLF, la presunción de existencia del derecho inscrito alcanza en su legitimación a los herederos y demás sucesores universales del titular registral. (Obra citada, T. III V. I., pág. 240, nota 3.) También PARRA JIMÉNEZ defiende que los herederos del titular registral pueden accionar el procedimiento del art. 41. («Los asientos del Registro y la legitimación del titular para el procedimiento del art. 41 de la L. H.», en R. C. DE D. I. Año 1951, pág. 760.)

(69) ROCA SASTRE, obra cit. T. I, pág., 212.

(70) En opinión de ASPIAZU y de ROCA, deben entenderse comprendidos en el concepto de derechos inscritos, a los efectos de este procedimiento,

lo 41 de la Ley Hipotecaria, tan sólo «pueden ejercitarse por este procedimiento las acciones reales procedentes de los *derechos inscritos*». Y es de advertir, al respecto, que en opinión casi unánime de la doctrina, resulta indiferente que el dominio inscrito lo esté en virtud de asiento de *inmatriculación*. Y hasta que haya transcurrido o no el plazo de dos años que exige el artículo 207 de la Ley Hipotecaria para los supuestos inmatriculadores por título público de adquisición (71). Pues como es sabido, la legitimación registral no exige más requisito técnico que la presunta exactitud de los asientos del Registro para desarrollar toda su fuerza operante.

El propio art. 41 exige, asimismo, que el asiento registral reúna dos requisitos esenciales para que el procedimiento pueda sustanciarse, a saber: *que se halle vigente y que no figure contradicho*. Requisitos legales cuya apreciación no deja de ofrecer complicaciones.

De una parte, porque al exigir dicho precepto que *se acredite* la «vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente *por certificación del Registro*», atribuye al Registrador la concreta facultad y específico deber de prejuzgar los conceptos contradictorios del derecho inscrito y declarar la existencia o inexistencia registral de los mismos a través de su certificado. Aunque más tarde haya de ser el Juez quien, dentro del procedimiento, aprecie y decida en definitiva si existe o no tal contradicción.

De otro lado, porque apreciar «la vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente» es extremo difícil de calificar. Pues si a tenor del principio cancelatorio proclamado en el art. 76 de la Ley Hipotecaria la simple vigencia o extinción del asiento es fácil acreditar, el concepto de *contradicción* ya no es tan claro. Lo prueba el hecho de haber provocado intrincadas discusiones doctrinales la delimitación de su alcance.

Y así vemos cómo para ASPIAZU, en el concepto de *contradicción* deben comprenderse tan sólo los casos de *doble inmatriculación*, de *inscripción caducada pero no cancelada* y de simple *presentación en el Diario* de una sentencia de *nulidad o rectificación de la inscripción*.

los derechos constatados en anotaciones preventivas de suspensión, siempre que sean relativas al dominio de derechos reales inmobiliarios. (Obra citada, tomo I, pág. 308.)

(71) En contra de esta opinión, SANZ FERNÁNDEZ («Instituciones...» Tomo I, pág. 345.) Y también VALLÉS DE GOYTISOLO («Los arts. 28 y 207 de la L. H. y el principio de legitimación registral», en R. C. DE D. I., año de 1947, pág. 476.)

ción (72). Según CABELLO, la contradicción puede, además, surgir del propio asiento, en cuanto constate una *condición*, plazo, etc., que impida al titular el ejercicio de acciones reales (73).

Para ROCA SASTRE, la contradicción *abarca la anotación preventiva de demanda, la nota marginal acusando la doble inmatriculación, la anotación preventiva de suspensión de una transmisión del derecho inscrito y la presentación en el Libro Diario de un título que una vez registrado hubiera de producir la extinción del asiento vigente* (74). Y LA RICA entiende que en el concepto de anotación de demanda habrán de incluirse las *anotaciones en que se pida la nulidad o cancelación de la inscripción*, a las cuales se refiere el art. 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, las *anotaciones de demanda reivindicatoria* comprendidas en el número 1.º del art. 42 de la Ley, y las *anotaciones preventivas de demanda en favor de quienes se crean con derecho a los bienes inmatriculados* y a las cuales hace referencia el art. 298, párrafo último, del Reglamento Hipotecario (75). Y DOMÍNGUEZ DE MOLINA, por el contrario, sostiene que la anotación preventiva de demanda no puede estimarse como causa de contradicción que impida, suspenda o entorpezca en modo alguno el procedimiento del artículo 41 (76).

En realidad y como acertadamente concluye ROCA, *a la letra del precepto* contenido en el párrafo 1.º del art. 41, las anotaciones preventivas de demanda de propiedad han de considerarse incluidas en la expresión legal de «*sin contradicción alguna*». Aun cuando por naturaleza tales anotaciones resulten extrañas a los efectos jurídicos de la legitimación registral. Pues si ellas tienen por finalidad el *advertir a terceros* adquirentes de posibles causas de nulidad, resolución, rescisión, revocación, etc., lógico resulta deslindar su esfera de acción—el campo de la fe pública registral—del más concreto y limitado de la legitimación registral, que opera inter partes. Y por

(72) «Criterio de autoridad», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1948, pág. 707. Y en «Dúplica. Las anotaciones de demanda y el art. 41 de la L. H. Final de una polémica», en la misma Revista, año 1949, página 361.

(73) Notas a un estudio de ASPIAZU, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1948, pág. 713.

(74) Ob. cit., t. I, pág. 309.

(75) «Las anotaciones de demanda y el art. 41 de la Ley Hipotecaria», en «Revista de Derecho Privado», año 1949, pág. 95.

(76) «La anotación preventiva de demanda como elemento de contradicción en el procedimiento del art. 41 de la L. H.», «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 1953, pág. 147.

ende, reconocer al titular inscrito, por el solo hecho de serlo, el específico amparo judicial que regula el art. 41, «aunque el Registro acuse la existencia de una anotación de demanda de propiedad» (77).

Tal vez como una reacción frente a esta denunciada incongruencia entre la letra de la Ley y la naturaleza del principio que desarrolla se ha abierto paso, últimamente, una posición de tipo ecléctico o transaccional que concreta la *contradicción* operada por anotaciones preventivas de demanda de propiedad tan sólo en las provenientes de procedimientos iniciados anteriormente por el sujeto contra el cual se provoca el proceso de ejecución (78). Así lo proclama ASPIAZU, quien aprecia un cierto propósito legislativo de mitigar el rigorismo del precepto hipotecario contenido en el art. 41 de la Ley Hipotecaria, al redactar su gemelo, el art. 81 del vigente Código de la Propiedad Territorial del A. O. E., de 1949, en cuyo texto ya no se incluye la frase «sin contradicción alguna» a la vez que se introduce una nueva causa de oposición en el referido proceso ejecutivo, cual es la *litis pendencia* provocada con anterioridad a la iniciación del mismo por el propio demandado (79).

d) Causas de originación del «procedimiento».

A tenor del párrafo 1.º del art. 41, provoca u origina el proceso especial de ejecución «el ejercicio de las acciones reales procedentes de los derechos inscritos». Denominación civilista que, sin duda alguna, comprende toda pretensión procesal de amparo en la *posesión y disfrute* de los mismos. Y que la doctrina concreta en las llamadas acciones *reivindicatoria, confesoria, negatoria, de precario, u otra análoga de carácter real* dirigida a lograr el restablecimiento de un orden jurídico perturbado *por actos impeditivos o inquietadores* de la posesión o disfrute *del derecho inscrito*. Y en opinión de ROCA (80), debe considerarse incluida, también, la *acción rescisoria de dominio* admitida en Cataluña y Navarra y dirigida a dejar sin efecto la prescripción consumada contra un ausente o persona imposibilitada de evitar la prescripción.

Habrà que tener, pues, por excluidas de la esfera ejecutiva de este procedimiento a las acciones *declarativas universales y publi-*

(77) Ob. cit., tomo I, págs. 310 y 311.

(78) ASPIAZU atribuye a CABELLO la paternidad de esta posición doctrinal en «Algunas ideas en torno...» C. E. H., págs. 26 y 27.

(79) Trabajo últimamente citado, pág. 27.

(80) Ob. cit., tomo I, pág. 316.

ciana, así como las simplemente petitorias del *jus possessionis*. Pues, como bien dice este último autor (81), en el proceso de ejecución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el actor no es un vulgar poseedor que pide al Juez ser mantenido o reintegrado en su posesión, sino un propietario inscrito no poseedor, que hace valer su *ius possidendi* para lograr la plena efectividad de su derecho. Y que por estar inscrito, precisamente, la Ley presume que existe y le pertenece «a todos los efectos legales».

Así lo confirman diferentes Decretos de la Presidencia del Gobierno que, con ocasión de resolver cuestiones de competencia entre la Administración y los Tribunales, han coincidido en declarar que las presuntas situaciones posesorias derivadas de la mera inmatriculación de fincas en Catálogos o Censos administrativos no pueden prevalecer al enfrentarse con los pronunciamientos jurídicos del Registro de la Propiedad. Y mucho menos, interrumpir un procedimiento normal de actuación de pretensiones fundadas en un derecho inscrito, que exigiría su apoyo en un precepto legal expreso que así lo excepcionase, el cual no existe (82).

Digamos, por último, que el ejercicio de las acciones reales a través del proceso de ejecución del art. 41 de la Ley Hipotecaria no tiene más limitación en el tiempo que el que pueda derivar de la usucapción consumada en favor del demandado. En tanto éste no hubiese usucapido la finca, las acciones reales derivadas de los derechos inscritos pueden ser ejercitados en este «procedimiento». Y sin que pueda aceptarse la contraria opinión de GARCÍA VALDECASAS (83), que la limita al año y día, como en los interdictos de recobrar (artículo 1.653, L. E. C.), ya que la diferente naturaleza de la *possessio*

(81) Ob. cit., tomo I, págs. 318 y 319.

(82) Véase a J. GONZÁLEZ PÉREZ en «El proceso del art. 41 de la L. H. y los montes públicos catalogados», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1950, pág. 30.

(83) «La posesión incorporal del despojado y la posesión de año», en Revista de Derecho Privado. Año 1946, pág. 425. Y también SANZ FERNÁNDEZ viene a coincidir con esta opinión en sus conocidas «Instituciones de Derecho Hipotecario», tomo I, pág. 355. En contra, entre otros: ROCA SASTRE (Obra cit., tomo I, pág. 320); VILLARES PICO («La posesión y el Registro», en R. C. DE D. I., año 1947, pág. 442); GIMENO GAMARRA («La oposición del poseedor en el proceso del art. 41 de la L. H.», en la misma Revista, año 1947, pág. 678); GONZÁLEZ PÉREZ («Los problemas de admisibilidad en el proceso del art. 41 de la L. H.», en Revista citada, año 1951, página 127), y ASPIAZU («Algunas ideas en torno...», C. E. H., año 1953, páginas 14 y 19).

ad interdicta y la que deriva de la legitimación registral impone técnicas distintas en la organización procesal de su respectiva tutela jurídica.

C) *Sustanciación del procedimiento.*

Según hemos explicado, en la sustanciación del procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria hay que distinguir dos fases: *provocatoria y decisoria.*

Primera fase: Provocatoria.

Pueden distinguirse en esta fase primera tres momentos procesales bien diferenciados, a saber: *La postulación, la admisión y emplazamiento y la adopción de garantías.*

a) *Postulación.*

A tenor de la regla segunda del art. 137 del Reglamento Hipotecario, se iniciará el procedimiento por *un escrito (84) del titular registral* en el cual se expresará:

1.º Reseña del título adquisitivo y de su inscripción en el Registro.

2.º Exposición de los hechos obstativos del derecho inscrito o que perturben su ejercicio.

3.º Nombre, apellidos y domicilio del opositor o perturbador.

4.º Para el supuesto de ser necesaria, cuantía de la caución exigible al demandado para responder de la devolución de frutos, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas.

5.º Indicación de las medidas precautorias que el titular estime adecuadas para asegurar en todo caso la resolución que recayere en el procedimiento.

6.º La súplica, con las peticiones correspondientes.

Con el escrito inicial también deberán presentarse los siguientes documentos acompañatorios:

1) Certificación literal del Registro de la Propiedad, que acre-

(84) Según LOIS ESTEVEZ, el escrito iniciador de este proceso «es una verdadera demanda documental», pues contiene todos los requisitos esenciales para otorgarle esta calificación.

dite expresamente la vigencia sin contradicción alguna del asiento que faculta al titular para incoar el procedimiento.

2) El título adquisitivo, del cual, en realidad, lo *único que interesa es su nota al pie; acreditativa de la inscripción del mismo* en el Registro de la Propiedad. Pues, como el propio art. 137 del Reglamento Hipotecario—párrafo 2.º de la regla segunda—reconoce, es «*el asiento vigente y sin contradicción el que faculta al titular para incoar el procedimiento*» (85).

3) Poder bastante del procurador que representa al titular demandante.

b) Admisión y emplazamiento.

Como advierte ROCA (86), aunque ni los artículos 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento Hipotecario lo digan, debe entenderse que el Juez examinará los documentos presentados y si los encuentra bastantes para provocar la iniciación del procedimiento lo acordará así y mandará sustanciarlo. Si bien es de advertir que contra el auto que admita o deniegue el procedimiento cabrá el recurso de reposición y el subsiguiente de apelación, en un solo efecto, a tenor de la regla 10 del art. 137 del Reglamento Hipotecario.

El emplazamiento del demandado o demandados se verificará según lo dispuesto en el art. 270 y siguientes de la Ley de E. C. para que en término de seis días (87) se personen en autos. Y cuando el emplazamiento se hubiese practicado por edictos y en el término señalado no compareciere el demandado, se le volverá a emplazar por doce días más, bajo el apercibimiento, si no comparece, de practicar cuantas diligencias fuesen necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito, incluso el lanzamiento de la finca si procediera.

c) Adopción de garantías.

Un tercer momento puede apreciarse en esta primera fase provocatoria, cual es el de adopción de adecuadas *medidas precautorias*

(85) En contra, SANZ FERNÁNDEZ (Ob. cit., tomo I, pág. 339), a quien combate ROCA SASTRE, para el que la equivocada posición de SANZ se funda en el error de concebir la legitimación registral como un simple refuerzo del título inscrito (Ob. cit., tomo I, pág. 342, nota 1).

(86) Ob. cit., tomo I, pág. 343.

(87) El Decreto de 10 de diciembre de 1949, regulando el régimen de la Propiedad Territorial en el A. O. E., fija este plazo en veinte días.

para garantizar el resultado del procedimiento. Medidas que, a tenor de la regla tercera del artículo 137 del Reglamento Hipotecario, pueden ser adoptadas en cualquier momento. Al admitirse la demanda o después. Y que habían de acomodarse a las señaladas en la Ley de E. C. ; art. 1.419 (intervención judicial en la administración de la finca), art. 1.663 (suspensión de obras en ejecución) y art. 1.428 (otras medidas que decida el Juez según la circunstancia del caso o a cualquiera otra que fuera procedente.

Segunda fase : Decisoria.

Como ya tenemos dicho, el escrito inicial del procedimiento coloca al demandado ante la alternativa de consentir y soportar la ejecución o de oponerse a ella. De ahí las dos direcciones en que puede desembocar la fase decisoria del proceso : *la puramente ejecutiva o la contradictoria*.

a) Supuesto de ejecución pura.

A tenor de la regla quinta del citado artículo 137 del Reglamento Hipotecario ante la pasividad del demandado frente a la provocación procesal, es decir, si el emplazado o emplazados no comparecieren en el término o términos señalados, o si compareciendo se allanaren a la demanda, o no formularsen la de contradicción, o formulándola no prestaren la caución señalada por el Juez, éste dictará *auto* acordando la práctica de *cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito*, conforme a lo pedido y a lo dispuesto en los arts. 926 y 1.596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativos a la ejecución de sentencias en general y a las de desahucio en particular. Y si los emplazamientos se hubieran hecho por edictos y el emplazado no hubiese comparecido, el Juez, antes de dictar el auto de ejecución, podrá acordar, de oficio y para mejor proveer, «la práctica de las diligencias que estime necesarias—en plazo que no podrá exceder de un mes—para comprobar si se han cumplido los *requisitos de la ejecución*».

Los pronunciamientos que debe contener el auto decisorio de la ejecución habrán de ser, en definitiva, los siguientes :

1.º Apercibir de lanzamiento al ejecutado si no desaloja voluntariamente la finca en los plazos que fijan los arts. 1.596 y 1.597, y

acuerdo de proceder al lanzamiento efectivo una vez transcurridos dichos plazos, sin prórroga ni consideración de ningún género y a costa del ejecutado (art. 1.599).

2.º Orden de demolición, en su caso, de obras o edificaciones en los términos que autoriza el art. 1.675 de la propia Ley de Enjuiciamiento civil.

3.º Cuando fuese procedente y así se hubiera solicitado, la forma y plazo para la entrega o devolución de frutos, impensas, etc., así como la indemnización de daños y perjuicios.

4.º Cualquiera otra diligencia que fuese necesaria para lograr la plena efectividad del derecho inscrito.

5.º La oportuna condena en costas.

b) *Supuesto de oposición.*

La oposición del demandado interrumpe el trámite ejecutivo del procedimiento. Sin embargo, esta interrupción no rompe la unidad del proceso, ni hace cambiar en nada su especial naturaleza jurídica. Pues aún en el supuesto de que la oposición estuviera fundada y fuese estimada por el Juez, los pronunciamientos decisorios del procedimiento habrían de concretarse a denegar la ejecución instada por el demandante y absolver al demandado y opositor. Ello revela, como dice LA CONCHA (88), que este proceso ejecutivo forma un todo unitario y que la oposición al mismo no es más que una *incidencia*, que obliga al demandado a actuar a modo de reconviniente (89).

El citado art. 41 de la Ley Hipotecaria, en sus párrafos cuarto y sexto, exige para que pueda sustanciarse cualquiera oposición, dos requisitos esenciales, a saber: la previa y suficiente *caución* y la formalización de *demanda contradictoria* con apoyo legal, tan sólo, en las causas señaladas en el propio art. 41.

a' En cuanto a la *caución*, establece el art. 137 del Reglamento Hipotecario en su regla sexta, que en el mismo acto de la compare-

(88) «Cuestiones procesales que plantea el art. 41 de la L. H.», en «Revista General de Derecho», año 1949, pág. 477.

(89) ROCA y también DE LA CONCHA, PÉREZ VICENTE y RODRÍGUEZ SOLANO, admiten que el demandado y reconviniente puede utilizar el beneficio de pobreza en términos que autoriza el art. 23 de la Ley de E. C. (Ob. cit., tomo I, págs. 350 y 351, nota 1). Asimismo, un auto de la Audiencia Territorial de Valencia, de 11 de febrero de 1949, admite el beneficio de pobreza en este procedimiento.

cencia se requerirá al demandado para que preste la caución adecuada que exige la Ley, en la cuantía solicitada por el titular registral demandante, si el Juez la encontrara justa. Pudiendo reducirla a su prudente arbitrio si la estimase excesiva. Y añade el citado precepto, que dicha caución cuyo plazo para constituirla nunca podrá exceder de quince días, no se exigirá cuando el titular registral renunciase a ella expresamente.

Aunque ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario determinan la clase o tipo de la caución, parece indudable que puedan admitirse cualquiera de las formas hipotecarias, pignoraticia y personal. Mas no la llamada «caución juratoria», aunque el demandado hubiese solicitado el beneficio de pobreza (90).

b' Una vez prestada la caución, disponen el párrafo cuarto del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la regla séptima del Reglamento Hipotecario que se concederá al demandado un plazo de diez días para formular *demandas de contradicción*, cuyos requisitos formales habrán de acomodarse, naturalmente, a la norma general del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

c' *Causas de la oposición*.—Dispone de modo expreso el párrafo sexto del art. 41 que la demanda de contradicción *tan sólo podrá fundarse en alguna de las causas siguientes*:

1.^a *Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas que desvirtúen la acción ejercitada.*

2.^a *Poseer el contradictor 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 art. 36.*

3.^a *Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del contradictor.* En este caso, el opositor deberá presentar, a su vez, certificación del Registro que acredite la vigencia sin contradicción alguna del asiento que constate su derecho (regla octava del artículo 137 del Reglamento Hipotecario).

(90) Rechaza la «caución juratoria» un auto de la Audiencia Territorial de Valencia, de 24 de diciembre de 1941, por entender que el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil solamente la permite a los efectos de interposición de recursos.

4.ª *No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el contradictor.*

Como reconoce ASPIAZU (91), las causas primera, tercera y cuarta son de estricto valor registral y su técnico encaje en la sustanciación del incidente de oposición no ha suscitado problemas. La que «cobija todos los posibles derechos del contradictor y tiene marcado sabor procesal es la causa segunda, de tan nebulosos contornos». Por ello, precisamente, nos detendremos a considerarlo. Y a tal efecto, distingamos en primer término las dos causas que pueden justificar la posesión del demandado y contradictor, a saber: *el contrato u otra directa relación jurídica* del opositor con el último titular o titulares anteriores, y *la prescripción a su favor contra el Registro*, en los términos que admite el art. 36 de la Ley Hipotecaria.

1) *En la posesión con título*, que es el supuesto más frecuente, han de comprenderse, como advierte ROCA, los casos en que se ejerce el *ius possidendi* (92), como una facultad integrante del dominio o derecho real y aquellos otros en que el poseedor apoya su situación jurídica en el *ius detinendi* anejo a las relaciones provenientes del arrendamiento, comodato, precario, sequestro u otra relación jurídica análoga. En unos y otros supuestos, la posesión del demandado siempre se reputará fundada en *título, causa o razón jurídica* que justifica su oposición a las pretensiones del titular registral demandante.

Asimismo es de entender que el título posesorio que alega en contradictor y que habrá de apoyarse, según el precepto legal, el contrato u otra cualquiera relación jurídica *directa* con el último titular o con titulares anteriores, debe ser valorado con amplio criterio. Y estimar como *causas originadoras de la posesión tanto los actos y negocios voluntarios como las atribuciones legales para poseer* (usufructos legales, v. g.), siempre que las relaciones jurídicas legitimadoras de los actos posesorios del contradictor unan a éste *directamente* con el demandante o con otro titular anterior, inscrito o no, de quien el último traiga causa.

Sin embargo, *en ningún caso la posesión proveniente de título no inscrito podrá prevalecer contra una titularidad inscrita y amparada en el art. 34 de la Ley Hipotecaria*. Aunque tal situación posesoria conecte directamente con un titular anterior al demandante. Así

(91) «Algunas ideas en torno...». Publicación del C. E. H., pág. 11.

(92) Ob. cit., tomo I, pág. 358.

lo impone el art. 32 de la propia Ley Hipotecaria, orientado a la defensa del tercero y cuya inmunidad declara de modo categórico frente a títulos no inscritos.

2) La pretensión ejecutiva del titular registral también puede ser contradicha con base en la *posesión* de la finca o disfrute del derecho real «ejecutado» *por título de prescripción*, siempre que ésta deba perjudicarle y a tenor de lo dispuesto en el art. 36 de la propia Ley Hipotecaria puede perjudicar al titular registral, cuando éste no reúna las tres circunstancias inmunizantes siguientes :

- 1.^a Tener la condición de tercero protegido por el artículo 34.
- 2.^a No haber podido conocer antes de adquirir que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por el oponente.
- 3.^a Consentir, expresa o tácitamente, tal posesión de hecho durante todo el año siguiente a su adquisición.

En consecuencia, cuando el contradictor funde su demanda en la usucapión de la finca o derecho objeto del proceso de ejecución, deberá probar no sólo el haberse consumado aquélla en su favor, sino también que se cumplieron las tres circunstancias expresadas y exigidas por el art. 36 de la Ley Hipotecaria para usucapir contra el Registro.

AZPIAZU entiende al respecto que la prescripción alegada en este supuesto de oposición debe estar declarada previamente en sentencia judicial (93). Y para LA RICA no se ve tan claro el incluir la prescripción como causa de oposición en este procedimiento, ya que la prescripción, para ser título eficaz, requiere ser reconocida judicialmente (94). ROCA SASTRE, por el contrario, estima que en este proceso no hay que declarar la usucapión, sino tan sólo a los exclusivos efectos de rechazar la ejecución pedida (95). De todas suertes, *reconocer* en este especial proceso una posesión legitimada *por título de usucapión*, parece desorbitado y peligroso. Pues, como dice ENRÍQUEZ LÓPEZ, en la práctica resultaría que en un procedimiento sumario de protección al dueño inscrito, contra la fe pública registral y la presunción legitimadora del art. 38 de la Ley Hipotecaria podría prevalecer una simple

(93) «Algunas ideas en torno...». C. E. H., págs. 20 a 24.

(94) «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria», págs. 119 y 120.

(95) Ob. cit., tomo I, pág. 374.

prueba testifical—tan desacreditada—, única posible por parte del usucapiente (96)

d' También discute la doctrina la *posibilidad* de oponerse al proceso de ejecución por *causas distintas a las enumeradas* en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Y parece la tesis mayormente aceptada la de que, siendo los presupuestos procesales de derecho necesario y su observancia inexcusable para la validez del procedimiento, puede alegar y probar el demandado la falta de alguno de ellos como causa que motive el posible sobreseimiento del proceso. Así lo entiende, entre otros, ROCA SASTRE, DE LA CONCHA y GONZÁLEZ PÉREZ, para quien el art. 41 no ha derogado las normas procesales de común aplicación, sino que solamente ha tasado las causas de oposición en cuanto al fondo del asunto (97).

Sin embargo, no existe acuerdo respecto al momento procesal adecuado para alegar la inobservancia de los presupuestos procesales, verdaderos «requisitos de la ejecución», a los que se alude en la regla 5.ª del art. 137 del Reglamento Hipotecario en supuestos de actuación de oficio por el Juez. Pues para ROCA y PÉREZ VICENTE, v. gr., es en el oportuno recurso de reposición interpuesto por el demandado, una vez personado, donde debe alegarse, inclinándose la mayoría por aceptar la demanda de contradicción como el vehículo procesal oportuno para alegar tales motivos de oposición.

e' *Trámites de la oposición.*—Una vez personado el demandado, prestada la oportuna caución y contestada su demanda convencional, a tenor del párrafo 6.º del art. 41 de la Ley Hipotecaria, se sustanciará el procedimiento por el trámite que los arts. 749 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil establecen para los incidentes. Por tanto, de la demanda de contradicción se dará traslado al titular registral para que, en término de seis días, la conteste. Y recibido a prueba el incidente y practicada la que se hubiere propuesto o acordado para mejor proveer por el Juez, se dictará sentencia en término de cinco días, previa celebración de vista si se hubiere pedido.

El propio art. 41 de la Ley Hipotecaria dispone que si el titular

(96) «El proceso de ejecución de las acciones reales», en R. C. DE D. I., año 1946, pág. 250.

(97) Ob. cit., tomo I, pág.... En contra, COSSIO («Lecciones de Derecho Hipotecario», pág. 109) y ASPIAZU («Algunas ideas en torno...», pág. 10).

registral no contesta la demanda reconvenzional de contradicción se dictará auto teniéndole por *desistido del procedimiento y por renunciante a la acción ejercitada*, sin perjuicio de poderla deducir en el juicio declarativo correspondiente.

f° La sentencia decisoria del incidente y sus efectos.—Con la sentencia que decide el incidente de oposición se pone fin al proceso de ejecución iniciado por el titular registral. Y sus pronunciamientos son distintos, según prospere o no la oposición del demandado-contradictor, a saber :

a'' Si la sentencia estima alguna de las causas de oposición alegadas por el contradictor, sus pronunciamientos deberán concretarse a *denegar la ejecución* pedida por el titular registral, disponer se cancele y devuelva la caución exigida al demandado y *la condena en costas*, a su libre arbitrio.

b'' Si, por el contrario, el Juez no estimare ninguna de las causas alegadas como fundamento de la contradicción, la sentencia decisoria del incidente deberá disponer :

1.° Que continúe la *ejecución pedida* por el titular registral, mandando practicar cuantas diligencias fueran necesarias para la efectividad del derecho inscrito.

2.° Pago de daños y perjuicios y devolución de frutos, en los términos que el titular registral lo hubiere solicitado.

3.° Condena en costas.

Las referidas sentencias son recurribles en *apelación* ante la Audiencia Territorial. Y a tenor de la regla 10 del art. 137 del Reglamento Hipotecario, habrá que entender que tales recursos son admisibles en ambos efectos, con suspensión de toda ejecución provisional, por aplicación del art. 388 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y contra las sentencias de las Audiencias Territoriales no cabe recurso de casación (98).

Digamos, por último, que el art. 41 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo final, dispone que las sentencias dictadas en este procedimiento no producirán excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre

(98) Para SANZ FERNÁNDEZ cabe el recurso de casación con apoyo en el contenido del art. 1.689, núm. 1, de la L. de E. C.

la misma cuestión. Sin embargo, esta limitación de efectos de la cosa juzgada, característica de los procedimientos sumarios y especiales, se reduce a la situación de hecho conocida y decidida por el Juez en la sentencia, la cual habrá de producir siempre los efectos de cosa juzgada que le son inherentes, como a cualquiera otra decisión judicial (99). De ahí que, como advierte ROCA SASTRE, el propio titular registral no pueda promover otra vez el procedimiento del art. 41 contra la misma persona y por los mismos hechos, motivos o circunstancias (100).

III

EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DERECHO INSCRITO

La sustantividad de la legitimación registral, que se apoya, según es sabido, en la presunción legal de exactitud del contenido del Registro, ofrece una tercera consecuencia procesal cuando la relación jurídica inscrita fuera contradicha judicialmente. Pues si el amparo legal y judicial que la inscripción proporciona a la titularidad inscrita es una verdadera pertenencia del derecho registrado, lógico y esencial parece que toda contradicción del mismo *exija necesariamente* la simultánea contradicción de la cobertura registral que ampara su legitimación y los típicos efectos legales que de la misma derivan.

De ahí la fórmula con que el párrafo 2.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria (101) garantiza la vigencia del asiento registral, y, consecuentemente, el disfrute de los beneficios que son inherentes a la legitimación del titular por la inscripción. Dice así el citado precepto: «*Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente—la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo—no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio o derechos reales*

(99) Véase a PRIETO CASTRO en «Exposición del Derecho Procesal Civil de España», tomo I, pág. 7.

(100) Ob. cit., tomo I, pág. 307.

(101) Se corresponde con el art. 24 de la L. H. de 1909 que introdujo el precepto como un complemento del art. 41 de la propia Ley.

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.»

El ejercicio de acciones contradictorias de los derechos inscritos está *condicionado*, pues, a la necesidad de accionar, también, de nulidad o cancelación los asientos registrales que constatan los derechos contra los cuales se acciona de contradicción. Debiendo entenderse, como dice SANZ FERNÁNDEZ (102), que la acción de nulidad o cancelación de los asientos registrales cabe contra todo asiento definitivo que se oponga a la acción que se ejercita contra el derecho inscrito.

La doctrina, con apoyo en abundante jurisprudencia, admite que las acciones contradictorias del dominio o derechos reales inscritos, condicionadas en su ejercicio a la simultánea rectificación registral, son la *reivindicatoria*, la *declarativa de dominio*, la *confesoria* y la *negatoria*. Y también, como entiende ROCA (103), la *acción rescisoria por lesión en la compra-venta*. Ya se ejerciten tales acciones directamente o por vía reconvenzional.

El citado requisito, exigido por el párrafo 2.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria, para la eficaz accionabilidad contra los derechos inscritos, constituye, sin duda alguna, un verdadero presupuesto procesal. Y por ende, su observancia resulta inexcusable para el Juez, quien no debe admitir demanda inicial o de reconvencción sin que se cumpla tal requisito. De ahí que la infracción de tal precepto legal implique un motivo de casación a tenor de lo que dispone el núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Pues totalmente absurda sería la contraria conclusión de que los Tribunales declaren la extinción o pérdida de un derecho y se vean compelidos a ampararlo al mismo tiempo por el imperativo legal que coloca a la inscripción que lo constata bajo la salvaguardia de los propios Tribunales (104).

Si la inscripción es la apariencia del derecho, no puede atacarse ni destruirse éste sin atacar o destruir, previamente o a la

(102) Ob. cit., tomo I, pág. 361.

(103) Ob. cit., tomo I, pág. 370.

(104) Véase a MORELL, obra citada, tomo II, pág. 560.

vez, la apariencia del mismo. Pues surgida una inexactitud registral, surge en favor del perjudicado por ella un derecho a rectificarla. Por ello, precisamente, destaca la imperfección técnica con que aparece formulada esta consecuencia procesal de la legitimación, que no debiera haberse expuesto en el art. 38 de la nueva Ley Hipotecaria reproduciendo el art. 24 de la Ley Hipotecaria de 1909. Sobre todo después de haber quedado proclamado en el art. 1.º de la Ley vigente que los asientos registrales producen todos sus efectos mientras no se declare una inexactitud. Y regulado en el artículo 40 el ejercicio de la acción de rectificación del Registro, que es la exactamente aplicable a los supuestos de contradicción de un derecho inscrito.

RAFAEL CHINCHILLA RUEDA.

Registrador de la Propiedad