

## Breves notas sobre el artículo 41 de la Ley Hipotecaria

Nos mueve a publicar estas líneas el uso tan frecuente que en la cotidiana administración de justicia tiene el procedimiento innovado por la Ley de 30 de diciembre de 1944.

Pretendemos exponer algunas cuestiones que, entre muchas otras, plantea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria citada (actualmente texto refundido, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946).

### 1. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO:

- a) No es la ejecución de una sentencia.
- b) ¿Proceso de ejecución o de cognición?
- c) ¿Acción de mera declaración?

Varias son las opiniones sobre la naturaleza del nuevo procedimiento. ("Si los asientos registrales—dice la exposición de motivos—se presumen exactos e íntegros, y al tercero a título oneroso sólo le afectan las cargas y condiciones que constan en el Registro, no puede darse a la inscripción, *prima facie*, un valor inferior al de cosa juzgada.") Pese a las frases transcritas, no parece que se trata de una ejecución de sentencia.

La sentencia decide, entre las partes, la cuestión que éstas sometieron a la decisión del Juez, quien ha de fallar, no con arreglo a un criterio de justicia absoluta, sino con una justicia congruente; esto es, de acuerdo con las alegaciones y pruebas que las partes hayan querido suministrarle. En cambio, la inscripción sirve para publicar la existencia de un derecho real, a fin de que sea conocido por la colectividad, que es precisamente su sujeto pasivo. Presupone como necesaria la legalidad del acto inscribible, y sobre este extremo recae la calificación

del Registrador, el cual, en un procedimiento administrativo o de jurisdicción voluntaria, decide, *erga omnes*, con una amplitud de juicio superior a la del Juez y teniendo en cuenta no sólo el título presentado por el que insta el procedimiento, sino también los datos del Registro.

De aquí que la sentencia normalmente produce su efecto entre las partes, mientras que la inscripción afecta a todos con mayor o menor amplitud.

Ambas—sentencia e inscripción—son presunciones de verdad, pero con diferente fuerza expansiva. Subjetivamente, la presunción de la primera alcanza tan sólo a los que han sido parte en el juicio (art. 1.252 del Código civil), si bien les liga más enérgicamente, incluso incurriendo en sanciones penales al que la desobedeciere; a la inversa, en la segunda, la presunción es más amplia, ya que opera *erga omnes*, pero menos intensa.

Consecuencia del distinto ámbito de esas dos presunciones es que en la ejecución de sentencia deban rechazarse de plano los incidentes sobre cuestiones resueltas en el fallo; por el contrario, en el procedimiento del artículo 41, no sólo son procedentes tales incidentes, sino que se invita al ejecutado a que los promueva.

\* \* \*

Tampoco parece que el nuevo procedimiento tenga un carácter mixto o vacilante, de proceso de ejecución o de cognición, según se oponga o no el demandado. Así, la incomparecencia del demandado en el desahucio (art. 1.578 de la Ley procesal) y la del interesado en el interdicto de adquirir (art. 1.641), no alteran la naturaleza de estos procedimientos, convirtiéndolos en procesos de ejecución.

Por eso, y ante el temor de que sufra desviaciones el procedimiento al querer catalogarlo en alguna de las categorías establecidas por la doctrina, tal vez sea lo más práctico examinarlo y llenar las lagunas de la Ley, tomando como base la naturaleza y efectos de la presunción que la inscripción proclama, y de la que el procedimiento no es más que la efectuación procesal.

El artículo 41 de la Ley dice: "Las acciones reales .. podrán ejercitarse .. contra quienes se opongan a aquellos derechos ..". Dentro de estas frases debe incluirse la acción declarativa.

Participando la acción de la naturaleza del derecho material que la fundamenta, parece indudable que el dueño, fundándose en la inscripción, puede accionar contra quien desconozca su derecho, y así, el titular inscrito, cuyo dominio contradiga el arrendatario, que trata de invertir su posesión alegando poseer como censatario, podrá imponer a éste la verdad que proclama el Registro, mediante el procedimiento de que se trata, para que le reconozca como propietario.

La *acción confesoria* implica sentencia declarativa, si se pide, por ejemplo, la declaración de la existencia de una servidumbre de paso.

En la sentencia de 21 de febrero de 1941, al desarrollar la teoría de las acciones del propietario, el Tribunal Supremo afirmó "que la tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa especialmente a través de dos distintas acciones, muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro Derecho, a saber: la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación o a una detención posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y la *acción de mera declaración* o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario, acallando a la parte contraria que *discute* ese derecho o se lo *arroga*"; y en otra posterior, de 3 de mayo de 1944, dijo que la acción declarativa "a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su finalidad esencialmente declarativa".

## 2. LAS RELACIONES JURÍDICAS PREEXISTENTES DEL OPOSITOR:

- a) Titular de Derechos reales.
- b) La inscripción protege actualmente el dominio.
- c) La inscripción de la Ley de 1909 protegía la posesión.
- d) Oposición derivada de derechos en la finca.
- e) Oposición derivada de relaciones obligacionales.
- f) El precarista.

De las causas de oposición a la ejecución, la que más dudas presenta es la segunda del artículo 41. "Poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica con el último titular o con titulares anteriores".

¿Cabe admitir con vista de esta disposición que el contradictor puede oponerse alegando Derechos reales no inscritos?

La contestación afirmativa nos lleva a una evolución regresiva al sistema de las Contadurías de hipoteca y choca con el 'espíritu' y antecedentes de la Reforma de nuestro sistema inmobiliario. Veámoslo:

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria anterior establecía dos presunciones: 1.<sup>a</sup> La de que el titular era propietario. 2.<sup>a</sup> La de que era poseedor. Esta segunda presunción se efectuaba por el procedimiento del artículo 100 del Reglamento Hipotecario de 1915; en cambio, ni por éste ni por la Ley estaba regulado el procedimiento de efectuación de la primera; de modo que el titular inscrito que quería hacer efectiva la verdaíd de su derecho que la inscripción proclamaba, tenía que acudir a un juicio ordinario, lo mismo que el que había comprado una finca por documento privado. Se daba el absurdo de que, procesalmente, la inscripción en el Registro de la Propiedad protegía la posesión, pero no la propiedad, que era precisamente el objeto dē la inscripción. Esto no podía continuar, y por eso el artículo 41 de la Ley recientemente reformada reguló el procedimiento para hacer efectivo el derecho inscrito, ejercitando las acciones reales que de él derivan. A este criterio responden las siguientes palabras de la exposición de motivos: "Nuestro Registro inmobiliario, fundado esencialmente 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 . Ello concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos .".

"Sobre vigorizarse el Registro, se consigue aplicar sus principios en toda la integridad y amplitud, y en forma alguna se lesiona a los legítimos titulares de derechos que, estén o no inscritos, continuarán gozando de las debidas garantías."

Y si el nuevo artículo 41 es un avance en el sistema, ¿cómo vamos a creer que admite oposición fundada en derechos que van contra la esencia de la institución registral? Este punto de vista podría defendérse ante un precepto claro y terminante que derogase las normas protectoras del tercero, nunca con apoyo *del número 2.<sup>o</sup>* de dicho artículo; porque este texto legal no dice eso; lo que claramente dice es que la posesión oponible se ha de fundar en "contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular".

La posesión del contradictor, o puede ser obra de una relación jurídica directa con la cosa (*Derecho real*), o venir impuesta por una relación jurídica directa, no con la cosa, sino con una persona (arrendamiento, *jus retentionis*, etc.). A este supuesto posesorio se refiere la causa segunda antes transcrita. Anómalo parecerá esto si se tiene en cuenta que el contrato normalmente no trasciende a terceros; pero los términos de la Ley son categóricos y quizás fundados en que el Registro se aleja cada día más del derecho de obligaciones, dejando libre juego a las acciones personales; por eso, cuando la posesión deriva de un derecho de crédito, el artículo 41 la respeta, sin cerrar el camino a una discusión ulterior, más o menos amplia, a través de otros procedimientos.

Resulta, pues, que no hay contradicción entre el artículo 41, causa segunda; el 34 y el 313 de la Ley Hipotecaria, pues el primero juega en el campo de las obligaciones y los otros en el de los Derechos reales.

Para sostener que esa es, acaso, la idea que late en el artículo 41, nos fundamos, además: 1.<sup>º</sup> En que el número 1.<sup>º</sup> dice: "Falsedad... u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas que desvirtúen la acción ejercitada." Si aquí exige que los derechos estén inscritos—pues de no estarlo no podría decirse que se habían omitido en la certificación—, no se concibe que en el número siguiente (el 2.<sup>º</sup>) permita oponer derechos no registrados. 2.<sup>º</sup> En que el número 3.<sup>º</sup> prescribe: "Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del contradictor"; luego, a *sensu contrario*, el dominio o derechos no inscritos no son oponibles. 3.<sup>º</sup> En que la prescripción, a pesar de estar basada en la posesión *pública*, no perjudica al titular, según el número 2.<sup>º</sup>, más que en los casos del artículo 36; y no parece lógico sostener que derechos ocultos le perjudiquen, en cambio, *en todo caso*. Y es que las causas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, en su última parte relativa a la prescripción, y 3.<sup>a</sup>, se refieren a los Derechos reales, mientras que la 2.<sup>a</sup>, en su primera parte, se limita a derechos de obligación que afectan al titular registral.

El precario—si nos atenemos a la jurisprudencia—abarca un campo amplísimo. Dentro de él cabe, desde la posesión revocable concedida por el precario *dans*, que la doctrina cataloga en el artículo 1.750 del Código civil, hasta la posesión sin título que la legitime frente al dueño, pasando por la posesión tolerada.

En el primer supuesto—posesión concedida expresamente por el

dueño—, hay un contrato, y cae dentro de la causa 2.<sup>a</sup> de oposición del artículo 41. En el segundo caso—posesión sin título que la legitime ante el titular inscrito—, no hay entre ambos ni contrato ni relación jurídica directa, sino una situación análoga a la del dueño y el poseedor en la acción reivindicatoria, situación que la jurisprudencia soluciona con las normas procesales del desahucio por precario, para dar así al titular registral ventajas nacidas de la presunción con que la inscripción le favorece. En este caso, no cabe oponerse a la ejecución apoyándose en la causa 2.<sup>a</sup> Por su parte, el titular no está obligado a cumplir el requisito del previo requerimiento al poseedor, pues el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil no es sustantivo, sino procesal y aplicable al juicio de desahucio.

Cuando el precario consista en posesión *tolerada*, nos encontraremos con uno u otro de los dos supuestos antes examinados, según el concepto que nos formemos de la tolerancia. Si ésta supone un consentimiento tácito del dueño, habrá entre éste y el poseedor una relación contractual nacida al incidir los dos consentimientos: el del precarista al poseer y el del dueño al tolerar. Mas si la tolerancia está limitada a la manifestación de un consentimiento presunto, surge el caso de dos poseedores de distinta categoría, sin relación contractual ni directa entre sí.

La finalidad de estas notas no permite extenderse en consideraciones a propósito de la figura del precario, sobre la que habremos de volver en ocasión propicia.

JULIO MURIAS TRAVIESO  
Juez de Primera Instancia.