

DR 19 45

Derecho civil 3, examen del artículo 41 de la ley hipotecaria, autor José Manuel Martín Bernal, día de grabación 5 de mayo de 1980 y día de emisión 14 de mayo de 1980. El amplio contenido del artículo que vamos a comentar, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, exige por nuestra parte un esfuerzo sintético en su exposición. Con ese alcance, dado el escaso tiempo de que disponemos, pasamos a desarrollar los puntos más importantes que dicho artículo nos sugiere.

Obviamos de entrada el problema de la denominación exacta de este procedimiento especial, debatido por la doctrina, que lo califica fundamentalmente de procedimiento sumario de integración posesoria con arreglo al título inscrito, así la cruz, o de procedimiento ejecutivo cognitivo, en el criterio de González Alegre, por mencionar sólo dos autores. El examen de este procedimiento lo efectuaremos a base de estudiarlo en su finalidad y justificación, en sus precedentes, en su naturaleza específica, en los presupuestos de su iniciación y en la sustanciación del proceso de falta a la oposición para seguir después con la exposición de las causas en que pueda fundarse esta oposición y del procedimiento consiguiente. Cargaremos naturalmente más el énfasis en los aspectos sustantivos que en los adjetivos.

Primero, finalidad o motivación del procedimiento. El artículo 41 de la ley hipotecaria pone a disposición del titular registral del dominio u otro derecho real inmobiliario un procedimiento para que pueda conseguir como tal el mismo resultado que lograría con la ejecución de una sentencia que el mismo hubiera podido obtener a su favor por el ejercicio ordinario de una acción reivindicatoria, confesoria, negatoria o de otra clase análoga de carácter real. La justificación de este procedimiento especial radica en el principio de legitimación registral que proclama el artículo 38 apartado 1 de la ley, del cual este proceso es una de sus varias manifestaciones explícitas.

Es un procedimiento que se apoya en la fuerza legitimadora del registro de la propiedad. Si se presume que el derecho inscrito existe y que pertenece al titular registral en la forma determinada por el asiento registral respectivo y que es inexistente el derecho cuya inscripción fue cancelada y todo ello mientras no se declare la inexactitud del registro artículo 1 apartado 3 de la ley, es lógico que si dicho titular registral pretende la efectividad del derecho mediante ejercitar las acciones reales protectoras del mismo disponga de otro medio que el procedimiento judicial ordinario. La anterior tesis desde luego no es pacífica en la doctrina y así un sector doctrinal niega que tal procedimiento permita el ejercicio de las acciones reales derivadas de derechos inscritos y sostiene que en él hay el ejercicio de una acción especial así cosío o una acción nueva así la cruz.

Este último autor llega a negar toda analogía con la acción reivindicatoria material al caso del procedimiento del artículo 41 cuando el demandado por ser un detentador tiene la posesión meramente inmediata llegando a afirmar que este procedimiento equivale entonces a un desahucio. Tesis la anterior negada por Rocajuan por cuanto entiende que el titular registral

que utilice el procedimiento del artículo 41 para lanzar al arrendatario u otro poseedor inmediato fracasaría. Concluye este último autor en el sentido de que el artículo 41 no es de carácter posesorio sino petitorio punto en el que existe cierta unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia y no presupone un juicio de índole interdital sino de propiedad por bien que en fase de ejecución y con posible condición.

Segundo Precedentes Hay que buscarlos en el artículo 41 de la ley hipotecaria de 1909 y en la modificación del mismo por real decreto ley de 13 de junio de 1927 con antelación a 1909 no había preocupado el problema objeto de este artículo 41. La ley de reforma hipotecaria de 1909 al introducir dicho artículo 41 quiso proveer al titular inscrito de un procedimiento enérgico para recuperar o mantener la posesión del derecho registrado por presumir de un modo absoluto que él era el poseedor civil de suerte que si otro era el que se poseía éste tenía la simple consideración de precarista y procedía su lanzamiento. El real decreto de 13 de junio de 1927 redujo el excesivo alcance atribuido a dicho artículo 41 y se presumió de un modo no tan absoluto la posesión en el titular inscrito salvo prueba en contrario si bien el artículo 100 del reglamento hipotecario extravasó el sentido de la reforma.

El legislador de 1944 se inspiraría en un criterio más razonable y formularía la nueva redacción del artículo 41. Tercero, naturaleza específica. Tampoco esta cuestión en el plano procesal es pacífica.

La causa de ello estriba principalmente en que el mismo quiere ser y es un proceso de ejecución como si de una ejecución de sentencia se tratase pero sin ser de carácter puro porque en él puede producirse una fase de cognición por bien que de ámbito limitado y de sustanciación sumaria pero sin llegar nunca a desvanecerse su primordial finalidad ejecutiva. Una clasificación de criterios para afinar la discordia de opiniones sería la siguiente. Primero, criterio del proceso de ejecución.

Afirman este criterio con algunas variantes según cuál sea el autor de turno o niegan que se trate de un proceso de cognición Azpiazu, Ramos Forqués, Moreno Mocholi, Rodrigo Solano y Waps. Segundo, criterio del proceso de cognición. Mantienen esta tesis Maynar, Barnolas, González Pérez tanto si hay oposición como si no la hay y Herce Quemada que entiende que se trata de un proceso declarativo monitorio, documental no ejecutivo de carácter especial y sumario.

Tercero, criterio del proceso mixto. Se acogen al mismo, entre otros Plaza, Vallefuentes, Martínez Corralán estos dos últimos autores inciden en la naturaleza híbrida del proceso Pérez Vicente ve en este procedimiento un proceso provocatorio o intimatorio y Fuentes Torre Insunza. Cuarto, criterio bario.

Lo mantienen Sanz, Miano, Sureda, Lois y González Leito. El cuarto punto a tratar es el de los presupuestos no estrictamente procesales de la iniciación del procedimiento. Distingamos varios apartados.

A. Únicamente pueden ejercitarse acciones reales procedentes de los derechos inscritos. B. Acciones que se ejercitan en virtud de asiento vigente sin contradicción alguna. C. Puede entablar el procedimiento el que figure en el registro como titular del derecho inscrito objeto del procedimiento.

Hay que entender que si el derecho se halla en comunidad cualquier comunero podrá entablarlo. D. Solo puede seguirse contra quienes impidan o perturben la posesión o ejercicio del dominio del derecho real inscrito a favor del que promueve dicho procedimiento y no es obstáculo a ello que se proceda contra un poseedor en concepto de dueño por más de un año o sea, de un poseedor a sus escapiones. E. No cabe promover el procedimiento del artículo 41 de la ley hipotecaria en materia de montes catalogados por la Administración Forestal del Estado o de parcelas que de los mismos formen parte.

Así resulta del artículo 11 apartado 6 de la ley de montes de 8 de junio de 1957 y del artículo 68 de su reglamento de 22 de febrero de 1962. V. Sustanciación del procedimiento del artículo 41 de la ley hipotecaria caso de no formularse oposición. A la misma se refiere el anterior artículo y el artículo 137 del reglamento y que por tratarse de cuestiones fundamentalmente procesales no entramos ahora en su estudio.

Y por último, VI. Causas en que se puede fundamentar la oposición al titular registral. A. Causas de contradicción.

Según el artículo 41 las causas de contradicción que puede oponer el emplazado o demandado en este procedimiento son las siguientes. I. Falsedad de la certificación del registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritos que desvirtúen la acción ejercitada. II.

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 artículo 36. III. Que el dominio u otro derecho real inscrito a nombre de quien haya promovido el procedimiento del artículo 41 figure también inscrito a favor del contradictor.

Causa tercera del anterior artículo. IV. No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el contradictor.

II. Una segunda clase de causas hay que verlas en las causas de inadmisibilidad. El problema sobre si el emplazado puede oponerse al procedimiento del artículo 41 de la ley hipotecaria fundándose en otras causas de contradicción que las que el mismo precepto determina ha de resolverse entiendo de forma negativa pues estas causas constituyen un número de causas de lista cerrada.

Ahora bien, pueden además existir otras causas y que pueden alegarse al margen de la demanda de contradicción. Serían las citadas causas de inadmisibilidad fundadas en la falta de alguno de los requisitos de la ejecución. Otra causa de inadmisibilidad pero no proveniente del

emplazado es la derivada de figurar la finca en cuestión incluida en el catálogo de Montes particularidad esta a la que no podemos dedicar tiempo alguno porque éste está agotado.

III. Inscrita la que efectivamente posea el contradictor. En cuanto a causas de inadmisibilidad, el problema sobre si el emplazado puede oponerse al procedimiento del artículo 41 de la ley hipotecaria fundándose en otras causas de contradicción que las que el mismo precepto determina ha de resolverse negativamente pues estas causas constituyen un número clausus o lista cerrada.

Ahora bien, pueden además existir otras causas y que pueden alegarse al margen de la demanda de contradicción. Serían causas de inadmisibilidad las fundadas en la falta de alguno de los requisitos de la ejecución.