

- OBJETO** Legitimación registral: necesidad de demandar la cancelación o nulidad del asiento cuando se ejercita una acción contradictoria del mismo. Interpretación de las normas jurídicas.
- PARTES** D. Mariano Lozano Díaz (actor y recurrente) *contra* D. Ramón Herrera Maza y D.ª Dolores Barranquero Bell.
- PONENTE** Excmo. Sr. D. MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO.
- FALLO** Ha lugar al recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículo 38, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria y 3.º, apartado 1.º del Código Civil.

DOCTRINA:

Desde el plano de una hermenéutica jurídico-social es más acertada aquella interpretación de una norma que, sin disminución de la función garantizadora que cumpla, facilite y flexibilice el tráfico jurídico.

Las acciones contradictorias del dominio que figure inscrito llevan en sí la idea de cancelación o nulidad del asiento registral contradictorio, siendo suficiente para que la legitimación registral quede debidamente garantizada que el titular inscrito que pudiera verse afectado por el ejercicio de dichas acciones aparezca demandado.

El ejercicio de una acción declarativa del dominio o reivindicatoria relativa a una finca inscrita a nombre de otro en el Registro de la propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o la cancelación del correspondiente asiento registral, lleva claramente implícita una petición de nulidad o de cancelación del asiento contradictorio, sin que pueda ser causa de que, por razón de un error u omisión en el suplico de la demanda, se inadmita ésta, dado que tal cancelación o nulidad constituyen lo que pudiera denominarse «consecuencia hipotecaria lógica» de la acción ejercitada.

HECHOS:

El actor y D. Ramón Herrera Maza acordaron asociarse para, previa adquisición de los terrenos necesarios, proceder a su urbanización y parcelación, lucrándose ambos con la venta de las parcelas resultantes. A tal fin efectuaron diversas aportaciones dinerarias, empleadas por D. Ramón para la compra de las fincas necesarias, que fueron a su nombre escrituradas e inscritas en el Registro de la propiedad. Surgieron entre ellos conflictos relativos a la valoración exacta del montante de las aportaciones efectuadas, a la vista de que los gastos generados fueron cubiertos sustancialmente por el segundo. Ante lo cual, D. Mariano planteó demanda solicitando se declarara el condominio por partes iguales sobre un resto de los terrenos adquiridos para la actividad social, que no fueron enajenados y que continuaban inscritos a nombre de D. Ramón. Como demandada figura también D.^a Dolores, en su condición de esposa de D. Ramón, no compareciendo y siendo declarada en rebeldía. D. Ramón reconvinó solicitando se procediera en ejecución de sentencia a fijar el valor de las respectivas aportaciones, repartiéndose el resultado social en proporción a ellas, o, en su caso, que la cuota correspondiente al actor sobre el resto de terreno en litigio habría de guardar idéntica relación de proporcionalidad con el valor de las respectivas aportaciones. En trámite de réplica el actor solicitó se condenara a D. Ramón a rendir cuentas de su gestión.

El Juzgado de 1.^a Instancia acogió parcialmente las pretensiones de ambos, pero no entró en lo relativo a la reivindicatoria ejercitada, en base a que no se formuló petición de cancelación o nulidad del asiento registral favorable al demandado. Apelada la sentencia, fue confirmada. D. Mariano interpuso recurso de casación sobre los extremos suficientemente explicitados en los Considerandos que se transcriben.

CONSIDERANDOS:

CONSIDERANDO es conveniente a los efectos del ulterior desenvolvimiento doctrinal del recurso dejar clarificados los términos en que la cuestión debatida llega a esta Sala como consecuencia de lo declarado en la sentencia impugnada, cuyo primer fundamento jurídico marca los límites dentro de los cuales ha de desenvolverse este recurso, que se circunscriben a determinar si es o no de aplicación el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, dado que «al no haberse alzado el único demandado personado y reconviniente, contra el fallo apelado, pese a ser éste estimatorio solo en parte de la recon-

vencción y pese a que se le obliga a rendir cuentas detalladas y documentadas de su gestión» —petición que aun habiendo sido extemporáneamente formulada, por el actor, en su escrito de réplica ello no obstante fue acogida por el Juez *a quo*—; ni adherido tampoco al recurso de apelación interpuesto por dicho actor, que, lógicamente, lo impugnó, únicamente en lo que estimó que a su derecho perjudicaba, como era: la absolución en la instancia de los demandados, en lo que se refiere a la demanda principal, por entender que no era de aplicación al presente caso el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria,

en el que se había basado el Juez de Primera Instancia, para dejar imprejuzgada la acción y en el tema de la cuota de participación, en lo tocante a la reconvención por aducir y argumentar que tal participación en los beneficios debía ser al cincuenta por ciento y no en proporción a las cuotas de participación establecido en el fallo apelado; debiendo, asimismo, señalarse que confirmada la sentencia de primera instancia, el presente recurso se instrumenta a través de un único motivo en el cual se ataca exclusivamente la declaración referente a la aplicación que por el juzgador se ha realizado del citado precepto hipotecario.

CONSIDERANDO que, en consecuencia, los pronunciamientos contenidos en la sentencia de Primera Instancia relativos a la estimación parcial de la reconvención, así como a la extemporánea petición que el actor hoy recurrente hizo en el escrito de réplica (al no haber sido impugnado en el momento procesal oportuno han quedado firmes y consiguientemente fuera del cauce del presente recurso) al igual que acontece con lo relativo a la participación en los beneficios en proporción a las cuotas aportadas por cada contendiente, al no haberse impugnado aquí referido extremo.

CONSIDERANDO que así centrados los datos de hecho y derecho del problema sometido a la atención de este Tribunal, lo primero a examinar es si los razonamientos que contiene el único motivo formulado, en el que se ataca por aplicación indebida del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria la sentencia dictada por la Sala de Instancia, son o no de recibo a los efectos de este extraordinario recurso, para lo cual se hace precisa una comprobación de la doctrina mantenida por este Tribunal en orden a la interpretación de los citados párrafo y artículo de la Ley Hipotecaria, concretamente, a si es o no

requisito fundamental para la admisión de las acciones contradictorias del dominio inscrito, como pueden ser la declarativa del mismo o la reivindicatoria, interesar previa o coetáneamente la cancelación o la nulidad del asiento registral existente respecto de la finca o fincas objeto de discusión.

CONSIDERANDO que el tema apuntado no es en verdad pacífico, en cuanto durante años se han venido sustentando respecto de él por la doctrina legal dos posiciones distintas: la que pudiera denominarse de interpretación rigurosa del precepto en cuestión, que sobreestimando la presunción legitimadora plasmada en el mismo y para mayor garantía de ella no reconoce otra vía de admisión procesal para las acciones contradictorias del dominio inscrito que la del ejercicio previo o a lo sumo coetáneo de la dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral (sentencias de 21 de febrero de 1924 a la de 13 de diciembre de 1978), y la más actual y desde el plano de una hermenéutica jurídico-social más acertada, por cuanto sin disminución de la función garantizadora facilita y flexibiliza el tráfico jurídico (art. 3.º, 1, del Código Civil), que al tomar como punto de partida que las acciones contradictorias del dominio que figure inscrito llevan en sí la idea de la cancelación o nulidad del asiento registral contradictorio, consideran es suficiente para que la legitimación registral quede debidamente garantizada como declara la sentencia de 9 de diciembre de 1981, que el titular inscrito que pudiera verse afectado por el ejercicio de dichas acciones aparezca demandado —cual acontece en este caso—, en cuanto por virtud de ello queda abierto el camino para plasmar en el Registro de la propiedad las operaciones pertinentes sin merma alguna de las garantías legitimadoras (sentencias de 20 de mayo de 1970 y 16 de mayo de 1983).

CONSIDERANDO que el hecho de haber ejercitado el actor en este concreto supuesto una «acción declarativa del dominio o reivindicatoria» relativa a finca inscrita a nombre de otro en el Registro de la propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o la cancelación del correspondiente asiento registral, lleva claramente implícita una petición de nulidad o de cancelación del asiento contradictorio y no puede ser causa, haciendo uso de una interpretación acomodada al artículo 3.º, 1, del Código Civil, de que por razón de un error u omisión en el suplico de la demanda se inadmita ésta y por tanto se deniegue la petición que respecto de la titularidad dominical de la mitad del inmueble en cuestión se interesó a través del ejercicio de la per-

tinente acción, dado que cual queda dicho, tal cancelación o nulidad constituyen lo que pudiera denominarse «consecuencia hipotecaria lógica de la acción ejercitada».

CONSIDERANDO que como efecto jurídico de lo que aparece en los precedentes fundamentos se hace preciso admitir el único motivo formulado, que se apoya en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva y en el cual se alega aplicación indebida del párrafo segundo del tantas veces citado artículo 38 de la Ley Hipotecaria, así como de la doctrina de esta Sala que cita.

CONSIDERANDO que la admisión del único motivo instrumentado conduce a la casación de la sentencia impugnada.

COMENTARIO:

Salta a la vista que el meollo de la sentencia objeto del presente comentario gira en torno al modo en que el Tribunal Supremo estima cumplido o no el requisito establecido por el segundo párrafo del artículo 38 LH, cuando dispone que el ejercicio de una acción contradictoria de la titularidad publicada por el Registro, requiere demandar previa o simultáneamente la cancelación o nulidad de la inscripción correspondiente.

En efecto, el único motivo de casación que se articula es el de infracción por aplicación indebida del artículo 38.2 LH y la doctrina legal sobre el mismo, quedando, pues, firmes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia. En concreto, queda firme la condena al demandado de rendir cuentas detalladas de su gestión y la determinación de la cuota en ganancias en proporción al valor de las respectivas aportaciones de los socios.

El problema se plantea, entonces, estriba en que tanto el Juzgado como la Audiencia se abstuvieron de pronunciarse acerca de la petición del actor de que se declarara al mismo propietario en pro indiviso de una determinada finca, que registralmente constaba a nombre exclusivo de los demandados. El fundamento que justifica la postura abstencionista de las instancias inferiores se encuentra en que, a juicio de tales Tribunales inferiores, siendo la acción ejercitada contradictoria del dominio proclamado en el Registro de la propiedad exclusivamente en favor de los demandados, no se instó la cancelación de tal asiento, previa o simultáneamente con el ejercicio de la acción principal.

En suma, se acaba planteando la cuestión, en alguna ocasión denunciada, de que la exigencia del artículo 38.2 LH puede prestarse a dilaciones injustificadas en la resolución de los litigios, pues dando el derecho material la razón al actor, el obstáculo del aludido precepto impide al juez su pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Por otra parte, las justificaciones que suelen aducirse como *ratio* del artículo 38.2 LH, por su generalidad, no resultan satisfactorias en la práctica.

Así, se indica que el citado precepto es manifestación del principio de legitimación registral y presunción de exactitud del Registro, que resultarían malparados de no arbitrarse un cauce a través del cual las resoluciones judiciales contradictorias de los asientos tuvieran constancia en el mismo. Mas el legislador no cortó por la vía más rápida y directa: hacer obligatoria la inscripción de tales resoluciones judiciales. Se lo impidió la congruencia con el propio sistema hipotecario delineado, no en base a inscripciones constitutivas, ni siquiera obligatorias, sino dejando en manos de los interesados la constancia registral de sus derechos.

A ello se suma el principio de rogación, propio del proceso civil, que parece impedir la adopción de oficio por los Tribunales de las medidas tendentes a procurar la constancia registral de sus resoluciones.

Además, se añade, estando los asientos del Registro de la propiedad bajo la salvaguardia de los Tribunales, es incongruente permitir a dichos Tribunales dictar resoluciones contradictorias de lo publicado por los asientos del Registro, sin que a la vez éstos sean corregidos.

Y, por último, se procura con la exigencia del artículo 38.2 LH un instrumento de concordancia entre la realidad extrarregistral y lo publicado por los asientos del Registro.

Este cúmulo de consideraciones lleva a lo dispuesto por el referido precepto, según su normal entendimiento en este punto: el titular registral actual cuenta con una excepción, por virtud de la cual si el que ejercita una acción contradictoria de la titularidad inscrita no insta la cancelación del correspondiente asiento, puede obtener el no pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En suma, la medida del artículo 38.2 acaba convirtiéndose en instrumento que permite la dilatación de los pleitos, sin asegurar, por contra, la consecución de los fines que, al parecer, inspiraron su establecimiento: si el titular registral no opone la pertinente excepción, fallado el pleito en favor del contradictor del contenido de los asientos, se habrá llegado el resultado indeseable de que los propios Tribunales contradigan lo plasmado en el Registro.

Quizá por tener conciencia de ello, el Tribunal Supremo ha realizado una labor de progresivo arrumbamiento de la exigencia del artículo 38.2 LH, procurando impedir que se convierta en escollo formalista de las justas pretensiones de los litigantes y en cobijo injustificado que alargue situaciones contrarias al derecho material.

Dos básicamente han sido las vías a través de las cuales se han restringido la utilizabilidad de la excepción proponible en base al precepto fundamento del recurso.

De una parte, se ha restringido el ámbito de lo que deba entenderse por acción contradictoria del derecho inscrito al mínimo imprescindible. Quedan, entre otros, excluidos aquellos casos en los cuales la acción ejercitada conduce a la necesidad de efectuar un nuevo asiento que tenga por base la existencia del asiento anterior, que publicaba la titularidad que ahora se impugna. Así, por ejemplo, no entra en juego el artículo 38.2 LH cuando se demanda el cumplimiento de la obligación de transmitir al actor, por parte del titular registral, el derecho que a favor del demandado consta, o cuando se trata de constituir derechos reales limitados. Y de entre ellos, alguna sentencia se ocupa de casos parecidos al presente, en los cuales un socio o comunero adquiere o posee para la sociedad o comunidad inmuebles que figuran en el Registro inscritos exclusivamente a su nombre: instada por los compañeros la pertinente acción tendente a que se declare que tales bienes son comunes y no de la exclusiva titularidad del socio que en el registro tal aparecía, el Tribunal Supremo se las ha ingeniado, en ocasiones, para salvar la no petición de cancelación del asiento.

Así, la sentencia de 18 de octubre de 1967, aunque en base a que el socio que había adquirido el inmueble litigioso no inscribió a su favor la adquisición, declaró que no se daba la contradicción requerida por el artículo 38.2 LH.

La de 16 de octubre de 1978, más clara, aborda en concreto si es o no contradictoria del dominio la acción por virtud de la cual una sociedad demanda a dos de sus socios, quienes eran titulares de un inmueble adquirido con fondos sociales, solicitando, entre otros extremos, se declarara que tal inmueble era propiedad de la tal sociedad y que se condenara a los demandados a otorgar los documentos necesarios para transmitir sus cuotas sobre ese inmueble en favor de la entidad demandante. Acogiendo la Sala de instancia ambos extremos del suplico, los demandados recurrieron en casación, obteniendo pronunciamiento favorable en cuanto al primer extremo, pues ejercitada la acción declarativa sin instar la cancelación del asiento en favor de los demandados, entendió el Tribunal Supremo que la Sala de instancia quebrantaba lo dispuesto por el artículo 38.2 LH, pero no así en cuanto al segundo extremo, pues estima que la acción tendente a exigir el cumplimiento de las aportaciones no contradice el dominio de los demandados, sino que se basa precisamente en él, habiéndose de dar origen a una nueva inscripción, ahora en favor de la sociedad.

Recientemente la sentencia de 16 de mayo de 1983 declara que «no es preciso interesar la cancelación cuando la demanda no ejercita una acción reivindicatoria sino declarativa de participación en una propiedad indivisa o por cuotas, fundamentalmente dirigida a obtener el reconocimiento de la parte alícuota y, consecuentemente, no constituye un ataque a

la inscripción registral, sino una voluntad encaminada, en su interés, a completar una titularidad para transformarla, de acuerdo con la realidad extratabular, de singular en plural, y por lo tanto en ejecución de sentencia no se va a cancelar ni a perder vigencia la inscripción, sino a completarla con la constancia de las participaciones pretendidas y declaradas por la decisión judicial».

En resumen, que desde el punto de vista del derecho material, la doctrina del Tribunal Supremo ha ido evolucionando, en el sentido de entender que el artículo 38.2 LH no ha de ser traído a colación cuando la acción ejercitada intenta que se declare la cotitularidad o propiedad social de inmuebles, que tabularmente constan a nombre de socios o comuneros, siendo así que, o han de ser aportados, o han sido adquiridos con cargo al acervo común o social.

Y esta consideración, aunque de perfiles dudosos, hubiérale sido suficiente al Tribunal Supremo para estimar que, en el caso resuelto por esta sentencia ahora comentada, no era operativa la excepción propugnada por los demandados en base al artículo 38.2 LH.

No lo hace así el Tribunal Supremo prefiriendo, por el contrario, abordar la tarea de atenuar las posibles indeseables consecuencias dimanantes del precepto implicado, no desde el punto de vista que pudiera llamarse material (qué acciones son contradictorias y en consecuencia requieren instar la cancelación del asiento), sino desde la otra perspectiva, anteriormente anunciada, que pudiera ser considerada formal: el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones se ha mostrado poco exigente a la hora de determinar el cómo y el cuándo ha de cumplirse por el contradictor el requisito formal del artículo 38.2 LH.

Así, de una parte, es reiterada la jurisprudencia que entiende que basta pedir en el suplico de la demanda la constancia registral de la resolución que recaiga, aun cuando no se pida formalmente la cancelación del asiento contradicho (SS. de 6 de marzo de 1923, 28 de noviembre de 1953, 19 de noviembre de 1960, 23 de mayo de 1964; en contra, la de 4 de noviembre de 1977). También cabe pedir tal cancelación en el escrito de réplica (SS. de 3 de mayo de 1955 y 5 de diciembre de 1959).

Incluso, ha declarado el Tribunal Supremo que, no habiendo tercero implicado, la exigencia del artículo 38.2 es meramente formularia, pudiéndose proceder en el período de ejecución de sentencia a la cancelación del asiento vencido (SS. de 25 de abril de 1949, 3 de mayo de 1955, 22 de febrero de 1956). Recientemente así se reitera en la de 9 de diciembre de 1981: se cumple la exigencia del citado precepto «si, obtenida sentencia estimatoria de las pretensiones y no existiendo terceros se hubiera solicitado en la fase ejecutiva la cancelación del asiento registral contradictorio». Similar criterio mantuvo ya la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 1926.

En esta línea, el hito final se plasma en la doctrina mantenida por la sentencia comentada: no quedando afectado tercero ajeno al pleito en-

tablado, el ejercicio de una acción contradictoria del dominio inscrito, lleva implícita la petición de cancelación o nulidad del asiento a que se refiere el artículo 38.2 LH, que es «consecuencia hipotecaria lógica» del ejercicio de tal tipo de acción.

Este criterio seguramente es plausible en la medida que impide el empleo abusivo de artimañas dilatorias por parte del titular registral demandado. Mas formulado con la generalidad como se expresa esta sentencia, es a mi juicio claramente contradictorio con el tenor del precepto legal. Lo en él dispuesto seguramente, en muchas ocasiones, no acaba siendo sino un formulismo; pero se trata de un formulismo exigido por la ley que no está en manos de los Tribunales obviar de forma frontal.

Mas acaso la crítica no haya de excederse, pues la rotundidad de las afirmaciones de la sentencia comentada obedece, más que a la consagración de un criterio hermenéutico para el futuro, al carácter límite del caso planteado: al no ser objeto de recurso, las cuestiones de fondo han quedado firmes, planteándose en realidad el debate exclusivamente sobre la constatación registral de tales pronunciamientos.

En ese contexto se comprende y justifica el criterio ahora mantenido, que no augura su perdurabilidad, pues como el propio Tribunal reconoce, en este tema la doctrina legal ha mantenido criterios contrapuestos. Y seguramente seguirán manteniéndose en razón de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso.

Francisco Capilla Roncero