

LAS ACCIONES PROTECTORAS DE LA PROPIEDAD. La protección del derecho de propiedad, del dominio, puede hacerse desde distintas posiciones jurídicas que condicionaran el ejercicio de la acción en cada caso, pero, en todos, es necesario acreditar determinados requisitos. La acción reivindicatoria se presenta como el paradigma de este tipo de acciones pero también la acción declarativa o la acción confesoria tienden a proteger el dominio eficazmente. Con la brevedad necesaria el propósito de este estudio es poner de manifiesto el marco en el que se desarrolla cada una de estas acciones y el efecto registral que producen.

ACCIÓN REIVINDICATORIA

La propiedad es el derecho que consiste en gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las previstas en las leyes, según se define en el art. 348 del Cód. Civil. Es el derecho real por excelencia y supone la facultad de usar, gozar y disponer de las cosas (*ius utendi, fruendi y abutendi* en el derecho romano) en la forma más amplia y excluyente respecto de terceros, efecto *erga omnes* que caracteriza a los derechos reales en general. Por propiedad, a los efectos del presente estudio, debe entenderse el derecho patrimonial por excelencia que se identifica con el poder jurídico sobre una cosa determinada, derecho real privado cuyo objeto únicamente puede ser bienes en el sentido que se contiene en el art. 333 del Cód. Civil, es decir, todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación^[1].

La propiedad, o mejor el dominio, supone un conjunto de facultades que el titular puede ejercer, incluso limitando su disponibilidad a favor de terceros, de

forma que corresponde también a su titular la facultad de reclamar su reconocimiento y la de defenderlo frente a quienes lo contradicen.

El propio art. 348 del Cód. Civil establece en el párrafo segundo que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor para reivindicarla. La acción reivindicatoria se configura de esta forma como el paradigma de las acciones de protección del dominio. Existen otras acción que lo protegen tendentes reponer o prevenir la perturbación del dominio, o simplemente a fijar sus límites.

El Cód. Civil es claro y determinante: no solo el propietario tiene ostenta la acción reivindicatoria sino que si cuando se vea privado de su propiedad por sin causa justificada y sin previa indemnización, el art. 349 ordena a los jueces amparar y reintegrar la posesión al injustamente expropiado.

1. Presupuesto de la acción

Además de las facultades descritas en el art. 348.1 del Cód. Civil, de goce y disposición de las cosas, el titular del dominio tiene acción frente al tenedor y poseedor mediante la acción reivindicatoria, lo que comporta una doble finalidad. Por una parte la afirmación del dominio, del derecho de propiedad del reivindicante respecto de la cosa objeto de la acción, y por otra, el ejercicio de la acción conlleva la condena del demandado que ha perturbado el dominio para que lo restituya al demandante. Se trata de una acción declarativa y de condena frente al tenedor o poseedor que retiene indebidamente la cosa reivindicada, de ahí que, según la formulación clásica, se trata de la acción que ostenta el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario.

La acción reivindicatoria tiene como presupuesto la existencia de una detentación posesoria por parte del demandado frente al propietario sin que

dicha acción resulte adecuada cuando no se da esa situación, de tal forma esta acción únicamente procede cuando la actuación del demandado ha perjudicado la plenitud de ejercicio de los derechos del demandante privándole en su posesión [STS 684/12 de 15 de noviembre (*Tol* 2706930), de la 801/96 de 14 octubre (*Tol* 1659172)]

2. Legitimación procesal

La legitimación activa, como presupuesto de la acción, es el carácter con el que el sujeto de derecho, como presunto titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, pretende su reconocimiento solicitando la tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución Española. La legitimación activa que alega el demandante en cualquier proceso es, por tanto, la relación jurídica que ostenta con la cuestión objeto del procedimiento como titular del derecho subjetivo que pide que le sea reconocido. Doctrinalmente se ha afirmado que la legitimación activa es el "trasunto procesal de la titularidad". Por el contrario, la legitimación pasiva es la misma cualidad pero de signo contrario, y supone que el demandado se encuentra en una situación jurídica concreta que justifica el ejercicio de la acción. [STS 771/12 de 10 de diciembre (*Tol* 2730432)].

En la acción reivindicatoria, como se ha dicho, la legitimación activa la tiene quien se afirma propietario no poseedor, mientras que la legitimación pasiva la tiene quien es poseedor pero no es propietario, quien posee sin derecho frente al propietario que sí tiene ese derecho.

Pero evidentemente nos estamos refiriendo a la legitimación «ad causam» no a la legitimación procesal que asimilamos a capacidad procesal y capacidad para ser parte en el proceso.

3. Requisitos de la acción reivindicatoria

Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que los requisitos de la acción son tres: acreditación del dominio por quien ejercita la acción, identidad de la cosa objeto de la acción y la posesión del tercero frente al que se ejercita la acción, requisito éste, junto con la restitución de la cosa, que diferencia la acción reivindicatoria de la meramente declarativa.

En tal sentido, la Sentencia del T. Supremo 734/12 de 23 de noviembre (*Tol/2723396*):

«Los requisitos, o más bien los presupuestos de esta acción han sido estudiados por la doctrina y reiterados por la jurisprudencia (sentencias de 25 junio 1998, 28 septiembre de 1999, 5 noviembre 2009) partiendo del concepto de acción reivindicatoria, amparada en el artículo 348 del Código civil, como acción que ejerce el que se presenta como propietario, para que les sea restituida la cosa por quien no tiene derecho a poseerla. Como primer presupuesto, la posición del demandante, que debe probar su derecho de propiedad (sentencias de 13 marzo 2002, 27 septiembre 2002)... Como segundo presupuesto, la cosa... y su identificación e identidad... Como tercer presupuesto, la posesión de los demandados.»

También, la Sentencia del T. Supremo nº 771 de 10 de diciembre de 2012 (*Tol/2730432*)

«Doctrina y jurisprudencia han sido constantes en enumerar los tres presupuestos para que prospere la misma: título de dominio del demandante, identificación e identidad de la cosa objeto de la acción y posesión por el demandado (sentencia 5-11-09). El problema que se da cuando se plantea el proceso es la prueba de los presupuestos, que si alguno no se prueba, el demandante sufre la carga de la misma (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), problema que no se da en casación ya que la función de la misma no es revisar ni comprobar la valoración de la prueba practicada, sino

la aplicación correcta del Derecho a la situación fáctica declarada en la sentencia de instancia, la recurrida, de la Audiencia Provincial.»

A) Dominio del demandante

Quien ejercita la acción tiene la carga de la prueba de su derecho de propiedad, requisito esencial ya que afecta a la legitimación del demandante que ejercita la acción.

El art. 348 del Cód. Civil concede esta acción al propietario, razón por la cual esta condición debe quedar inicialmente acreditada, requisito ineludible cuya carga procesal corresponde al demandante, hasta el punto de que en múltiples ocasiones la jurisprudencia ha concluido, exasperando la obligación del demandante, que el demandado no necesita probar su dominio porque basta con que el demandante no acredite el suyo para que haya de dictarse sentencia absolutoria [STS 13-2-06 (ToI 849933)]. Pero también ha de ponerse de manifiesto que la jurisprudencia del T. Supremo ha resaltado que esta acción supone una confrontación de títulos [SSTS 27-6-91 (ToI 1728866) y 21-5-92 (ToI 1659782)] en la que también debe valorarse la presunción del art. 38 LH a favor del titular inscrito, pero todo ello a partir de que el demandante haya acreditado su título, pues faltando, la acción no puede prosperar.

El demandante tiene la carga de la prueba de su derecho no siendo suficiente a tal efecto con la inscripción registral, sino que debe demostrar que ha adquirido válidamente el dominio de conformidad con lo establecido en el art. 609 del Cód. Civil cuando dispone que la propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», es decir mediante algún título traslativo del dominio completado por la *traditio*, reforzada esta manera de adquirir por lo establecido en el art. 1095 que

exige entrega de la cosa, aun cuando sea meramente instrumental (art. 1462 del Cód. Civil).

En los casos más frecuente de adquisiciones derivativas, la acreditación del dominio del demandante no puede quedarse únicamente en su adquisición sino que debe abarcar las precedentes de la que trae causa, en una serie más o menos amplia en función de la realidad de cada caso, salvo cuando se trate de adquisición por virtud de usucapión.

No es suficiente con la acreditación de la inscripción registral a favor del demandante ya que el art. 38.1 de la Ley Hipotecaria presume que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, lo cual no trasciende de la presunción iuris tantum que, por lo tanto, puede quedar desvirtuada por la prueba en contrario.

La acción reivindicatoria es acción contradictoria del dominio, y en aquellos casos en que el demandado no solo ostente la posesión de la cosa, sino que además se arroge un título de dominio inscrito, precisamente porque el art. 38.1 establece el principio de legitimación registral con carácter de presunción iuris tantum, el demandante de la acción reivindicatoria está legitimado para contradecir el dominio y para instar la rectificación registral.

La justificación del derecho del demandante no se identifica necesariamente con la constancia documental de su adquisición, sino que equivale a la prueba de la propiedad de la cosa en virtud de causa idónea para el nacimiento de la relación que supone el derecho real.

Por lo tanto, el demandante debe acreditar con plena eficacia que ostenta la propiedad del objeto reivindicado, es decir que ha adquirido válidamente en los términos del art. 609 y 1095 del Cód. Civil, según los cuales, como se ha dicho es necesario el título traslativo del dominio unido a la tradición.

La jurisprudencia del T. Supremo declara que el art. 609 CC exige para la adquisición de la propiedad, el título y el modo, es decir, la causa de la transmisión, el título, y la entrega. Por ello, el art. 1095 CC dirá que el acreedor "no adquirirá derecho real" sobre la cosa "hasta que le haya sido entregada". Y si bien es cierto que Algunas veces el traspaso posesorio por sí solo no tiene el efecto de transmitir la propiedad, sin traspaso posesorio no existe transmisión, aunque haya título. Para que se produzca la adquisición de la propiedad, el Código civil admite algunos sistemas no materiales de traspaso posesorio, tal como se establece en los arts. 438 y 1462, 163 y 1464 CC, de modo que lo que debe cumplirse es la exigencia del art. 1462 CC de que la cosa "se ponga en poder y posesión del comprador", regla coincidente con la del art. 438 CC, que admite que se ha adquirido la posesión cuando la cosa o derecho queden sometidos a la acción de la voluntad de quien adquiere la posesión. Este esquema inicial debe completarse con otro elemento: deben coincidir la voluntad de quien entrega y la de quien recibe, de modo que el efecto traslativo de la entrega solamente tiene lugar cuando ambas concuerdan [STS nº 731/09 de 13 de noviembre (*To/ 1748190*)].

En el mismo sentido la Sentencia del T. Supremo nº 352/14 de 19 de junio (*To/ 4395193*) que recuerda que el Derecho español recoge explícitamente la doctrina del título y el modo como modo de adquirir el derecho de propiedad, conforme a los artículos 609 y 1095 y copiosa jurisprudencia^[2].

«El título es el acto por el que se establece la voluntad de enajenación del derecho. El modo es el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición por el adquirente. A su vez, el modo está ligado al título en que se basa y le da su fundamento jurídico. Es decir, nuestro Derecho acoge la teoría del título y el modo, con el sistema de tradición (modo) basada en el negocio jurídico precedente (título): tradición causal».

A este respecto, el art. 1462 del Cód. Civil dispone que se entiende entregada la cosa vendida cuando se pone en poder y posesión del comprador: cuando se hace la venta mediante escritura pública, su otorgamiento equivaldrá a la entrega si de la escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario.

Esta «traditio ficta» hay que entenderla por la equivalencia jurídica entre la entrega de la cosa y el otorgamiento de la escritura pública, de forma ya que el otorgamiento de la escritura pública comporta, según la Sentencia del T. Supremo 704/13 de 25 de noviembre (*ToI 4035862*) «la investidura posesoria a estos efectos, sin que resulte necesaria una expresa voluntad al respecto que ya viene implícita en la finalidad o consecuencia de la compraventa como negocio previo o antecedente. En esta línea, de acuerdo con la interpretación del sentido literal del precepto, esta razón de equivalencia jurídica puede resultar enervada cuando, en el seno de la propia escritura pública, se infiera o se deduzca claramente el efecto contrario. Cuestión, de índole interpretativa, que debe llevar a la indagación de la posible contradicción del efecto traslativo ya por hechos que consten en la propia escritura, o bien por la voluntad declarada por las partes en orden a diferir la tradición derivada de la entrega a un momento posterior en la ejecución del contrato.»

La Sentencia 296/02 de 4 abril (*ToI 154993*) mantiene que «La tradición instrumental representada por la escritura pública (artículo 1462.2º del Código

civil) tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca (sentencias entre otras de 8 mayo 1982, 8 julio 1983, 29 mayo y 9 octubre 1997, 14 diciembre 1998)... y sin que por lo demás quepa olvidar la existencia de la institución registral como refuerzo de la concurrencia de la "traditio ficta" (sentencia de 18 mayo 1994)».

Y en la Sentencia la sentencia de 13 mayo 1995 (*Tol 1667440*) «La equivalencia entre tradición y otorgamiento de escritura preceptuada en el artículo 1462.2º, no opera cuando el vendedor no tiene la posesión a título de dueño de la cosa, pero no obsta a la equivalencia que la posesión, en su vertiente directa o de hecho, corresponda a otra persona en virtud de un derecho concedido por el vendedor, siempre y cuando así se haya hecho saber al comprador».

B) Identidad e identificación

El segundo requisito es la identidad e identificación de la cosa de forma perfecta y exacta, debiendo acreditar el demandante que la cosa descrita en su título se corresponde exactamente con la que es objeto de la acción que está en posesión del demandado. Este requisito es de suma importancia para poder concluir que lo poseído por el demandado es lo que debe restituir al demandante, requisito éste que en la práctica constituye la mayor causa de fracaso de la acción reivindicatoria, especialmente cuando se trata de fincas rústicas o de fincas resultantes de un proceso urbanizador, en las que es frecuente que no exista correlación entre el título y la realidad topográfica, por la antigüedad e imprecisión en su descripción y cabida, o por la nueva configuración y delimitación de las fincas. La identificación será normalmente objeto de la prueba en el proceso, siendo habitual acudir a la certificación descriptiva y gráfica que facilita en Catastro, si bien teniendo en cuenta que es un registro que únicamente sirve de base a determinados tributos de carácter inmobiliario pero que no se trata de un registro de títulos ni de propietarios sino

que su información puede ser de gran utilidad como una prueba más dentro del conjunto probatorio que deberá valorarse racional y motivadamente.

La identificación de la cosa objeto de la acción, cuando se trata de inmuebles, ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cual es la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, demostrando de forma amplia, que el inmueble reclamado es al que hace se refieren los títulos y demás medios probatorios en los que actor funda su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que conste en los títulos. «Cuando en la demanda se ejercita una acción reivindicatoria, uno de los hechos cuya acreditación es necesaria para el éxito de la acción es la identificación de la cosa reivindicada. En el caso de tratarse de una porción de terreno, ha de identificarse su ubicación con un grado suficiente de exactitud [STS nº 773/13 de 10 de diciembre (Tol 4075125)].

La identificación de la cosa centra el debate el proceso, dando por supuesto que se debe tratar de cosas corporales, concretas y determinadas. La identificación de la concreta acción ejercitada tiene lugar por la *causa petendi* [causa de pedir] y *petitum* [lo que se pide], entendido este último como conjunto de hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la pretensión. El problema de la identificación de la acción se halla vinculado con el deber de congruencia de las sentencias, que exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso sin alteración de la causa de pedir ni de los términos en que quedó planteada la controversia entre las partes. Ello no obstante, es exigible al menos una identificación relacional con la mayor precisión posible, tal como lo entendió la Sentencia del T. Supremo nº 767/13 de 18 diciembre [(Tol 4082457) "Archivo del Poeta Aleixandre"] en la que se admitió que la acción reivindicatoria se ejercite sobre un conjunto de bienes

(documentos) cuya composición exacta se desconocía en el momento de interponer la demanda, a los que se aludía genéricamente como "archivo Aleixandre" y se concretaron en la Audiencia Previa, una vez conocido el inventario exacto de tal archivo. Declara la Sentencia que esa denominación genérica de "archivo" «se refiere a un conjunto de documentos, correspondencia y bienes personales del poeta, que por su importancia y extensión, a juzgar por el inventario presentado el 2 de octubre de 2008, es el que mejor podría merecer tal calificación. Todos los bienes afectados por la reivindicatoria tienen en común que formaban parte de ese acervo de "papeles", bienes y "enseres" personales del poeta, que pasaron a los demandados, tras su muerte. La referencia común a todos ellos, por medio de la denominación "archivo Aleixandre", del que formaban parte, sirve para justificar la posesión pública de esos bienes por parte de los demandados desde 1984. La referencia contenida en los *apartados 4º y 5º del art. 334 CC*, supuestos en que la unidad real de determinados bienes muebles pueden merecer la consideración de bien inmueble, no impide que puedan existir conjuntos de bienes muebles que gocen de una cierta unidad, como es el archivo de una persona, sin que se pretenda con ello que tengan la consideración de bien inmueble.

En cuanto a los presupuestos de la acción reivindicatoria, la identificación y la identidad son esenciales respecto a la cosa reivindicada. Esta debe quedar concretada y determinada, de forma que pueda ser señalada y reconocida, "tal identificación debe ser total y sin dudas", dice la sentencia de 7 mayo de 2004, que "no ofrezca dudas", añade la de 17 marzo 2005, lo que reitera de 14 noviembre 2006 y 5 noviembre 2009. Identificación que ha negado la sentencia recurrida y que es aceptada en casación [STS 578/14 de 20 de octubre (To/4530365)]

C) Posesión del demandado

El demandado debe estar en posesión de la cosa objeto de la acción, requisito esta que se deriva de la dicción del art 348 cuando la confiere frente al tenedor y al poseedor, por lo cual no cabe el ejercicio de la acción frente a quien no podrá cumplir la condena a la reintegración de la cosa a su propietario. Consecuentemente, no es posible el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando el demandante esté en la posesión de la cosa.

Por posesión o tenencia de la cosa hay que entender únicamente la indebida, puesto que si el demandado ostenta un título que le habilita para ello, la acción reivindicatoria no puede estimarse. La posesión del demandado debe ser aquella que contradiga el dominio del actor. Así, si el demandado ostenta la posesión en virtud de contrato de arrendamiento, o de un derecho de usufructo, no está contradiciendo el dominio del demandante, sino que el demandado parte de dicho dominio para afirmar su derecho.

En los casos en que el demandado contradice el dominio del demandante, tiene la carga de la prueba de probarlo, pero solo cuando el dominio del actor haya quedado acreditado, ya que la doctrina jurisprudencial reiterada mantiene que cuando el demandante no acredite su derecho de propiedad, es innecesario examinar si corresponde al demandado, dado que no se trata tanto de declarar a quien pertenece el dominio, sino de restituirlo, en su caso, al demandante.

La posesión del demandado es el presupuesto que distingue la acción reivindicatoria de la meramente declarativa, tanto si se trata de posesión mediata o inmediata

En la acción reivindicatoria, legitimación pasiva la tiene el sujeto poseedor que posee sin derecho a ello, frente al propietario que sí tiene ese derecho (y por ende, legitimación activa).

4. Tratamiento procesal

La carga de la prueba y acreditación de los tres requisitos pesa sobre el actor que ejercita la acción, no solo porque esta prueba es consustancial a la acción ejercitada, sino también en cumplimiento de la obligación que impone el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al orden procesal, la acción debe ejercitarse mediante el Juicio Declarativo (art. 248 LEC) que corresponda en función de la cuantía que se determinará según el interés económico de la demanda de acuerdo con las reglas establecidas en el art. 251, concretamente la 3ª, 2º, según la cual se atenderá al valor de la cosa mueble o inmueble al tiempo de interponer la demanda, conforme a los precios corriente en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase, regla de determinación de la cuantía que servirá cuando se trate de demandas que afecten a la validez, nulidad o eficacia el título de dominio, así como a la existencia o a la extensión del dominio mismo. Como tal procedimiento declarativo por razón de la cuantía, procederá el Juicio Ordinario si la cuantía excede de 6.000 euros, así como en los casos en que el interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo. En caso contrario el cauce procesal adecuado es el Juicio Verbal.

5. Pretensión de condena. Restitución o indemnización

El efecto de la acción reivindicatoria, en cuanto a la acción de condena, es la restitución de la cosa que el demandado deberá entrega con sus acciones y frutos

AL EJERCITAR UNA ACCIÓN REIVINDICATORIA, SI EL DEMANDANTE ADVIERTE QUE, POR RAZONES DIVERSAS, CABE QUE EL DEMANDADO NO PUEDA RESTITUIR EL BIEN REIVINDICADO, PUEDE SOLICITAR, DE FORMA SUBSIDIARIA, EL PAGO DEL PRECIO POR EQUIVALENCIA



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

COMO FORMA DE CUMPLIMIENTO SUSTITUTORIO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR COSA DETERMINADA; Y SI EL TRIBUNAL, EN LA FASE COGNITIVA, ESTIMA LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y ADVIERTE LA IMPOSIBILIDAD DE SU RESTITUCIÓN, PUEDE ESTIMAR LA PETICIÓN SUBSIDIARIA Y CONDENAR AL DEMANDADO AL PAGO DEL VALOR DEL BIEN, SIN QUE SEA NECESARIO ESPERAR A CONSTATAR ESTA IMPOSIBILIDAD EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA. ADEMÁS, NO DEJA DE SER UN EFECTO EX LEGE DE LA ESTIMACIÓN DE LA REIVINDICATORIA Y, COMO TAL, SU APRECIACIÓN SERÍA CONGRUENTE [STS Nº 289/13 DE 8 DE MAYO (TOL 3774360)].

ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA

DENTRO DE LAS ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL PROPIETARIO PARA DEFENSA DE SU DOMINIO, LA ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO GUARDA SIMILITUD CON LA ACCIÓN REIVINDICATORIA SALVO POR LO QUE SE REFIERE AL REQUISITO DE LA POSESIÓN DE LA COSA POR EL DEMANDADO, Y, EVIDENTEMENTE, SE DIFERENCIA POR SU CARÁCTER DE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA Y NO DE CONDENA QUE IMPEDIRÁ CUALQUIER POR LO QUE NO PUEDE PRETENDERSE LA CONDENA DEL DEMANDADO A REINTEGRAR AL DEMANDANTE LA POSESIÓN DEL OBJETO DE LA REIVINDICACIÓN.

Se pretende mediante el ejercicio de esta acción la declaración de que el dominio corresponde al demandante que ejercita la acción frente al demandado que le opone el mismo derecho, resolviendo así la confrontación de títulos.

La acción meramente declarativa supone en definitiva determinar quién es el propietario de entre los dos contendientes, con cuya declaración queda

agotada la tutela efectiva que se solicita en el proceso, por lo que no puede pretenderse por el demandante obtener la recuperación de la cosa.

En la acción declarativa de dominio no es relevante quien ostente la posesión de la cosa, y así como la acción reivindicatoria no procederá cuando el demandante sea poseedor ni cuando el demandado no lo sea, la acción meramente únicamente tiene en cuenta el derecho de cada parte, no la posesión ya que no se trata de acción de condena. En tal sentido, no impide el ejercicio de la acción que el demandante este siendo perturbado en su derecho o tema serlo en su titularidad por quien se declara o manifiesta con sus actos ser duelo de la cosa sin haber llegado a despojar de ella al demandante.

El T. Supremo en Sentencia 467/12 de 19 de julio (*Tol* 2666893) con cita de la STS 1105/06 de 2 de noviembre (*Tol* 1009769), ha señalado que «la acción declarativa de dominio, como su propio nombre indica, va dirigida a obtener la mera declaración de existencia de la titularidad dominical, sin impetrar la condena a la restitución de la cosa. Su objeto por tanto, se concreta en la verificación de la realidad del título, lo que la hace especialmente indicada en los supuestos de perturbación sin despojo de la posesión, o de inquietación de la misma, así como en aquellos casos en los que se persigue integrar títulos incompletos o defectuosos de dominio; sobre todo en orden a su acceso al Registro de la Propiedad. De esta forma, la acción declarativa de dominio se proyecta como una acción de defensa y protección del derecho real, cuyo ejercicio queda amparado en el contenido y reconocimiento que del mismo se dispone en el artículo 348 del Código Civil; respecto del derecho de propiedad, como derecho paradigmático en el campo de los derechos reales. Con lo que se exige para su aplicación los mismos requisitos que para el ejercicio de la acción reivindicatoria salvo, como resulta lógico, el requisito de la posesión contraria del demandado que, por definición, no se contempla en el objeto de

esta acción, de suerte que debe demostrarse el dominio de la cosa y su identificación.

Los presupuestos para el ejercicio de la acción meramente declarativa son la acreditación del dominio por el demandante y la identificación de la cosa objeto de la acción, requisitos comunes con la acción reivindicatoria, y por lo tanto sirviendo los aquí los comentarios anteriores, con especial énfasis en la necesidad de acreditar el dominio por parte del demandante.

El supuesto de hecho para el ejercicio de la acción es la contradicción del derecho que el demandado haya manifestado al demandante.

En el orden procesal, la acción declarativa de dominio se decidirá en Juicio Ordinario o Verbal según lo que antes se ha expuesto.

No puede confundirse la prohibición del art. 219 LEC con el ejercicio de esta acción, ya que la interdicción viene referida únicamente a aquellas pretensiones meramente declarativas del derecho a percibir una cantidad de dinero determinada o de frutos o rentas, utilidades o productos de cualquier clase, en cuyos supuesto se exige la cuantificación exacta en la demanda, no siendo posible dejarla para la fase de ejecución de sentencia

ACCIÓN CONFESORIA

En la práctica, en la mayoría de ocasiones, la acción confesoria es la utilizada por quien pretende declarar o constituir una servidumbre de aquellas que solo se pueden constituir mediante título, es decir, las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, aparentes o no, pues de conformidad con lo establecido en el art. 540 del Cód. Civil, la falta de título constitutivo de las

servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción se puede suplir por una sentencia firme.

La acción confesoria, siendo una acción real declarativa, pretende el reconocimiento de determinados derechos reales, por lo general limitativos del dominio, Se trata de una acción contradictoria del dominio ya que aunque no se niega el que ostenta el demandado, la pretensión es constituir y hacer reconocer al demandado la existencia del derecho real objeto de la acción, por lo que la contradicción no es absoluta en cuanto al dominio, sino respecto de una de sus facultades, y por lo tanto a partir del dominio del demandado se trata de constituir una limitación o gravamen, y, en conclusión, se trata de contradecir el dominio libre y absoluto.

Junto con la acción reivindicatoria y la declarativa de dominio, se trata de una acción contradictoria del dominio a los efectos que se contemplan en el art. 38.2 de la Ley Hipotecaria ya que todas ellas envuelven una oposición frente a la realidad declarada por la inscripción registral, siempre que el titular registral sea el demandado, lo que exige la acumulación de la acción tendente a la rectificación registral, o, en función de la pretensión de la acción confesoria, un asiento complementario o continuador del dominio, mediante el que se deje constancia del derecho reconocido. Se tratará de un asiento complementario cuando la acción confesoria pretende un derecho real constituido por un titular registral y posteriormente negado, y de un asiento contradictorio cuando ese derecho se haya constituido o reconocido por titulares anteriores del dominio al demandado.

OTRAS ACCIONES

La defensa del dominio no solo se puede lograr a través de la reivindicatoria, declarativa de dominio o confesoria, sino también mediante otras de la misma naturaleza.

1. La acción negatoria de servidumbre

La acción negatoria de servidumbre representa el signo contrario de la acción confesoria, eliminando el derecho real pretendido por el demandado. La finalidad de esta acción es declarar que la propiedad no está sometida al derecho o restricción que el demandado pretende con la consecuencia de su cese. Así como mediante la acción reivindicatoria se reacciona frente a la perturbación total del dominio, por la acción negatoria el dueño actúa debido a una perturbación parcial, es decir, frente a la restricción del dominio por quien pretende un derecho real limitado sobre la cosa o ejerce una limitación al pleno dominio sobre ella. Por lo tanto la prueba del dominio y de la perturbación son los requisitos para el ejercicio de esta acción.

2. La acción de deslinde

La acción de deslinde pretende delimitar de forma exacta los contornos de la finca, lo que indirectamente conlleva excluir el pretendido dominio de otros. La acción se funda en los arts. 384 a 387 del Cód. Civil. Como señala la Sentencia 132/15 de 9 de marzo (To/ 4763625) «Desde el punto de vista del derecho civil, el deslinde y amojonamiento se puede estudiar como una de las facultades del dominio --la de exclusión-- o desde el punto de vista de la extensión en sentido horizontal del derecho de propiedad o --cuando se pretende judicialmente por el ejercicio de una acción-- como un aspecto de la protección del derecho de propiedad. La facultad de deslinde está reconocida en el artículo 384, que consiste en la operación de marcar los límites entre dos o varias fincas: la acción de deslinde requiere que haya confusión de límites de forma que no se tenga conocimiento exacto de los mismos, y no es viable si las fincas están

perfectamente identificadas y delimitadas. El Código civil proporciona al juez unos criterios para decidir los conflictos de límites, en grado de subsidiariedad: en primer lugar, según los títulos; en su defecto, por la posesión (art. 385), o cualquier medio de prueba, y en último lugar, por distribución proporcional (artículos 386 y 387).

Pero en modo alguno concluirse que el ejercicio de esta acción es presupuesto para el ejercicio de la acción reivindicatoria, no que el existe de la acción de deslinde supone la declaración de dominio del modo que se consigue con la acción declarativa de dominio.

3. Acciones preparatorias y cautelares

Las acciones preparatorias y cautelares (acción *ad exhibendum*, acciones interdictales de obra nueva y de obra ruinosas) indirectamente protegen el dominio si bien su fundamento es la posesión o tenencia de la cosa.

4. Tercería de dominio

Se trata de una acción prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el ámbito de la ejecución dineraria. Se trata de una acción que corresponde a quien afirme ser dueño de los bienes embargados siempre que no se parte en la ejecución. Presupone que en la ejecución dineraria se hubiera embargado como propiedad del demandado un bien que el tercerista alega ser suyo. Corresponde también la acción al titular de un derecho sobre el bien embargado que impida, por disposición legal, la ejecución.

El nº 1 del art. 594 advierte al verdadero titular que en caso de no ejercitar esta acción, no impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva. La finalidad de esta acción no es

declarativa del dominio sino el levantamiento del embargo, tal como el art. 601.1 LEC establece que «en la tercería de dominio no se admitirá más pretensión del tercerista que la dirigida al alzamiento del embargo». En este sentido la Sentencia del T. Supremo 215/08 de 1 de marzo (*Tol 1353333*): «La tercería de dominio tiene por fin exclusivo que quien no haya sido parte ejecutada en el proceso obtenga el alzamiento de un embargo constituido sobre bienes que son suyos desde antes de haberlo trabado. De ahí que, para que la acción pueda alcanzar éxito, se exija la prueba, a cargo del tercerista, de que los bienes embargados como del ejecutado, lo han sido erróneamente, por formar parte, con anterioridad a ese momento, del patrimonio de aquel --al respecto, sentencias de 31 de mayo, 14 de junio y 13 de julio de 2007, entre otras muchas--».

También la Sentencia 486/08 de 28 de mayo (*Tol 1333413*) cuando declara que «el específico objeto y finalidad de la tercería de dominio, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, constituye una incidencia del juicio ejecutivo principal --y no un proceso autónomo--, promovida a instancia de tercero y frente al ejecutante y ejecutado, que persigue exclusivamente la liberación del derecho embargado en virtud de un título con idoneidad y entidad bastante para obtener el alzamiento total o parcial de la traba. Como consecuencia de tal naturaleza y función no cabe acumular a la tercería, o plantear a través de ella, pretensiones ajenas a su finalidad única y exclusiva --como por ejemplo, en los casos considerados por la jurisprudencia de esta Sala, la nulidad del procedimiento, la impugnación de una hipoteca sobre el inmueble controvertido, cuestiones relativas a la naturaleza y caracteres del aval prestado por el ejecutado, o relacionadas con cualquier pretensión de fondo que constituya objeto autónomo, salvo la relativa a la nulidad del título del tercerista-- --Sentencia de 26 de junio de 2007, y las que en ella se citan--. De ahí que no quepa, al socaire de la protección de los

derechos de posesión y de propiedad que confieren los preceptos citados como infringidos en estos dos motivos de recurso, pretender en este incidente, como lo hace el recurrente, la declaración del objeto y contenido de dichos derechos, cuestión que se sitúa extramuros de lo que es propio de este proceso especial y de su específica función y finalidad».

Es requisito necesario para el ejercicio la tercería de dominio que el demandante tenga la consideración de tercero, desde el punto de vista procesal tal como lo declara la Sentencia 208/08 de 5 de marzo (To/1353169): «el presupuesto de la tercería de dominio es que el tercerista sea verdaderamente un tercero, es decir, una persona distinta de la embargada, que sea el titular del derecho de propiedad de la cosa embargada. Si no es tal tercero, sino viene a ser la misma persona embargada, no tiene sentido la tercería por faltar este esencial presupuesto».

Inicialmente la jurisprudencia consideraba que la tercería de dominio se equiparaba a la acción reivindicatoria de forma plena [SSTS 11-4-72 (To/4262038), 26-4-78 (To/2187739) 26-3-84 (To/1738039)]. Pero la Sentencia últimamente citada expone el concepto y función de la tercería de dominio. «El concepto y función de la tercería de dominio que, tal como resume la sentencia de 21 de diciembre de 2000, han sido expuestos por una reiterada jurisprudencia que forma una consolidada doctrina jurisprudencial. Así, las sentencias de 19 de mayo de 1997, 16 de julio de 1997, 11 de marzo de 1998, 28 de octubre de 1998 y 7 de abril de 2000 expresan que la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario --y que no lo es el demandado embargado-- la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se

alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión, por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería del dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). En este sentido, sentencias de 26 de septiembre de 1985 y 2 de noviembre de 1993. La jurisprudencia insiste en una idea: La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.»

CUESTIONES REGISTRALES

1. Principio de fe pública registral

El principio de Derecho hipotecario de fe pública registral se expresa en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, según el cual se debe mantener el derecho del tercero que, de buena fe, accede al registro confiando en la publicidad registral. Parte este principio de que el Registro se considera exacto, por cuya razón la inexactitud deriva de la realidad extraregistral no afecta a quien inscribe su derecho, ya que, de otra parte, el art. 32 de la Ley Hipotecaria y el art. 606 del Cód. Civil establecen el principio de inoponibilidad del título no inscrito.

La buena fe del tercero que accede al registro hará que su inscripción, y por lo tanto su derecho, se mantengan aun cuando posteriormente se resuelva o anule el título del su transmitente por causa que no constan en el Registro.

El propio art. 34 establece en el párrafo 2º que la buena fe de tercero se presume siempre, presunción *iruis tantum* que admite prueba en contrario cuya carga probatoria corresponde a quien pretenda desvirtuarla.

El artículo 34 exige determinados requisitos:

1. QUE SE TRATE DE UNA ADQUISICIÓN ONEROSA Y POR LO TANTO, DE UN CONTRATO BILATERAL CON CONTRAPRESTACIONES ENTRE LAS PARTES. EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ART. 34 ESTABLECE QUE LOS ADQUIRENTES A TÍTULO GRATUITO NO GOZARÁN DE MÁS PROTECCIÓN REGISTRAL QUE LA QUE TUVIERE SU CAUSANTE O TRANSFERENTE, YA QUE EN DEFINITIVA SE COLOCAN EN SU MISMA POSICIÓN. EL TERCER ADQUIRENTE A TÍTULO ONEROSO, PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO EN ORDEN AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CONFÍA EN LA PUBLICIDAD QUE OFRECE EL REGISTRO COMO ÚNICO MEDIO DE CONTRASTAR EL CONTENIDO DE LA OFERTA REALIZADA POR EL TRANSMITENTE.

2. QUE EL DERECHO ADQUIRIDO ESTÉ Y CONSTE PREVIAMENTE INSCRITO PARA QUE LA FE PÚBLICA REGISTRAL AMPARE AL NUEVO ADQUIRENTE. ESTE REQUISITO NO ES MÁS QUE UNA MERA CONSECUENCIA DE TODA LA ARQUITECTURA REGISTRAL PARTIENDO DEL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD DEL TÍTULO NO INSCRITO Y CULMINANDO CON EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

3. Que el transmitente aparezca en el Registro con facultades para transmitir. El art. 34 protege al adquirente que inscribe, luego en caso de que el transmitente no apareciese con facultades de transmitir no se darían los presupuestos necesarios para dispensar esta protección, además de que,

como veremos a continuación, no podría afirmarse del adquirente haber llevado a cabo su adquisición confiando en la publicidad registral.

4. Que se inscriba la transmisión a favor del adquirente, pues de lo que trata el art 34 LH es de la protección de la nueva adquisición inscrita. El antecedente de este requisito es la previa inscripción del transmitente, pero necesariamente el adquirente debe inscribir ya que Registro dispensa protección a quien accede a él, además de que el art. 32 y 606 antes citados hacen inoponibles los títulos no inscritos, por lo que la falta de inscripción del adquirente, no podrá protegerse por no ser inoponible.

5. Como requisito fundamental se exige buena fe en el adquirente, en el sentido de desconocimiento de la inexactitud registral en el momento de su adquisición, ya que la protección de la fe pública registral y del art. 34 del LH se establece en función de una efectiva discordancia o inexactitud del Registro de la Propiedad. La publicidad que ofrece el Registro es una apariencia formal de tal forma que quien accede al Registro está protegido por esa apariencia, de donde se exige claramente que no conozca esa inexactitud, pues en caso contrario el vicio o defecto que provoque la nulidad o resolución de la titularidad del transmitente alcanzará al nuevo adquirente. La buena fe del adquirente se basa en el error y aunque no son exigibles los requisitos del error como vicio del consentimiento, si es exigible al adquirente que despliegue una mínima diligencia mediante la que pueda salir del error. La buena fe es exigible en el adquirente, no en el transmitente, en el momento de la adquisición, no en el de la inscripción.

Hay que tener en cuenta que el art. 34 de la Ley Hipotecaria despliega sus efectos en caso de discordancia entre el Registro y la realidad, ya que en caso

de normalidad no es necesario afirmar la protección registral: solo en aquellos casos en que por ser inexacto el Registro se produce algún conflicto en la titularidad del transmitente es cuando surge la protección registral.

La Sentencia del T. Supremo de 12 de enero de 2015 (*Tol 4721524*) se insiste en que el desconocimiento de la inexactitud exige cierto grado de diligencia exigible al tercero. «En efecto, conforme a la interpretación sistemática del precepto citado en relación, entre otros, con los artículos 433, 435, 447, 1941, 1952 y 1959 del Código Civil, así como con los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con el reforzamiento del principio de buena fe que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala viene realizando respecto de aquellas instituciones o figuras jurídicas que resulten particularmente informadas por este principio, entre otras, SSTs de 11 de diciembre de 2012 (núm. 728/2012) y 14 de enero de 2014 (núm. 537/2013), debe precisarse que dicha apreciación meramente subjetiva del adquirente no resulta, por sí sola, determinante de la buena fe en el ámbito de la adquisición de los derechos reales, pues se requiere del complemento objetivable de un "estado de conocimiento" del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio; aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia "básica" que haga, en su caso, excusable el error que pudiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del curso transmisivo operado y, en su caso, de la discordancia con la información ofrecida por el Registro. Así las cosas, y dada la presunción de buena fe que declara el artículo 34 LH en su desarrollo normativo, la cuestión de la carga ética de diligencia que debe emplear el tercero adquirente se centra, primordialmente, en el sentido negativo que presenta la extensión conceptual de la buena fe, es decir, en la medida o grado de diligencia exigible que hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la situación y conocer la

discordancia existente entre la información registral y la realidad dominical de que se trate.»

Se ha resaltado por la Sentencia del TS 353/13 del 13 de mayo (*ToI 3753363*) que el concepto de buena fe no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos sino de conocimiento. El sentido negativo de la buena fe como elemento intelectual de desconocimiento o ignorancia del error se suma al elemento positivo de creencia o confianza en la exactitud del Registro de la Propiedad.

2. Tercero hipotecario

La doctrina hipotecarista ha debatido intensamente acerca de si existe un tercero único contemplado en el art. 32 y art 34, o si se trata de diferentes terceros, siendo esta la mas defendida.

Tercero, por definición es quien no forma parte de una determinada relación jurídica, y por lo tanto hay que poner en relación esta posición con la realidad registral y extraregistral.

El art. 32 de la Ley Hipotecaria así como el art. 606 del Cód. Civil establecen el **principio de inoponibilidad** de los títulos no inscritos. "Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero".

Por otra parte, el art. 34 de establece el **principio de legitimación registral** y de defensa del tercero inscrito por virtud y al amparo de la fe pública registral, en el sentido de que el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su

derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

Se trata sin duda de dos diferentes terceros, en función de la situación determinante que estemos examinando, si bien en los dos casos se requiere la inscripción y la buena fe.

La inoponibilidad del art 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Cód. Civil supone la existencia de un título no inscrito, por lo que el tercero al que no afecta dicho título, en el orden civil puro, será todo aquel que no haya tenido relación con ese título, si contemplamos como situación determinante aquella de la que ha nacido el título no inscrito. Evidentemente el tercero, por oposición al concepto de parte, es todo aquel que no haya intervenido en una determinada relación jurídica, de forma que si afirmásemos que el art. 32 identifica como tercero en este sentido negativo de no haber sido parte, el precepto resultaría innecesario desde el momento en que el derecho hipotecario no atiende a las relaciones y efectos que se producen fuera del Registro, sin perjuicio de que en tales casos, el art 32 resultaría incierto, ya que un título de propiedad, por ejemplo, no inscrito, es oponible a otro título inscrito o no, en los casos de ejercicio de acciones contradictorias del dominio, puesto que la propiedad, por ejemplo, se transmite por título y modo, y no mediante inscripción que en nuestro derecho no tiene el alcance de constitutiva (salvo para el derecho real de hipoteca, derecho de superficie y cualquier otro derecho real innominado que se pueda crear al amparo de la principio de libertad contractual del art. 1255 del Cód. Civil).

Pero desde el momento en que el Registro y la Ley Hipotecaria, atienden únicamente a la realidad registral y no a la extraregistral, el tercero al que se refiere el art. 32 es el que aparezca como titular registral y por lo tanto ese

titular registral es el que el art. 32 identifica como tercero: a este titular registral es inoponible el título de dominio no inscrito, como principio, y de conformidad con lo establecido en el art 38 se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Por lo tanto si el titular no inscrito pretende contradecir el título de dominio inscrito, deberá acudir a ejercitar alguna de las acciones contradictorias del dominio antes referidas. El requisito de la inscripción resulta obvio ya que si se proclama que lo no inscrito no es oponible, carecería de sentido entender hacer esta declaración respecto del tercero no inscrito ya que sería una contradicción en sí mismo: si se tratase de tercero no inscrito, su título extraregistral no puede tener mejor o peor derecho que el de otro titular no inscrito, ya que no se trata de considerar al tercero respecto de las partes intervinientes en el título no inscrito, sino al tercero registral al que se pretende oponer el título no inscrito. El título no inscrito y de cualquier otro no inscrito suponen la misma categoría siendo todo ellos inoponibles al titular inscrito.

Por lo tanto solo el titular registral goza de protección registral. Así, en el caso de adquisición "a non dominio", doble venta, el primer comprador que haya inscrito resulta protegido por el Registro de forma que le es oponible el título no inscrito, observando únicamente los títulos de los compradores cuyos títulos de confrontan (art. 1473 del Cód. Civil). Es en este momento cuando el art. 34 de la Ley Hipotecaria despliega toda su virtualidad protegiendo al que ha inscrito, incluso es el título de su transmitente lleva a resolverse o anularse.

b) El art 34 de la Ley Hipotecaria, por su parte contempla al tercero que está protegido por la fe pública registral, es decir, al adquirente de un derecho real inscrito en el Registro cuya adquisición, tras su inscripción, se mantiene aun cuando la titularidad de su transmitente llegue a anularse o a resolverse con posterioridad, siempre que todo ello se lleve a cabo en las condiciones que se

indican en el precepto. Se contempla por lo tanto la situación del quien inscribe su título pero, en relación con la titularidad inscrita que ostentaba su transmitente. De esta forma, tercero aquí es el adquirente que inscribe, a quien se mantendrá su derecho aunque se declare la ineficacia del título de su transmitente.

En ambos casos por tanto, se exige la **buena fe**, entendida como desconocimiento de la inexactitud del registral: al tercero inscrito contemplado en el art. 32 le es exigible el desconocimiento de la inexactitud registral, tanto si el título no inscrito se había otorgado por su mismo transmitente, como en los demás casos. Al tercero contemplado en el art. 34 le es exigible también la buena fe en el mismo sentido, tanto en sentido de desconocimiento como de ignorancia de los defectos de la titularidad de su transmitente, de forma que quedará protegido por la inscripción, de los defectos o vicios de que adolezca la titularidad o derecho de su transmitente.

3. Consecuencias de no haber formulado demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones registrales

El art. 38.2 de la Ley Hipotecaria establece que como consecuencia del principio de inscripción y de legitimación registral que se contemplan en el párrafo 1º, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Esta obligación de instar la rectificación registral es consecuencia de las acciones contradictorias del dominio a fin de conseguir que la realidad registral se adecue a la extraregistral declarada, evitando así la existencia de una realidad registral amparada por la presunción de integridad y exactitud del registro y una realidad extraregistral

declarada en Sentencia firme, lo que algún sector de la doctrina ha denominado "monstruum iuris".

La previsión del art. 38 de la Ley Hipotecaria es la inadmisibilidad de la demanda en tanto no acumule la acción de rectificación registral, si bien la jurisprudencia mantiene un criterio más amplio y flexible para reducir el rigorismo con el que se expresa el art. 38, sobre todo en aquellos casos en que la cancelación del asiento aparezca de forma intrínseca o indirecta en el *petitum* de la demanda o reconvención, es decir, que el ejercicio de la acción contradictoria de dominio que aparece inscrito a favor del demandado conlleve de forma implícita el ejercicio de la acción del art. 38 de la Ley Hipotecaria.

El requisito fundamental para la aplicación del art. 38 y ejercicio de esta acción es que se ejercite simultáneamente una acción contradictoria del dominio inscrito, y por lo tanto frente al titular registral, de forma que la estimación de la demanda lleve consigo como consecuencia la estimación de la acción de cancelación del asiento consiguiendo así la redacción registral para acomodarla a la al dominio que se declare en la Sentencia.

Se alude en el art. 38 al ejercicio de la acción de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente debiendo entender por nulidad la formal, es decir que la Ley Hipotecaria trata de forma equivalente a los términos y no como categoría excluyentes

Tratándose de una consecuencia de la acción contradictoria del dominio, no será exigible en caso de que el demandante sea el propio titular registral, ya que el éxito de la acción no hará más que reafirmar la inscripción, es decir, que la realidad extraregistral declarada contemplada en la Sentencia no será opuesta al asiento registral.

Al contrario, cuando sea el demandante o reconviniendo quien pretenda la declaración de dominio a su favor sin inscripción, será necesario el ejercicio de la acción de rectificación registral para adecuar la realidad registral y conseguir de esta forma que sea posible la presunción del párrafo 1º de que los derechos inscritos pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento.

Es presumible que cuando el demandante no sea titular registral solicite, previa o coetáneamente con la demanda principal, la anotación preventiva de demanda como medida cautelar al amparo de lo establecido en el art. 42. 1º de la Ley Hipotecaria y 727.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según los cuales procederá la anotación de demanda a favor de quien demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de derechos reales, en definitiva, quien demanda y ejercita cualquier pretensión que deba producir efectos sobre inmuebles inscritos, y por tanto pueden producir la alteración de la publicidad registral. Acreditada la apariencia de buen derecho, el peligro de mora procesal se concreta en la posibilidad de que, a lo largo del proceso, se transmita el dominio o accedan al registro cargas nuevas o diferentes a las que existen en el Registro en el momento de solicitar la adopción de la medida cautelar. De esta forma, en caso de que la acción contradictoria del dominio tenga éxito, el demandante podrá solicitar que la anotación de demanda se convierta en anotación definitiva, de forma que al amparo de lo establecido en el art. 70 de la Ley Hipotecaria surtirá efectos desde la fecha de la anotación, de la presentación del mandamiento de anotación de demanda en el Libro Diario del Registro, dándole por tanto eficacia retroactiva: desde la fecha de efectividad de la anotación de demanda, cualquier derecho que acceda al Registro se entenderá condicionado al resultado del procedimiento a favor del que se obtuvo esa medida cautelar, no gozando los titulares de esos derechos nuevos de la condición de tercero de buena fe, en el sentido previsto del art. 34.2 de la Ley Hipotecaria desde el

momento en que el Registro está ofreciendo publicidad suficiente de la inexactitud registral y de la contradicción del dominio

En el presente supuesto, los 5 demandantes no han ejercitado la acción prevista en el art 38 para la rectificación registral, no han solicitado la anotación preventiva de la demanda, asumiendo los riesgos que ello conlleva. Pero en el presente caso no resulta imprescindible este ejercicio, en orden a una ulterior inadmisión de la demanda.

Atendiendo a la finalidad del art. 38 de conseguir la adecuación del registro evitando la existencia de dos realidades contrapuestas, en el presente supuesto se conseguirá la misma finalidad en caso de estimación de la demanda, ya que se pretende una declaración de condena frente a los demandados, la obligación de hacer consistente en que se cumpla el contrato de compraventa y se otorgue escritura a favor de los demandantes, lo que posibilitará su inscripción, quedando así regularizada la realidad registral.

Alfredogarcialopez7.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS







Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



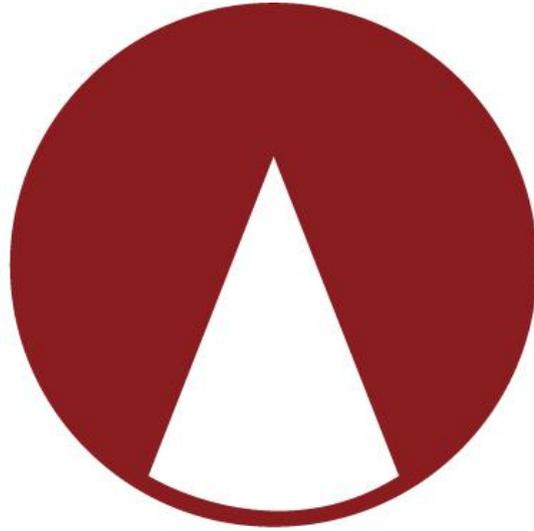


Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

Alfredogarcialopez

ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

40

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



AlfredogarcialopeZ
ABOGADOS



AlfredogarcialopeZ
ABOGADOS

41

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

42

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

43

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

44

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com