

Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO DEL ARTÍCULO 41: 1. Presupuestos subjetivos. — 2. Presupuestos objetivos. — 3. Presupuestos de la actividad.—III. SU TRATAMIENTO: 1. Si han de ser tenidos en cuenta de oficio o a instancia de parte.—2. En qué momento han de darse.—3. En qué momento han de examinarse y decidir sobre ellos.

I.—INTRODUCCIÓN

1. Como ha dicho LOIS (1), acaaso ningún otro precepto jurídico plantea problemas tan relevantes para la dogmática procesal como lo hace el artículo 41 de la Ley Hipotecaria; ni tampoco sería fácil encontrar otra figura tan singularmente privilegiada en ofrecer a la problemática cuestiones tan diversas. Tales cuestiones tienen una gran trascendencia práctica en este proceso, cada día más utilizado ante nuestros Tribunales, y cuya naturaleza jurídica tanto se ha discutido por la doctrina, siendo las posiciones propuestas de las más variadas, y van desde la que afirma que participa de las notas de las actividades de jurisdicción voluntaria (2) hasta los que señalan què

(1) LOIS ESTÉVEZ: «Una reaparición del proceso provocatorio», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. T. 185 (1949), pág. 57.

(2) Así, SANZ califica a la primera fase del procedimiento de jurisdicción voluntaria, si bien cuando hay oposición, reconoce que existe una fase conflictiva. Víd. «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», Madrid, 1945, página 324 y sigs.

es un auténtico proceso de ejecución (3). Ahora bien ; el problema que hoy queremos plantearnos es de los más íntimamente ligados con la práctica procesal, y desde luego uno de los que más importancia presentan, ya que de la solución que demos al mismo depende la viabilidad de muchas pretensiones fundadas en aquella norma y mal planteadas procesalmente.

2. Para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a examinar el fondo de un proceso, es necesario que se den una serie de requisitos, exigidos por el Derecho procesal, que la doctrina ha denominado presupuestos procesales. Existen, por tanto, en todo proceso, dos momentos perfectamente definidos. Uno, aquel en que se examina si la pretensión puede ser entablada según lo hace el actor ; para ello se verá si reúne aquellos requisitos que el Derecho procesal exige ; la norma manejada en este momento es puramente procesal, y el conjunto de problemas que plantea se conocen con el nombre de cuestiones de admisibilidad. Otro, aquel en que se examina si la pretensión está o no fundada, para ser denegada su actuación o actuada ; para ello se verá si se encuentra o no de acuerdo con las normas del Derecho objetivo ; la norma manejada en este momento es de Derecho material, y el conjunto de problemas que plantea se conocen con el nombre de cuestiones de fondo. Lógicamente, la solución de las primeras debe preceder a las segundas, ya que únicamente cabe entrar a resolver éstas cuando no existe obstáculo procesal alguno (4), aunque no exista un trámite diferenciado en el pro-

(3) En este sentido, por no citar más que las posiciones recientes, GUASP, en la *Revista de Derecho procesal*, año V, núm. 2 (1949), sección de Bibliografía, pág. 428. Las posiciones de los que afirman que se trata de un proceso, bien de cognición o intermedio entre los de cognición y los de ejecución o provocatorio, son variadísimas ; de ellas hicimos un resumen en nuestro trabajo «El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria» y los «Montes públicos catalogados», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero 1950, pág. 33 y sigs. Con posterioridad a la publicación de aquél artículo, ha defendido la naturaleza especial de este procedimiento, PRIETO CASTRO, en «Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil», Madrid, 1950, vol. I, bajo el epígrafe «Procedimiento provocatorio-ejecutivo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», pág. 291 y sigs., en especial, pág. 296 y sigs.

(4) «Antes de que el Tribunal entre en el conocimiento de la acción ejercitada, tiene que examinar y declarar la existencia de tales requisitos : con anterioridad al examen de la sostenibilidad del crédito demandado, necesita fijar con exactitud su propia competencia. Si falta alguno, el Tribunal debe rehusar el fallo sobre el fondo y ordenar al actor que use su derecho donde sea oportuno sin entrar en su examen». KISCIN : «Elementos de Derecho procesal civil» (trad. de PRIETO CASTRO), pág. 161.

cedimiento para este examen. Pues bien ; aquí vamos a tratar de señalar los problemas generales de admisibilidad, los problemas generales que ofrecen los presupuestos procesales, refiriéndonos en primer lugar al concepto y después a su tratamiento

A) *Concepto.* — Como es sabido, el concepto fué iniciado por BULOW (5), si bien la doctrina posterior, al ir elaborando el concepto, ha rectificado profundamente su formulación inicial, habiéndose dado distintas posiciones (6). Unos autores los conciben como presupuestos de la demanda ; son condiciones de admisibilidad de la demanda. Otros, los consideran presupuestos de la sentencia. Y otros —y esta es la posición dominante— como presupuestos de admisibilidad del proceso sobre el fondo.

Frente a las opiniones primeras se ha señalado cómo los presupuestos procesales desempeñan un papel más importante que el de presupuestos de un acto del proceso. Existen, indudablemente, presupuestos de cada acto procesal, y en este sentido pueden definirse como aquella circunstancia o conjunto de circunstancias que deban darse en un acto para que éste produzca todos y solo los efectos a que va destinado (7). Pero aquí nos referimos a los presupuestos del proceso considerado como un todo.

Ahora bien, no han de considerarse como presupuestos de la existencia del proceso ; como dice GUASP (8), el único presupuesto necesario para que exista un proceso es la interposición de una pretensión. Y prueba de que no son presupuestos de la existencia es que se examinan dentro de un proceso.

Tampoco han de considerarse presupuesto de la validez del proceso, pues esta valoración no se aplica fácilmente sino a actos aislados y porque la parte del proceso en que sobre ellos se discute y

(5) «Die Lehre von den Prozessvoraussetzungen und die prozesshindernde Einrede», Gießen, 1868.

(6) Se encuentran recogidas en ENCISO, «Acción y personalidad : contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho privado*, T. XXIII (1936), pág. 126 y sigs.

(7) Así, GUASP, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1943. T. I, pág. 683.

(8) Ob. cit., pág. 684.

decide es perfectamente válida, dice ENCISO (9), el cual afirma que son presupuestos de admisibilidad del proceso sobre el fondo.

B) *Tratamiento*.—El problema del tratamiento de los presupuestos procesales ofrece —dice ENCISO (10)— los siguientes aspectos : a) Si habrán de ser tenidos en cuenta de oficio o a instancia de parte. b) En qué momento habrán de darse. c) En qué momento habrán de examinarlos y decidir sobre ellos. d) Cuál será el orden de preferencia entre los mismos.

a) En cuanto al primer problema, casi la unanimidad de la doctrina estima que no puede resolverse de un modo absoluto, sino que habrá que tener en cuenta los distintos tipos de presupuestos y la importancia procesal de los mismos. Así, se dice que correspondería examinar al Juez la existencia de jurisdicción, competencia objetiva y funcional, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la representación, los cuales han de considerarse como requisitos o presupuestos irrenunciables, porque si recayese sentencia faltando alguno de ellos sería nula ; en cambio, la competencia territorial, la litigiosidad en otro Tribunal, la existencia de compromiso de someter el asunto a árbitros y semejantes, serían presupuestos renunciables, cuya falta se deja a la denuncia del demandado (11).

Nuestro Derecho procesal civil, exagerando la aplicación del principio dispositivo, atribuye normalmente a las partes la facultad de señalar la falta de los presupuestos de un proceso, señalándose que sólo en dos casos puede actuar el órgano jurisdiccional de oficio : cuando se trata de declarar la falta de jurisdicción y la incompetencia por razón de materia y por valor, en virtud de los artículos 74 y 491, y por analogía el 542, apartado segundo, y 731, apartado segundo (12). Ahora bien, en los demás casos, únicamente puede ser opuesto por la parte, a través de una oposición procesal, por lo que se ha criticado por la reciente doctrina procesal nuestro sistema vi-

(9) Art. cit., pág. 130.

(10) Art. cit., pág. 132.

(11) PRIETO CASTRO : «Cuestiones de Derecho procesal», Madrid, 1947, página 116 y sigs. Sobre el problema de los efectos que produce la falta de un presupuesto no denunciada por el demandado, cuando se reconoce a él la facultad de hacerlo, vid KISCH : «Elementos de Derecho procesal civil», cit., pág. 161 y sigs.

(12) PRIETO CASTRO, notas a los «Elementos de Derecho procesal civil» de KISCH, pág. 164 y sigs. GUASP, ob. cit. T. II, vol. 1.º, parte 1.º, 1945, pág. 295.

gente (13). El modo normal de oponer tal falta de presupuestos es la excepción dilatoria (14).

b) En cuanto al momento de ser alegados, es indudable que su solución dependerá de la que se dé al problema anterior. Si corresponde señalarlo a las partes —caso normal en nuestro Derecho positivo—, es indudable que deberá hacerlo en el primer escrito que presente en el proceso, si bien se plantea el problema de si deberá hacerlo en algún escrito específico con este fin o al contestar la demanda. Pues bien, en el Derecho procesal civil español la regla general es que no exista posibilidad de un escrito especial con este fin, y se haga en el escrito de contestación, lo que tiene gran importancia para el punto concreto que aquí hemos de tratar. Como dice GÓMEZ ORBANEJA (15), salvo en el juicio declarativo de mayor cuantía (16), todas las excepciones, tanto dilatorias como perentorias, se proponen en la contestación a la demanda.

Hemos de señalar que si bien deben darse los presupuestos al plantearse la litis, por un principio de economía procesal, se permite la subsanación de los defectos existentes susceptibles de ellos —v. gr.,

(13) —Vid. PLAZA: «Hacia una nueva ordenación del régimen de las excepciones en nuestro Derecho positivo», en *Revista de Derecho procesal*, Tomo I, pág. 29 y sigs.

(14) Para algunos autores «excepción dilatoria» equivale a «excepción procesal»; así, GÓMEZ ORBANEJA, en «Derecho procesal», 2.^a ed., Madrid, 1949, T. I, pág. 263; otros autores siguen otro criterio diferencial entre excepción dilatoria y perentoria, según el concepto acerca de los distintos tipos de oposición a la pretensión. Vid., MIGUEL Y ROMERO: «Antiguo y moderno concepto de la excepción», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 154, pág. 258 y sigs.; SALMÓN: «La excepción perentoria de falta de acción y derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 145, pág. 313 y sigs., para el cual no hay más excepción perentoria que las conocidas como consecuencia de la falta de acción y derecho. MENÉNDEZ PIDAL: «Elementos de Derecho procesal civil», 1935, página 295 y sigs.; PINA: «Manual de Derecho procesal civil», 1936, página 145, y los manuales recientes de PLAZA y PRIETO y obra de GUASP. También en la doctrina antigua las posiciones eran muy variadas; vid., por ej., ORTIZ DE ZÚÑIGA: «Elementos de práctica forense», Madrid, 1843, Tomo I, pág. 212 y sigs.; GUTIÉRREZ Y CÁÑAS GUTIÉRREZ: «Ensayo sobre la Filosofía del proceso judicial, la técnica y la moral en el fondo», Valladolid, 1900, T. I, pág. 147 y sigs., y MANRESA: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», 1919, T. III, pág. 58 y sigs.

(15) «Derecho procesal», cit., T. I, pág. 265.

(16) No olvidemos que fuera del proceso civil también encontramos este sistema; así, dentro del proceso contencioso-administrativo, inspirado en el juicio declarativo de mayor cuantía (art. 46 y sigs. de la Ley orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa y art. 303 y sigs. de su Reglamento).

autórización del Consejo de familia al tutor para demandar— durante el curso del proceso (17).

c) En cuanto al momento de ser examinados y resolver sobre ellos, se discute si conviene admitir un incidente que suspenda la tramitación del procedimiento, como ocurre en España en el juicio declarativo de mayor cuantía, o no. Indudablemente, si no existiese ese incidente y se resolviese el problema al dictarse sentencia, nos encontraríamos con que se ha seguido toda la tramitación para luego no entrar en el fondo; es decir, se ha seguido un proceso inútil. Sin embargo, la doctrina se muestra partidaria de no admitir este procedimiento, ya que se presta a que litigantes de mala fe alarguen extraordinariamente el proceso (18); de aquí que éste sea otro de los puntos de crítica del sistema de excepciones dilatorias en nuestra mayor cuantía.

d) En cuanto al orden de preferencia, ya hemos señalado la distinta importancia de los presupuestos, de modo que si el órgano jurisdiccional, por ejemplo, carece de jurisdicción, no habrá lugar a examinar la posible falta en otro cualquiera de los presupuestos.

3. No puede negarse que «el procedimiento» regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria es un auténtico proceso, en cuanto que se trata de una serie o sucesión de actos a través de los cuales el Estado realiza la función jurisdiccional mediante un órgano dotado de tal carácter; es decir, independiente y supraordenado de las partes contendientes. Podrá discutirse acerca de si estamos ante un proceso de ejecución o ante un proceso de cognición o ante un proceso especial de naturaleza intermedia, y esto es indiferente al problema que aquí hemos de tratar. Pero lo que no puede discutirse es que es un proceso.

Por tanto, si en todo proceso se dan esos requisitos de admisibilidad, llamados presupuestos, es indudable que también se darán

(17) En este sentido se ha mostrado el Tribunal Supremo en materia de presupuestos procesales referentes a las partes, a través de una jurisprudencia acertadísima inspirada en la «política de evitar en el mayor grado posible nulidades procesales procedentes de hechos que puedan ser subsanados», admitiendo una convalidación ulterior de los defectos que se hayan producido *«in limine litis»*, si bien para ello exige que se trate de falta subsanable y que su observancia esté abandonada al poder dispositivo de las partes. En este sentido, vid., GUASP: «Comentarios», cit. T. II, volumen I, parte primera, pág. 304.

(18) Vid. sobre la evolución del Derecho alemán en este aspecto, KISCH: «Elementos de Derecho procesal civil», cit., pág. 162 y sigs.

aquí. Por tanto, para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a examinar y actuar la pretensión del actor ha de reunir tales requisitos procesales; sólo cuando se den, puede pasarse a examinar el fondo del asunto.

Ahora bien, el carácter sumario de este proceso y el hecho de que las causas de oposición a la pretensión estén taxativamente señaladas en la Ley, hacen que sea interesante ver el problema de cómo el demandado podrá oponer al actor la falta de uno de los presupuestos procesales, si éste inicia el procedimiento faltando alguno de estos requisitos de admisibilidad. ¿En qué momento del procedimiento podrá oponerlo el demandado?

Hemos de reconocer que, dada la naturaleza del proceso, los problemas de fondo serán sencillísimos, ya que, si el titular registral reúne los requisitos exigidos por la Ley, deberá el órgano jurisdiccional acceder a la práctica de las medidas que se solicitan para dar plena efectividad al derecho inscrito, en tanto no se opongan o no prosperen —caso de oponerse— las causas de oposición admitidas en el artículo 41; pero esto no desvirtúa la importancia del problema; al contrario, demuestra la trascendencia que tienen los problemas de admisibilidad, ya que en muchos casos el no haberse cumplido con los requisitos procesales por parte del actor es la única oposición posible del demandado.

Pues bien, para examinar debidamente la cuestión, hemos de empezar por exponer cuáles son esas condiciones de admisibilidad en este proceso. Sólo una vez precisadas éstas habremos de pasar a ver cómo entran en juego en el mismo, cómo pueden hacerse valer los defectos de este tipo antes de entrar a examinar la pretensión, pues sería absurdo llegar a la conclusión de que, si no encaja la oposición en una de las causas señaladas en la Ley, sólo podrán las partes alegar los defectos de admisibilidad en el juicio declarativo que pueden promover sobre la misma cuestión (19), según preceptúa el último párrafo del artículo 41 de la Ley, ya que, como vimos, el examen de los presupuestos ha de ser previo al del fondo del asunto.

(19) El artículo 41, después de enumerar las cuatro causas en que puede fundar el demandado la «demanda de contradicción», dice: «cuálquiera otra alegación se reservará para el juicio declarativo que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo» (párrafo séptimo).

II.—LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO DEL ARTÍCULO 41

1. Presupuestos subjetivos

A. *Referentes al órgano jurisdiccional.*—a) *Jurisdicción.*—Deberá conocer de este proceso la jurisdicción civil ordinaria, ya que ésta es «la única competente para conocer de los negocios civiles» (artículo 51, L. E. C.), y no es necesario insistir mucho para demostrar que las acciones que pueden ejercitarse a través de este proceso son «negocios civiles». Por consiguiente, no podrán ejercitarse ante los órganos de cualesquiera de las jurisdicciones especiales.

b) *Competencia.*—a') En sentido jerárquico, es competente el Juez de Primera Instancia (art. 137, regla primera, R. H.); por tanto, estará mal planteado el proceso cuando se inicia ante un órgano de la jurisdicción civil ordinaria que no sea Juez de Primera Instancia.

b') En sentido territorial, es competente, precisamente, el Juez de Primera Instancia del partido en que radique la finca, y si ésta radicara en más de uno, el de aquel en que esté la parte principal, considerándose como tal la que contenga la casa-habitación del dueño, o, en su defecto, la casa-labor, y, si tampoco la hubiere, la parte de mayor cabida (art. 137, regla primera R. H. en relación con el artículo 210, regla primera, párrafo primero, L. H.).

c) *Régimen del personal judicial.*—Es necesario que el titular del órgano judicial no incurra en ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 189 de la L. E. C.

B. *Referentes a las partes.*—a) *Capacidad.*—Es necesario que las partes tengan capacidad para ser parte y capacidad procesal. El precepto contenido en el artículo 2.º de la L. E. C. es perfectamente aplicable aquí. Por consiguiente, «sólo podrán comparecer... los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles» y «por los que no se hallen en este caso, comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho».

b) *Legitimación.*—a') *Legitimación activa.*—Está legitimado únicamente el titular registral del derecho en que se funda la pretensión, que deberá acreditar por certificación del Registro, que

acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente (art. 41, párrafo 1.º, L. H.) (20). Frente a la opinión de SANZ, que estima no puede darse este proceso cuando el asiento es de inmatriculación practicada en virtud de título de adquisición o de acta de notoriedad, o en virtud de expediente de dominio o acta de notoriedad no apoyada en título de adquisición (21), la generalidad de la doctrina hipotecaria (22) estima que cualquier titular inscrito puede utilizar el proceso del artículo 41, ya que en este precepto no se hace distinción alguna, y donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

b') *Legitimación pasiva*. — Están legitimados pasivamente los que, sin título inscrito, se opongan a los derechos inscritos o perturben su ejercicio (art. 41, párrafo 1.º, L. H.), y los que, aun teniendo título inscrito a su favor, este título no fuese bastante para legitimar los actos en que la perturbación consista (art. 138, R. H.). Los supuestos en que puede encontrarse el perturbador son muy variados (23), planteándose el problema de si estamos ante una cuestión de admisibilidad ó de fondo, ya es en la legitimación donde más íntimamente ligados se encuentran ambos problemas, existiendo autores que creen que la legitimación es un problema extraprocesal, de Derecho material (24); no obstante, la generalidad de la doctrina los distingue, si bien reconoce que en ocasiones no puede

(20) La exigencia por el R. H. del título adquisitivo junto a la certificación del Registro (art. 137, regla segunda, párrafo segundo), es censurable. En este sentido, ROCA: «Derecho Hipotecario», cit., T. I, pág. 315. Como de costumbre, ANGEL SANZ se encuentra en línea opuesta y encuentra justificada esta exigencia del Reglamento, en «Instituciones de Derecho Hipotecario», cit. I, pág. 339.

(21) En «Instituciones», cit. I, pág. 345. Vid. también, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», Madrid, 1945, pág. 319 y sigs.

(22) En este sentido, AZPIAZU: «Varia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, pág. 859; ROCA SASTRE, Ob. cit., I, pág. 289 y sigs., y FUENTES TORRE-ÍSUNZA: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1949, pág. 557 y sigs.

(23) Una enumeración muy completa de los distintos supuestos puede verse en MORENO MOCHOLI: «El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pág. 1.080 y siguientes, y sobre la actitud del demandado, CIMIANO: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria: carácter en que puede aparecer colocado el contradictor respecto al propietario inscrito», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre 1949, pág. 709 y sigs.

(24) Así, MENÉNDEZ PIDAL: «Elementos de Derecho procesal civil», 1935, pág. 186.

resolverse el problema de legitimación independientemente del problema de fondo (25).

c) *Postulación*.—Las partes deben estar representadas por Procurador y dirigidas por Letrado, ya que, al no haber excepción expresa del legislador, deberá estarse a lo dispuesto en las reglas generales contenidas en la L. E. C., que exigen Procurador (artículo 4.º) y Letrado (art. 10), no siendo incluibles entre las excepciones en estos preceptos enumerados el proceso del artículo 41 de la L. H. (26).

2. *Presupuestos objetivos*.

A. El objeto de este proceso ha de ser una pretensión fundada en un derecho real. El artículo 41, siguiendo una terminología confusa, muy frecuente, sin embargo, en nuestro Derecho positivo, habla de «acciones reales» (27). «Las acciones reales procedentes de los derechos inseritos —empieza— podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes...», expresión que ha sido criticada por tener un sentido mucho más amplio del que el legislador ha querido darle (28).

B. La doctrina hipotecaria ha discutido cuáles son las acciones que podrán ejercitarse a través de este proceso, utilizando la técnica procesal tradicional (29). Consideran incluidas la acción reivindicatoria, la rescisión de dominio, la confesoria y negatoria —extendidas una y otra a todos los derechos reales limitados— a *aquae pluviae arcenda*; consideran excluidas las acciones universales, como

(25) Víd., por ej., GUASP: «Comentarios», cit., T. II, Vol. I, Parte primera, Madrid, 1945, pág. 298 y sigs. Un estudio muy completo del problema puede verse en el artículo de ENRICO citado.

(26) En este sentido ENRIQUE LÓPEZ, en «El proceso de ejecución de las acciones reales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, página 246 y sigs.

(27) Sobre la distinción entre acción real, personal y mixta, PRIETO CASTRO: «Exposición del Derecho procesal civil», 2.ª ed., 1942, T. I, página 46, y GUASP: «Comentarios», cit., I, pág. 348 y sigs.

(28) Así, ENRIQUE LÓPEZ: «El proceso de ejecución...», cit., pág. 245: «hubiera sido preferible —dice— que la ley hubiera concretado el alcance de este artículo precisando que solamente se refería a las acciones reivindicatorias, confesorias y negatorias».

(29) Un resumen de las posiciones, en nuestras «Contestaciones de Derecho procesal», para Registros (en colaboración con Manuel Peña), Madrid, 1949, pág. 24.

la *petitio hereditatis*, impropiamente incluídas entre las reales ; la publicana, de constatación de propiedad ; la *commun dividundo*.

C. En realidad, hemos de tener en cuenta que, aparte de ser pretensión fundada en un derecho real, en élla ha de pedirse al órgano jurisdiccional, no una declaración de voluntad, sino un *hacer*, que es la nota característica de las pretensiones de ejecución (30), lo que se acordará cuando no comparece en forma el demandado, o cuando, aun compareciendo, no prosperasen las causas de oposición que el mismo alegara.

3. *Presupuestos de la actividad*

El único que merece ser tenido en cuenta es el tiempo, ya que cierto sector doctrinal (31) ha mantenido que si el proceso se dirige contra un poseedor sin título, al tratarse de una cuestión posesoria, únicamente podrá hacerse uso de este proceso dentro de un año, a contar de la fecha de la inscripción, por aplicación del art. 460 del Código civil. Indudablemente, el artículo 460 del C. c. señala, en su número 4.º, como causa de la pérdida de la posesión, la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión ha durado más de un año ; pero es que a través del proceso del artículo 41 de la L. H. no se protege la posesión —que no tiene acceso al Registro, según el artículo 5.º de la L. H.—, sino un derecho real inscrito, por lo que carece en absoluto de fundamento la anterior posición (32). Por tanto, no existe tal limitación de plazo para iniciar el proceso.

(30) «Cuando no se trata ya de pretensión discutida sino de pretensión insatisfecha, para que se alcancen entonces los fines del orden jurídico es necesario, no la formación, sino la efectuación del mandato». CARNE-LUTTI : «Sistema de Derecho procesal civil» (trad. de ALCALA-ZAMORA y SENTÍS-MELENDO), Buenos Aires, 1944, T. I, pág. 213.

(31) ANGEL SANZ, en «Instituciones de Derecho Hipotecario», cit., página 355.

(32) ROCA SASTRE —ob. cit., I, pág. 294— tampoco admite la posición de SANZ ; pero estimamos que carece de valor la argumentación que él mismo señala ; dice : «esta opinión no puede prevalecer por varias razones, la principal de las cuales es que ni el artículo 41, ni ningún otro precepto establecen tal limitación». Pues bien, aunque el artículo 41 no estableciera tal limitación, si pudiera inscribirse la posesión y, fundado en ella, el titular registral iniciara el proceso del artículo 41 frente a una persona cuya posesión no estuviese inscrita, no existe duda alguna de que en este caso tendría vigencia lo dispuesto en el artículo 460, número 4.º

III.—TRATAMIENTO

1. Como se ha visto al exponer las ideas generales, el primer problema que plantea el tratamiento de los presupuestos es si habrán de ser tenidos en cuenta de oficio o a instancia de parte. Al no haber precepto expreso en el artículo 41 de la L. H. y 137 del Reglamento Hipotecario, es indudable que únicamente podrán ser tenidas en cuenta de oficio por el Juez —en aplicación del artículo 74 de la L. E. C., entre otros—, la falta del presupuesto de jurisdicción y de la competencia en sentido jerárquico, pero no los demás. Dado que en este proceso la competencia territorial no sigue el principio de sumisión —general en el proceso civil— parecería lógico que también fuese posible que el órgano jurisdiccional la estimase de oficio, pero dada la redacción del artículo 74 de la L. E. C. —que habla de «incompetencia por razón de materia»— creemos que no existe precepto alguno que lo admita, y por consiguiente sólo puede ser puesta de manifiesto por el demandado. Y la falta de todos los demás presupuestos procesales igualmente sólo cabe que sea la parte demandada quien la señale, careciendo el Juez de facultades para ello, si bien entendemos que la legitimación activa puede ser apreciada de oficio por el Juez en lo que se refiere a la vigencia del asiento registral, acreditada por la certificación, que deberá acompañar a la demanda el actor, en base al párrafo primero del artículo 41 (33).

2. Por consiguiente, sólo la parte demandada podrá alegar la falta de alguno de los presupuestos procesales. Pero, ¿en qué momento?

A. Como antes vimos, en nuestro Derecho procesal civil, salvo en el juicio declarativo de mayor cuantía, no existe un momento diferenciado para que el demandado pueda alegar la falta de alguno de los presupuestos procesales. Por tanto, habrá de hacerse en el primer acto procesal del demandado. El proceso del artículo 41 no es una excepción. Por tanto, el demandado sólo podrá alegar los defectos de admisibilidad en la «demanda de contradicción».

(33) En análogo sentido, Roca, ob. cit., T. I, pág. 317, en que dice: «El Juez examinará los documentos presentados y si los encuentra bastantes para la promoción del procedimiento, mandará sustanciarlo.»

B. Hemos de tener en cuenta que las causas de oposición que en dicho escrito puede alegar el demandado se encuentran tasadas en la Ley ; sólo pueden alegarse las cuatro causas que enumera el párrafo sexto, y si bien en alguna de ellas cabe subsumir algún hecho que revele la falta de algún presupuesto procesal, lo cierto es que si aplicáramos rígidamente tal disposición legal nos encontraríamos con que el demandado no podrá alegar la falta de casi ninguno de los presupuestos procesales.

a) ANGEL SANZ, siguiendo el texto de la Ley y a la generalidad de la doctrina, dice : «Esta enumeración de causas de oposición es taxativa, pues el artículo 41 establece que cualquier otra alegación se reservará para el juicio declarativo que corresponda» (34).

b) MORENO MOCHOLI (35) también reconoce que la enumeración es taxativa ; no obstante, admite después que la falta de legitimación pasiva, el no ser perturbador el demandado, puede subsumirse en la causa cuarta de oposición que puede fundar la demanda de contradicción. Esta causa cuarta dice : «No ser la finca inscrita la que efectivamente posee el contradictor» ; luego parece referirse únicamente al caso de que el contradictor posea otras fincas que no sea la inscrita por el titular-demandante. Pero de ser ésta la intención del legislador, hubiera terminado la frase —dice este autor— con estas o parecidas palabras : «... sino otra u otras», y lo cortado de la expresión indica la amplitud que quiere darse a esta causa de oposición, «pues carecería de sentido y lógica defender al emplazado no poseedor de la finca de autos porque lo fuera de otra u otras, e imponer la ejecución a quien no gozare de otros disfrutes, pese a tampoco poseer o detentar el inmueble a que la acción hiciese referencia ; tratándose, además, de un requisito, cual la legitimación pasiva, que no obra en el Registro, surgiendo fuera de él, y que de no existir ha de impedir la estimación de la acción, sin que quepa presumir por la sola expresión del actor, aunque haya de apreciarse si la contradicción no se funda, pero sin eficacia».

c) Y ROCA (36) admite que puedan alegarse otras causas que

(34) «Instituciones», cit., pág. 351.

(35) «El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», cit., p. 1.091.

(36) Ob. cit., T. I, pág. 337 y sigs. «También el emplazado puede aducir la incompetencia del Juzgado que conozca del proceso de ejecución, ya que si bien el Juez debería abstenerse de entender del procedimiento

las enumeradas en el artículo 41, señalando concretamente la incompetencia del Juzgado y el no existir la posesión contraria o la inquietación, contra la cual procede el titular registral, o no ser el emplazado el poseedor o inquietador, que es precisamente la causa que MORENO MOCHOLI incluye en la cuarta de las señaladas en el repetido precepto hipotecario.

C. Hemos de afirmar que no sólo estas causas concretas, sino la falta de cualquier presupuesto procesal debe ser susceptible de alegación por el demandado, mediante la llamada «demanda de contradicción», incluso la existencia de alguna causa de exclusión del personal judicial (recusación), ya que, según el artículo 192 de la L. E. C., «se propondrá en el primer escrito que presente el recusante, cuando la causa en que se funde fuese anterior al pleito y tenga conocimiento de ella».

a) En efecto, las causas de oposición que señala el artículo 41 se refieren al fondo del asunto, aunque en alguna pueda subsumirse alguna de admisibilidad; pero tal precepto no desvirtúa, en modo alguno, la doctrina procesal general, que tiene aplicación aquí, y, por consiguiente, si falta alguno de los presupuestos procesales, el órgano jurisdiccional no deberá entrar a examinar el fondo del asunto; pero como él no puede de oficio estimar la mayoría de los presupuestos, deberá ser la parte la que, siguiendo preceptos generales, tendrá que poner de manifiesto la falta de alguno de ellos. Esta posibilidad la vió ROCA en los dos supuestos concretos señalados. Y MORENO MOCHOLI, al referirse a la legitimación pasiva y decir que «de no existir ha de impedir la estimación de la acción». Pero la doctrina es aplicable a la falta de todos los presupuestos, pues el artículo 41 no ha derogado las normas procesales de común aplicación; solamente ha tasado las causas de oposición en cuanto al fondo.

b) Alguna de las causas de oposición, como la falta de legitimación pasiva, puede hacer pensar que no es necesario alegarla, pues si el actor dirige su pretensión frente a uno que no es el perturbador, le bastará con no comparecer, ya que ninguna de las medidas a adoptar por el Juez le afectarían. Pero esto no puede admitirse por las siguientes razones:

en caso de incompetencia, no obstante ya vimos que no existe precepto que autorice la abstención competencial de oficio.

a') En primer lugar, porque no hay ninguna razón para que una persona pase por perturbador sin serlo ; de la mera existencia de una resolución judicial acordando la práctica de las medidas solicitadas frente al demandado, resultan perjuicios para éste ante la sociedad, aunque las medidas a adoptar por el órgano jurisdiccional no le afectasen.

b') En segundo lugar, porque, aparte de las costas procesales, se le pueden ocasionar perjuicios de orden económico, como la posible secuela consistente en la indemnización de daños y perjuicios (37), devolución de frutos percibidos, etc. En estos casos, si no comparece, tendría que cumplir la condena, si bien luego podría iniciar el juicio declarativo. Pero es indudable que, en atención al párrafo primero del artículo 41, puede, dentro del mismo proceso sumario, alegar la falta de legitimación.

3. Tales presupuestos procesales deben existir en el momento de plantearse la litis, si bien creemos aplicable aquí la doctrina general, sentada por la jurisprudencia, según la cual cuando el defecto es subsanable cabe la subsanación durante todo el proceso, sobre todo en este tipo concreto de proceso, ya que el Juez no resolverá sobre la oposición del demandado hasta el momento de dictar la sentencia. Si entonces subsisten aún los defectos procesales, el Juez deberá abstenerse de conocer el asunto, señalando el defecto de admisibilidad de la pretensión. Unos, podrían subsanarse ; pero otros, no. En el primer caso, que es la regla general, tenemos el que el tutor pida autorización al Consejo de familia para iniciar el procedimiento que no haya presentado el escrito inicial el actor presentado por Procurador, etc. En el segundo, que la acción ejercitada a través del proceso no sea de las que, según el artículo 41, son susceptibles de ejercitarse a través del mismo, como, por ejemplo, si el titular registral inicia una acción de desahucio a través de este procedimiento frente al arrendatario.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Prof. Ayudante en la Universidad de Madrid

(37) En este sentido, Roca, Ob. cit., I, pág. 337 : «.. el emplazado puede abstenerse de contradecir la pretensión ejecutiva del actor, pues él nada tiene que ver realmente con los hechos alegados por el titular registral, pero como la solicitud de éste puede ocasionarle molestias e incluso originarle una condena de indemnización de daños y perjuicios, puede ser conveniente que se persone en los actos y formalice la oposición.