

# Problemática de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIONES DE ORDEN PROCESAL Y MATERIAL: A) *Caución y postulación*. B) *Caución y beneficio de pobreza*. C) *Caución y competencia*. Inhibitoria. Declinatoria. D) *Caución y tercero que la constituya*: a) Naturaleza de la obligación de caucionar. b) Alcance de la obligación contraída por el tercero que cauciona. E) *Caución y terceros frente al proceso*: 1. Tercero frente a la caución: a) Tramitación. Efectos. b) Mutabilidad de la caución. c) ¿Caduca la caución? 2. Tercero frente al objeto del proceso: a) Litisconsorcios: 1') Voluntario. 2') Necesario. b) Intervención: a') Intervención principal: a'') Oportunidad. b'') Forma de la intervención. b') Intervención adhesiva. c') Intervención provocada.

## I. INTRODUCCIÓN.

Una simple reflexión sobre la caución, en el doble campo del Derecho civil y procesal, es decir, como manifestación o medio de aseguramiento de los derechos, en su proyección genuina de derecho material, o aplicada, de derecho formal, nos revela la importancia y complejidad de los problemas que pueden suscitarse, circunstancia que, por las características del instituto de la caución, y, sobre todo, en su especial aplicación en el ámbito del proceso, se manifiestan con una inusitada gravedad (1). Esta gravedad fue destacada cuando decíamos (2) “que la problemática, de-

---

(1) Hemos procurado destacar la importancia de la *caución* en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en anteriores trabajos: «Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», publicado en el número 446-447 de esta REVISTA, julio-agosto de 1956, páginas 855 a 879, y «La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Naturaleza, Fundamentación», en igual REVISTA, año XLIV, mayo-junio de 1968, número 466, páginas 653 a 685.

(2) Vid. mi trabajo *La caución en el artículo 41...*, cit., pág. 675.

rivada de las medidas asegurativas, constituye, en el ámbito del Derecho sustantivo, una ardua materia que puede calificarse de *labyrinthus inextrincabilis*. Complejidad que se acentúa cuando se proyectan tales medidas en el proceso, pues a las dificultades naturales que de su aplicabilidad, efectos y consecuencias se plantean, entre las partes y terceros, producto de la insuficiencia y dispersión de sus normas, se unen las derivadas del proceso" (3).

La trascendencia de la "caución", en su concreta aplicación en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, suscita un ingente número de cuestiones que no sólo gozan de relieve dogmático, sino lo que es más urgente para el profesional, de un alto valor pragmático. La necesidad de afrontar el estudio de esa problemática, con un criterio que, con arreglo a la lógica *ad homine*, elimine el mayor número de conclusiones erróneas, nos ha inducido a establecer premisas que creemos acertadas, tanto en lo que afecta a las diferencias que estimamos esenciales entre *caución* y *proceso cautelar* como en la determinación de lo que constituye su naturaleza y fundamentación.

Si importante e indispensable era fijar la distinción entre ambos institutos jurídicos—caución y proceso cautelar—, la necesidad de establecer el ámbito, efectos y contenido de la caución, en su proyección en el proceso, constituye presupuesto imprescindible.

De aquí nuestra preocupación en establecer las características que singularizan a la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Constituye el pórtico que permitirá adentrarnos en el examen de los problemas que, tanto en el orden adjetivo como sustantivo, se pueden plantear.

Esta doble vivencia de los problemas—adjetiva y sustantiva—impregna la relación jurídico-procesal de matizaciones específicas, que es preciso analizar, al objeto de establecer las consecuencias

---

(3) Circunstancias que se ven agravadas por la problemática misma planteada por las diversas teorías sobre la naturaleza del procedimiento civil. Así entre aquellos que lo consideran como un «derecho técnico en su manifestación más acusada, dominado por razones oportunistas de conveniencia, pero conteniendo valores de eternidad (FRIEDRICH STEIN) y los que afirman que el proceso civil no es otra cosa que el producto de la experiencia de los prácticos, dictado con prosaico espíritu burocrático (SONNEN)», existen una serie de concepciones variadísimas. Vld. ADOLFO SCHÖNKE: *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950, págs. 14 y sigs.

concretas que se produzcan en uno y otro aspecto (4). No olvidemos que la perfecta conjunción del instituto de la caución en el proceso permite el desenvolvimiento de su misión reparadora: restablecimiento del equilibrio perturbado por el transgresor (5). Esta circunstancia contribuye a la complejidad de los problemas, pero permitirá, teniendo en cuenta la función del proceso, en íntima conexión con la naturaleza y fundamentación de la caución, sentar las consecuencias de una adecuada orientación, de acuerdo con el sentido tradicional e histórico de nuestro Derecho (6), supliendo la deficiencia e insuficiencia de normas específicas. "El Derecho moderno—dice MARÍN MONROY (7)—es un devenir, es y deja de ser en todo momento, según la lógica del devenir cultural, no puede oponerse al devenir como ser en sí. Hacerlo sería una contradicción lógicamente imposible y, además, en la materia que nos ocupa, la injusticia total, la parcialidad absoluta" (8).

Este afán, esta preocupación, nos induce al examen de los más trascendentales problemas que pueden plantearse en el ámbito procesal y material.

---

(4) Vid. F. RODRÍGUEZ VALCÁRCEL: *Breves reflexiones sobre temas procesales*. «Revista de Derecho Procesal», año VI, enero-marzo de 1950, núm. 1, págs. 41 a 67 y de modo particular al tratar de la relación procesal y material.

(5) Vid. el interesante trabajo de JOSÉ RODRÍGUEZ U.: *El proceso civil y la realidad social*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, vol. XVIII, Caracas, 1957, cap. I «La Visión del Proceso: El proceso y el derecho material».

«El proceso», dice GIUSEPPE CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial 'Revista de Derecho Privado', Madrid, 1954, tomo I, trad. y notas de E. GÓMEZ ORBANEJA, pág. 53, debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello, y, exactamente, aquello que tiene derecho a conseguir».

(6) «Las instituciones y las ramas fundamentales del Derecho—dice V. LETELIER—: *Génesis del Derecho y de las instituciones civiles fundamentales*, Santiago de Chile y Buenos Aires, 1919, pág. 607—están, naturalmente, sujetas a la Ley de la evolución permanente, como que su desarrollo jamás se ha paralizado» y continúa—pág. 642—porque «en realidad nunca hubo en parte alguna ningún legislador que pretendiese inventar el Derecho».

(7) ANTONIO MARÍN MONROY: *La irretroactividad de las Leyes y el Derecho antiguo*, en el núm. 186 de esta REVISTA, noviembre, 1943, pág. 753.

(8) Véase cuanto expusimos en nuestro trabajo *La caución en el artículo 41 de la...*, cit., al tratar de la «Definición» y «Fundamentación».

## II. CONSIDERACIONES DE ORDEN PROCESAL Y MATERIAL.

La autonomía de la acción, y la diversidad de concepciones que pueden formularse sobre ella (9), desligada del derecho material, produce la consecuencia de que para ejercitar una acción no se precisa que el Derecho exista; basta que procesalmente se alegue su existencia (10). Sin embargo, pueden presentarse situaciones en que para la efectividad de un derecho, desconocido o perturbado, opere el Ordenamiento jurídico procesal con más intensidad, desencadenando una protección jurisdiccional (11) más efectiva, bien con la eficacia de los títulos guarentigios, bien provocando un desplazamiento de la carga probatoria (12).

En definitiva, es la consecuencia que se deduce del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en atención a los principios que le inspiraron y le atribuyen fuerza para su ejecución inmediata—*executionem paratam*—.

A esa conclusión se llega sin entrar en la naturaleza de dicho procedimiento (13), pues basta la existencia presuntiva del derecho accionado y de su contenido económico para que se manifieste con dicha eficacia, es decir, respecto de aquellos derechos inscritos que sean susceptibles de posesión, uso o servicio. Es la secuela, derivada del principio de legitimación, y de la *fides publica*, consagrados en los artículos 1.º, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria.

(9) Véase, VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. «Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 62 y sigs.; mismo autor: *Acción, derecho procesal y derecho político*, «Revista de Derecho Procesal, año VII, julio-septiembre de 1951, núm. 3, págs. 395 a 429, concretamente, pág. 396. En la pág. 75 del primer trabajo citado y en la 408 del segundo, concibe la acción «como el derecho de extirpar la actividad jurisdiccional del Estado».

(10) Véase, CARLOS VIADA Y MANUEL COMELLAS: *El ámbito judicial en el despacho de ejecución*, «Revista de Derecho Procesal», año V, enero-marzo de 1949, núm. 1, págs. 39 a 106, concretamente «Conclusiones finales», pág. 98.

(11) Véase mi trabajo *Proceso Cautelar: El artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, «Revista de Derecho Procesal», IV octubre-diciembre de 1964, páginas 51 y sigs. sobre la concepción del proceso. Véase también bibliografía por mí citada en dicho trabajo. EDUARDO J. COUTRE: *Introducción al estudio del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1949, Depalma.

(12) Véase, MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ: *Normas de presunciones. En el derecho civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, «Ediciones Nauta, S. A.», Barcelona, 1963.

(13) Véase el magnífico trabajo del profesor HERCE QUEMADA: *Naturaleza jurídica del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista Temis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza», núm. 1, 1957, pág. 39 a 65.

Pero en toda declaración, presuntiva *iuris tantum*, puede darse la situación contradictoria de que, existiendo los presupuestos para la acción, el derecho documentado haya quedado extinguido o bien la pretensión posesoria carezca de contenido. La situación jurídica, proclamada por la inscripción, atribuye a quien resulta su titular—principio de legitimación—el goce y disfrute (14)—*ius possidendi*—del derecho registrado. El ejercicio de la acción, basada en una *praepsumtio seu legis* de naturaleza *iuris tantum*, no deja de entrañar cierto riesgo, propio del estado de no comprobada que la pretensión observa. Sin embargo, no constituye óbice, en beneficio de esa apariencia de realidad, el adoptar, con la urgencia y premura requerida, las medidas adecuadas para la reintegración de la posesión, uso o servicio dimanante del derecho inscrito. Y si el tenedor pretende combatir la presunción declarada por el Registro, es lógico que deban adoptarse previsiones adecuadas que garanticen, no sólo el verdadero objeto de la pretensión litigiosa—medidas cautelares, previstas en el párrafo 2.º del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y regla 3.ª del 137 del Reglamento—, sino aquellas otras precisas para la efectividad, en su día, del resultado económico del juicio—caución prevista en los párrafos 4.º y 5.º del artículo 41 y reglas 5.ª y 6.ª del Reglamento—, sin perjuicio de que en la fase cognitoria, a través de una *sumaria cognitio* (15), se compruebe que se ostenta la posesión en virtud de relación jurídica dimanante de titular anterior (16) o que el

---

(14) Véase, EDUARDO MOLERO MASSA: *Un precario singular: El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Conferencia en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación y «Revista General de Derecho», 1949, págs. 286 y sigs.; RODRÍGUEZ-SOLANO ESPÍN: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Bosch, 1953, Barcelona, págs. 18 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, tomo I: ATARD: *La posesión en la legislación hipotecaria española*, «Anales Academia Matritense del Notariado», Reus, tomo III, Madrid, 1946, págs. 63 a 91; etc...

(15) El ser el conocimiento completo o no serlo, puede ser referido a las condiciones de la resolución del juez o a las formas. Así, una cosa es el conocimiento sumario y otra, el procedimiento sumario. El conocimiento es completo cuando al demandado, antes de la resolución del juez, se le permite hacer valer todas las excepciones—dilatatorias y perentorias—a la demanda y cuando ésta aún en caso de rebeldía del demandado se examina en todos sus elementos constitutivos. Esto puede ocurrir, tanto con las formas más complejas—procedimiento formal—, como con las más simples—procedimiento sumario—. Sumariedad referida a la forma, supone simplificación de los actos judiciales. Referida al conocimiento, supone limitación en las causas de oposición.

(16) «En su más simple formulación tradicional—dice LUIGI BAGOLINI: *Notas acerca de la relación jurídica*, trad. FRANC. ELÍAS DE TEJADA, «Revista

título adolece de vicios que lo invalidan o le privan de la adecuada reipersecutoriedad. Es decir, la efectividad del título, prestada la caución, no es inmediata, sino hasta el momento en que se produce el fallo de protección del derecho inscrito.

La ejecutividad del título documentado se dilata hasta que se resuelva en el proceso incidental las causas de oposición susceptibles de ser invocadas, previa adopción de las medidas asegurativas formales y facultativas que garantizan el derecho inscrito y su contenido.

Esas medidas asegurativas están inspiradas en principios distintos, como distinta es la *ratio essendi* que las motiva. Ya expusimos las características y diferencias que separan a unas y otras, y cómo son objeto de diverso tratamiento jurídico-procesal (17). Mientras la caución constituye presupuesto objetivo de la relación, como "*carga*" que pesa sobre aquel contra quien se dirige la acción, dispensable únicamente por renuncia expresa del titular inscrito, el proceso cautelar es potestativo, tanto en el tiempo como en el espacio.

Así se produce en ese momento de adopción de cautelas, lo que CHIOVENDA denomina "juicio hipotético", y KIRSCH, constitución de la relación a fines procesales, que cesa al entrar en vigor la decisión del juicio contradictorio que le sigue.

Lo anterior hace que la caución, exigida en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en su doble aspecto sustantivo y adjetivo, no pueda constreñirse en reglas de orden cuantitativo o cualitativo. Precisa seguir las reglas de prudente discreción en uno y otro aspecto, siempre que se acomode a cualesquiera de las formas de garantía admitidas en derecho (18). No en vano las hemos calificado como "proveimientos instructorios" (19). Ello hace que la caución ofrezca

---

A. de Derecho Civil», tomo III, fascículo I, enero-marzo. 1950, páginas 7 a 21, concretamente 7—es entendida la *relación jurídica* como correlatividad del derecho de un sujeto respecto a la obligación de otro sujeto, como relación de dos sujetos, uno de los cuales posee un derecho a algo a lo que está obligado el otro», y continúa—pág. 13—: «la relación jurídica es conexión entre derecho de un sujeto de otro sujeto hecha posible mediante la imposición por el Ordenamiento jurídico de diversas obligaciones a los sujetos».

(17) Véase mi trabajo *Caución y proceso cautelar*., cit.

(18) Véase mi trabajo *La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, citado a tratar de la «Naturaleza».

(19) Véase mi trabajo citado antes, págs. 653 y sigs. y nota 3 Véase CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Carlos Sentís Melendo, Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1944, tomo I,

un dilatado campo al jurista para el desarrollo de múltiples problemas.

De un primer examen del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y, concretamente, de su párrafo 11, podría sentarse la conclusión, a nuestro juicio errónea, de inadmisibilidad absoluta de cualquier cuestión incidental que pudiera suscitarse. La limitación, establecida por dicho párrafo, ha de ser entendida, única y exclusivamente, respecto a causas de contradicción de orden material, distintas de los motivos específicamente establecidos. No puede afectar a la observancia de normas de derecho procesal, no sólo de carácter preceptivo, sino respecto de aquellas a las que se asigna un efecto dispositivo y cuya invocación se deja a la actividad de las partes—excepciones formales—. El orden procesal, la pureza del procedimiento, impone ese condicionamiento. La necesidad de prever actitudes que puedan afectar al proceso, desvirtuándole en su manifestación inicial, exige velar por su pureza, sin que dicha limitación pueda tener otro alcance distinto del indicado. La necesidad de dispensar una eficaz protección a los derechos inscritos, coordinando la insoslayable pureza del procedimiento, encuentra su plasmación complementaria en la regla 10.<sup>a</sup> del artículo 137 del Reglamento.

De esta norma se deduce una doble consecuencia: 1.º La posibilidad de suscitarse cuestiones incidentales. Y éstas, tanto pueden promoverse por el actor que impugne la no admisibilidad del escrito inicial, o por cualquier otra causa, como por el demandado que acuse defectos esenciales a la relación jurídico-procesal que afecten al orden público. Ahora bien, las cuestiones que se provoquen sólo podrán ser recurridas en un solo efecto. 2.º Al limitar a un solo efecto los recursos que se interpongan *antes* de formular la demanda de contradicción, potencializa al máximo la protección registral. Al no operar el efecto suspensivo, la continuidad del procedimiento no se interrumpe.

El legislador, al ir conjugando las diversas e inmensas posibilidades que brinda la ciencia jurídico-procesal, ha creado una figura que armoniza los encontrados intereses derivados de los

---

página 246 y tomo II, pág. 196, núm. 194, que distingue, además, entre «provelimientos instructorios contenciosos y proveimientos instructorios no contenciosos».

derechos inscritos y las situaciones jurídicas extrarregistrales susceptibles de protección. Esas especiales características del proceso, regulado por el artículo 41, es lo que ha motivado las divergentes posiciones doctrinales en torno a su naturaleza jurídica (20).

Un examen profundo, valorativo, de las inmensas posibilidades que encierra el artículo 41 nos revela la existencia de una pieza maestra (21). Representa, para nosotros, la más eficaz protección de las libertades humanas, al coordinar tendencias irreconciliables, y proporcionar oportunidad para que triunfe la justicia, en una materia tan cara al hombre como la propiedad inmobiliaria (22). "La libertad es la vocación en el concierto de las criaturas—dice CARNELUTTI (23)—, pero no es la libertad de uno, sino la libertad de todos la que hace historia. Luego, para una libertad que se desvía, existe otra que se le contrapone, y en la relación entre las diversas libertades ha visto desenvolverse el curso de los cielos. El orden mismo del derecho positivo, apoyado como toda obra de arte sobre la limitación de la naturaleza, muestra esta creación que fructifica, para el bien común, el juego de la libertad el derecho subjetivo, que tiene en la propiedad individual el más puro ejemplo..."

#### A) Caución y postulación.

Si la caución se caracteriza por una serie de notas que tipifican, con una especial homogeneidad, a las medidas asegurativas procesales (24), el *periculum in mora* (25), afectante al contenido eco-

(20) Véase HERCE QUEMADA: *Naturaleza jurídica del artículo 41 de...*, cit.

(21) Ha sido uno de los artículos de la Ley Hipotecaria más duramente criticados.

(22) Véase J. L. RUIZ SÁNCHEZ: *Crédito Personal Agrario y sus garantías jurídicas*, «Santillana, S. A.», Madrid, págs. 22 y sigs., cuando desarrolla la especial *affectio* que siente el hombre por la tierra que cultiva, véase, también, la nota 25 de la «Introducción».

(23) Autor citado: *Nuevas reflexiones sobre el juicio jurídico*, trad. Urbano Ruiz Gutiérrez, «Revista de Derecho Procesal», núm. 1, 1957, 2.ª época, páginas 17 a 43.

(24) Véase mi trabajo: *Proceso cautelar...*, cit., págs. 52 y sigs. y *Caución y proceso cautelar...*, cit. págs. 858 y sigs.

(25) Véase J. RAMIRO POBETTI: *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, tomo IV, *Tratado de las medidas cautelares*, «Ediar, S. A.», Editores Buenos Aires, 1956, cap. III, *Presupuestos de las medidas cautelares*; Chiovenda, «Instituciones de Derecho Procesal Civil», tomo I, pág. 299.

nómico del derecho inscrito, constituye el interés jurídico que la justifica como derivación de la presunción posesoria establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Y si el titular inscrito está presuntivamente legitimado para poseer, y, en consecuencia, para obtener los rendimientos económicos que de su derecho se deriva, la denuncia de una situación anómala, conceptuada por la Ley como conjetural, autoriza, como es lógico, a que se traten de salvaguardar los posibles perjuicios y menoscabos que pueda experimentar, y que como presupuesto inmediato, objetivo, que permita dar efectividad al mandato legal contenido en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se exija la caución al detentador que pretenda formular oposición, basado en alguno o algunos de los supuestos de contradicción previstos en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Si no fuese así, el resultado económico del derecho inscrito podría quebrantarse. Y como la presunción posesoria actúa con plena intensidad, en beneficio del titular inscrito, su exigibilidad se establece *inaudita pars*, esto es, sin posibilidad de impugnar ni su oportunidad ni la forma de llevarse a efecto.

La publicidad registral opera atribuyendo al promotor la presunción de exactitud y legitimidad del derecho inscrito. Por ello, quien distinto del titular goce de la posesión, uso o servicio, se conceptúa como detentador. Como tal, se le exige la obligación de garantizar el contenido económico del derecho cuestionado. Es una carga objetiva que se le impone para que pueda entrar a justificar la causa de esa tenencia o goce. La necesidad de constituir la caución actúa como *conditio iuris*, con un efecto suspensivo en la relación (26).

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria establece que “a la persona o personas designadas por el propio titular como causante del despojo o perturbación se las emplazará para que, en el término de seis días, puedan personarse en autos”, y “si comparecieren, prestarán caución adecuada...”.

Emplea la Ley los términos procesales: “emplazamiento, personación, comparecencia”, con reenvío a la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sólo para su verificación, sino también para la tramitación del procedimiento de contradicción establecido. Ello nos con-

---

(26) Véase CARNELUTTI: *Sistemas de Derecho Procesal*, cit., tomo I, título 3.º «Del proveimiento cautelar», págs. 387 y sigs.

duce a la obligada consecuencia de que la persona o personas que pretendan formular oposición o bien simplemente traten de personarse o comparecer, deberán hacerlo de acuerdo con las normas rectoras del procedimiento. Esto es, con observancia de los artículos que regulan la comparecencia y personación en juicio —artículos 3.º y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—(27).

#### B) *Caución y beneficio de pobreza* (28).

Si trascendente es examinar la defensa judicial del pobre, por las interesantes consideraciones de orden jurídico-social que se plantean, la proyección de esta cuestión, en el ámbito del procedimiento regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, no deja de ser sugestiva.

Prescindiendo de las argumentaciones justificativas de su regulación, es inconcuso que, en este procedimiento, una y otra parte pueden obtener y ampararse en el beneficio de justicia gratuita en los términos y condiciones que establece nuestro Ordenamiento. Pero su condicionamiento no puede alcanzar fines u objetivos distintos de aquellos que son propios de la institución, porque no sólo se desvirtuaría, sino que podría afectar, menosca-

(27) Este último reformado por la Ley de 23 de julio de 1966

(28) Véase LEONARDO PRIETO CASTRO, en «Resoluciones de Audiencias», *Procedimiento provocatorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, Comentarios a la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, de 19 de junio de 1947*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, enero-marzo, 1948, núm. 1, páginas 159 a 172; del mismo autor: «Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal», *Comentarios a la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, Auto de 30 de junio de 1948*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, núm. 2, 1948, págs. 361 a 365; MANUEL GONZÁLEZ-ALEGRE: *Los procedimientos judiciales de la Ley Hipotecaria*, Bosch, editor, Barcelona, 1958; CAYETANO FRANCESCHINI: *El beneficio de pobreza. La defensa por pobre en el Derecho Procesal civil*, Trad. por José Xirau, Editorial Reus, Madrid 1927; NICOLAS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO: *El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, número 3 julio-septiembre, 1950, págs. 411 a 431; JUAN A. DE ZULUETA: *El Beneficio de pobreza y la necesidad de su reforma*, «Revista de Derecho Procesal», año VIII, octubre-diciembre, 1952, núm. 4, págs. 539 a 549; RÍOS SARMIENTO: *La reforma del Beneficio de Pobreza*, «Revista Gral. Leg. y Jur.», tomo CXLI; Véase, también, además de las obras generales; ROBERT WYNESS MILLAR: *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. de la doc. Catalina Grossman, «Ediar. S. A.», Editores Buenos Aires, 1945; ANTONIO MORAL LÓPEZ: *El beneficio de pobreza del titular registral del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. ¿Cuándo ha de postularse?*, «Revista de Derecho Español y Americano», enero-marzo, 1960, año V, núm. 21, págs. 60 y sigs.

bando, derechos de la otra parte, con efectos perjudiciales en el equilibrio que debe existir en las relaciones jurídico procesales, contrarias a la razón teleológica del legislador e inspiradoras del oficio jurisdiccional (29).

No obstante lo consignado, existen comentaristas que no admiten la posibilidad de que el opositor pueda obtener el beneficio de pobreza. Así, MOLERO MASSA (30) y ENRÍQUEZ LÓPEZ (31), argumentan que la necesidad de prestar caución, no sólo es contraria a su otorgamiento, sino que, teniendo en cuenta la especial regulación del artículo 41 de la Ley y 137 del Reglamento, concretamente, el párrafo 11 del artículo 41, no existen términos hábiles para formular otras alegaciones que aquellas que son objeto de regulación como causas específicas de contradicción (32).

La opinión generalizada, por el contrario, es favorable a la admisión del beneficio de pobreza (33). Pero con tal afirmación no quedan resueltas las cuestiones planteadas. Subsisten las que se derivan de la posibilidad de sustituir o no, en su integridad o parcialmente, la caución exigida por el artículo 41 por la juratoria, en caso de pobreza legal.

El problema de las cauciones procesales es, indudablemente, como calificaba CHIOVENDA (34), gravísimo. Como, en definitiva, constituyen una limitación al ejercicio de un derecho, el juez, al disponerlas, ha de hacer uso de la más precavida prudencia, con el fin de evitar que pueda ser medio para denegar la justicia. Esa ponderación valorativa debe tener reflejo en el aspecto cuanti-

---

(29) Véase WERNER GOLDSCHMIDT: *Seguridad y Justicia en el pensamiento de Goethe*. «Revista de Derecho Procesal», año VIII, abril-junio, 1952, núm. 2, páginas 197 a 225 que inicia su estudio partiendo de la frase atribuida a Goethe: «Prefiero cometer una injusticia que cometer un desorden».

(30) Autor citado: *Recursos contra las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, sus efectos*, «Revista General de Derecho», 1949, pág. 308.

(31) Autor citado: *El procedimiento de ejecución de las acciones reales*, en esta REVISTA. 1946, pág. 244.

(32) Tesis semejante fue mantenida por el Juzgado de primera Instancia, número 6, de Valencia, de fecha 10 de febrero de 1947. Véase HONORATO SURERA: *Derecho Procesal Hipotecario*, Bosch, editor, Barcelona, 1958, 2.ª edición, pág. 28, nota 1.

(33) Véase RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 22 y sigs.

(34) Autor citado: *La condena en las costas judiciales*, 2.ª edic. Soc. E. Foro, Roma, 1935, pág. 433.

tativo (35), pero analizando los presupuestos preventivos que por la caución se tratan de amparar, en relación con la norma que la regula. Mantener la idea del índice meramente cuantitativo como rector, puede constituir, o un pensamiento aporético o un juicio sofisticado (36).

La conjunción de esos dos elementos determinativos del *quantum* y forma, respecto de la caución exigida por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, proporcionará, en definitiva, la medida justa y facilitará, no sólo su compatibilización con el contenido económico perseguido, sino con el instituto de la pobreza legal. Es la armónica coordinación entre justicia y norma (37).

Las relaciones entre Derecho procesal civil—formal—y Derecho civil—material—no pueden por menos de ser estrechas, pues, como hace notar Rocco (38), las partes, al cambiar la relación de derecho material, pueden influir en la relación procesal. Tal es el caso, por ejemplo, de la renuncia expresa a la caución prevista por el artículo 137 del Reglamento Hipotecario, regla 6.ª (39).

Esta conexión entre Derecho procesal y civil se revela de forma evidente en la caución del artículo 41. En ella se destaca la existencia de un aspecto sustantivo y otro adjetivo, que pudieran seguir distinta suerte, según que la renuncia provenga del titular registral, en cuanto que está legitimado presuntivamente por el contenido de la inscripción, o bien se lleve a efecto por el Es-

---

(35) Véase FRANCO NEGRO: *Sobre la oportunidad de adoptar por parte de distintos Estados la institución italiana de fianza para costas*, «Revista de Derecho Procesal», año X, enero-marzo, 1964, núm. 1, págs. 71 a 83.

(36) «El Juez—dice PIERO CALAMANDREI—no es una máquina de calcular, sino un hombre vivo. Un ser pensante».

(37) MAX ERNST MAYER—*Filosofía del Derecho*, «Labor», Barcelona, 1937, páginas 180 y sigs.—dice: «Es natural al Derecho el no poder ser siempre justo; por tanto, quien proclama la justicia como ideal jurídico, proclama un ideal que conduce al error... El Derecho es un orden basado en normas. Pero quien siembra normas no puede cosechar justicia. La norma ofrece valores perdurables, garantiza la seguridad jurídica; pero la justicia está cada día a la altura del tiempo; la norma mide por igual medida: garantiza la igualdad jurídica; a la justicia, en cambio, no pasa inadvertida ninguna desigualdad. El Derecho considera cada caso particular desde el punto de vista impuesto por la regla general; la justicia penetra, por así decirlo, en el corazón del caso».

(38) Ugo Rocco: *Derecho Procesal Civil*, trad. esp. cit. pág. 119.

(39) Un acto procesal puede afectar a una relación material, por ejemplo, la renuncia a una apelación, haciendo que la sentencia adquiera la autoridad de cosa juzgada, e influye en la relación de derecho material que permanece inalterada, tal como resulta por la sentencia.

tado a través del beneficio de pobreza. Cuestión ésta que plantearía el problema de su posible reducción y que ulteriormente analizaremos.

Así, las consecuencias de tal acto serían diferentes, en cuanto que el concurso de los intereses jurídicos en juego están atribuidos a distintos titulares: el Estado y el titular inscrito. El Estado, por el aspecto adjetivo que la caución asegura—prevención de una actuación procesal costosa—(40), que podría actuar sustituyendo la obligada caución por su modalidad juratoria—artículo 14-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, si bien con las consecuencias y efectos que se previenen en los artículos 31, 32, 36, 37 38 y 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (41).

Para comprender el alcance de la cuestión planteada, hemos de seguir el sistema savigniano de interpretación. Así, cuando el tenedor de un derecho inscrito, demandado por el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, solicita y obtiene el beneficio de pobreza, la caución exigida, integrada por los dos aspectos—subjetivo y adjetivo—perfectamente diferenciados cualitativamente, no pueden ser sustituidos en su unidad cuantitativa por la caución juratoria.

Se argumenta como tesis favorable a la sustitución de la caución efectiva o material, por la caución moral o juratoria, en su integridad unitaria, el que si con ella se trata de evitar que, por causa de pobreza, se vea desamparado judicialmente, sin poder hacer uso de los recursos que autoriza la Ley a los que lo son, con más fuerza ha de entenderse cuando no se trata de un recurso, sino de la propia defensa; por ello, “es de consignar—dice GONZÁLEZ ALEGRE (42)—la firme creencia que, en caso de pobreza, bastaría la caución juratoria como bastante para admitir la oposición”. Y continúa: “no podemos olvidar que si la caución responde a los fines de afianzar daños y perjuicios, frutos y costas, la Ley autoriza a la parte a pedir, y al Juez a acordar, cuantas

---

(40) Artículos: 33, 1968-9; 1.748, 1.751, 1.767, y 1.809 de la Ley E. C

(41) GONZÁLEZ-DELEITO—*El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Procesal, año VI, núm. 3, julio-septiembre, 1950, página 418—mantiene la exigibilidad de la caución en el proceso del artículo 41, sin perjuicio de que el contradictor, a efectos de costas y gastos judiciales, obtenga el beneficio de pobreza

(42) Autor citado *Los procedimientos judiciales de la Ley Hipotecaria*, citada pág. 40.

medidas sean procedentes para asegurar lo acordado en la sentencia, y, por ende, sobre estos extremos; medidas para las que goza el juzgador de un amplísimo campo, sin más restricción que su procedencia, por lo que, en definitiva, pasa a segundo lugar la caución exigida con esos mismos fines", para concluir que, en caso contrario, "se llegaría a la indefensión del supuesto perturbador" (43).

FRANCESCHINI (44) mantiene que "imponer la caución (en caso de ejecución provisional) al pobre o tal sólo a aquel que no está en satisfactoria condición económica, equivale a la negación de su derecho", dificultando el principio de estricta justicia. En realidad, su fundamentación tiene un sentido humanista (45).

PRIETO-CASTRO (46) no comparte dicha doctrina y participa del criterio contrario mantenido por el auto de 30 de junio de 1948, dictado por la Sala 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial de Madrid.

La tesis mantenida por GONZÁLEZ-ALEGRE, independientemente de realizar una interpretación extensiva del número 4 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una idea de subordinación. Así, la caución, en cuanto a sus resultados y fines, está subsumida en los procesos cautelares regulados por el artículo 137-3.<sup>o</sup> del Reglamento Hipotecario. Nosotros hemos mantenido la perfecta diferenciación entre uno y otro instituto procesal (47), pues responden a distintas concepciones teleológicas.

Por otro lado, adentrándonos en el examen de la causa de la

---

(43) Esta tesis se mantuvo en la resolución de la Audiencia Territorial de Albacete, Auto de 23 de abril de 1943, citado por PRIETO-CASTRO, en *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, citada pág. 361.

(44) CAYETANO FRANCESCHINI: *El beneficio de pobreza...*, cit. núm. 36, 40, 46, 47, 48, 49, 50 y 926. págs. 35, 36, 38 y sigs. y 614.

(45) «La idea humanista posee dos significaciones teóricas bien definidas. Una de ellas se encuentra expresa bajo la concepción, conocida por todos como humanitaria..., la cual se siente mejor que se define, puesto que, en el fondo, se trata de una llamada al corazón. Todo el humanismo responde a un sentido pietista de la vida. El humanitarismo así concebido, es la anarquía del orden y de la Ley, representa mejor que un criterio de justicia, un criterio de bondad». ENRIQUE JIMÉNEZ ASEÑO: *La proyección humanística en el proceso penal o el humanismo como criterio de justicia penal*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, abril-junio, 1950, núm. 2, págs. 355 a 380, concretamente 358; JUAN BEYTO PÉREZ: *Historia de las doctrinas políticas*, edición Aguilar, Madrid, 1948; HANS BARTH: *Wahrheit und Ideologie*, «Manesse Verlag», Zurich, 1945.

(46) En trabajo citado en la nota 43.

(47) Véase mi trabajo: *Caución y proceso cautelar en el artículo 41...*, citada.

caución como acto jurídico-procesal, nos encontramos con un concurso o pluralidad de factores determinantes del acto causado (48). Es decir, de la necesidad imperativa—objetiva—de su exigibilidad o de su expresa renuncia en base a su contenido y razón de existencia. De un lado, la apariencia de derecho—*fumus boni iuris*—constituida precisamente por la justificación documental—certificación del Registro que acredite la vigencia sin contradicción alguna—del asiento correspondiente—artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento—; y de otro, los temores de insolvencia del detentador—*suspectio debitoris*—y la atribución presuntiva del contenido económico—goce y disfrute—del derecho inscrito, en virtud del principio de legitimación, constituyen esa pluralidad de factores determinantes del acto causal-procesal—con causas—. Su estudio comparativo con el número 4.º del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil revela, de modo palmario, distinta causa. Se pretende con la modalidad de caución juratoria, facilitar, al que ha obtenido la declaración de pobreza, simplemente la interposición de recursos (49).

La naturaleza misma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como de cualquier otra norma, no autoriza una interpretación extensiva cuando se encuentren involucradas instituciones inspiradas en razones finalistas contrarias, salvo que expresamente se disponga otra cosa. No olvidemos que la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con un contenido, función y fin específico, constituye presupuesto que dilata la inmediata actividad reintegrativa del derecho inscrito y reclamado. Representa la exigencia de la caución el aspecto sancionador—pático—de la situación provocada por el detentador.

Si el proceso se considera como instrumento de la paz jurídi-

---

(48) Véase JAIME GUASP: *Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, julio-septiembre, 1948, núm. 3, págs 403 a 430: «No es la causa—dice el autor citado, pág 409—un requisito subjetivo, porque no es una cualidad intrínseca a la persona e indesligable de ella, sino, por el contrario algo que yace fuera del sujeto aunque venga a influir sobre la exteriorización de su querer. El motivo, a diferencia de la aptitud y de la voluntad, característicos requisitos subjetivos, no se adhiere de tal modo al agente del acto que su consideración separada del mismo resulte inimaginable. Hacer de la causa jurídica de un acto (acto procesal), un requisito subjetivo equivale muchas veces, a confundir indebidamente el porqué, objetivo del acto con la conciencia, intención o ánimo de su autor».

(49) Véase PRIETO-CASTRO: *Dispensa de la caución*., cit., pág. 364.

ca (50), tendente al restablecimiento del orden perturbado, las características que ha de reunir el proceso serán consustanciales con el derecho que se trata de proteger. Para que la inscripción registral goce de la fuerza y eficacia que le atribuyen los principios hipotecarios, el legislador ha establecido, como presupuesto genérico para la efectividad de esa protección, el mandato contenido en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dirigido a los órganos jurisdiccionales, y, además, la observancia de otros presupuestos específicos que condicionan los distintos procesos encaminados a salvaguardar tales derechos inscritos—artículo 40 de la Ley Hipotecaria y concordantes—. La caución es uno de ellos, una consecuencia de esa exigencia, adecuada a la especial naturaleza de la pretensión esgrimida y protegida. Así se actualiza el fin del proceso: concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley y la voluntad individual y específica del titular del derecho inscrito (51).

Si en el análisis realizado hemos llegado a la positiva conclusión de imposibilidad sustitutoria de la caución material por la juratoria, en caso de pobreza legal del tenedor del derecho inscrito en su unidad, a este mismo resultado nos conduce la evolución del artículo 41 (52).

Hemos sentado la consecuencia de que la concurrencia del principio de legitimación registral, y de aquellos que le complementan, imbuyen a la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria de especiales características que la singularizan. La exigencia de la caución, tendente a garantizar el resultado económico del juicio, permite que la efectividad del título no sea inmediata. Constituida esa garantía, se admite la posibilidad de una fase cognitoria, de conocimiento sumario, que, por el carácter de la resolución que pone término al proceso, no impide la discusión más amplia en el

---

(50) Véase JOSÉ RODRÍGUEZ U : *El proceso civil y la realidad social*, citada pág. 19.

(51) Véase mi trabajo *Caución y proceso cautelar* ... cit., pág. 857 y nota 5.

(52) Se puede consultar: JESÚS MARTÍNEZ CORBALÁN: *La reforma de la Ley Hipotecaria: examen del artículo 41 en relación con sus predecesores*, en esta REVISTA, tomo XIX, año 1946, págs. 96 a 108. mismo autor *Más sobre el artículo 24 (38 Ley Unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria*, igual REVISTA y año, págs. 521 a 541; ENRIQUE DEL VALLE FUENTES: *Consideraciones sobre la nueva Ley reformadora de la Ley Hipotecaria*, igual REVISTA y año, páginas 8 a 19, DOMINGO ENRÍQUEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución de las acciones reales*, igual REVISTA y año, págs. 244 a 253. etc...

declarativo correspondiente. Es la secuela derivada del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, atenuada, en cuanto permite, con el condicionamiento de la caución, formalizar una limitada oposición frente a la efectividad y protección inmediata que merece el título inscrito (53).

### *Evolución del artículo 41.*

La formulación del artículo 41, tal como es objeto de regulación actual, ha sido objeto de un proceso histórico y doctrinal (54). Su evolución nos proporciona un conocimiento más cabal de la eficacia de los principios hipotecarios, su fundamentación, y medios que el legislador ha tenido que arbitrar para la protección de los derechos inscritos. Sobre todo, nos muestra la última fase de ese devenir lógico en la protección de los derechos inscritos en el que se trata de coordinar el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral (55). Los principios hipotecarios que amparan y protegen la inscripción y lo que ella representa frente a terceros. Su coordinación es equilibrio, equilibrio circense, dinámico, que, como tal, algunas veces se admira, pero puede conturbar el ánimo (56).

(53) Véase LEONARDO CIMIANO: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *carácter en que aparece colocado el contradictor respecto del propietario inscrito*, en esta REVISTA, año XXV, noviembre-diciembre, 1949, núm. 258, págs. 705 a 719.

(54) Véase las críticas que al artículo 41 se han realizado por los hipotecaristas Bibliografía citada en la nota 2 de mi trabajo: *Caución y proceso cautelar*, cit.: LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Librería Bosch, Barcelona, 1968, pág. 167.

(55) Véase MANUEL DE LA PLAZA—*Derecho Procesal Civil Español*, Editorial, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1945, tomo II, pág. 303—pone de relieve la necesidad y carácter urgente de la reforma del procedimiento, por que, independientemente de otros problemas se creó «una escisión en la doctrina de los Tribunales, que unas veces mantuvieron a toda costa el estado posesorio resultante de la inscripción, y otras, abrieron paso, con mayor o menor cautela, a la realidad de la posesión extrarabulas, haciendo posible la oposición, aunque tampoco se logró acuerdo completo en lo relativo al cauce procesal por el que debía discurrir...», con lo cual no se consiguió el efecto que el artículo 41, antiguo, pretendió. Véase JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400*, en esta REVISTA, 1927, págs. 426 y 429.

(56) Véase MÉNDEZ TURIEL ALVAREZ DE TOLEDO: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado», 1931, págs. 45 y sigs.; COSSIO: *Leciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1945, 109; *Boletín de la Justicia Municipal*, núm. 196, págs. 1.185 y sigs., «Revista de Derecho Procesal», 1949, páginas 215 y sigs., en las que se comentan y transcriben resoluciones moti-

La comprensión del problema radica, no sólo en asimilar el contenido y efecto ambivalente que la caución entraña—sustantivo y adjetivo, en su univocación—, sino en el sistema adoptado por nuestro Registro que “por la forma en que recibe y publica las titularidades—dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (57)—es *tendencialmente exacto*”. Lo anterior, unido a una precavida ponderación de los límites cuantitativos de la caución, evitará que el procedimiento, y concretamente una caución desorbitada, constituya obstáculo para la defensa de legítimos derechos y situaciones (58).

La exigencia contenida en el párrafo 4.º del artículo 41 y la consecuencia establecida en el siguiente, son consustanciales con la naturaleza del procedimiento regulado y con su especial fin perseguido.

Un examen evolutivo de la protección dispensada al titular inscrito nos confirma la tesis mantenida.

La Ley de 8 de febrero de 1861, y las modificaciones que ulteriormente se introdujeron en 1869 y 1877, no contenía precepto alguno que otorgasen una especial protección procesal al titular inscrito frente al poseedor sin causa. Era preciso acudir al juicio declarativo ordinario (59) para discutir, tanto sobre la posesión, titularidad de la finca o derecho inscrito, y, en consecuencia, no era preciso pedir la cancelación del asiento respectivo.

Los artículos 15 y 16 de la Ley de 21 de abril de 1909 (60) sen-

---

vadas por el referido procedimiento 41, en las que se pretenden declaraciones de derechos como las de inexistencia de contratos de arrendamientos, simples deslindes, verdaderos desahucios de colonos o inquilinos, con abuso de los límites y verdadera función teleológica del procedimiento.

(57) Autores citados: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 164

(58) Véase FUENTES: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista General de Leg. y Juris.», tomo 186, págs. 596 y sigs.

(59) Véase LÓPEZ DE HARO: *La reforma del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado», 1927, pág. 269.

(60) El artículo 15 de la citada Ley decía: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código, a favor del propietario y poseedor de buena fe, y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su caso, judicialmente por el procedimiento establecido en el título XIV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La posesión inscrita producirá, mientras subsista, iguales efectos que el dominio a favor del poseedor y conforme al artículo 446 del Código Civil».

El artículo 16 disponía: «No se podrá ejercitar ninguna acción contradic-

taron los hitos de la protección registral procesal al titular inscrito. Representó una reforma trascendentalísima en orden a la reintegración posesoria de los derechos inscritos a favor de sus respectivos titulares. Pero sus resultados prácticos no fueron los que se deducen de un examen superficial de tales preceptos (61). No obstante, la semilla sembrada llegaría a germinar en fecundos frutos. La inscripción atribuye al titular inscrito la posesión civil, presumiéndose que goza del contenido económico que la posesión comporta. En consecuencia, debía ser protegido eficazmente. Esta protección se dispensaba a través del procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la posesión judicial, en el título XIV del libro III—artículos 2.056 a 2.060—, sin admitir oposición alguna anterior a la reintegración (62). La contradicción debía tener cauce a través del procedimiento declarativo adecuado, interesando la nulidad o cancelación de dicha inscripción (63).

El artículo 15 de la Ley de 21 de abril de 1909 pasa al 41 de la Ley de 16 de diciembre de 1909, con muy ligeras modificaciones (64). Los problemas de su efectividad, y los inconvenientes que de su interpretación se derivaron, posiblemente motivados por su más entusiasta que meditada concepción (65), produjeron

---

toria 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 en que conste dicho dominio».

(61) Véase M. DE LA PLAZA: *Algunas observaciones críticas sobre el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento para su aplicación*, «Revista de Derecho Privado», 1916, pág. 70.

(62) Así se expresaba MARTÍNEZ PARDOS, Director General de los Registros, en el prólogo de la obra de HIGUERAS SABATER: *Reforma de la legislación hipotecaria*, Madrid, 1909, pág. XXVII.

(63) Véase RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 23 y sigs.

(64) El artículo 41 de la citada Ley decía: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el título II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su cargo, judicialmente por medio del procedimiento establecido en la Ley E. C.).

El artículo 16 pasó a ser el 24.

(65) Véase ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 303, nota 1—dice que «este precepto, que no figuraba ni en el proyecto del Gobierno ni en el dictamen aprobado por el Senado, se logró introducirlo por entusiastas Registradores, a la sazón Diputados a Cortes, y al frente de ellos, el señor MARTÍNEZ PARDOS, en el dictamen de la comisión del Congreso, el cual fue aprobado sin enmienda alguna, y, por tanto, sin discusión».

los graves inconvenientes que surgieron, derivados de su dispar interpretación (66), en orden al procedimiento establecido por dicho artículo, en relación con el 100 del Reglamento de 6 de agosto de 1915 (67).

El procedimiento del artículo 41 de la Ley de 16 de diciembre de 1909, como hemos expuesto, no alteraba el régimen establecido. Recogía el principio de que, "quien tiene inscrito el dominio de inmuebles, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos". Ahora bien, este principio originó problemas de interpretación en relación con las normas de protección procesal. La cuestión radicaba en si esa presunción posesoria era de naturaleza *iuris et de iure* o bien *iuris tantum*. El problema era realmente procesal.

Independientemente de la posición doctrinal dubitativa, respecto al alcance de la presunción, la cuestión quedaba centrada en orden a la aplicabilidad del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Un sector (68) mantenía la consecuencia de que la posesión judicial de los artículos 2.056 a 2.060 de la citada Ley, en la mayoría de los casos, consistía en requerir a los inquilinos, colonos o poseedores para que reconocieran la posesión al titular registral, sin dar lugar al lanzamiento. Otros mantenían criterio opuesto (69). La jurisprudencia siguió también posturas dispares. Así hubo una tendencia en la que, manifestada la oposición por el tenedor, el expediente—jurisdicción voluntaria de los ar-

---

(66) Véase LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 167; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., tomo I, página 306, nota 1.

(67) El artículo 100 del Reglamento establecía: «El procedimiento a que se refiere el artículo 41 de la Ley, es el regulado por el título XIV del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Interesante es, también, el artículo 101 que decía: «Si el que tuviese a su favor inscrita la propiedad o posesión de una finca o derecho real creyera que otra inscripción primera de posesión, hecha con posterioridad y bajo número diferente, se refiere al mismo inmueble o derecho real, podrá pedir la posesión judicial por los trámites expresados en el artículo anterior, con citación de los interesados en la nueva inscripción, y el Juez, al decretarla, ordenará, cuando la identidad total o parcial apareciese probada, que se extienda nota suficiente al margen de la inscripción de posesión últimamente practicada».

(68) MANUEL DE LA PLAZA: *Algunas observaciones críticas sobre el artículo 41 de la Ley Hipotecaria...*, cit., «Revista de Derecho Privado, 1916, pág. 70; CARAZONY: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria en lo procesal y en la jurisprudencia*, cit., en esta REVISTA, 1942, pág. 2.

(69) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., tomo I, pág. 304.

artículos 2.056 a 2.060—se hacía contencioso por aplicación del artículo 1.817, y para obtener el lanzamiento, había que acudir al juicio de desahucio (70). Y otra, que fue prevaleciendo (71), “terminó por proclamar la doctrina de que el titular inscrito tenía la posesión real de la finca y podría obtener el lanzamiento del poseedor” (72).

La anterior doctrina jurisprudencial podía provocar, y de hecho originó, alteraciones de orden público, que hizo sentir la necesidad de una reforma (73). Esta se plasmó en el Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927, completada por la de los artículos 100 y 101 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto de 19 de julio del mismo año (74). El resultado práctico de

(70) Sentencias del Tribunal de 5 de marzo de 1914. 6 de octubre de 1915: 15 de diciembre de 1916, 8 de febrero de 1921; 7 de diciembre de 1917; 20 de enero de 1920; 24 de enero de 1922; 10 de junio de 1924. 3 de febrero de 1925; 17 de junio de 1926; 7 de julio de 1927; etc.

(71) Véase sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1925; 2 de junio de 1925. 12 de febrero y 29 de abril de 1927; 4 de marzo y 24 de mayo de 1941.

(72) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., tomo I, pág. 305.

(73) En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927 se expresa con estas palabras: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, correspondiente al artículo 15 del proyecto presentado al Congreso de los Diputados por la Comisión respectiva, en 16 de febrero de 1909, fue incluida en la reforma inmobiliaria aprobada por el Senado sin ninguna justificación explícita, y, esta circunstancia, a la redacción general y equivocada del texto de la Ley de 21 de abril del mismo año, ha provocado un verdadero trastorno en el régimen de la propiedad territorial». Y, continúa más adelante: «Frente al propietario, según el Registro, no podía existir poseedor legítimo, y los llevadores de tierras durante siglos, en virtud de títulos más o menos defectuosos, se veían violentamente lanzados en procedimientos sumarios sin poder alegar su posesión inmemorial. Justo, es decir, que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo intentó, en varias ocasiones, oponerse a esta arrolladora corriente, pero la letra de la Ley prestaba tan poca base a las normas tradicionales, que en las últimas sentencias se reconoce plenamente la prelación y ventajas de la posesión tabular frente al criterio real del que se creía poseedor legítimo. Ni los principios hipotecarios, ni los postulados de la acción social agraria permiten la consagración de tales ideas». Véase JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400*, en esta REVISTA, 1927, página 425.

(74) El artículo 41 del Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927 quedó redactado de la siguiente manera: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume a los efectos del Código Civil que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código, a favor del propietario y del poseedor de buena fe, mientras que los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición, a tenor del artículo 435 del mismo Cuerpo Legal. La posesión inscrita producirá iguales efectos que el dominio, en favor, del poseedor».

El artículo 100 del Reglamento de 19 de julio de 1927 dispuso: «Quien

esta reforma fue mitigar el rigor atribuido al artículo 41 de la Ley Hipotecaria anterior, al condicionar la efectividad posesoria a la prueba en contrario, referida no sólo a que el contradictor fuese un propietario verdadero, sino incluso un poseedor de mejor condición (75).

Si la legislación de 1909 provocó críticas y la necesidad de una reforma por el excesivo desconocimiento que de la posesión de hecho se hacía, en cuanto quedaba indefensa frente a la protección registral, la de 1927 no satisfizo tampoco por el signo contrario en que se inspiraba.

Así, el procedimiento, establecido para la reintegración posesoria, era el de jurisdicción voluntaria establecido en la legislación anterior, pero con dos variantes: 1) Si existía oposición, se concedía un plazo de quince días para que el opositor formulase escrito de reclamación, al cual podía contestar el titular inscrito en plazo de seis días. 2) La tramitación del procedimiento declarado contencioso, conforme al artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acomodaba a las normas de los artículos 1.642 a 1.650, siendo potestativo valerse o no de Abogado y Procurador (76).

La inocuidad del procedimiento, frente a la posesión no inscrita, en contraste con la escasa efectividad tutelar a los derechos registrados, provocó el ambiente preciso para una nueva reforma. Esta había de aunar, de modo eficaz y ponderado, la necesaria y real protección, al titular registral, en orden a la reintegración posesoria del derecho inscrito, frente a situaciones jurídicas merecedoras de respeto y tutela jurisdiccional.

---

tenga inscrito el dominio o cualquier derecho real susceptible de posesión, podrá solicitar, con arreglo a los artículos 2.057 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posesión judicial, aun en los casos en que proceda el interdicto de adquirir. Si a la solicitud presentada se hiciera oposición por algún interesado, el Juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concederá al opositor un plazo de quince días para que formule por escrito su reclamación. Las reclamaciones se unirán a los autos y se entregarán sin demora ni publicación de edictos al que hubiese obtenido la posesión, para que las conteste o exponga por conveniente dentro de seis días. El procedimiento se tramitará como contencioso, con arreglo a los artículos 1.642 a 1.650, ambos inclusive, de la referida Ley, siendo potestativo valerse o no de Letrado y Procurador».

(75) Véase ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., tomo I, pág. 307.

(76) Véase en nota 74 el artículo 100 del Reglamento de 19 de julio de 1927.

Así se llega a la Ley de 30 de diciembre de 1944 (77), reformada por la de 8 de febrero de 1946 y Reglamento de 14 de febrero de 1947.

En la Ley y Reglamento vigente se han fusionado, de modo perfecto, la necesaria e indispensable protección a las titularidades registrales que, comportando posesión, uso y servicio, sean disfrutados por otro u otros. Las fases legislativas que ha ido atravesando la protección del titular inscrito han discurrido por las más extremas situaciones, frente a la posesión de hecho. En la actualidad, a nuestro juicio, ha encontrado un ponderado equilibrio en el artículo 41. A su efectividad ha contribuido extraordinariamente la *caución*. La caución ha permitido estabilizar los encontrados intereses derivados de la inscripción y los principios que la protegen, y la necesidad de acceder a situaciones excepcionales susceptibles de merecer una protección jurídica. Por ello estimamos que la caución exigible no puede ser objeto, insistimos, de una estimación cuantitativa reglada. Su fijación vendrá condicionada por la titulación y motivaciones del escrito inicial, al objeto de que se cumpla la justicia, función primordial de los organismos jurisdiccionales (78).

La caución ha contribuido a la estabilidad entre Justicia y

---

(77) Prescindimos de examinar el anteproyecto del señor PORCIELÉS.

(78) CATRHEIN dice, que «la idea del Derecho es inseparable de la Justicia, de modo que para él es Derecho todo lo que consideramos justo en la convivencia social»; el P. SUÁREZ dice, que «el Derecho es lo recto, según la razón natural»; DEL VECCHIO, que «la Justicia es el deber ser jurídico, o sea, la forma lógica del Derecho; una de las definiciones que de la Justicia da Aristóteles, es aquella que entre dos supuestos pone igualdad»; véase GREGORIO TREVIÑO: *Justicia y Derecho*, en esta REVISTA, año XXIV, marzo, 1948, núm. 238, páginas 179 a 183, concretamente 179; véase CASTÁN: *La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales de 15 de septiembre de 1947; mismo autor: *La Justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas*. Discurso pronunciado en la solemne apertura de Tribunales, en 15 de septiembre de 1967, Reus, Madrid, 1967; mismo autor: *La idea de la Justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales de 15 de septiembre de 1946, Reus, Madrid, 1946; M. DE LA PLAZA: *Jueces y equidad*. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1947; ITURMEN-DI BAÑALES: *Perfeccionamiento de la organización y procedimiento de la Justicia*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales en 15 de septiembre de 1964, «Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia», 1964, Madrid, sobre todo en las «Consideraciones finales»; JAIME M. MANS PUIGARNAU: *Hacia una Ciencia General del Derecho*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1962, especialmente, cap. III «El Derecho y la Justicia», págs. 54 y sigs.; etc...

Derecho. Entre aquellas orientaciones doctrinales, tendentes a una protección a ultranza de los derechos inscritos, marginando cualquier otra situación jurídica o la contraria que inutilizaba la fuerza y eficacia de los principios hipotecarios. Esta conjunción de Justicia y Derecho (79) elimina las posibilidades impugnativas que pretenden afectar la viabilidad de la caución. Excluyen, asimismo, toda argumentación encauzada a obtener por la vía de una idea *humanística* del Derecho su sustitución por la caución juratoria en caso de pobreza legal, pues responde a funciones y fines distintos. Aceptar la sustitución es quebrar el equilibrio. Nos encontraríamos con una atenuación del rigor jurídico-procesal, en perjuicio del titular inscrito. Daría lugar a una considerable mitigación de la protección procesal del titular registral, en beneficio del opositor, que gozara del beneficio de pobreza y actuase de mala fe. Y si pudiera pensarse que el actuar de mala fe no es presumible y constituye la excepción, es preciso reconocer la unidad insustituible de la caución en aras de la "seguridad jurídica", de la estabilidad y legitimidad de ese derecho y su contenido económico, proclamado por la fe pública y legitimación (80). Constituye, pues, pieza clave del sistema.

Si hemos considerado la caución como unidad, la posibilidad de una sustitución en parte por la juratoria no es posible. La discrecionalidad, en su fijación cuantitativa por el órgano jurisdiccional, constituye elemento ponderativo suficiente. Los efectos de la solicitud de pobreza legal, por el contradictor, son, unos, pro-

---

(79) En el orden constituyente—dice MANS PUIGARNAU: *Hacia una Ciencia*, cit., pág. 55—la Justicia es el ideal del Derecho, en el orden constituido es el resultado del Derecho. El concepto de justicia es, pues, *a priori* y *a posteriori*, respecto del de Derecho. El Derecho es derecho porque es justo, y lo justo es justo porque está arreglado a Derecho. La Justicia es, a la par, la causa y el efecto, el principio y el fin, el ideal y la realización del Derecho».

(80) Ha dicho ORTEGA Y GASSET, que «la vida», es constitucionalmente inseguridad... Estamos inseguros, incluso, de si mañana cada uno de nosotros va a existir; pero mucho más inseguros de lo que va a pasar con los contenidos particulares de nuestras vidas: salud, fortuna, acierto, amor, dolor, placer... Por lo mismo, necesita el hombre asegurar alguna dimensión de su vida, saber siquiera en ella a qué atenerse, para desde ella afrontar con brio el problemático resto. Esto era el Derecho para los romanos. Gracias a esta seguridad de su derecho, el ciudadano de Roma podía hincar en él confiadamente los talones, y... sintiéndose amparado, por así decirlo, en su retaguardia, podía buscar sin azoramiento, como comportarse para desarrollar su vida personal con entereza y seriedad, y formarse un carácter compacto y enérgico». MANS PUIGARNAU: *Hacia una Ciencia del Derecho*, cit., pág. 57, nota 9.

visionales—artículo 27 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—; otros, definitivos, que se consolidan y actúan con la declaración de firmeza de la resolución final que ponga término al incidente de pobreza, coordinados con la correspondiente del proceso principal, en orden a la declaración de costas.

No sólo se oponen las razones antes expuestas, sino otras de oportunidad. La simple solicitud de pobreza daría lugar a constituir la caución juratoria. Se eludiría el valladar establecido por la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 137 del Reglamento, en perjuicio del principio de inmediata ejecutividad, reconocido al título inscrito, que únicamente se difiere con la caución, que abre paso a una limitada cognición. Por otro lado, fijada la obligación de caucionar en la providencia de admisión del escrito inicial, se produce un efecto preclusivo que impediría retrotraer el proceso. En caso contrario, el objetivo de la oposición sin obstáculos se conseguiría, en perjuicio de la inmediatividad reconocida al título inscrito, máxime cuando le queda la posibilidad de oposición, e incluso de exigir responsabilidad indemnizatoria, en el declarativo.

Así, la exigibilidad de la caución y su prestación es presupuesto básico para la oposición. La demanda de pobreza constituye actividad de contradicción: es, pues, incidente del proceso de oposición. Y su tramitación se ha de acomodar a lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (81), porque de otra manera se tropezaría con el obstáculo del párrafo 11 del artículo 41, que impide la paralización u obstaculización del procedimiento.

Por otro lado, si se admitiese la posibilidad de sustitución parcial, lógicamente la renuncia expresa a la exigibilidad de la caución debería afectar, única y exclusivamente, a aquella porción destinada a garantizar derechos subjetivos del renunciante; sin embargo, se extiende al conjunto, al todo. Esto es así, porque se concibe como una unidad, aunque pueda estar integrada por diversos elementos. Se le ha imbuido de las propiedades de los cuerpos compuestos; separando sus elementos componentes deja de existir como tal cuerpo.

---

(81) GONZALO DE LA CONCHA Y PELLICO: *Cuestiones procesales que plantea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista General de Derecho», 1949, páginas 467 y sigs.-pág. 476.

### C) Caución y competencia.

Para el examen de este problema hemos de partir del párrafo 11 del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y de la regla 1.ª del 137 del Reglamento. En el primero se establece que "cualquier otra alegación (distintas, decimos nosotros, de las causas de oposición) se reservará para el juicio declarativo que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo". El segundo dispone que "sólo será Juez competente para conocer del procedimiento el de primera instancia del partido en que radique la finca, y si ésta radicase en más de uno, se estará a lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 210 de la Ley".

En dichas normas se establece, no sólo la competencia cualitativa o *ratione materiae* para entender en esta clase de procedimientos al Juez de 1.ª instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (82), sino que se regula la competencia territorial: *forum rei sitae* (83).

Si por razón de la competencia cualitativa no existe problema, porque a ella se oponen los citados artículos de la Ley Hipotecaria, y, concretamente, los 54 y 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la segunda pueda plantear dudas. Siendo las normas reguladoras del proceso, esencialmente de orden público (84), los propios organismos jurisdiccionales deben velar por su estricta observancia, al objeto de que la relación jurídico-procesal quede bien

---

(82) Dicho artículo dispone: «Para que los Jueces y Tribunales tengan competencia, se requiere: 1.º Que el conocimiento del pleito o de los actos en que intervengan esté atribuido por la Ley a la autoridad que ejerzan. 2.º Que les corresponda el conocimiento del pleito o acción con preferencia a los demás Jueces o Tribunales de su mismo grado» Véase el artículo 298 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(83) No deben ser objeto de confusión, «jurisdicción» y «competencia». Véase LÓPEZ MORENO: *Principios fundamentales del procedimiento civil y criminal*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1901, tomo I, págs. 103 y siguientes; M. DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil*, cit., tomo I, pág. 131 y siguientes; FERNÁNDEZ DE VELASCO: *El acto administrativo*, ed., «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1929; ALVAREZ GENDIN: *Nociones sobre la Jurisdicción contenciosa-administrativa*, en «Revista de Derecho Privado», noviembre, 1936.

(84) Véase JOSÉ ANTONIO DORAL: *La noción de orden público en el Derecho Civil Español*, «Ediciones Universidad de Navarra, S. A.» Pamplona, 1967.

constituida—artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Pero si el peso específico de esa obligación de depurar el proceso corresponde al Tribunal, también existe una parte no desdeñable que recae sobre las partes, e incluso afectan al instrumento con que el juicio mismo se inicia (85).

Ahora bien, mientras se dan la existencia de normas procesales de *ius cogens* (86) y, por tanto, de estricta observancia, existen otras cuya eficacia se deja a la actividad de las partes. Así surge la existencia de una serie de requisitos previos—presupuestos—procesales (87) que, como esenciales e iniciales de cada juicio, deben concurrir, y aquellos otros que se reservan al demandado para que, como simples obstáculos formales, sean invocados por él en momento oportuno (88), como excepciones de carácter formal (89).

Así, antes de que el Tribunal entre en el conocimiento de la acción ejercitada, tiene que examinar y declarar la existencia de

---

(85) Puede acontecer que el Tribunal carezca de jurisdicción o sea incompetente, o que el asunto que se plantee penda ya antes, o la parte carezca de capacidad para ser tal, o de capacidad procesal, o no esté suficientemente representado, etc...

(86) Las normas de competencia por pertenecer a la esfera de derecho público—*ius cogens*—son absolutas e imperativas. Véase sentencia 13 y 19 de febrero de 1948, 14 de marzo y 29 de abril de 1950, etc ..

(87) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en esta REVISTA, 1951, año XXVII, número 272 págs. 119 a 133; KISCH: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, traducción PRIETO-CASTRO, cit., págs. 161 y sigs.; LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA: *Eficacia del artículo 207 en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Judicial», año V, núm. 20, octubre-diciembre, 1964, páginas 87 a 129; VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1955, págs. 403 y sigs., al tratar de «La demanda en el Proceso Civil Español», pág. 438 y sigs., concretamente 450 y sigs.

(88) CARLOS VIADA Y MANUEL COMELLAS—*El ámbito Judicial en el despacho de ejecución*, «Revista de Derecho Procesal», año V, enero-febrero-marzo, 1949, número 1, págs. 39 a 106, concretamente 39—dicen: «La delimitación de las actuaciones judiciales, en la primera fase del juicio (ejecutivo), se halla en íntima relación con el problema de los llamados presupuestos procesales. Se designan en la doctrina como tales, *aquellos requisitos previos* o condiciones mínimas, que han de darse para que pueda establecerse con eficacia la relación jurídica procesal; y al determinar cuales son esos presupuestos, la opinión de los tratadistas no se muestra unánime».

(89) No es concebible que si el escrito se presenta en nombre de un fallecido; de un incapaz comprendido en el artículo 200 del Código Civil, sin estar debidamente representado; de mujer casada sin licencia marital o habilitación; con defectos de postulación; con la falta de reclamación previa en la vía administrativa; etc..., se pueda invocar el párrafo 11 del artículo 41, para rechazarlas de modo absoluto, y haya que ir al juicio declarativo ordinario para que se anule el proceso tramitado con esos defectos.

tales requisitos. Reuniendo el escrito correspondiente los generales establecidos por la Ley, el Juez dictará providencia de admisión, emplazará a la parte contraria y acordará la sustanciación de las medidas asegurativas que se hubiesen interesado, conforme a lo establecido en el artículo 137, reglas 2.ª y 3.ª del Reglamento, en relación con el 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puede el Juez, en esta primera providencia, acordar también la fijación de la caución que deba prestar el contradictor, una vez personado en autos, o bien resolver sobre la cantidad, forma y plazo de prestarla en el proveído, teniéndole por personado, una vez comparezca. La *praxis* nos enseña, ante la ausencia de normas específicas en la Ley y Reglamento, la posibilidad de este actuar, correcto en el orden procesal, con evidentes repercusiones en la conducta del posible contradictor. La trascendencia de la cuestión planteada tiene un evidente reflejo en relación con la competencia que se promueva por inhibitoria.

Si la competencia se conceptúa como la facultad y el deber de un Juzgado o Tribunal para conocer determinado asunto (90), la organización y distribución del conocimiento de los asuntos exige establecer *a priori* la esfera de atribuciones, acudiéndose a un triple criterio de fijación. Así surge la competencia objetiva, territorial y funcional. Ya indicamos que no existe cuestión respecto de la competencia objetiva y funcional. El problema, en relación con la caución, puede suscitarse, como hemos anticipado, con el *forum rei sitae*, que se establece con carácter exclusivo y excluyente (91).

Esta peculiaridad que se imprime al conocimiento de la acción derivada del artículo 41 de la Ley Hipotecaria le insufla una especial característica que hace que el Juez de 1.ª instancia la conceptúe como presupuesto previo (92). Requisito de orden público que debe tener presente, al tiempo de decidir sobre su admisibilidad, con la repulsa *ad limine*, si no se presenta ante el Juez donde radique la finca. Lo anterior podría estimarse como contrario a lo preceptuado en el artículo 74 de la Ley de Enjuicia-

---

(90) Véase PRIETO CASTRO, trabajos citados.

(91) Véase RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41...*, cit., pág. 95

(92) Véase MIGUEL FENECH: *La función del Juez en la dirección del proceso civil (Facultades procesales de dirección)*, «Revista de Derecho Procesal», I-II, enero-junio, 1964, págs. 33 a 43.

miento Civil, que admite la prorrogación del fuero territorial, ante la prohibición de promover, *ex officio*, cuestiones de competencia. Pero si hemos señalado que la fijación de la competencia—*forum rei sitae*—por la Ley Hipotecaria es de carácter exclusivo y excluyente (93), es porque tal Ley—Ley especial—lo ha elevado a la categoría de presupuesto procesal (94).

Lo expuesto se ratifica por la misma regla 1.<sup>a</sup> del artículo 137 del Reglamento, *in fine*, en cuanto establece un criterio determinante de competencia—artículo 210 de la Ley—cuando la finca se extienda a más de un partido judicial. Ello nos conduce a negar, tanto la sumisión expresa como tácita—*forum prorrogatum*—(95).

(93) Véase MORENO MOCHOLI. *El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado» 1948, págs. 1.062 y sigs., concretamente, 1.092; Véase, también, ALVAREZ M. TALADRIZ. *voz «Sumisión» Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, tomo XXIX, pág. 260, VÍCTOR FARRÉN GUILÉN: *El principio de Autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites*, «Revista de Derecho Procesal», año VII, abril a junio, 1951, núm. 2, págs. 187 a 213.

(94) No existe contradicción en lo expuesto, porque, si se le da la cualidad de presupuesto procesal a la competencia funcional y adjetiva, no es razonable que se deje a disposición de las partes la alegación de faltas de otros presupuestos, que tienen la misma naturaleza. Como manifestación genuina de lo expuesto, la Base 10.<sup>a</sup> de la Ley de Bases de la Justicia Municipal, plasmada en el artículo 32 del procedimiento en la Justicia Municipal, según Decreto de 21 de noviembre de 1952.

(95) La sumisión tácita se funda en una presunción. Por parte del demandante, por el hecho de la interposición de la demanda. Del demandado, porque después de personado en el juicio realice cualquier acto procesal que no sea pedir al Tribunal que se declare incompetente—declinatoria artículo 58 de la Ley E. C.—, o acudir al que se estime competente para que solicite la inhibición del incompetente—art. 72-II—, absteniéndose de realizar otros actos—art. 75 de la Ley E. C.—.

Es preciso tener presente que los términos del artículo 137, regla 1.<sup>a</sup> del Reglamento, elimina la sumisión expresa. ALVAREZ M. TALADRIZ—*voz «Sumisión» Enciclopedia Jurídica Seix*, cit., pág. 260—razona que la sumisión expresa no puede darse en estos procesos ya que no existe base para ello, al tener su fundamentación en el asiento practicado en el Registro, que se acredita con la correspondiente certificación y título, pero como quiera que se admite como una de las causas de contradicción—art. 41 de la Ley Hipotecaria, causa 2.<sup>a</sup>—, el que posea el contradictor la finca en virtud de «contrato» o de cualquier otra relación jurídica entre las partes de la relación procesal, podría pensarse en el pacto o cláusula de sumisión expresa, pero hay que descartarla: a) Por los términos estrictos del artículo 137, regla 1.<sup>a</sup> del Reglamento. En tal supuesto, la sumisión expresa sólo afectará a las relaciones meramente obligacionales. b) Porque si se trata de acciones reales y, por, tanto, sometidas al *forum rei sitae*—art. 62-3.<sup>a</sup>, I Ley E. C.—con más intensidad se ha de exigir tratándose de la reintegración posesoria de los derechos inscritos, pues, el lugar de situación, constituyó base para la inscripción, artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley Hipotecaria y 2.<sup>o</sup> del Reglamento.

No obstante lo expuesto, puede darse la circunstancia de que se impugne la competencia. El demandado puede disentir de la implícita declaración de competencia que supone la admisión del escrito inicial, y promover cuestión, bien en forma de declinatoria, bien en forma de inhibitoria.

La posibilidad de incompetencia puede surgir por una errónea valoración de las circunstancias determinantes del lugar de situación de la finca: fijación del elemento principal—artículo 210, regla 1.ª, de la Ley Hipotecaria—o por el concurso de otras concausas que induzcan a error en la admisibilidad del escrito inicial.

El tenedor de la posesión, uso o servicio del derecho inscrito, contra el cual se deduzca el procedimiento del artículo 41, puede, en consecuencia, promover la cuestión de competencia, bien como excepción dilatoria al tiempo de formular la demanda de contradicción (96)—declinatoria, artículo 79-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil—o bien como presupuesto previo—inhibitoria, artículos 72 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Centrado el problema en el examen de la caución, en relación con la competencia, hemos de examinar la situación del demandado respecto de ella. Con la admisión del escrito inicial, se comienza la primera fase del proceso. Hemos indicado que, en la providencia de admisión, se puede decidir o no sobre la caución, cuantía, forma y plazo de prestarla. Examinaremos separadamente cada una de las formas de promover la cuestión de competencia, para determinar sus consecuencias en el orden propuesto.

### 1. Inhibitoria.

“La inhibitoria se intentará ante el Juez o Tribunal a quien se considere competente, pidiéndole que se dirija oficio al que se

---

(96) Estimamos, con RODRÍGUEZ-SOLANO—*El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., núm. 64 a 69, págs. 293 a 296—que puede suscitarse la competencia, como excepción dilatoria, al tiempo de formular la demanda al igual que otras que afecten a la relación jurídico-procesal, porque la prohibición del párrafo 11, del artículo 41, hace referencia explícita, como únicas que pueden ser invocadas, aquellas que tengan el carácter de excepciones materiales, taxativamente limitadas, pero no a las de carácter formal que afectan a la contextura propia del juicio. Véase la abundante bibliografía por él mismo citada.

estime no serlo, para que se inhiba y remita los autos"—artículo 72-II de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

La inhibitoria se sustanciará con arreglo a los trámites previstos en los artículos 84 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, los efectos suspensivos del procedimiento que provoca la inhibición no operan hasta que por el Juez o Tribunal requerido se reciba el oficio de inhibición—artículo 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Si tenemos en cuenta que el plazo de personación son de seis días—regla 4.ª del artículo 137 del Reglamento—, que pueden ser aumentados, caso de no residir en el lugar del juicio, por aplicación del artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en un día más por cada 30 kilómetros de distancia, la posibilidad de promover la cuestión de competencia con efectividad, tiene que ser coordinada con el plazo de personación, porque en otro caso se dictaría el auto resolutorio, prevenido en la regla 5.ª del artículo 137 del Reglamento.

Si la cuestión promovida provoca en tiempo la suspensión del proceso, es preciso tener presente si la caución se señaló con la admisión del escrito inicial o no. En este supuesto no existe problema, pues provocando el oficio inhibitorio un efecto suspensivo, mientras no hubiese discurrido el plazo de personación, hasta tanto se resuelva, total y definitivamente, sobre la competencia—al no haberse fijado la caución—, no existen términos hábiles para su concreción, cuanto menos para su exigibilidad. Resuelta positivamente a favor del requirente la competencia, será éste quien, con la recepción de los autos, acordará su fijación, en cuantía, forma y plazo, en que debe prestarse la caución.

En el primer caso, esto es, si se hubiese fijado la caución al admitir el escrito inicial, podrían suscitarse dudas. No obstante, estimamos que no procede exigir la prestación de la caución. RODRÍGUEZ-SOLANO (97) expone como argumentos de esta tesis: 1.º "El que las Leyes de competencia son de orden público, y como en el momento de proponer la inhibitoria no se contradice el dominio o derecho real de la otra parte litigante, cuya efectividad es la que se pretende garantizar, aunque no totalmente con la caución, no parece haber inconveniente en no estimarla como indispensable—

---

(97) Autor citado: *El proceso del artículo 41 de la...*, cit., pág. 102.

ble. 2.º En que si el demandado presta la caución previamente en el Juzgado donde se sigue el proceso del artículo 41, como cualquier pretensión que realice, que no sea la de promover la incompetencia, entraña una sumisión tácita, conforme al número 2.º del artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal necesidad es incompatible con el ejercicio de la inhibitoria, sin que pudiera ello suplirse, prestando la caución en el Juzgado requiriente, porque éste carece de antecedentes para poder exigirla y admitirla.”

A tales razonamientos podríamos adicionar que:

1.º La exigibilidad de la caución, constituida como “carga objetiva” que pesa sobre el tenedor de la posesión, uso o servicio del derecho inscrito, si bien, con un contenido sustantivo y adjetivo, pero de derecho permiso, no puede preterir o prevalecer sobre normas de orden publico (98).

2.º Porque para que la inhibición produzca el efecto pretendido en el Juzgado requerido, no sólo tiene que haberse manifestado positivamente el Juez requiriente, sino que el oficio de inhibición sea recibido antes del plazo fijado para el emplazamiento, puesto que en otro caso aquél dictará auto, conforme a la regla 5.ª del artículo 137 del Reglamento. Constituye dicha norma principio disuasorio frente a una posible actividad meramente dilatoria. No afecta perniciosamente los derechos inscritos. La dilación se producirá de mantener su propia competencia el Juez requerido. Pero la naturaleza de la cuestión planteada no menoscaba la eficacia derivada de la protección a los derechos inscritos, porque el caso particular planteado debe posponerse a los principios que amparan el Registro (99), a tenor de los artículos 1.º de la Ley Hipotecaria, y regla 1.ª del 137 de su Reglamento,

---

(98) F. RODRÍGUEZ VALCÁRCEL. *Breves reflexiones sobre temas procesales*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, enero-marzo, 1950, núm. 1, págs. 41 a 67—concretamente 47—dice: «La relación procesal, por tener como presupuesto necesario la intervención más o menos activa del Poder Público encarnado en el Juez, es de naturaleza pública, carácter o nota que no ostenta la materia en el proceso civil. Sin que esto quiera decir que una vez abierta aquella deba proseguirse necesariamente contra la voluntad de las partes, por muy beneficiosa que pudiera resultar para la paz del derecho»

(99) Véase autor citado en anterior nota al tratar de la «Distinción entre relación procesal y material», págs. 47 a 49.

pues depura y decanta las futuras acciones que se ejerciten. Mantener lo contrario implica, a nuestro juicio, un excesivo formalismo, y si "la forma es la superación del caos, el formalismo es la descomposición de la forma" (100).

3.º Porque la purificación o clarificación de la cuestión de competencia suscitada permitirá una mayor efectividad del derecho inscrito, y una simplificación, en orden a la ejecutoriedad de la reintegración posesoria.

4.º Porque las cuestiones de competencia que se susciten contribuirán, con la doctrina que se establezca, a la mayor exactitud de las inscripciones. No podemos olvidar que el artículo 210 de la Ley Hipotecaria, regla 1.ª, a que remite el artículo 137 del Reglamento, para la determinación de la competencia, cuando la finca radique en dos o más partidos judiciales, se encuentra incluida en el título VI de la Ley, bajo el epígrafe "De la concordanza entre el Registro y la realidad jurídica".

La entidad registral finca, concebida en su unidad, excluye la posibilidad de competencia compartida, cuando se extienda a más de un partido judicial. Así lo confirma la regla 1.ª del artículo 137 del Reglamento, al imponer la observancia del principio *accessorium sequitur principale*, y establecer qué debe entenderse por parte principal.

## 2. Declinatoria.

"La declinatoria—dice el artículo 72-III de la Ley de Enjuiciamiento Civil—se propondrá ante el Juez o Tribunal a quien se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al tenido por competente."

Según el artículo 79-I de la citada Ley, se sustanciará como excepción dilatoria o en la forma establecida para los incidentes. Es preciso tener en cuenta que la cuestión de competencia deberá articularse como excepción dilatoria (101) al tiempo de formular

---

(100) Discurso de L. LÓPEZ RODÓ, en presentación de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, a las Cortes.

(101) No entramos en el examen y justificación de esta afirmación teorema.

la demanda de contradicción y, por consiguiente, como presupuesto previo deberá prestar la caución exigida, de acuerdo con el artículo 137, regla 5.ª, del Reglamento. Este régimen, en cuanto a la forma de oposición de la excepción de incompetencia por declinatoria, debe observarse respecto de todos aquellos otros motivos de oposición que se funden en depurar la relación jurídico-procesal, sin que les afecte la prohibición establecida en el párrafo 11 del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (102).

D) *Caución y tercero que la constituya.*

Hemos definido la caución, en sentido genérico, como "seguridad que da una persona de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado" (103). La constitución suficiente de esa garantía puede llevarse a efecto por el propio interesado o por cualquier persona—física o jurídica—. No existe obstáculo, en el orden material o formal, que lo impida. Fijada la caución, tanto en cantidad como en la forma en que debe ser prestada, la actuación del tercero que la proporcione debe acomodarse a ese condicionamiento, adscribiendo la caución, así constituida, a la protección del contenido económico—sustantivo y adjetivo—del derecho reclamado, con los efectos correspondientes derivados de la doble función que cumple la caución: seguridad y realización (104). Esta última, subordinada al proveimiento resolutorio final. Así no sólo se hace depender de la desestimación de las causas o motivos de oposición material y formal que se hayan invocado, sino de la valoración estimativa que por los conceptos de frutos, daños y perjuicios indemnizables, se reclamen, así como de la facultativa apreciación que se haga por el Juez, en orden a calificar como temeraria y maliciosa, la conducta observada por el detentador vencido, a través del proceso.

---

(102) Véase GONZALO DE LA CONCHA: *Cuestiones procesales que plantea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 471 y sigs.; ALVAREZ ABUNDANCIA: *Alcance procesal de un precepto hipotecario*, «Revista de Derecho Privado», 1952, págs 38 y sigs.; AZPIAZU: *Artículo 41. Proceso de ejecución para el ejercicio de las acciones reales derivadas de derechos inmobiliarios inscritos*, en esta REVISTA, 1945, págs 857 y sigs.; etc. y argumentos anteriormente expuestos.

(103) Véase mi trabajo: *La caución en el artículo 41.*, cit., pág. 656.

(104) Véase mi trabajo citado en la nota anterior, al tratar de los «Factores integrantes de la caución», págs. 682 y sigs.

Si la resolución final, ejecutoria, absuelve de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios, y no condena en costas, la caución se cancelará a instancia de la persona que la constituyó. Ha cumplido su función de seguridad.

Si, por el contrario, dicha resolución condena al contradictor en las consecuencias sustantivas y adjetivas que la caución protege, el caucionero debe responder en los límites de la exigida y por él constituida. Ahora bien, como cuestiones conexas y previas, es preciso dilucidar, con nitidez, dos fundamentales: a) Naturaleza de la obligación de caucionar. b) Alcance de la obligación contraída por el tercero que presta la caución.

a) Naturaleza de la obligación de caucionar (105).

Dimos un concepto de la caución en el orden procesal, diciendo "que se designa al conjunto de medidas que, con finalidad precautoria, se adopta, según el derecho positivo, *frente al sujeto activo de una pretensión procesal*" (106). Y si estimamos que la caución exigida por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria constituía una carga objetiva (107), asignándole el carácter de presupuesto previo por imperativo legal—regla 5.ª del artículo 137 del Reglamento Hipotecario—era con la finalidad de mantener su despersonalización. Ya hemos señalado que no existe obstáculo legal alguno, ni de orden sustantivo ni adjetivo, para que pueda prestarse por un tercero. A demostrar esta afirmación y sus consecuencias, se encamina nuestra preocupación.

Si la caución es una carga y toda carga comporta, en definitiva, una obligación, ésta supone atribución de facultad y pretensión para otro, dando así nacimiento a una relación jurídica que, para LEVI (108), "es todo vínculo entre sujetos, considerado en función

---

(105) Para sentar las conclusiones que estimamos procedentes en el orden jurídico-procesal de la caución constituida por un tercero, hemos de exponer una serie de antecedentes que actuando como *supuestos operativos* del raciocinio, pudieran, en principio, estimarse como pueriles; no obstante y a riesgo de tal calificación, procederemos a su exposición de la manera más breve y concisa posible.

(106) JAIME GUASP: *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 1.351 y citado en mi trabajo: *La caución en el artículo 41...*, pág. 678.

(107) Véase mi trabajo antes citado, pág. 662.

(108) ALESSANDRO LEVI: *Teoria generale del Diritto*, Cedam, Padova, 1953, 2.ª edición, pág. 30.

de la norma de derecho, que califica y regula el comportamiento recíproco y correlativo de los mismos". Para FELICE BATTAGLIA (109), es "dualidad y conexión de contenidos, que significa dualidad y conexión de sujetos oponentes; de acciones como de sujetos. Al sujeto al que se le concede la facultad o la pretensión, en términos generales el poder, le llamamos sujeto activo; mientras que se denomina sujeto pasivo aquel a quien viene impuesto el deber o la obligación, cualquiera que sea; en una palabra, *la carga*. Defínese a un sujeto como activo y a otro como pasivo; mas nada excluye el que aparezca como activo, según una norma determinada y pasivo con relación a otra, o al contrario. Ningún sujeto es activo o pasivo por sí mismo, llegando a ser tal a causa de la intervención de la norma" (110).

Así, la relación jurídica emerge, directa o indirectamente, del acto humano o de acontecimientos naturales que el legislador ampara, pero referido a personas (111). Esto es: toda regla de Derecho tiene sentido como regulación de conductas humanas (112). Por ello, CASTÁN ha dicho (113) que "las relaciones sociales de los hombres se regulan por el Ordenamiento jurídico.

(109) Autor citado. *Curso de Filosofía del Derecho*, trad. española, vol. II. Reus, Madrid, 1951, pág. 215.

(110) WERNER GOLDSCHMIDT—citado por CASTÁN, en *Situaciones jurídicas subjetivas*. Discurso pronunciado en la solemne apertura de Tribunales, celebrada en 16 de septiembre de 1963, Edit. Reus, Madrid, pág. 7—dice, definiendo la relación jurídica, que es «un vínculo entre, por lo menos, dos personas, de acuerdo al cual se engendran derechos y obligaciones que conciernen a objetos del derecho». Además de las obras generales, para el estudio de la relación jurídica se pueden consultar: BENIGNO MANTILLA PINEDO: *La relación jurídica*, «Revista de Derecho Español y Americano», núm. 31, julio-agosto-septiembre, 1962, págs. 209 a 225; LUIGI BAGOLINI: *Notas acerca de la relación jurídica*, trad. Francisco Elías de Tejada, en «Revista Anuario de Derecho Civil», tomo III, fasc. I, enero-marzo, 1950, págs. 7 a 21; AHRENS: *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit*, parte general, cap. III, págs. 2 sigs.; JAIME GUASP: *La cultura del Jurista*, «Revista de Derecho Procesal», 1957, núm. 4, octubre-diciembre, págs. 875 y sigs., especialmente 902 y sigs.; F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, Editorial, «Revista de Derecho Privado», tomo I, vol. II, «Los actos jurídicos», Madrid, 1958, págs. 1 y sigs.; ENNECERUS: *Tratado de Derecho Civil*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1947, tomo I, parte general, vol. I, págs. 285 y sigs.; DEMOFILO DE BUEN: *La teoría de la relación jurídica*, en el libro homenaje a don Felipe Clemente de Diego, pág. 181; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1959, tomo I, volumen II, págs. 9 y sigs.

(111) Véase PUIG PEÑA: *Tratado*..., cit., págs. 1, 5 y sigs.

(112) Véase RODRÍGUEZ VALCÁRCEL: *Breves reflexiones sobre temas procesales*, cit., pág. 41 a 67.

(113) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I, volumen II, 8.ª edic., Madrid, 1952, pág. 5 y sigs.

La norma impone deberes en provecho de uno o varios hombres, a la vez que autoriza a éstos para exigir el cumplimiento de tales deberes”, y añade que “la relación jurídica no es otra cosa que una relación de la vida práctica a la que el Derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o, en otros términos, una relación de la real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el Derecho”.

De esta manera, la relación constituida en el ámbito del Derecho procesal (114), ya tenga carácter absoluto—de derecho preceptivo (que impone o prohíbe el acto con sanción de sus consecuencias)—, ya se inspire en normas permisivas—que simplemente autorizan—genera prestaciones a cargo de un sujeto—sujeto pasivo—que trasciende en beneficio del otro—sujeto pasivo—para exigir las. Si la finalidad específica de la caución de la Ley Hipotecaria es garantizar el resultado económico del proceso y, por tanto, tiende a prevenir las consecuencias derivadas de ese contenido que de la posesión, uso o servicio del derecho inscrito se vea privado su titular, es incuestionable la atribución sustantiva que, en principio, reconoce en quien ejercita acción tendente a la reintegración posesoria. Pero la caución contiene también una carga adjetiva, representada por la necesidad de garantizar la posible condena en costas, que hace que le hayamos asignado un contenido ambivalente—sustantivo y adjetivo—, con lo cual podría dudarse de su carácter como presupuesto de derecho permisivo; no obstante, fue así concebida y como unidad inescindible. Integra un todo que no puede seguir distinta suerte. Bajo esta concepción unitaria se ha investido al titular inscrito, de la facultad de no exigir la caución mediante el condicionamiento de la renuncia expresa.

El carácter público de las Leyes procesales es nota peculiar reconocidas por todos. De ahí su obligación. Pero se plantea el problema de si las partes en el proceso pueden excusar la aplicación de la Ley, bien renunciando a sus propios beneficios, bien regularizando, en el propio interés, el trámite establecido. Esta cuestión está íntimamente ligada con la afirmación de la exis-

---

(114) El artículo 1.089 del Código Civil dice: «Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

tencia de normas procesales de derecho preceptivo y derecho permiso (115). Tratándose de normas de derecho preceptivo, la posibilidad modificativa es nula. En cambio, las normas de derecho permiso, en consideración a un interés privado, faculta para disponer, en cierto modo, del proceso, bien para excusar su aplicación—caso del artículo 137, regla 6.<sup>a</sup>, del Reglamento Hipotecario—, bien para moldearlo precisamente en contemplación de ese interés privado—por ejemplo, la renuncia a la práctica de la prueba—.

Así, es incuestionable, que el legislador, consciente de la necesidad genérica de protección de los derechos inscritos, en razón a los principios hipotecarios, y en el afán de coordinar Registro y realidad extrarregistral, no olvidó la esencia privatística de los intereses en juego. Como consecuencia de ello imprimió a la caución un doble carácter:

1) La articuló como presupuesto previo—carga objetiva—que había de satisfacer quien, como tenedor, se opusiera a la acción reintegradora de la posesión, uso o servicio del derecho inscrito, con un contenido privado, tendente a dar satisfacción a la presunción posesoria. Es decir, a las resultancias que, en el orden económico, se ha visto privado su titular, compensando los sacrificios, valorados en dinero, que le hayan sido inferidos. Razón por la cual, dentro de esa calificación de sacrificios, no sólo se comprenden los frutos que deban devolverse y los daños y perjuicios causados, sino aquellos otros que pudieran resultar como consecuencia de la acción entablada: costas.

2) Como consecuencia de lo anterior, y en atención al interés esencialmente privado que la caución protege, *invistió su exigibilidad, con el carácter de norma procesal de derecho permisivo*, en beneficio exclusivo del titular inscrito.

La caución supone, en definitiva, *una obligación* (116), un de-

---

(115) Véase M. DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, cit., tomo I, página 26

(116) ROCA SASTRE—*Derecho Hipotecario*, cit., tomo IV, pág. 81—define la obligación diciendo, que «es una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (o varios) tienen el derecho de exigir (prestación) a otro sujeto (o varios) una determinada prestación (consistente en dar, hacer o no hacer) y, en su defecto, a procurarse una congrua satisfacción o equivalente en dinero (el *id*

ber, que pesa sobre el detentador de la cosa o derecho inscrito, que le permitirá, mediante su prestación, es decir, garantizando los probables resarcimientos económicos, formalizar la oposición. Ese contenido económico faculta para que pueda llevarse a efecto su constitución por un tercero (117).

b) Alcance de la obligación contraída por el tercero que cauciona.

Si se reconoce la posibilidad de sustitución en la obligación de caucionar, es necesario determinar la naturaleza y alcance de esa sustitución para establecer la cualidad del vínculo contraído por el caucionero.

El que lleve a efecto su constitución el propio tenedor o un tercero en su nombre, es indiferente en el ámbito jurídico—material o formal—, puesto que lo que se pretende es garantizar el resultado económico del juicio—el *idem debitum*—.

En la admisibilidad de la sustitución, independientemente de las razones de orden jurídico que abonan en su beneficio, es necesario tener presente otras de orden ético, pues, en otro caso, se imposibilitaría formular la demanda de contradicción al tenedor que le asistiera la posibilidad de ver estimada una de las causas de oposición, por la circunstancia de carecer de medios suficientes para prestarla.

Creemos que, para sentar la conclusión oportuna, es preciso tener presente: 1.º Que la caución se constituye como presupuesto procesal, encaminado a prevenir el probable resultado económico

---

*quod interest*, o interés contractual positivo), a base de la responsabilidad del deudor».

(117) Véase ROBERTO DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de la 4.ª edic. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Tejeiro, Reus. Madrid, 1931, tomo II, págs. 186 y sigs., al tratar de «Transmisión de las obligaciones»; F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil*, cit., tomo IV, vol. I, páginas 135 y sigs., capítulo «La transmisión de las obligaciones»; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho Privado*, Edit., «Revista de Derecho Privado», Madrid, s. f., tomo I, «Obligaciones y Contratos», págs. 159 a 197 y «Transmisión pasiva de las obligaciones», págs. 294 a 321; ENNECCERUS-LEHMANN: (*Tratado de Derecho Civil*), *Derecho de Obligaciones*, cit., tomo II, volumen I, págs. 362 y sigs.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Transmisión de las Obligaciones*, Madrid, 1912, etc...

del proceso, y como carga (118) que pesa sobre el tenedor del derecho inscrito. 2.º Este presupuesto procesal, en razón a su contenido y atribución esencialmente privativo, se ha configurado como norma procesal de derecho permisivo en beneficio del titular inscrito (119). 3.º La caución cumple una doble función: de garantía y satisfactiva. 4.º En la caución opera el resultado, es decir, en cuanto se hace depender de la resolución en el mérito, actúa con el efecto propio de las condiciones suspensivas (120): fijados cualitativamente el alcance de los perjuicios—es decir, su existencia—se da paso a la fase de realización, integrada por las de concreción cuantitativa, si no se hubiere fijado en la resolución final, y la de ejecución. 5.º La resolución final vincula, directa e inmediatamente, a los que han sido partes en la relación jurídico-procesal. 6.º Respecto del caucionero, cualquiera que sea la forma en que se haya constituido la caución, responde, directa e inmediatamente, en los límites concretos en que la caución fue establecida y admitida por el Juez, si no es atendida por el contradictor vencido en juicio. 7.º La caución garantiza el *quantum*, en que, *a priori*, se estimaron pudieran ascender los frutos, daños y perjuicios, y cortas, según la apariencia de realidad y naturaleza del derecho reclamado, derivada de la inscripción registral, que pueden ser objeto de desestimación o estimación total o parcial en la resolución final. En lo que exceda de la caución responde personalmente el contradictor.

Por otro lado, la caución deberá prestarse en la forma y cuantía que se fije por el Juez, pero caben dos posibilidades, si se hubiese establecido un *quantum* con libertad de forma:

a) Que el mismo demandado o una tercera persona afecte un bien concreto y determinado en garantía del cumplimiento de la futura obligación de indemnizar los resultados económicos del

---

(118) Véase JAMES GOLDSCHMIDT: *Derecho Procesal Civil*, cit., «Las cargas procesales», págs. 201 y sigs.

(119) Véase GIUSEPPE CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1954, trad. y notas de E. Gómez Orbaneja, tomo I, págs. 83 y sigs., que examina la Ley Procesal, su concepto, objeto y clases.

(120) Véase mi trabajo: *La caución en el artículo 41...*, cit., págs. 682 y siguientes.

juicio. La cosa objeto de afección no puede sustraerse a la responsabilidad que sobre ella pesa.

b) Que en lugar de afectar una cosa con un derecho real de garantía, una persona distinta del obligado se avenga a asumir la deuda, de manera que, en definitiva y por aplicación del artículo 1.911 del Código civil, pueda el titular inscrito contar con dos patrimonios afectados al cumplimiento de la obligación.

En el primer supuesto no se aumenta el número de personas obligadas, ni aun en el caso de que un tercero afecte especialmente una cosa al cumplimiento de la obligación—artículo 1.857, párrafo 2.º, del Código civil—. Pero hay que distinguir: En el caso de “fiador real” (121), se aumentaría el número de bienes afectados al cumplimiento de la obligación. El patrimonio del tenedor del derecho inscrito respondería, en su totalidad, por aplicación del artículo 1.911 del Código civil, del resultado económico del juicio con obligación personal, y el bien especialmente gravado, en razón al derecho real constituido. Respecto del caucionero existirá responsabilidad real por el débito ajeno, pero nunca dirigido personalmente contra él; esto es, el caucionero no asume, de manera especial, ninguna clase de deuda (122).

En el segundo supuesto, cuando se asume la obligación personal por deuda ajena—garantía personal—, la obligación que se trata de garantizar queda fortalecida al aumentar el número de deudores personales. Pero el que saliera garante por la caución, limita su responsabilidad al *quantum* establecido, por aplicación del artículo 1.817 del Código civil, con los efectos previstos en el 1.856. Si la fianza, como contrato, es una medida de cautela convencional o extraprocesal, cuando ésta se constituye en el ámbito del proceso, tiene la conceptualización de judicial, y deben observarse las normas que específicamente la regulan (123). En realidad, la caución del artículo 41 tiende a la efectividad de la sentencia final. Constituye, pues, una medida provisional, encaminada a

---

(121) Véase ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., vol. I, pág. 507, habla del fiador real.

(122) ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho Privado*, cit., volumen I, pág. 195.

(123) Véase J. RAMIRO PODETTI: *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, tomo IV, «Tratado de las medidas cautelares», «Ediar, S. A.», Editores, Buenos Aires, 1956, pág. 30.

asegurar la ejecución futura, "cuyo objeto es garantizar la paz, mediante la regulación de una situación de hecho provisional en el caso de una relación jurídica litigiosa" (124), frente a otra relación, en la cual la norma atribuye la titularidad presuntivamente—*fumus bonis iuris*—.

E) *Caución y terceros frente al proceso* (125).

Hemos concebido la caución como manifestación heterogénea de las medidas de garantía. Y cualesquiera que sea la modalidad exigida—real o personal (126)—, la caución afecta al patrimonio del caucionero al cumplimiento de la obligación. El que la efectividad de la caución se haga depender de un acontecimiento—resolución final desestimativa de las causas de oposición y estimativa de la indemnización que la caución cubre—no elimina la consecuencia establecida. El afectar un bien con una caución, que garantice una obligación a término o condicionada, hasta tanto llegue el día o la condición se cumpla, merma la capacidad dispositiva del caucionero que no puede disponer de su patrimonio, si no es con la carga de la caución.

La constitución de la caución no sólo vincula a las partes interesadas, sino que puede afectar a terceros. Estos pueden, como consecuencia de la caución, ser menoscabados o preteridos en sus

---

(124) JAMES GOLDSCHMIDT *Derecho Procesal Civil*, «Editorial Labor, S. A.», 1936, trad 2ª edición alemana y apéndices por L. Prieto-Castro y N. Alcalá Zamora, pág. 747.

(125) El concepto de «tercero» como acertadamente dice ROCA SASTRE, no es privativo del Derecho Hipotecario, antes bien, tuvo su formación en el campo del Derecho Civil. Así el concepto de tercero en definitiva, no es distinto en el Derecho Procesal. En el Orden procesal, respecto a la intervención de tercero en la relación procesal, pueden consultarse: CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, cit., núms. 102, 143, 376 y 590, igual autor: *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. Jaime Guasp, Barcelona, 1942, número 99; SEGNI: *Intervento in causa*, «Nuovo Digesto Italiano», Unione Tipografica, Editrice Torinese, Torino, 1936, págs. 94, núm. 3; JAPIOT: *Traité Élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, 1935, págs. 541 y siguientes; MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, cit., tomo I, págs. 291 y sigs., PODETTI en el «Tratado de tercería» de la obra *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*; JAMES GOLDSCHMIDT: *Derecho Procesal Civil*, «Editorial Labor, S. A.», 1936, cit., págs. 437 y sigs., concretamente 445 y sigs.; RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 105 y siguientes y 166 y sigs.

derechos, con las consecuencias correspondientes. También el tercero puede, en razón a lo que constituye el objeto de la litis y por razón de una vinculación refleja o provocada, mostrar un relativo interés respecto de la caución.

Por ello, cuando nos preguntamos sobre la eficacia de una relación jurídica-procesal (127), significamos el despliegue de las mutaciones que se operan en el mundo de la realidad jurídica, no sólo respecto a quienes fueron partes, sino respecto de aquéllos que son terceros (128). Así se distingue una eficacia *inter partes*—constitutiva, modificativa, preceptiva, declarativa y extintiva; también puede hablarse de una eficacia preliminar o previa—y una eficacia respecto de terceros.

Con relación a terceros, dice Díez-Picazo (129), hay eficacia “cuando el negocio incide y afecta de alguna manera a la situación jurídica de personas que han sido totalmente ajenas a la realización del negocio y que no son tampoco destinatarios del mismo”.

Constituida la relación jurídica-procesal entre partes conocidas y determinadas puedan darse la concurrencia de terceras personas que resulten afectadas por las consecuencias que lleva insito el proceso. En el ámbito del negocio jurídico bilateral se mantenía el principio *res inter alios acta*. No afecta a terceros—*nec prodest, nec nocet*—. Afirmación, en cierto modo, correlativa, a la de que la cosa juzgada beneficia y perjudica únicamente a las partes. Esta consecuencia no es absoluta. Y si bien la eficacia directa se produce entre las partes, existe una eficacia indirecta de gran relieve para terceros, que no sólo se provoca con la resolución final, sino con otros actos procesales. Dentro de esa eficacia indirecta cabe distinguir una eficacia *refleja* y una eficacia *provocada*.

La primera tiene lugar cuando la relación jurídica repercute

---

(127) Véase J. L. RUIZ SÁNCHEZ: *Crédito Personal Agrario y sus garantías jurídicas* «Editorial Santillana, S. A.», cit., págs. 859 y sigs., y bibliografía citada.

(128) Sobre el concepto de tercero, en general, existe abundante bibliografía. Entre los hipotecaristas: ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, citada, tomo I, págs. 402 y sigs.; LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, cit., págs. 260 y sigs.; DUALDE: *Todavía sobre el concepto de tercero*, en «Revista de Derecho Privado», 1947; etc...

(129) Autor citado: *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, cit., páginas 813 y sigs.

en la espera ajena, en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas.

Se produce tal efecto cuando varias relaciones se encuentran, respectivamente, *supra* o subordinadas; cuando se condicionan entre sí o cuando una de ellas deriva y descansa en la otra. Así, una relación jurídica produce efecto entre las partes con eficacia directa, y un efecto o eficacia refleja, respecto de terceros, en cuanto a la relación derivada o coexistente. Esa relación de derivación, subordinación o coexistencia, puede surgir por la voluntad de las partes o en virtud de la norma.

La eficacia *provocada*, respecto de terceros, tiene lugar cuando el negocio o relación jurídico-procesal es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión, por iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego (130). Se dan dos supuestos: uno, en el que una de las partes puede pretender el cumplimiento de una determinada prestación frente a tercero—oponibilidad—, y otra, en que el tercero es quien puede, apoyado en el negocio jurídico o relación procesal, pretender una prestación de una de las partes.

Es evidente que en cuanto que la resolución final, o el acto procesal ejecutado, caución en nuestro caso, puede afectar a un tercero se encuentra *legitimado*, para actuar en defensa del derecho de que se crea asistido. La posibilidad de actuación del tercero o terceros que se crean perjudicados, constituida la caución, es incuestionable.

Pero la intervención del tercero o terceros puede manifestarse en un doble sentido:

1) Puede verse disminuido o menoscabado su derecho porque sobre la cosa afectada por la caución ostente un derecho preferente o prioritario. Ese derecho, que recae sobre la caución, con total independencia de la titularidad inscrita, que motiva la acción de reintegración de la posesión, tiene que ser y es objeto de tutela procesal. La protección y defensa de tales derechos no está

---

(130) DÍEZ PICASO: *Eficacia e ineficacia*. . cit., pág. 818; BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, Edit., «Revista de Derecho Privado», Madrid, sin fecha, págs. 186 y sigs.; ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, citado, págs. 1 a 113; SAVATIER: *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, «Revista trimestral de Droit Civile», 33, 1934, págs. 525 a 545.

en contradicción con la acción ejercitada, ni con las normas procesales que le regulan.

2) El interés del tercero o terceros puede estar vinculado con la titularidad inscrita, es decir, con lo que constituye el elemento objetivo del proceso. Las consecuencias de la acción real abreviada—ejecución—, que representa el artículo 41, le pueden afectar con un efecto reflejo, o provocado, en razón al interés que tenga respecto al derecho inscrito o a la relación que le vincule con el demandado.

En el primer supuesto, el objeto directo e inmediato del proceso—reintegración posesoria—carece de relevancia jurídica para el tercero. En cambio, en el segundo, constituye la esencia de su interés. Da lugar así a una doble actitud o conducta divergentes respecto de la caución. Para unos constituye el objetivo esencial de su intervención en el proceso; para los otros tiene carácter meramente secundario. Para aquéllos es el fin; para éstos es simplemente el medio. Por ello los examinaremos separadamente.

### 1. Tercero frente a la caución.

Toda medida cautelar, cualquiera que sea su especie y duración, repercute en el patrimonio de aquel a quien le afecta. Limita en algún grado las facultades de disposición o goce. Desde la misma caución personal, que vincula el patrimonio con la responsabilidad universal; el secuestro, que priva la tenencia del bien secuestrado, y, en consecuencia, la posibilidad de disponer de él y de usarlo, hasta la misma anotación preventiva, que si bien no impide en ningún grado el uso, ni tampoco la disposición del bien, hace más difícil su enajenación o disminuir su precio. Cualquier forma de caución repercute en el contenido económico-patrimonial del caucionero.

Estas circunstancias que afectan a la caución, cualquiera que sea la persona que la constituya, puede repercutir en un tercero, bien porque, en beneficio del actor, vea disminuida la garantía patrimonial, que cubría su preferente derecho; bien porque la cosa caucionada no corresponda al caucionero, es decir, éste no sea el *verus dominus*, sino el tercero; bien porque, aun siendo el

titular, la constitución de la garantía afecta, menoscabando, un derecho que ostente sobre tal cosa, haciéndola incompatible o inconciliable con su posibilidad de ejercicio.

El tercero, en estas circunstancias, puede ejercitar las acciones oportunas, tendentes a provocar la desafección de la cosa dada en garantía. Si el caucionero constituyó la caución, depositando una cantidad en metálico; o bien afectando su patrimonio—garantía personal—con la responsabilidad universal (131); o bien dispuso de una cosa, excediéndose en sus facultades dispositivas, el tercero puede invocar la acción tuitiva de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, las posibilidades que pueden presentarse para impugnar la constitución de la caución son extraordinariamente diversas. Tantas cuantas sean los motivos que pueden provocar una actividad de naturaleza tuitiva jurisdiccional, en razón del derecho que estime preferente o prioritario (132).

Entendemos que el cauce procesal para el ejercicio de las acciones, de que se crea asistido el tercero frente a la caución prestada, son las tercerías (133): de mejor derecho y de dominio, por aplicación del artículo 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las posibles dudas que pudieran suscitarse se desvanecen, teniendo en cuenta la función, fin y naturaleza del procedimiento de reintegración posesoria del artículo 41, que hacen la aplicabilidad del artículo 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como inquestionable. El fenómeno procesal que provoca la entrada de un

---

(131) Véase mi obra: *Crédito personal agrario. y sus garantías jurídicas*, citado al tratar de «Responsabilidad patrimonial universal», págs. 649 y siguientes, y bibliografía citada. además, RODRÍGUEZ ARIAS: *Comentando el artículo 1.911 de nuestro Código Civil*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1951, primer semestre, págs. 29 a 35; TOMÁS OGAYAR AYLLÓN: *Fijación de la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra*, «Revista de Derecho Procesal», año 1958, 2.ª época, núm. 3, págs. 667 y sigs.; IBARRA FRANCO: *La retroacción absoluta de la quiebra en el derecho español*, Imprenta Octavio y Félez, S. L., Zaragoza, 1960; JORGE CARRERAS LLANSANA: *Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el derecho español*, «Revista de Derecho Procesal», año 1958, 2.ª época, núm. 3, 513 a 567; etc...

(132) No examinamos los múltiples supuestos que pueden presentarse así: acción pauliana, rescisoria, resolutoria, revocatoria, etc... *Ad exemplum*, la falta de pago del precio en el supuesto del artículo 1.504 del Código Civil, etc...

(133) Se entiende por tercería la oposición que hace o reclamación que deduce un tercer litigante—tercerista, tercero—en un juicio ya pendiente entre otros interesados.

Véase PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, cit., tomo II; MIGUEL Y ROMERO: *La intervención de tercero en juicio*, «Revista de Legislación y Jurisprudencia», tomo CXL, 1921, págs. 250 y sigs.

tercero en el proceso iniciado entre partes conocidas—titular inscrito, tenedor del derecho susceptible de reintegración posesoria y caucionero en su caso, que en nombre del tenedor presta la caución—se le denomina “intervención principal”.

La caución garantiza los resultados económicos del juicio—juicio de conocimiento sumario—, cuya concreción cualitativa—cuestión de existencia—y cuantitativa—cuestión de estimación—no pueden establecerse *a priori* de modo definitivo, sino con la resolución final. Se trata, pues, de una afección cuantitativa que, fijada *ab initio*, no reúne los requisitos de exigibilidad y liquidez. Como tal, sólo en la fase de realización puede establecerse y fijarse, cumplido el acontecimiento final que la condiciona (resolución final) y cuya efectividad ha de tener su cauce por las reglas que establecen los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, la conclusión indudable aboga por la aplicabilidad del citado artículo 1.543, que determina: “Las disposiciones de esta sección serán aplicables a las tercerías que se interpongan en los procedimientos para ejecución de sentencias *y en cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo o venta de bienes.*”

#### a) Tramitación. Efectos.

El tercero perjudicado promoverá la oportuna tercería que se tramitará, conforme a lo establecido en los artículos 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra los que sean partes en el proceso principal. El procedimiento de tercería, no sólo por aplicación del artículo 1.534, sino por lo dispuesto en el artículo 41, párrafo 11, debe ser sustanciado en pieza separada.

Si los demandados en la tercería no contestasen se procederá, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.539, y si se allanasen, conforme al artículo 1.541.

El actor en el procedimiento principal, ante la interposición de una tercería que, en definitiva, pone en entredicho la apariencia de bondad de la caución constituida, puede interesar que se lleve a efecto sobre otro bien o derecho. Ahora bien, hemos de tener en cuenta, según que dicha petición se haya formulado dentro del

plazo establecido por la Ley y Reglamento Hipotecario, para constituir la caución. A nuestro juicio puede distinguirse:

1. Si la petición se hubiese formulado en tiempo hábil y requerido, no se constituyera por el tenedor del derecho inscrito la caución sobre otros bienes, entendemos que actuaría plenamente la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 137 del Reglamento, con sus drásticas consecuencias.

La posibilidad de exigir que se constituya caución sobre otra cosa o derecho, entra en las facultades discrecionales del Juez, atribuidas y reconocidas de modo explícito por la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 137 citado, y, por otro lado, en cuanto que constituida puede o no estimarla suficiente—regla 7.<sup>a</sup>—.

En este supuesto, esto es, dentro de tiempo hábil, el Juez, en virtud de las facultades indicadas e incluso sin necesidad de excitación de parte, puede exigir que se constituya caución sobre otros bienes o derechos. Porque cualquiera que fuese la conducta observada por el tenedor del derecho inscrito, sobre quien pesa la carga de caucionar, desde el momento en que se interpone una tercera, la calificación de suficiencia de la caución constituida no puede establecerse. La apariencia de titularidad plena e ilimitada sobre la cosa o derecho caucionado se ha quebrado. Esta conclusión se acentuará si no contesta a la demanda de tercera o, más aún, si se allana. Por estas circunstancias, el Juez, estimamos, debe actuar *ex officio*, al menos para requerir a la parte actora para que se manifieste si renuncia expresamente a la caución o, en su caso, exigirla sobre otros bienes.

2. Si transcurrido el plazo de constitución de la caución se impugnara ésta, a través de tercera, el problema presenta otra faceta distinta. El tenedor del derecho inscrito, al realizar todos los actos jurídico-procesales que, como presupuestos objetivos, se establecen por la norma, quedó habilitado para formalizar la demanda de contradicción, salvando el escollo que la insuficiencia o falta de prestación sanciona el artículo 137 en su regla 5.<sup>a</sup> Esa posibilidad sancionadora precluyó (134) al dar nacimiento a

---

(134) Véase PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, cit. tomo I: M. DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, cit. tomo I, págs. 318 y sigs.; SEGNI: *El principio de eventualidad y la reforma del proceso civil*, en «Studi Sassari», 1937, págs. 81 y sigs.

la segunda fase del proceso, sin posibilidad de retroceder. El tiempo es un factor determinante de la oportunidad de los actos procesales. Desde el momento en que ha pasado la fase o etapa que la Ley destina para cada actividad, no es posible realizar el acto, y las consecuencias que pueden deducirse, positivas o negativas, repercuten en las partes. El tiempo, pues, condiciona la actividad procesal.

El posible contradictor, al constituir la caución, superó el condicionamiento establecido por la Ley, siendo presumible su buena fe, mientras no se demuestre otra cosa. Aun en el supuesto contrario, desconociéndose las circunstancias que podían invalidar la declaración de suficiencia de la caución, dentro del período oportuno, fue declarada hábil, abriéndose, en virtud del principio de impulsión del proceso (135), la segunda fase, sin que se pueda retroceder. En tal situación, la finalidad atribuida a la caución, como obstáculo o valladar para la inmediata ejecutividad del título inscrito, se cumplió. Pero la posible realización del derecho que el titular inscrito tiene sobre la caución, dependerá también de la resolución final firme, que ponga término a la tercería. De donde se deduce que a las circunstancias normales de eventualidad que condiciona su derecho para obtener la devolución de frutos e indemnizaciones por daños y perjuicios y pago de costas, habría que adicionar la resultante del proceso de tercería entablado.

A nuestro juicio, y como medio de superar ese otro riesgo que afecta a la caución, el actor puede ejercitar el derecho que le atribuye el artículo 1.455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se establece: "Podrá, asimismo, el acreedor pedir la mejora del embargo en el curso del juicio, y el Juez deberá decretarla, si

---

(135) En lo que a este principio se relaciona, el Real Decreto de 2 de abril de 1924, declarado subsistente por otro de 31 de mayo de 1931, al que otorgó fuerza de Ley la de diciembre de 1931, derogó los artículos 308, 309, 311, 312 y 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciéndose, por un lado, que no sería necesario que los litigantes instasen el curso del procedimiento, una vez iniciado éste, y que las autoridades de orden judicial, observen y hagan observar, sin excusa alguna en toda clase de juicios y actuaciones, los términos procesales—artículo 1.º—; y, por otro lado, que transcurrido un término procesal improrrogable—o prorrogable (art. 306 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil)—quedará de derecho *caducado* y perdido el trámite o recurso que hubiera dejado de utilizarse, sin necesidad de escritos de apremio y acuses de rebeldía.

estimase que puede dudarse de la suficiencia de los bienes embargados para cubrir principal y costas. También la decretará *cuando se funde la petición en haberse entablado demanda de tercera* o se limite a bienes especialmente hipotecados a la seguridad del crédito que se reclame.”

b) Mutuality de la caución.

El “proveimiento instructorio” que fija la caución—“proveimiento instructorio cautelar”—no tiene la santidad de cosa juzgada, y, no obstante, el efecto preclusivo que se establece por la Ley, no quiere con ello significarse imposibilidad de modificación por el órgano jurisdiccional, cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen. Ya hemos visto cómo en el juicio ejecutivo puede llevarse a efecto, mejorándola.

El interesado, en un momento determinado del proceso, dado el contenido subjetivo que hemos asignado a la caución, puede renunciar expresamente, en cuyo caso se dejaría sin efecto. Por otro lado, sin la intervención de tercero, puede disminuir el contenido económico de la caución, haciéndola insuficiente al fin perseguido. En tales supuestos, entendemos aplicable el párrafo 1.º del artículo 1.455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La insuficiencia ulterior de la caución, inicialmente bien constituida, que abrió la segunda fase del proceso, no puede hacerlo retrotraer. Ello es lógico, porque independientemente del principio de preclusividad que lo impide, no debe ser objeto de sanción el contradictor, que ve disminuido su patrimonio por eventos que afectaron al valor de la cosa caucionada y le obligan a sujetar otro u otros, como complemento de dicha garantía.

c) ¿Caduca la caución? (136).

La provisoriedad y accesoriedad son notas que peculiarizan a la caución. Así, los diversos modos extraordinarios de terminación del

---

(136) Véase VALENTÍN SILVA MELERO: *Caducidad de la Instancia*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1951, tomo III, págs. 507 a 509; JAIME GUASP: *Comentarios*, 1.ª edición, vol. I, págs. 1.135 y sigs; M. DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, cit. tomo I, págs. 495 y sigs.

proceso son medios de extinción de la caución: desistimiento, transacción, conciliación. ¿Pero puede operar la caducidad? (137).

El contenido económico que la caución trata de cubrir ha de ser estimado, cualitativa y cuantitativamente, en la resolución final. Si la sentencia acoge las pretensiones del actor, como la medida cautelar tenía por objeto asegurar la ejecución, no caduca. Se transforma en una medida más enérgica, que dura hasta la satisfacción del derecho del acreedor (138). Pero por las notas antes apuntadas, si el proceso principal caducase (139), arrastraría la caución. Podría dudarse de la posibilidad de actuar la caducidad, teniendo en cuenta el principio de impulso procesal (140). No obstante, pueden darse supuestos de inactividad de las partes, por ejemplo, cuando éstas interesan la suspensión del proceso de común acuerdo.

---

(137) Es preciso no confundir *caducidad* y *decadencia*. Uno y otro están íntimamente ligados con la inactividad de los que intervienen. La *decadencia* implica pérdida a realizar un acto procesal determinado. No afecta a todo el proceso; sino a un acto concreto que en un momento preciso dejó de realizarse. Provoca la pérdida del derecho que se debió ejercitar: preclusión (caducidad, trámite). La *caducidad* supone inactividad total de las partes. Esta es la que da lugar a la extinción del proceso.

(138) Es necesario tener presente que son institutos jurídicos distintos *caducidad* y *prescripción*, por ello el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «Las disposiciones de los artículos que preceden no serán aplicables a las actuaciones para la ejecución de las sentencias firmes. Estas actuaciones podrán promoverse hasta conseguir el cumplimiento de la ejecutoria, aunque haya quedado sin curso durante los plazos señalados en el artículo 411».

Cualquiera que sea la acción ejercitada—dice constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo—, la ejecutoria que recae constituye nuevo título del que se deriva acción personal para el cumplimiento de la sentencia, *que prescriba a los quince años de quedar firme*.

(139) Es necesario tener presente las normas establecidas en los artículos 411 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(140) Por esa razón en el proceso austriaco y alemán se desconoce la institución de la caducidad, a pesar de aparecer regulada la paralización del proceso, bien por fallecimiento, por pérdida de la capacidad procesal o cesación del representante legal, o por inactividad del Tribunal por causa de fuerza mayor. Pero todos estos casos no pueden dar lugar a la caducidad, ya que estas causas terminan por el transcurso del plazo establecido y en todo caso porque el Tribunal tiene la obligación y misión de impedir paralizaciones que excedan del término legal, o del acordado por el propio órgano jurisdiccional.

## 2. Tercero frente al objeto del proceso (141).

Como la sentencia final no goza de la santidad de cosa juzgada (142), las partes y los terceros pueden impugnar la resolución que ponga término al procedimiento de reintegración posesoria, formalizando una más amplia discusión del título, que ampara a la contraparte, a través del juicio declarativo correspondiente, pero pueden también los terceros manifestar su voluntad de participar en el proceso entablado, como intervinientes.

Así, si el tercero puede acudir al proceso declarativo para combatir los efectos reflejos de la resolución que se dicte, también en el proceso de reintegración posesoria puede intervenir de modo directo en evitación de tener que acudir a aquel proceso. Su participación vendrá cualificada por la posición que adopte o sea llamado, en relación con las partes.

No olvidemos, como derivación de los efectos de la relación jurídico-procesal, que sus consecuencias no se limitan, única y exclusivamente, a las partes. Puede afectar a terceros con efectos reflejos o provocados. La naturaleza de la relación determinará el vínculo y participación directa e inmediata o mediata e indirecta que puedan tener los sujetos implicados. Unas veces, esa participación aflora de la misma relación en forma manifiesta y terminante, con una conjunción plural—activa, pasiva o mixta—; otras, es preciso una actuación provocada por una de las partes, al objeto de dar entrada al tercero; otras, es la propia actividad del tercero la que se exterioriza de manera espontánea en defensa de sus intereses. Así surgen los diversos supuestos de pluralidad

---

(141) Además de las obras generales que tenemos citadas: Véase HUGO ALSINA: *Unificación de la legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal*, «Revista de Derecho Procesal», año 1957, 2.<sup>a</sup> época, número 4, págs. 825 y 849; FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios de Derecho Procesal*, citado, págs. 125 y sigs.; RODRÍGUEZ-SOLANO: *El procedimiento del artículo 41.*, citado, págs. 172 y sigs.

(142) «El principio de que la cosa juzgada sólo afecta a las partes en litigio—dice CHIOVENDA: *Romanismo y germanismo en el proceso civil*, 'Ensayos de Derecho Procesal Civil', trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, tomo I, página 301—aceptado por las legislaciones modernas, tiene un antecedente en el sistema romano de la *litiscontetatio*, que se desarrollaba ante el Juez y con la presencia de las partes, a diferencia del proceso germánico que tenía lugar ante el pueblo reunido en asamblea, por lo que la sentencia producía afecto de cosa juzgada respecto de todos los ciudadanos».

de partes que deben ser examinados. La finalidad esencialmente perseguida es, no sólo de orden procesal, sino jurídico-material. Se trata no sólo de conseguir que la relación procesal quede bien constituida entre las personas que deben ser parte en la misma, sino que participen todos aquellos que puedan tener interés. El fenómeno de pluralidad de partes tiene una doble manifestación que la doctrina ha distinguido en *litisconsorciales* e *intervención*, que examinaremos lo más breve posible en relación con el objeto de nuestro trabajo.

a) Litisconsorcio.

Como una manifestación de pluralidad de partes, la acumulación de autos es similar a la acumulación de acciones. Pero así como respecto de aquélla, la Ley expresamente la prohíbe—regla 9.ª del artículo 137 del Reglamento Hipotecario—al no indicar nada respecto a la acumulación de acciones, hay que abogar por su prosperabilidad (143).

El litisconsorcio es el fenómeno procesal producido por la pluralidad de demandantes—litisconsorcio activo—o demandados—litisconsorcio pasivo—, o de unos y otros—litisconsorcio mixto—.

Esa pluralidad puede tener su causa en razones de economía procesal; en evitación de que puedan dictarse sentencias contradictorias en casos que tengan ciertos elementos comunes—conexidad propia—o simplemente homogéneos—conexidad impropia—. Surge así los supuestos de litisconsorcios voluntarios, en los que cabe distinguir los que se producen en virtud de causa simple o compleja—conexidad propia e impropia—(144).

Si la pluralidad de partes—activa, pasiva o mixtas—viene impuesta por la naturaleza de la relación jurídica, de tal modo que la demanda sólo puede proponerse válidamente por o contra va-

---

(143) RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41...*, cit., págs. 93 y 94, opina en igual sentido. A las argumentaciones de orden puramente interpretativo en aplicación del aforismo «*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*», se expondrá otras, al tratar del litisconsorcio necesario, que abundan en la sabia prevención de la Ley, al limitar la prohibición a la acumulación de autos.

(144) V. FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, cit., págs. 129 y sigs, examina el litisconsorcio en los casos de conexión impropia, que no analizamos, ya que no es objeto de regulación en nuestro derecho.

rias (o por y contra), varias personas nos encontramos con la modalidad de litisconsorcio necesario.

1°. *El litisconsorcio voluntario* da lugar a un proceso complejo, en el que se integra una pluralidad de litigios por razón de esas conexiones. Para que se produzca la relación litisconsorcial, por conexidad propia, es preciso que exista: a) identidad de personas; se precisa que una de las partes, actor o demandado sea la misma; b) identidad de conexión objetiva; comunidad de *causa petendi* o título—artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Además, como presupuestos procesales, se exige que las acciones puedan ventilarse en un mismo procedimiento, que no se incompatibilicen o excluyan entre sí, y que el Juez o Tribunal ante quien se propone el litisconsorcio sea competente—artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

El efecto del litisconsorcio es obtener la discusión del negocio y la resolución, en un procedimiento y en una sentencia—artículo 159 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Y si todos los demandantes y demandados, como es lo frecuente, presentan las mismas peticiones y formulan las mismas excepciones, deberán litigar unidos bajo una misma dirección—artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Pero ello no quiere decir que exista comunidad procesal, pues se darán tantos litigios como litisconsortes (145). Lo anterior indica claramente la posibilidad de que cada litisconsorte formule sus propias excepciones.

Proyectando estas breves ideas en el campo del procedimiento del artículo 41, en relación con la caución, hemos de establecer la posibilidad litisconsorcial, como, por ejemplo, cuando varios demandados detentan la posesión, uso o servicio de fincas distintas, o sobre partes o porciones de una misma finca inscrita (146) y enclavadas en un mismo partido judicial y pertenecientes a un mismo dueño o titular inscrito.

En estos supuestos, deberá exigirse, en cuanto que se tratan de

---

(145) Véase artículo 531, párrafo 2.º, del 991, 1.119, 1.150, 1.166, 1.244, 1.264, 1.276, 1.316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es preciso tener en cuenta que algunos de los casos señalados, que se reputan litisconsorciales, en rigor conceptual son supuestos de intervención adhesiva.

(146) MORENO MOCHOLI: *El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado», 1948, pág. 1.094.

litigios diferentes, tantas cauciones como demandados existan. La falta de prestación por uno o algunos dará lugar a la actuación prevista en el número 5.º del artículo 137 del Reglamento, sin que, respecto de los otros, esa falta afecte a la posibilidad de formalizar la demanda de contradicción si ellos la hubiesen prestado. La existencia de un proceso complejo, integrado por varios litigios, se comprueba en tal caso (147) pero también, en orden a los pronunciamientos que pueda contener la resolución final, no sólo respecto a lo que constituye el objeto del proceso, sino a las que afecte al contenido económico—devolución de frutos, daños e indemnización de perjuicios y costas—, que puede estimarse respecto de unos y no de otros.

## 2'. Litisconsorcio necesario.

La finalidad perseguida por esta figura es la de obtener una resolución única para todos los litisconsorcios, por tratarse de una única pretensión (148). El concepto de legitimación activa o pasiva está integrado por todas dichas personas: a todas les afecta conjuntamente. Así se deduce que, más que una situación exclusivamente procesal, va ligada a la naturaleza de la relación jurídico-material, esto es, a una cuestión de derecho sustancial. Esa naturaleza del litisconsorcio necesario ha hecho que el legislador limite la prohibición a la acumulación de autos—regla 9.ª del artículo 137 del Reglamento Hipotecario—. La dificultad de discernir los distintos supuestos litisconsorciales—voluntarios y necesarios—, estableciendo una frontera clara y precisa entre unos y otros (149), le hizo optar por limitar la prohibición a la acumulación de autos (150). Entre provocar la admisibilidad de una relación proce-

---

(147) Este efecto se patentiza en caso de apelación por uno o unos y no por otro u otros, pues, la sentencia queda firme para los que no recurrieron.

(148) Como supuestos específicos de litisconsorcio necesario, se señalan los siguientes. artículo 135 y 136-1.º; 895; 1.084; 1.139 del Código Civil, también en los artículos 1.148; 1.150 del mismo Cuerpo legal, y en todos aquellos casos en que la relación material imponga que las prestaciones solamente puedan exigirse por varios o contra varios en común.

(149) La dificultad se agrava como consecuencia de la existencia de situaciones litisconsorciales de naturaleza híbrida o mixta, difíciles de precisar y que la doctrina ha calificado como «*litisconsorcios cuasi-necesarios*».

(150) Es preciso tener presente que al lado de los supuestos de litisconsorcios voluntarios y necesarios puros, se dan los litisconsorcios cuasi-

sal (151), con vicios de legitimación y excluir los supuestos de litisconsorcio voluntario, acepta éstos, en beneficio del proceso de reintegración posesoria y de lo que informan al litisconsorcio voluntario, que ni le entorpecen, dilatan o perjudican.

En relación con la caución, estimamos que, por razón de la conexidad que motiva el litisconsorcio pasivo necesario, sólo será exigible una, en concepto unitario para todos ellos.

#### b) Intervención.

El tercero puede intervenir en el proceso para hacer valer, frente a las partes, un derecho relativo o absoluto dependiente del título deducido en el juicio y encaminado a pretender, total o parcialmente, el objeto litigioso: Intervención principal.

El tercero, al intervenir en el proceso, provoca otros litigios contra los que son parte en el originario: uno, del interviniente principal contra el demandante, y otro, contra el demandado. Así se constituye un litisconsorcio especial o particular que algunos denominan *intervención litisconsorcial* (152) excluyente (153)—*intervenuto ad excludendum*—.

Puede acudir el tercero al proceso para sostener las razones de una de las partes, en interés propio, sin alegar un derecho independiente frente a las partes primitivas, si no con el fin de coad-

---

necesarios, como antes indicábamos. Véase V. FAIRÉN GUILLÉN—*Estudios*., citado, pág. 138 y sigs.—, que dice respecto de esta figura: «la doctrina reconoce su aparición cuando varias personas se hallan ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad de calidad, de tal modo, que teniendo legitimación con referencia al asunto cada una de ellas, sin embargo, la resolución que los Tribunales puedan adoptar les afectará a todos, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento, y modificado éste, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad de calidad—pág. 143—». Como ejemplos claros de litisconsorcio cuasi-necesarios, cita los supuestos contemplados por los artículos 67 a 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, y el 1.141 del Código Civil.

(151) En el litisconsorcio necesario puro, si no se demandan o se es demandado por todos los interesados, la demanda no puede ser admitida.

(152) HUGO ALSINA: *Unificación de la legislación acerca de la intervención...*, cit., pág. 829.

(153) Para el estudio de la «intervención principal». Véase FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios...*, cit., págs. 175 a 219; CHIOVENDA: *Principio de Derecho Procesal Civil*, cit., trad. Casals Santaló, tomo III, págs. 632 y sigs.; RAMOS FOLQUÉS: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la evicción y el saneamiento*, en esta REVISTA, 1952, pág. 626; etc...

yuar—en primera instancia o en el recurso—a la victoria de aquella por la que muestra su interés. Es la *intervención adhesiva o coadyuvante*. El interés del tercero está representado por las consecuencias que pueden derivarse del proceso y que con efecto colateral repercuten sobre él (154). Es lo que podríamos denominar situación litisconsorcial cooperante—*intervento\*ad adjuvandum*—.

En ocasiones, la entrada del tercero en el proceso no es voluntaria, sino provocada por una de las partes. La finalidad perseguida es excitar su intervención en el proceso, al objeto de facilitar a dicho tercero la oportunidad de cooperar al lado de una de las partes y evitar las consecuencias que, de su ausencia, podría inferir a la parte que solicitó su intervención y que ésta puede repercutir sobre él. Es la *intervención forzosa*.

Examinaremos las posibles consecuencias que estas figuras pueden provocar en relación con la caución.

#### a') Intervención principal.

Para que pueda tener lugar la intervención principal es preciso que quien quiera intervenir tenga la calidad de tercero, respecto del proceso entablado. Por ello, CHIOVENDA (155) dice que el interviniente principal ha de pertenecer al grupo de personas a quienes, quedando fuera del pleito pendiente de por sí, no caen bajo los efectos de su sentencia. Pero para que el tercero pueda intervenir (ya lo hemos indicado), precisa que pretenda, total o parcialmente, la cosa o derecho que es objeto de litigio. Es decir, que su pretensión sea incompatible con la del primer actor, y que a su vez, y como consecuencia de esa intervención, se incompatibilice con la actitud del demandado, al no poder darse efectividad, en la forma pretendida por el *primus petitor*.

Así, como presupuesto para que el interviniente pueda participar en el proceso, se requiere, a juicio de FAIRE GUILLÉN (156),

---

(154) Por ejemplo, el legatario tiene interés en la defensa que hace el heredero para sostener la validez del testamento; el vendedor no tiene interés en que su comprador sea vencido por quien alega la propiedad de la cosa por él vendida, pues, tendrá que indemnizar; el Notario tiene interés en que no se declare la nulidad de la escritura por él autorizada; etc ..

(155) Autor citado: *Principios*, cit., tomo III, pág. 634

(156) Autor citado: *Estudios*, cit., págs. 188 y 189

que afirme: A) "Que él mismo es el sujeto de derecho pretendido por el *primus petitor*, o bien que le corresponde a él exclusivamente el derecho de demandar; lo cual ocurre, en cuanto al primer caso, en los litigios judiciales sobre la propiedad, derechos hereditarios, de posesión, hipoteca, de patentes, etc.; y en el segundo, en cuanto al deudor solidario, cuando el administrador ha demandado sobre una prestación que no corresponde a la masa. B) Si el tercero quiere perseguir o pretender por razón de un derecho, por obra del cual afirma el primitivo actor estar legitimado. Ello puede ocurrir en cuanto a la entrega de una cosa, un pago en dinero o de otra clase". Continúa: "la demanda de intervención puede dirigirse interponiendo pretensiones de la misma o diversa especie, en cuanto a su calificación procesal; así, puede pretenderse la condena de ambos intervenidos; o bien, de uno de ellos, la entrega de una cosa, y del otro, el que cese de perturbar su tenencia; o bien una declaración frente a ambos".

La posibilidad de la intervención principal, en el orden doctrinal, no ofrece dudas (157). En el campo de nuestro derecho positivo existen manifestaciones que implican una aceptación de dicha posibilidad. Tal ocurre de manera explícita con el artículo 58 de la Ley Hipotecaria en relación con el 297 del Reglamento (158). Sus ventajas son indudables, no sólo por razones de economía procesal, sino para la estabilidad y efectividad de los derechos.

No obstante lo expuesto, puede estimarse que la limitación contenida en el párrafo 11 del artículo 41, y la prohibición contenida en la regla 9.<sup>a</sup> del 137 del Reglamento, constituyen obstáculos insuperables para que el interviniente principal pueda tener acceso al proceso de reintegración posesoria (159). Pero debe admitirse

---

(157) JAIME GUASP: *Comentarios*, cit., tomo II, pág. 272, nota 4; V. FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, cit.

(158) Existen otros supuestos en materia de seguros, de accidentes, etc.

(159) RODRÍGUEZ-SOLANO—*El proceso del artículo 41.*, cit., pág. 173—refiriéndose a la intervención principal, dice: «no parece ser susceptible de aplicación en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria ya que éste, por no producir excepción de cosa juzgada permite al que se sienta perjudicado por el fallo, promover un juicio declarativo que le deje sin efecto, sin contar con que como no se autoriza la acumulación de autos—regla 9.<sup>a</sup>, art. 137 del Reglamento—, y, en realidad, el interviniente siempre aporta una pretensión distinta de las de los litigantes a los que convierte a su vez en demandados respecto de él, de admitirse la misma, se involucrarían los cauces del procedimiento y podrían producirse derivaciones ajenas a las que no son propias de su contenido».

una intervención principal cuando el primitivo actor demandó sobre la tenencia de una finca o derecho inscrito—procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria—y el interviniente alega causa suficiente—causa 1.<sup>a</sup> del artículo 41 de la Ley Hipotecaria—que, en unión a un preferente o excluyente *derecho inscrito*, le habilite para obtener la posesión fáctica a título de ese mismo derecho, sin desvirtuar, ni la esencia, función o alcance procesal, ni material del artículo 41 como procedimiento, tendente a la reintegración posesoria. El interviniente principal, en este proceso, tiene que formular su demanda, desvirtuando la apariencia de titularidad inscrita, a favor del *primus petitor*, en base de alguna causa eficiente establecida en el mismo artículo 41—nosotros estimamos que como única sería la 1.<sup>a</sup>—, justificando concurrir en él, los demás requisitos que les habiliten para el ejercicio de la acción de reintegración.

La actuación del tercero interviniente, basado en lo anterior, no conculca la naturaleza del procedimiento, ni supone postergación de los principios hipotecarios, con merma de la eficacia tuitiva de los derechos inscritos. Por el contrario, al depurar los asientos registrales, contribuye a reforzar el valor de la inscripción y las consecuencias de la misma derivadas.

La intervención principal se ha conceptuado, doctrinalmente, como un caso de acumulación subjetiva de pretensiones por razón de conexión material (160). Pero prescindiendo de los múltiples y complejos problemas que esta figura provoca, hemos de examinarla en cuanto a sus posibilidades en el ámbito del proceso del artículo 41 y, concretamente, respecto de la caución.

Destacamos ya cómo para que el tercero pueda intervenir, debe fundamentar su demanda frente al *primus petitor*. En otro caso deberá ejercitar su pretensión en el procedimiento declarativo correspondiente. Frente al demandado, el tercero, amparado en título inscrito con el condicionamiento establecido por la Ley, pretende obtener, al igual que el *primus petitor*, la reintegración de la posesión, uso o servicio de que sea susceptible su derecho inscrito.

---

(160) CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, cit., 1944, tomo III, página 692. GUASP: *Comentarios*, tomo I, pág. 542, al argumentar en torno al artículo 161-2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si no se admitiese la intervención principal, podrían surgir situaciones paradójicas. Desde el momento que el legislador previó como causas de oposición la primera y tercera del artículo 41, presumió la existencia de anormalidades registrales con fuerza suficiente para provocar la desestimación de la pretensión reintegrativa de la posesión, basado en motivos estrictamente registrales. Negada la intervención podría darse la posibilidad de dos acciones amparadas en el artículo 41, frente al mismo demandado, tenedor de la misma cosa, que, sin ningún derecho a poseer, continuaria poseyendo. Le sería suficiente con aportar testimonio de las acciones contra él entablada, en cada uno de los procesos, para enervarlas, al amparo de la causa 1.<sup>a</sup>, pues evidenciaría, en los respectivos procesos, que las certificaciones libradas eran incompatibles y no reunían *ab initio* la cualidad exigida por el párrafo 1.º del artículo 41. Los procesos serían independientes por la prohibición de acumulación de autos. Los actores tendrían que dilucidar sus contradictorios intereses en el juicio correspondiente y frente al demandado para obtener la reintegración posesoria. Y, mientras tanto, el demandado podría seguir con la cosa en su poder.

Dos son las soluciones dadas a la intervención principal en el orden procesal (162): una, que estima da lugar a un nuevo proceso, independiente y sólo ligado formalmente al principal, que daría lugar a su paralización, mientras el del interviniente no lo alcance procedimentalmente; y otra, que considera que la intervención sólo provoca una ampliación del proceso primitivo, en el que la intervención no retrotrae la fase procesal del proceso principal, estimándose precluidas las actuaciones anteriores a la participación del interviniente.

Si aceptamos la tesis de configurar la intervención principal como un caso de acumulación subjetiva de pretensiones, lógicamente debe estimarse la existencia de diversos procesos. Para obviar inconvenientes destaca FAIREN GUILLÉN cómo la doctrina alemana establece la distinción entre proceso y litigio (163). Así, en razón a la naturaleza de la relación que provocó la intervención,

---

(161) Véase FAIREN GUILLÉN: *Estudios* ..., cit., pág. 193 y sigs.

(162) Véase FAIREN GUILLÉN: *Estudios* ..., cit., pág. 195.

(163) Autor citado: *Estudios* ..., pág. 197.

pudiera pensarse en la existencia de un proceso complejo, integrado por varios litigios. Aun con esta concepción es preciso tener presente cuál de las dos soluciones dadas a la intervención principal podría adoptarse al procedimiento de reintegración posesoria, salvando los obstáculos legales y los derivados de los encontrados intereses de las partes involucradas. La orientación partidaria del efecto suspensivo del procedimiento principal, hasta que el provocado por la intervención alcanzase su altura, no puede aceptarse; lo prohíbe expresamente el párrafo 11 del artículo 41.

Como principio, estimamos que, para una exacta valoración de una u otra solución, sería preciso tener presente, según se trate de procedimientos declarativos ordinarios o especiales, y dentro de éstos, sus peculiares características.

Esta idea permitiría su coordinación con el párrafo 11 del artículo 41, ya que de lo que se trata es de evitar la paralización del proceso principal, pues pugnaría con dicha norma, pero también deben mantenerse los principios procesales y especialmente el de contradicción. Por ello, en el supuesto específico que contemplamos, estimamos más racional la posición doctrinal que lo concibe como un litisconsorcio necesario, y más exactamente, como un litisconsorcio cuasi-necesario. Calificación racionalmente correcta, si pensamos que el interviniente principal, en el proceso del artículo 41, aparece entre el *possessor* y el *primus petitor*, en virtud de una conexidad que, contradictoria e incompatible como debe ser, tiene su origen en la misma causa: el Registro de la Propiedad y la exigencia impuesta por el artículo 1.º de salvaguardar los derechos inscritos y, además, tiene la posibilidad de entablar el proceso declarativo ordinario. Por ello, si se pretendiera la suspensión del curso normal del proceso, en virtud del párrafo 11 del artículo 41, el Juez tendrá que repelerla *ad limine* (164).

---

(164) «La elección entre el sistema de suspensión o no suspensión—dice FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, cit., pág. 204—del curso del litigio primitivo es muy delicada; de un lado, la consideración de este litigio está conectado con el de intervención y de que ambos exigen resoluciones en el seno del mismo proceso, y las cuales estarán conectadas a su vez entre sí, impide adoptar el sistema de los Ordenamientos que prescindiendo del objetivo de obtener sentencias coherentes, fijan esta posibilidad hasta que el litigio de intervención

La cuestión de si la intervención principal ha de provocar o no un efecto suspensivo del proceso, huelga en el de reintegración posesoria del artículo 41, ya que dicho precepto lo tiene superado. Pero se plantean otros problemas: oportunidad y forma de intervención.

Como cuestión previa, *en términos generales*, y puesto que hemos apuntado que su tratamiento procesal vendría condicionado, según se tratase de procedimientos declarativos o especiales, por las posibilidades que los mismos encierran, estimamos como más ajustada la orientación doctrinal que atribuye a la intervención principal un efecto suspensivo. El proceso primitivo se paralizaría hasta que alcanzase su fase de tramitación el del interviniente, *siempre que no exista una causa específica de derecho preceptivo que impida tal suspensión* (165).

Así, respecto del proceso del artículo 41, distinguimos:

a") Oportunidad.

Si partimos de la admisibilidad de la intervención principal en el proceso de reintegración posesoria, y de la consecuencia negativa de suspensión del proceso principal, con el efecto de afirmar la preclusión de los actos procesales ejecutados, se podría sentar la conclusión de que esa posibilidad del interviniente puede tener lugar en los procesos ordinarios, ya que no existe obstáculo de derecho preceptivo que prohíba la suspensión en los términos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, en el proceso del artículo 41 la entrada del interviniente, sin provocar el efecto suspensivo, podría acarrear posible indefensión para el *possessor* que, desconociendo la posible intervención, adecuase su conducta procesal al *primus petitor* y no a la actuación de aquél.

En tales circunstancias, y como consecuencia de la imposibilidad de suspender el proceso, estimamos que la oportunidad del

---

haya finalizado—o a la inversa—; de otro lado, la apertura de esta posibilidad de suspensión pudiera ser utilizada por las partes de mala fe, para «introducir a intervinientes con el propósito de dilatar la resolución de su litigio».

(165) Con lo anterior no se eliminan la totalidad de los problemas que pueden plantearse. Existen una multitud: competencia, efectos, etc..., que no hemos de analizar.

tercero para formular la intervención principal precluiría en el momento en que el Juez diese por constituida la caución y ordenase formular la demanda de contradicción.

Respecto a la posible participación del tercero en la caución, como quiera que la petición del *primus petitor* ha de tener lugar en el escrito de iniciación y la valoración de su suficiencia se hace por el órgano judicial, la participación del interviniente principal, en este orden, se reduciría a interesar se mejorase, exponiendo las razones que creyera conveniente al efecto.

#### b") Forma de la intervención.

El interviniente habrá de justificar su intervención, especificando la razón de conexidad y la posibilidad de su participación en el proceso pendiente, tanto respecto del actor como del demandado. No le será dable invocar otras causas y motivos de su pretensión que aquellos que, de modo expreso, se exige por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 137 de su Reglamento. La forma específica de la intervención, a nuestro juicio, será demanda, dirigidas a las partes del proceso principal, acompañada de los documentos que le habilitan para el ejercicio de la acción reconocida en el artículo 41.

#### b') Intervención adhesiva.

El interviniente adhesivo puede participar en el proceso en cualquier estado en que se encuentre el mismo, como consecuencia de su calificación como cooperante, no de parte. Su intervención se manifiesta en la realización de todos aquellos actos que pueda contribuir a favorecer a la parte en cuyo favor actúa—*ut causam adjuvet ad victoriam*—que no hayan precluido. Por consiguiente, en su específica cualidad puede constituir la caución que se le haya exigido al detentador, si su intervención se produce en momento oportuno. Creemos que si llegara a constituir la caución, por acudir en tiempo hábil, su acto sería voluntario, pues como obligación—carga procesal—no pesa sobre él, al carecer de la conceptualización de parte principal. La cuestión tiene especial im-

portancia en orden a la limitación de la responsabilidad derivada de la caución respecto de quien la constituyó, así como a los efectos correspondientes frente al tenedor obligado.

c') Intervención provocada.

Ya expusimos cómo surge este supuesto de participación de un tercero en el proceso—*litisdenuntiatio*—. El *possessor* puede, al amparo de los números 1.º y 2.º del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el momento mismo de personarse en autos, interesar la citación del tercero, con objeto de provocar su intervención. En razón a la naturaleza jurídica de la relación que vincule al tercero, éste acudirá al proceso, al objeto de salvaguardar el derecho de poseer del demandado y evitar las consecuencias que contra él pudiera pretender éste, de carácter indemnizatorio, provocada por su ausencia. Con su participación, el interviniente actuará consolidando la posición del demandado en interés propio. Y si en principio se consideró como adhesiva en orden a que su participación debiera ser subordinada y de ayuda, la naturaleza de la relación que le vincula hace que se haya de conceptuar como parte—artículos 1.482, 1.553, etc., de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

La específica alusión a los supuestos contemplados por los artículos antes citados, hace que la posibilidad de llamada del interviniente sólo pueda tener lugar dentro del término para contestar. Por otro lado, las especiales características del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria nos induce a la afirmación de que esta intervención puede provocarse, tanto por el actor como por el demandado:

a') Respecto del demandado, cuando la posesión inmediata, por él mismo ostentada, provenga de una relación jurídica que le legitime para mantener dicha posesión, al amparo del número 2.º del artículo 41, y el llamado como interviniente contribuyó a su constitución. Como manifestación típica de este supuesto, el caso contemplado por el artículo 1.553 del Código civil. Esta modalidad de intervención provocada, la doctrina la conoce con el nombre de *laudatio auctoris*.

b') El actor puede, al tiempo de contestar a la demanda de contradicción, interesar en la participación de un tercero. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de los artículos 1.481 y 1.482 del Código civil. Es la intervención llamada de garantía o indemnidad (166).

JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ,

Magistrado

---

(166) Véase artículos 638, 1.026, 1.069 y 1.070, 1.084, 1.397, 1.475 a 1.485, 1.529, 1.553, 1.540, 1.559, 1.681, etc., del Código Civil, son los supuestos que dentro del género «litisdenuntiatio» se denominan «*llamada formal*», frente a la *llamada simple* (garantía), artículos 1.830 y sigs., 1.206; 1834, 1849, etc...