

INFORMES Y DICTAMENES

LA VIA GUBERNATIVA Y EL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA (*)

Ordenando el artículo 138 de la ley de 17 de julio de 1958, que corrobora la doctrina clásica vigente en el real decreto de 23 de marzo de 1886, la obligatoriedad de agotar la previa vía gubernativa en las demandas que contra el Estado y Organismos del mismo dependientes se deduzcan, ¿debe ser esa vía agotada en los procedimientos nacidos al amparo del artículo 41 de la ley Hipotecaria? Este es el problema que se plantea en el número 113 de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA y que, como los anteriormente publicados, ha sido extraído de los Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

Exposición

Dada la indiscutible condición de especialidad que revisten las acciones que del expresado artículo 41 se desprenden, o que bajo él se amparan, y la curiosa inversión procesal que en el ejercicio de la «acción» derivada de tal norma se produce, necesariamente aparece planteado el

problema de si cuando es el Estado el que tenga que ser actor por demanda de contradicción, debe antes ser agotada por el invocante del procedimiento la vía previa que regula el real decreto de 23 de marzo de 1886.

La teoría general, el fundamento de esta previa vía gubernativa, no quiebra por el hecho de que aparezca en el procedimiento el Estado como actor, ya que ello no representa más que un espejismo o figura desdoblada; el que promueve la vía judicial, el que pone en marcha el

(*) Ley Hipotecaria (arts. 41 y ss.). Real decreto de 23 de marzo de 1886. Ley de 17 de julio de 1958 (arts. 138 a 144).

procedimiento, no es el Estado, es una persona física o jurídica, que, estimando su propiedad «secundum tabulas» perturbada por una dependencia u órgano del Estado, obliga a éste, le reta por decirlo así, a que, o demuestre tener un título que le faculte para esa ocupación, o se abstenga de perturbar. Y en manera parecida a las leyes de Partidas que, con ocasión de la acción de jactancia, exigían del petulante que ejercitara su supuesto derecho; en el presente supuesto, el demandado, el Estado, se convierte en actor de contradicción; pero ello entendemos que no obsta, sino, al contrario, a la necesidad de la previa vía gubernativa.

Efectivamente, el Estado no litiga, pues únicamente acude a la vía judicial en ataque o en defensa, porque entiende, previos los asesoramientos reglamentarios, que la razón le asiste. Por tanto, esa vía gubernativa entraña indudable garantía para el particular, quien tiene así la seguridad de que, si el derecho está de su parte, el Estado lo reconocerá, evitando una contienda. De ser ello exacto, no cabe duda que en los procedimientos del artículo 41 de la ley Hipotecaria, cuando el ciudadano estima que el Estado le está perturbando, parece adecuado, antes de obligarle a formular demanda de contradicción, el formular de su parte la petición en previa vía, para ahorrarse, si la perturbación es cierta, el tener que desarrollar un procedimiento judicial.

¿Cuál es la posición de los Tribunales de Justicia frente a este problema? La Audiencia Territorial de Barcelona, en dos supuestos análogos, se ha pronunciado contradictoriamente, si bien, en ambos, la Abo-

gacia del Estado sostuvo siempre el mismo criterio que expuesto queda.

En el primero, don J. S. M., ante el Juzgado de Primera Instancia de Mataró, interpuso demanda alegando perturbación de su propiedad por un peón caminero al servicio del Ministerio de Obras Públicas, en el ejercicio de su cometido. El Estado, formulando demanda de contradicción, textualmente decía: «Dada la especial naturaleza del procedimiento que regula el artículo 41 de la ley Hipotecaria, se produce el curioso fenómeno de que el actor se convierte en demandado, pero sólo a esos efectos procesales, puesto que en realidad, y por ser este problema de derecho público, nunca pierde la consideración ni el carácter de actor, ya que él es el que inicia y da principio a la «litis». En razón de ello, pues, esta Abogacía del Estado tiene que alegar, con carácter perentorio, la excepción de falta de reclamación previa en la vía gubernativa, puesto que no aparece por parte alguna en la demanda contra el Estado formulada el haberse agotado esa vía de acuerdo con los preceptos taxativos del real decreto de 23 de marzo de 1886. Puede decirse que, como quiera que la demanda de contradicción la formula el Estado, no puede alegar esta excepción; ello no supondría más que un estéril y cómodo juego de palabras, que permitiría poder demandar al Estado sin cumplir con tal precepto. El actor, hoy demandado, al formular su demanda contra el Estado español, tuvo necesariamente que agotar la vía gubernativa, y hoy, alegada esta excepción, el Juzgado debe resolver, no dando como válida la interposición de aquella demanda que formuló, por mientras no se agote esa vía gubernativa;

una vez agotada y contestada negativamente por el Estado, entonces abrir camino para que, emplazado éste, pueda formular la de contradicción.»

Sin embargo, el Juzgado no dio lugar a la excepción alegada, sosteniendo en el segundo considerando de la sentencia que: «Examinando ahora la denuncia, falta de reclamación previa en la vía gubernativa, formulada por el abogado del Estado en su demanda de contradicción, tampoco puede aceptarse esta excepción, pues si bien ella podía ser factible en un juicio ordinario, es inadmisibles en este proceso en que interviene como demandante (como todo opositor a la acción ejercitada por el titular registral), invirtiéndose así la posición primitiva de las partes y la carga de la prueba, que normalmente, y de no haberlo establecido la Ley, hubiera correspondido al promotor de este procedimiento, no existiendo razón ni norma legal alguna que permita la alteración de esta situación, máxime cuando el mismo artículo 41 de la ley Hipotecaria estatuye que dicha demanda de contradicción sólo podrá fundarse en alguna de las cuatro causas que enumera, reservando cualquiera otra alegación para el juicio de clarativo que corresponda.»

Como se ve, en tal resolución se hace caso omiso de los razonamientos expuestos, basándose en el argumento de la inversión de la prueba, evidentemente erróneo, y en que la demanda de contradicción sólo puede fundamentarse en los cuatro supuestos o causas que señala el artículo 41 de la ley Hipotecaria, lo cual, a nuestro entender, no es decir nada, puesto que nada tiene que ver la cuestión de fondo, causa de contra-

dicción, con la cuestión de procedimiento, médula de la excepción alegada.

El otro caso conocido fue una reclamación dirigida por doña R. N. R. contra el Distrito Forestal ante el Juzgado de Primera Instancia número 3, de Barcelona. En ella se planteó el problema, de forma curiosa, puesto que la promotora del procedimiento justificaba haber agotado la vía, por haberlo hecho uno de sus hijos, a quien la Abogacía del Estado negaba personalidad; y así, al alegar la excepción, se decía: «Este previo camino—se refería a la ya dicha vía gubernativa que el real decreto de 23 de marzo de 1886 señala como obligatoria antes de formular ninguna reclamación contra el Tesoro Público, bien sea por lo que atañe a sus caudales, bien a los derechos de toda índole que al Estado puedan corresponder—exige, como es natural, que la reclamación se formule por la misma persona que después, y en el caso de ser desestimada su pretensión, acuda al procedimiento judicial, una vez se halle éste expedido y libre. Sin embargo, en el caso presente, la que acciona en la vía judicial, aunque con carácter insuficiente, es doña R. N. R., dueña, según dice, de las fincas en cuyo dominio ha sido perturbada, mientras que, por el contrario, el que acude a la vía gubernativa es su hijo don J. A. N., que, al parecer, dice que obra en nombre de su madre, pero sin que esto se acredite ni pruebe en forma alguna. Y como resulta y acontece que la única prueba existente de haberse agotado la vía gubernativa es el documento que de número cinco se acompaña a la demanda origen de las actuaciones, y en el que no se dice más que don

J. A. obra en nombre de su madre, pero sin que se pruebe, resulta de manera clara y evidente que esta vía gubernativa no ha sido agotada en forma y, por ende, que por este solo motivo tampoco es factible que pueda prosperar la acción ejercitada. Y no se diga que no era preciso el ejercicio de tal vía gubernativa, puesto que la propia actora, en el hecho cuarto de su demanda, reconoce, sin lugar a dudas, la obligatoriedad de cumplir con lo dispuesto en el real decreto de 23 de marzo de 1886.»

Pese a ello, el Juzgado entendió que estaba cumplidamente agotada la vía gubernativa, al decir en su sentencia que: «Asimismo debe desestimarse la excepción de la falta de reclamación previa en la vía gubernativa, ya que, en virtud de los documentos aportados por la actora y unidos a los autos, queda suficientemente probado el cumplimiento del trámite previo exigido por el real decreto de 23 de marzo de 1886.»

Pero lo interesante es ver que tanto la actora como el órgano judicial, sin vacilación, reconocen la necesidad, la obligatoriedad del trámite previo de agotar la vía gubernativa,

como elemento preciso indispensable para entrar en la vía judicial.

Conclusión

¿Cuál ha de ser, en fin, como conclusión la solución al problema? Dado que, según el auto del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1951, estos procedimientos no tienen acceso a la jurisprudencia de dicho Tribunal, nos encontraremos siempre que, salvo una disposición legislativa aclaratoria, habremos de estar al vaivén de las decisiones de las Audiencias Territoriales, como máximo. No existe tampoco, que sepamos, doctrina de tratadista alguno que se ocupe, de lejos o de cerca, de la cuestión, por lo que, en definitiva, nada constructivo puede hacerse para justificar como trámite necesario obligatorio, y siempre conveniente, el agotar la vía gubernativa en las acciones que en contra del Estado se ejerciten, al amparo de ese artículo 41 de la vigente ley Hipotecaria. Esta es la posición que mantiene la Abogacía del Estado en la Audiencia Territorial de Barcelona.