

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

---

Año XVIII

Enero de 1942

Núm. 164

---

## El artículo 41 de la ley Hipotecaria en lo procesal y en la Jurisprudencia

Nuestra legislación Hipotecaria tendió—como que fué su inmediata finalidad, indispensable para la movilización y seguridad del crédito territorial—a que el titular inscrito fuera dentro del Derecho civil un privilegiado; pero en su principio no aspiró a que ese privilegio se extendiera al orden procesal. El titular inscrito con todas sus preeminencias, tenía que ejercitar sus derechos y consiguientes acciones reivindicatorias, confesorias, posesorias... incluso las adecuadas para hacer efectivas obligaciones garantidas con hipotecas, tan claras y sencillas como las consistentes en la devolución de una cantidad prestada, mediante los mismos juicios y procedimientos, largos y costosos, que aquellos que fundaban esas acciones en actos o contratos, carentes de inscripción.

Y como aquel privilegio en el orden sustantivo, de fondo, casi lo desvanecía, por lo menos ante el vulgo, el no privilegio en el orden procesal, el ambiente, fué ya propicio para que en la reforma de 1909 se esbozara la sustancialidad de esos privilegios procesales, que dió vida a los artículos 24, 41 y 129 de la vigente ley Hipotecaria.

Siguen en pie esos artículos 24 y 129; por el 24—concretándonos al aspecto puramente procesal—se da a la inscripción, y nada menos, la eficacia de una sentencia que declarara, después de un juicio, haber lugar a una tercería; y por el 129 se pulverizó al juicio ejecutivo, eliminando todas aquellas excepciones con las que tiene aún que pechar el acreedor no hipotecario; sendos y trascendentales privilegios

que, sin embargo, lógica y jurídicamente cesan—procesalmente, no en el fondo—una vez ganada la tercería y una vez cobrado el crédito, pues que el mismo artículo 24 y el 132, que desenvuelve al 129, abren las puertas al juicio declarativo que puedan entablar el ejecutante que embargó los bienes y el deudor que no pudo paralizar el procedimiento ni aun con excepciones como la de pago.

El artículo 41 no ha corrido la misma suerte que sus gemelos—vieron la luz el mismo día—24 y 129. Suficientemente discutidas en su tiempo, y admirablemente estudiadas las causas, los motivos, los *porqués*, la sustancia y efectos de la reforma, por eminentes tratadistas de todos conocidos y de todos admirados, sería inoportuna y nos alejaría de nuestro limitado fin de comentar unas sentencias, reproducir aquellas discusiones.

Para estos fines del comentario, bástenos esta premisa, que creemos demostrará luego la Jurisprudencia que hemos de reasumir; y esa premisa es así: en nuestro modesto opinar, ni el primitivo artículo 41 ni el vigente son adecuados al privilegio procesal que el titular inscrito debe ostentar para el goce y disfrute del bien, de que es dueño, según el Registro de la Propiedad.

Fracasó el antiguo artículo 41, quizá por demasía—demasía puramente teórica—, pretendiendo que el privilegio se incrustara en un expediente de jurisdicción voluntaria, cuando evidentemente en su iniciación y en su desarrollo es contencioso; y fracasa el actual, porque el privilegio se evapora, al endosar el conflicto al artículo 445 del Código civil, posponiendo la posesión tabular, civil, a la actual de hecho y regulando un procedimiento que no termina en el lanzamiento del tenedor contrario al titular.

Por estas consideraciones que podríamos reforzar con otras, hijas más que de libros, de la realidad vivida, no creemos aventurado afirmar que a estas alturas de treinta y dos años del texto primitivo y de catorce del reformado, la magna cuestión de si la presunción de posesión a favor del titular es *juris et de jure* o *juris tantum*, carece ya de finalidad práctica; la presunción de poseer ha cedido su lugar a la indiscutible presunción de un mejor derecho a poseer, con la que basta y sobra para la eficacia registral, si contara ese mejor derecho con un privilegiado procedimiento, que incluso podía armonizarse con un relativo respeto al poseedor de hecho, oyéndole y admitiéndole determinadas y precisas excepciones.

No es, pues, de extrañar que los titulares hicieran caso omiso del antiguo artículo si los Tribunales consideraban aplicable el artículo 1.817 de la ley de Enjuiciamiento al surgir una oposición que ni siquiera tenían que probar, o que, por el contrario alarmara, si a pesar de esa oposición, la posesión judicial se concedía.

Y aunque el expediente voluntario no tenía, en la casi totalidad de los casos, más efecto que el abrir las puertas al juicio sumario de desahucio, o a reforzar una acción reivindicatoria o posesoria, que implicaba otro procedimiento y otra sentencia, la alarma venció, dando ello motivo, no sólo a las discusiones aludidas, sino a una copiosa jurisprudencia, cuya última palabra es la sentencia de 4 de marzo último, motivo inmediato de este breve razonar.

No siendo recurrible en casación la sentencia que preceptúa el artículo 1.647 de la ley Procesal, se carece de jurisprudencia que interprete o determine el alcance del artículo 41 en cuanto al derecho a poseer de que nos habla el 1.644 o del *mejor* derecho, adjetivó que con fortuna emplea el 1.646; jurisprudencia que nos hubiera aclarado el importante extremo de la virtualidad o debida aplicación del artículo 445 del Código civil, al ampararse el actor en el 41 para pedir una posesión que precisamente no la tiene porque la pide, y que la pide conforme al primer párrafo del artículo 100 reglamentario, que quizá ampliado pudiera ser la clave del problema. Esta carencia de jurisprudencia, por una parte; el peligro de que los Tribunales apliquen el aludido precepto 445, posponiendo el mejor derecho, a la posesión de hecho, y más principalmente, si no en un plano teórico o técnico, en el real, de que aquella sentencia del 1.647 se limita, en el mejor caso, a ratificar la posesión simbólica—no lanzamiento—ya dada conforme al 1.638, son bastantes motivos para que los titulares inscritos abandonen también por expuesto e inútil el procedimiento del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, y hayan vuelto al clásico desahucio por precario, que la jurisprudencia constante y copiosa desde 1884 estimó siempre utilizable, por “considerar—sentencia de 12 de mayo de 1925—que la ley Hipotecaria inspira todos sus preceptos con el propósito de beneficiar el crédito otorgando al titular *trato especial* y de *superior garantía*”.

El estudio de esa jurisprudencia nos lleva, a más de las consideraciones expuestas, a ciertas deducciones—quizá ya principios de derecho—que bien podemos agrupar en dos secciones, que, aunque distintas,

se enlazan a su final: una, el estado actual del problema—derecho constituido—, y otra la reforma—derecho constituyente—que se impone más quizá en lo procesal que en lo sustantivo.

Veamos, con la brevedad posible, esas deducciones o principios:

A) La posesión judicial conseguida con o sin oposición, y dada en la forma simbólica que regula el artículo 1.638 de la ley Procesal, no evita un posterior juicio declarativo, ni aun el sumario de desahucio, para alcanzar la posesión física, si de esta posesión física goza el opositor pasivo, que calla, pero no otorga, o el opositor activo que excepciona. Cabía quizá la distinción de si los poseedores, de hecho, lo son en nombre propio o en nombre ajeno, y de si basta el auto consentido del artículo 1.638 o se llegó a la sentencia del 1.647; pero, de todos modos, las sentencias del Supremo de 30 de enero, 4 de abril y 29 de mayo de 1932 demuestran que el actor tuvo necesidad de acudir a un posterior juicio de desahucio.

B) La posesión real que el artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil inexcusablemente exige para ejercitar la acción de desahucio, la ostenta con evidencia el titular inscrito, porque además de que esa posesión le fué conferida por la *traditio ficta* del instrumento público adquisitivo, la presunción legal del artículo 41 de la ley Hipotecaria robustece a *prima facie* esa privilegiada situación posesoria.

Y, por el contrario, el demandado, dentro de la limitada esfera de este sumario juicio de desahucio, no puede, a los efectos procesales, enervar esa acción, ni aun con la posesión de hecho a título de dueño: es un precarista respecto al titular, y sólo en juicio declarativo puede ir contra ese titular, haciendo uso de las acciones que crea compatibles, pero sujetándose al artículo 24 de la misma ley Hipotecaria. (Sentencias de 10 de junio de 1924; 21 de marzo de 1916; 20 de enero de 1920; 15, 24 y 26 de junio y 5 de julio de 1926; 5 de octubre de 1933 y 11 de julio de 1934.)

C) La presunción que establece el artículo 41 de la ley Hipotecaria no puede ser de tal naturaleza que permita al actor—titular—el desconocimiento de actos contractuales realizados por su ascendiente. (Sentencia de 1 de julio de 1926.)

D) Dada la posesión judicial de una finca, a su comprador, no se infringe el artículo 445 del Código civil al accederse a la demanda de desahucio que éste entablara, pues el vendedor ocupante del inmueble ha dejado de ser poseedor, debiéndosele considerar como *detentador* o

manifiestamente precarista. (Sentencias de 10 de septiembre de 1931 y 30 de enero de 1932.)

E) La presunción *juris tantum* con que favorece el artículo 41 al titular inscrito no es dable a los demandados destruirla en juicio de desahucio mediante declaraciones de no concordar con la realidad jurídica, ser mejor poseedor, y tampoco en ningún otro juicio si no se ha planteado en debida forma la impugnación del título inscrito; y, en cambio, su aplicación—la del artículo 41—es de indiscutible oportunidad en este juicio de desahucio porque su presunción legitimadora se extiende desde la propiedad a la posesión. (Sentencias de 4 de abril de 1932, 10 de noviembre y 5 de diciembre de 1934, 5 de febrero, 7 de octubre de 1935 y 6 de marzo de 1940.)

F) Aun declarado contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria promovido por el titular, procede el desahucio por precario, que éste entablara con posterioridad a aquella declaración judicial. (Sentencia de 29 de mayo de 1932); y

G) En el juicio de desahucio es discutible, y puede ser admisible la excepción de no ser la finca objeto del desahucio la inscrita en el Registro a nombre del actor titular. (Sentencias de 11 de abril de 1921 y 12 de febrero de 1927.)

Por último, y por ser la última palabra del Supremo, merece párrafo aparte su sentencia de 4 de marzo de 1941.

Caso: Prospera el desahucio por precario que un Ayuntamiento entabla contra el deudor dueño de unas casas, que aquella entidad adquiere en pública subasta mediante escritura pública otorgada por el agente ejecutivo y que se inscribe al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la ley Hipotecaria.

Su importante doctrina cabe extractarla en la siguiente forma: Reitera la sustentada por el Alto Tribunal de que a los efectos del artículo 1.564 procesal tiene la posesión real en concepto de dueño el actor adquirente de una finca mediante escritura pública debidamente registrada; por el contrario, merece la consideración de precarista el deudor que continúa en ella después de esa inscripción; reiterada doctrina del mismo Tribunal declarando que las cuestiones sobre validez del título que a *prima facie* atribuye la propiedad al actor no obstan al desahucio; artículo 1.462 del Código civil, que por méritos de la *traditio ficta* reputa la cosa entregada con el otorgamiento de la escritura pública; artículo 41 hipotecario, que favorece al titular con una

presunción posesoria que sólo cede cuando se le impugna en la forma que prescribe el artículo 24, pero que “mientras subsista, legitima el ejercicio de las acciones encaminadas al mantenimiento y reintegro de la posesión”; y por último, que no ha de preceder necesariamente la posesión judicial, porque aparte de la facultad que el artículo 100 reglamentario concede al titular en relación con el 2.056 procesal—procedimiento de jurisdicción voluntaria—, el artículo 41 responde al designio, bien patente, de que la inscripción registral constituye una situación amparada por la ley hasta que contradictoriamente y en el juicio adecuado no se sustituya por otra, procediendo, por tanto, la acción de desahucio que se funda en títulos que inequívocamente conceden la posesión real a uno y la situación de precarista al otro.

\* \* \*

Consecuencia de todas estas consideraciones y doctrina del Supremo, es de perplejidad ante el camino procesal que debe seguir el titular señor F. para poseer, tener, habitar, gozar una casa que, adquirida por su padre en virtud de título lucrativo, su madre, señora B., durante su menor edad, sin autorización judicial y por simple documento privado la vendió a su actual habitante, señor R.

No cabe, a pesar de ser el señor R. poseedor de mala fé—artículo 433 del Código civil—, lo que pudiéramos llamar acción directa, porque el artículo 446 lo protege. F. tiene necesariamente que impetrar el auxilio de la autoridad competente, conforme al 441, y la perplejidad continúa, porque al supuesto de que, sea cualquiera el camino a emprender por F., obtendrá la posesión material de su inmueble, va unido el otro supuesto de que la resistencia pasiva o la temeraria oposición de R. hará necesaria la diligencia de lanzamiento.

Descartando la siempre procedente acción reivindicatoria, que aunque el artículo 41 indudablemente refuerza y robustece, implica un procedimiento amplio, largo y costoso, y, por tanto, no privilegiado, el acierto procesal estriba en elegir entre el procedimiento del artículo 100 reglamentario y el desahucio por precario.

Poniendo en los platillos de la balanza las ventajas y desventajas de uno y de otro, bien cabe decir que si el fiel de esa balanza fuera simbólicamente el artículo 41, técnicamente, por su espíritu, por su fin, no se inclinaría ni al uno ni al otro, pero, en último extremo, al desa-

hucio. No puede satisfacer un procedimiento que, si bien empieza por conceder una posesión sin audiencia contraria, ante la mera resistencia de ésta o de su oposición manifiesta, sólo llevaría consigo el bien de hacer más viable la acción en otro juicio que si termina con un lanzamiento efectivo y preciso. Esta consideración y la interesantísima de no ser precisa esa posesión para el desahucio anula la ventaja apreciable de no ser recurrible en casación la sentencia del 1.647 favorable al titular, o de que ésta no sea precisa si el contradictor consiente el auto del 1.638; y todo ello dejando aparte el peligro que envuelve el artículo 445 en este procedimiento.

Y como el juicio de desahucio por precario es, al fin y al cabo, un pleito que se plantea ante el Juzgado de primera instancia, con apelación en ambos efectos para ante la Audiencia y con recurso de casación ante el Supremo; procedimiento de dos, tres o más años, y en casi la mayoría de los casos contra precaristas insolventes, creemos demostrar, con doctrina nacida del derecho vivido, que el artículo 41 de la ley Hipotecaria debe volver al telar legislativo, del que seguramente saldría remozado para servir como debe servir a la eficacia registral, al privilegio de que es acreedor un titular inscrito.

Terminamos, pues, con una afirmación y una interrogación. Afirmación: Debe reformarse el artículo 41 de la ley Hipotecaria y el procedimiento para hacerlo eficaz (1).

Interrogación: ¿Cómo sustantivamente ha de reformarse el artículo, y cómo procesalmente el procedimiento adecuado que exige?

A la afirmación nos arriesgamos, y queda hecha. La contestación a la interrogación la intentaremos en otra ocasión, salvo que se publiquen trabajos que, hijos de mejores y competentes plumas, nos convenzan de ser equivocada esa afirmación, o de que aceptándola, en principio, construyan con bases más sólidas que nosotros pudiéramos hacerlo.

FÉLIX CARAZONY LICERAS.

De la Junta Directiva del Ilustre Colegio Nacional  
de Registradores de la Propiedad

(1) Creemos que esta afirmación la comparten todos los Registradores de la Propiedad; lo demuestra el trabajo, recientemente publicado, del distinguido compañero Sr. Treviño.

# La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (\*)

## III

### PRINCIPIOS PROCESALES VIGENTES EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. El principio de contradicción.—2. El impulso procesal.—3. El principio de la buena fe.

La indicación de tales principios tiene interés en cuanto por ella se da una guía para la interpretación de los preceptos que se estudian, se facilita la solución de las cuestiones no recogidas específicamente en la ley y se contribuye a desentrañar la índole y alcance de las disposiciones que son objeto de nuestro análisis. Pero, como fácilmente se comprende, no nos detendremos aquí en el examen de todos aquellos principios que son reflejos de los que inspiran a nuestra ley de Enjuiciamiento, sino tan sólo de los criterios que presenten en la materia alguna singularidad con relación al régimen común.

1. De lo expuesto en todo el apartado anterior se deduce que una primera modificación esencial en este punto la encontramos en la no vigencia del *principio de contradicción*. La necesaria aplicación de éste en el proceso de cognición (“*audiatur et altera pars*”) no existe en el hipotecario; pero ello no es tanto una especialidad del mismo como una consecuencia de su carácter de proceso de ejecución. La ejecución procesal no está inspirada en la máxima de la contradicción entre las partes, precisamente porque, tendiendo ésta de modo principal a fijar una de las condiciones necesarias para formar la convicción del Juez

(\*) Véase el número 161.



sobre los hechos que figuran en el proceso, carece de importancia en la fase de ejecución, donde se trata, como sabemos, no de *formar* una convicción, sino de *actuar* un contenido de voluntad: "el procedimiento de ejecución no se constituye de modo contradictorio" (1); así, en el Derecho alemán, el debate o vista oral ("mündliche Verhandlung"), salvo casos especiales, no es obligatorio, aunque puede ser ordenado discrecionalmente por el Juez; y aun cuando sea ordenado, tal debate oral no tiene significación por sí solo, sino que ha de referirse siempre a las declaraciones escritas que el título contiene.

Admitir que el deudor pueda oponerse a la actuación de un título ejecutivo, alegando toda clase de motivos de fondo o de forma, es decir, la plena vigencia del principio de contradicción, sería desnaturalizar la fase de ejecución y crear un nuevo período de "cognitio" judicial, más o menos disimulado (como ocurre efectivamente con nuestro juicio ejecutivo). Pero, sin llegar a ello, tampoco ha de creerse que cualquier intervención del deudor debe por esta razón, y desde el punto de vista "de lege ferenda", ser rechazada. En efecto, con respecto a la forma *procesal* de la ejecución, y no a la oposición en el *fondo* (2), una solución permisiva de este tipo podría eliminar el carácter rígido de aquellos procedimientos que, como el nuestro hipotecario, prescinden en absoluto de las posibles objeciones que sobre los supuestos y el desarrollo procesal de la ejecución quepa proponer (3).

Las soluciones posibles en este punto, dando una enumeración esquemática y prescindiendo de la oposición en el fondo, son, por tanto, las siguientes:

a) Denegar al deudor (y en general a los interesados en la ejecución) todo medio de impugnación de los defectos en que la ejecución pueda haber incurrido, dentro del mismo procedimiento.

b) Admitir, por el contrario, dicha oposición, lo cual puede, a su vez, producir dos consecuencias distintas:

a') La determinación expresa de que la oposición interpuesta da

(1) Schönke: *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., pág. 22.

(2) Aunque tampoco ha faltado en otras legislaciones el intento de incluir esta oposición de fondo y su examen y decisión por el Juez dentro del mismo procedimiento ejecutivo, que entonces parecería que, en parte, dejaba de serlo.

(3) Incurriendo así en la conocida crítica de Aragonés (ob. cit., pág. 91), que es, sin embargo, excesiva, por extenderse a la prohibición legal de que el deudor se oponga al derecho de crédito que se ejecuta, criterio acertado, ya que ello es un problema que en esta fase no debe lógicamente ser discutido.

lugar necesariamente a una comparecencia o cambio de alegaciones (orales o escritas) ante el Juez.

b') La permisión de que el Juez decida en cada caso sobre la oportunidad de este trámite de audiencia bilateral y que resuelva discrecionalmente sobre si debe o no celebrarse.

En nuestro derecho positivo, en lo que respecta al procedimiento de la ley Hipotecaria, es la primera de estas soluciones la que se ha adoptado, con cuatro únicas excepciones señaladas en el artículo 132. Tales excepciones son: 1.<sup>a</sup>, la existencia de un procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario en cuya virtud se procede, en el que se haya admitido querella o dictado auto de procesamiento y que se justifique documentalmente (párrafo segundo del artículo 132); en cuyo caso subsiste la suspensión hasta que termine la causa criminal, pudiéndose reanudar entonces el procedimiento si no quedase declarada la falsedad (párrafo 6.º); precepto que aplica lo dispuesto con carácter general en la ley de Enjuiciamiento civil en el artículo 514 (1), con las dos únicas diferencias de a') exigir una justificación documental y no de otra clase; b') dar lugar a la suspensión, en cambio, aunque la parte no haya entablado querella, si en la causa criminal se dictó auto de procesamiento; 2.<sup>a</sup>, la tercería de dominio justificada ("inexcusablemente") con título inscrito con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor y certificación de su subsistencia (párrafo 3.º, núm. 2.º), que suspende la ejecución hasta el término del juicio de tercería (párrafo 7.º), disposición más rigurosa, pero análoga a la del artículo 1.535 de la ley procesal, según el cual "cuando sea de dominio la tercería, luego que en el juicio ejecutivo recaiga sentencia firme de remate, se suspenderá el procedimiento respecto de los bienes a que se refiere hasta la decisión de aquélla; 3.<sup>a</sup>, la cancelación de la hipoteca justificada por la certificación del Registro o por la copia auténtica de la escritura con nota de presentación en el Registro, otorgada por el actor o sus causahabientes (párrafo 4.º, núm. 3.º), lo que equivale a privar al título de fuerza ejecutiva, y es análogo, por tanto, a lo dispuesto en el art. 1.467, número 2, de la ley de Enjuiciamiento;

(1) "En el caso de que, sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de influencia notoria en el pleito, entable la acción criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal. Se decretará dicha suspensión luego que la parte interesada acredite haber sido admitida la querella..."

4.<sup>a</sup>, la presentación de una libreta por el deudor que arroje saldo distinto a la del acreedor en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, precepto que se justifica en lo dispuesto para esta clase especial de hipotecas (párrafo 5.º, núm. 4.º).” Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, *incluso las que versaren sobre nulidad de título o de las actuaciones*, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, *se ventilarán en el juicio declarativo* que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente ley.” En los casos en que la oposición es permitida, no es facultativo en el Juez la convocatoria o no de una comparecencia de las partes, sino que en los dos primeros supuestos se suspende sin más trámites el procedimiento, y en los dos últimos la celebración de esta comparecencia es ordenada expresamente por la ley (artículo 132, párrafos 6.º, 7.º y 8.º). Estos son, pues, los límites de vigencia del *principio de contradicción* en la ejecución procesal regulada por la ley Hipotecaria.

No han faltado críticas de este régimen ni propuestas de sustitución por otro más flexible que permita la adopción de soluciones de mayor equidad. Así, en la discusión parlamentaria de la reforma de 1909, Blanco Rajoy atacó la supresión de la audiencia del deudor, defendiendo que, en caso de oposición de éste, se celebrara ante el Juez una comparecencia y, después de oír a ambas partes, se decidiera sobre la continuación de los trámites ejecutivos. Los partidarios del texto de la ley criticaron, no obstante, la propuesta, haciendo notar que su adopción equivaldría a permitir el planteamiento de incidentes que retardarían la ejecución, incurriendo precisamente en los defectos del juicio ejecutivo que el proyecto de 21 de abril de 1909 trataba de evitar (1). Ambas tesis parecen tener razón en parte, pero probablemente cabría adoptar un sistema exento de las censuras que a una y otra pueden dirigirse. En líneas generales, dicho sistema vendría a inspirarse en una de las soluciones antes apuntadas (*b*, *a'*) y sus características serían las siguientes:

a) No admisión de oposición sobre el fondo, es decir, de impugnación del derecho de crédito que se trata de ejecutar. La oposición en el juicio declarativo ordinario quedaría en pie, sin que entremos ahora

(1) El detalle de este debate puede encontrarse en Higuera: *Reforma de la ley Hipotecaria*, cit., pág. 37.

en la conveniencia de adoptar un tipo especial de procedimiento dirigido a atacar no el título ejecutivo en sí, sino la posibilidad de su ejecución, como existe en Alemania, con el que origina la denominada "Vollstreckungsgegenklage".

b) Admisibilidad de la oposición por parte del deudor o los interesados en el procedimiento, fundada en la forma procesal de la ejecución (verbigracia, cuando la tramitación ha incurrido en un vicio de nulidad). Tal oposición no habría de producir sin más la suspensión del procedimiento o la intercalación en él de un incidente, sino cuando el Juez lo estimase necesario; el arbitrio judicial es, en efecto, el único criterio capaz de distinguir entre los casos de oposición razonable que debe ser atendida y aquellos otros en que un deudor de mala fe sólo persigue la dilación de los trámites para entorpecer la acción del acreedor que busca la satisfacción de su derecho.

2. Otro de los principios cuya aplicación al procedimiento hipotecario interesa examinar es el que hace referencia al *impulso procesal*. ¿Cuál de las dos direcciones fundamentales en la materia, el impulso oficial y el impulso privado, es la que reviste mayor importancia en el procedimiento que estudiamos?

Conocida la fecha de la ley que introdujo en nuestro texto hipotecario el procedimiento de los artículos 129 a 135, no es aventurado suponer que son en él escasas las manifestaciones del impulso oficial y, por el contrario, abundan las demostraciones de que el desarrollo de la tramitación viene principalmente confiada a la iniciativa de las partes. Y esta suposición se confirma, en efecto, por el análisis de los artículos de la ley. El principio de impulso de las partes se aplica en los siguientes casos, que constituyen, como puede verse, momentos fundamentales de la tramitación:

a) El procedimiento se inicia por un escrito del acreedor en que se reclama la ejecución sobre los bienes hipotecados (art. 131, regla 2.<sup>a</sup>). Se comprende que este primer impulso no puede ser sustituido por una actividad de carácter oficial, dada la índole del derecho que el actor ejercita; por consiguiente, de la crítica que después se hace habrá de excluirse el contenido de este precepto concreto.

b) La certificación del Registrador de la Propiedad comprensiva de los extremos a que hace referencia la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131, debe reclamarse por el Juez "a instancia del actor". Esto supone que, sin dicha instancia, el procedimiento queda paralizado, sin que el órgano

judicial tenga facultades para proseguir por sí solo la tramitación ya comenzada.

c) La subasta de los bienes hipotecados tampoco puede ordenarse de oficio, sino "a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor" (art. 131, regla 7.<sup>a</sup>).

Con excepción de este criterio del impulso de parte, encontramos tan sólo un caso en que la ley autoriza expresamente la iniciativa oficial. Tal es el auto de aprobación del remate o adjudicación: "Verificado el remate o la adjudicación, y consignado en su caso el precio, se dictará *de oficio* auto aprobándolos, etc." (art. 131, regla 7.<sup>a</sup>) (1).

Puede afirmarse, sin duda, que la vigencia del principio de impulso privado o de las partes cuyas manifestaciones acabamos de exponer, debe ser objeto de censura. Sin entrar a fondo en un tema cuyo examen no nos incumbe ahora (2), cabe sostener que el régimen de impulso privado predominante difícilmente puede hacerse compatible con una ordenación del proceso que responda a lo que hoy es exigido de esta institución. Indudablemente, el comienzo del procedimiento ha de consistir en un acto de parte, no sustituible por otra actividad judicial; pero, una vez dado este paso inicial, el desarrollo de la tramitación hasta llegar al fin marcado en la ley, debe confiarse al Juez, otorgando a éste los poderes necesarios que hagan avanzar a la ejecución en los diversos estadios que la componen y no subordinar la marcha del proceso a una declaración de voluntad de las partes, necesaria en cada caso (3).

Y hoy ello es tanto más de observar cuanto que en el régimen procesal común la reforma de 2 de abril de 1924 ha variado radicalmente el sistema hasta entonces en vigor, declarando la no necesidad de que "los litigantes insten el curso del procedimiento, una vez iniciado éste" (artículo 2.<sup>o</sup>). Aunque el texto hipotecario no haya sido afectado por la reforma, la nueva dirección debe servirnos de guía como criterio

(1) Los casos dudosos no especificados en la ley serán examinados después, en el análisis concreto del procedimiento.

(2) La bibliografía sobre él no es necesario, por tanto, que sea indicada aquí.

(3) Es curioso que el más conocido de nuestros comentaristas, Manresa, es en este lugar del procedimiento hipotecario donde pronuncia frases más duras contra el excesivo predominio del principio de impulso privado, y dice, en términos de aplicación general, que el Juez "es un polichinela de cartón, que se mueve cuando le tiran del hilo" (*Comentarios*, tomo cit., pág. 708), frase que recuerda la conocida de Menger, en que compara al órgano judicial con un aparato de relojería estropeado, que necesita ser constantemente sacudido para que ande de nuevo un corto rato.

inspirador de las soluciones recomendables "*ex iure condendo*", en primer término; como norma de interpretación, en segundo lugar, que impida la extensión a los casos dudosos de la aplicación del principio de *impulso de parte*.

3. Constituye en la actualidad uno de los motivos de inspiración de la nueva orientación procesal el principio de *la buena fe* y los que con él podemos considerar como relacionados: el deber de *colaboración* de las partes y, sobre todo, el *deber de decir verdad*, acerca del cual en los últimos tiempos se ha acumulado una considerable bibliografía (1).

De este principio de la buena fe alguna manifestación podemos hallar en nuestros textos y en las resoluciones de la jurisprudencia, pero no existe una formulación expresa de él, ni, lo que es peor, cabe sostener con fundamento que nuestro derecho procesal está inspirado en su espíritu, de modo notable por sugerencias de este tipo. Tal omisión aumenta, sin duda, el interés de las indicaciones aisladas que se encuentran en nuestros cuerpos legales.

Cabe pensar si uno de estos casos es el que se contiene en el artículo 131 de la ley Hipotecaria, regla 2.<sup>a</sup>, *in fine*, según la cual "el acreedor quedará sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogase al deudor o a terceros interesados por *malicia* en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento". Este precepto trae su origen del artículo 169 del reglamento para la ley Hipotecaria de Ultramar (18 julio 1893), que disponía la sujeción del acreedor a responsabilidad "por el sólo acto de iniciar el procedimiento".

La redacción del artículo puede hacer suponer efectivamente, por los términos empleados, que solamente al acreedor de *buena fe* le está permitido acudir lícitamente a la tramitación privilegiada que se implanta.

Por otra parte, si analizamos el precepto concreto y vemos cuál es su contenido, vemos que en esencia consiste en una imposición del *deber*

(1) Citaremos los artículos de más interés publicados en las dos revistas alemanas *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* y *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*; Lent: "Die Wahrheits und Vollständigkeitspflicht im Zivilprozess" (*Z. d. A.*, 1938); Pagenstecher: "Bemerkungen über die Wahrheitspflicht im Zivilprozess" (*Z. d. A.* 1935); Wurzer: "Die Lüge im Prozess" (*Z. d. Z.*, tomo 48). En España, una indicación del tema tiene Silva Melero: "El llamado deber de decir verdad en el proceso civil" (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936).

de veracidad con respecto a los hechos y a las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento.

Que se trate en este caso de una obligación de decir verdad, creemos que puede sostenerse, dada la redacción de la ley que habla de *malicia en la exposición* de los hechos, etc. La *malicia* consiste, sin duda, en una ocultación o falseamiento de la realidad a sabiendas de que se hace; fundamentalmente, pues, en una *falta de veracidad*, ya que el deber que impone ésta no exige la aportación de los hechos tal como ellos son, sino tal como cree sinceramente que son la parte que los alega (1). El reglamento de la ley de Ultramar añadió a la *malicia* la *negligencia*, y no cabe duda que los casos extremos de ésta deben recibir un trato análogo a aquélla (“culpa lata dolo equiparatur”); pero tampoco ha de convertirse la exigencia de verdad en una sanción para la parte por descuido de la investigación de los hechos que figuran en el proceso.

Ahora bien: del texto que analizamos se deduce que el mandato legal no sólo tiene una limitación *subjetiva*, sino también que en su aplicación al acreedor no se extiende a la total conducta procesal de éste, sino a una actividad parcial, siquiera sea ella la más importante en lo que se refiere al deber de decir verdad. Pone esto de relieve que la exigencia de la buena fe y este deber de decir verdad, parcialmente incluidos en el procedimiento hipotecario, responden para el pensamiento de la ley a una idea muy diferente de la conciencia, hoy ya unánimemente sentida, de su *necesidad procesal*.

Un examen atento del precepto descubre que, lejos de haber pensado la ley en una sanción de tipo general contra el ejecutante que no ajuste su conducta a las exigencias de lo que pudiéramos llamar las “buenas costumbres” procesales contiene un mandato, por su origen y por sus aplicaciones, de carácter mucho más restringido.

En efecto, lo que se ha pensado en primer lugar, al hacer la declaración que comentamos, ha sido, más que en el principio de la buena fe, que sólo indirectamente resulta protegido, en el restablecimiento de la *igualdad* de posición jurídica de ambas partes, igualdad que se estimaba destruida por la concesión al acreedor de la facultad de iniciar un procedimiento que ofrece al deudor (o a terceros interesados) tan pocas posibilidades de intervención o de defensa. Esto es lo que

(1) “Son conformes a la verdad las declaraciones de las partes cuando éstas expresan lo que tienen por exacto.” (Schönke: *Zivilprozessrecht*, cit., pág. 22.)

explica que, siendo varios los sujetos procesales, únicamente se prohiba expresamente la actividad maliciosa del *acreedor*, pues aunque sea cierto que éste es el que dispone de las armas más fuertes en el procedimiento, no lo es menos que las demás partes que intervienen pueden también dar lugar con su conducta igualmente maliciosa a acarrear perjuicios a otras personas. Si tal es el pensamiento legal, no parece dudoso que la idea específica de la buena fe procesal queda oscurecida y únicamente se recoge aquí no en méritos de su justicia intrínseca, sino como remedio o vía de compensación (1).

JAIME GUASP

Catedrático de la Universidad de Barcelona.

(1) Sobre la comparación de este régimen con el que marca la ley en el juicio ejecutivo ("protesta de abonar pagos legítimos"), y en cuanto al *principio dispositivo*, v. *infra*.