

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

## II

### NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA

No basta con la determinación de las normas legales que regulan la ejecución hipotecaria y con el análisis de los caracteres de tales normas para saber cuál es la esencia de las actividades procesales ordenadas y conocer su auténtica *naturaleza jurídica*.

Se trata de un problema cuya importancia no ha escapado de cierto a la investigación de la doctrina hipotecaria, pero que carece de un planteamiento exacto, probablemente más que por la dificultad de su contenido por el empleo de una terminología defectuosa y una técnica procesal en absoluto insuficiente (1).

La calificación del procedimiento regulado en la legislación hipotecaria ha de obtenerse, no tanto por el especial objeto a que está destinado como por la índole de los actos que lo componen; se trata de averiguar, en efecto, en qué categoría de *tipos de proceso* debe incluirse, y sería una incongruencia aplicar a la materia que se analiza criterios y ordenaciones del derecho material. Por esta razón, estimamos en el fondo inadmisible la expresión "procedimiento hipotecario" que, sin embargo, cuando es empleada con el propósito de designar de modo no equívoco este conjunto de trámites, puede no merecer graves censuras.

De la misma manera, la perifrasis frecuente que habla del "procedimiento para la efectividad de los créditos hipotecarios" no da tampoco ni siquiera una idea aproximada de su naturaleza jurídica, porque

(\*) V. el número anterior de esta REVISTA.

(1) Sin que tampoco los esfuerzos de los procesalistas hayan arrojado más luz sobre el tema, ya que, como dice con toda exactitud Jerónimo González (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, febrero 1929, pág. 121), el articulado de la ley Hipotecaria en este punto "responde a principios muy mal estudiados, o, mejor dicho, apenas conocidos por los procesalistas españoles".

se limita, como antes decíamos, a designar el *fin* de las actividades que lo componen. La ley ha podido obtener este fin mediante la institución de procedimientos de muy diversa índole, y hasta tal punto no es específica la designación apuntada; qué hay en nuestro derecho positivo, como se recordará, más de una forma de hacer efectivos tales créditos, y, por tanto, también en cierto sentido puede la vía de apremio ordinaria considerarse como procedimiento para obtener la efectividad de los créditos hipotecarios, y, en consecuencia, ser susceptible de confundirse con los trámites de la ley de 1909.

Por último, en esta previa eliminación de terminologías insuficientes, apuntaremos asimismo qué la frase "procedimiento de los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria", utilizada, como las anteriores, en diversos puntos del presente trabajo, tampoco es sino una expresión de carácter auxiliar que no indica nada fundamentalmente sobre la esencia de la calificación que se trata de conseguir.

Ha de centrarse el tema, pues, en el examen y crítica de las calidades procesales de la actividad estudiada, que son las únicas idóneas para proporcionar la solución.

En primer término, según fué anteriormente indicado, nos hallamos ante un tipo de proceso *especial* (1). Pero esta nota específica que nos ha servido para deducir determinadas consecuencias con referencia a las normas legales aplicables, debé ahora estimarse por sí sola como incompleta; puesto que lo que se intenta saber es precisamente la *clase de especialidad del procedimiento* y el puesto que, dentro del cuadro de procesos especiales, regulados en el derecho procesal, le corresponde.

Y en este punto nos encontramos ya con la designación más corrientemente admitida: con la que sirve en las fuentes y en la práctica como pretendido calificativo inequívoco de la tramitación analizada: con el nombre, en fin, de "procedimiento judicial sumario", cuya exactitud y significación pasamos brevemente a examinar.

La aplicación de los términos indicados: "procedimiento judicial sumario", al conjunto de actos procesales que los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria ordenan, no ha sido una denominación aislada, que sólo en algún pasaje podamos encontrar: es, al contrario, una expresión que tanto en la ley como en la jurisprudencia y la doctrina se halla con no escasa reiteración.

En la primera, verbigracia, el artículo 129 habla del ejercicio de la

(1) Miguel y Romero: *Lecciones cts.*, tomo I, pág. 609.

acción hipotecaria sujeto "al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de ésta ley"; en dicho artículo 131 se indica que "el procedimiento judicial sumario se ajustará a las siguientes reglas"; en los artículos 132 y 133 se alude asimismo al "procedimiento sumario regulado en el artículo 131", etc. (1).

Con respecto a la jurisprudencia, no será preciso acumular numerosos ejemplos para demostrar el empleo de esta expresión; por su interés en este punto debe recordarse, no obstante, la sentencia de 23 de noviembre de 1926, en la que se dice expresamente que este procedimiento tiene "la naturaleza de aquellos juicios sumarios establecidos en la ley de Enjuiciamiento civil". A análogos resultados nos lleva una lectura, aun superficial, de las obras doctrinales.

Ahora bien, supuesto el hecho de esta extendida terminología, se hace preciso observar hasta qué punto es ella útil para nuestro tema y hasta qué punto la calificación del procedimiento en materia de créditos hipotecarios, como procedimiento *sumario*, conviene a su naturaleza jurídica y revela de un modo satisfactorio su esencia.

Los dos primeros términos de la expresión "procedimiento judicial" pudieran considerarse como una redundancia, si se parciese del punto de vista de estimar que, siendo en términos generales dentro del mundo del derecho el "procedimiento"—en su propio sentido, el "proceso"—un "conjunto de actos que tienden a la actuación de la ley *por los órganos de la jurisdicción ordinaria*", es decir, "*por el Juez*" (2), no es necesario añadir al término de "procedimiento" el calificativo que le acompaña de "judicial". Pero a poco que se recuerde cómo otra de las formas autorizadas hoy legalmente para obtener la efectividad de un crédito hipotecario es precisamente el llamado "procedimiento extrajudicial"—en el análisis de cuya naturaleza no vamos a detenernos ahora—, se comprenderá que la expresión discutida puede servir de aclaración, si no del todo imprescindible, tampoco digna de crítica desfavorable en absoluto.

Por el contrario, la utilización del concepto de la *sumariedad*—núcleo de la expresión analizada—es, a mi juicio, no sólo insuficiente, sino, lo que es peor, inexacta.

(1) Del mismo modo, el reglamento hipotecario dice en su artículo 202: "... el procedimiento judicial sumario, a que se refieren los artículos 129 y siguientes de la ley", etc.

(2) Sobre el valor de esta fórmula, v. supra.

*Insuficiente*, porque el término "sumario" no bastá para designar de modo inequívoco la naturaleza de un procedimiento ni podría bastar en este caso si, suponiendo que hay en nuestra legislación otros ejemplos de este tipo, no se nos cuida de decir cuáles con las analogías y diferencias que tiene el hipotecario con los restantes y, sobre todo, en qué consiste la específica "sumariedad" de los trámites ordenados por los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria.

*Inexacta*, además, porque en ésta, como en otras hipótesis, se ha desconocido la esencia de lo "sumario" dentro del campo procesal, que consiste, no como pudiera creerse en una absoluta alteración de los trámites ordinarios hasta el punto de implantarse otros inspirados fundamentalmente en principios diversos (como es en este caso el de la *contradicción*), sino de modo principal en la *abreviación* de los términos, es decir, en el señalamiento, para el desarrollo de las actividades procesales, de un lapso de tiempo menor que el que rige en los supuestos generales (1). Ahora bien, dentro del proceso regulado en la ley Hipotecaria, y comparándolo con los juicios ordinarios, observamos que no hay simplemente un acortamiento de los plazos o, incluso, la supresión de algunos trámites, sino un orden de tramitación absolutamente diferente, al que no conviene, por tanto, el nombre de "sumario", que parece ser una designación relativa, es decir, en comparación con otra de mayor extensión. Pero en este caso, ¿cómo podemos hacer del procedimiento hipotecario una alteración del común, cuando un período de tanta importancia como la audiencia del demandado falta en absoluto?

La imprecisión de la terminología empleada se pone de relieve viendo cómo, a pesar de su general admisión, no han cesado los esfuerzos en torno a la investigación de la naturaleza jurídica del procedimiento que estudiamos. Ello quiere decir que sustancialmente tal naturaleza jurídica habrá de obtenerse por vías distintas del análisis de la noción de "sumariedad".

Partamos, pues, ahora de un examen directo de los actos procesales en cuestión y veámos cuál es el hecho o hechos que, dentro de ellos, son más significativos con respecto al proceso ordinario. Aquí observamos como más interesante la característica que antes precisamente fué indicada, a saber: *la ausencia en la tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de sus posibles alegaciones*.

Esta ausencia es, en efecto, uno de los puntos esenciales del nuevo

(1) Véase Beceña, en el artículo citado.

procedimiento, y por él puede, a mi juicio, hallarse la naturaleza jurídica buscada.

En el proceso desarrollado en el artículo 131 del texto hipotecario, tras la presentación del escrito inicial (regla 2.<sup>a</sup>), su examen por el Juez (regla 4.<sup>a</sup>), la práctica de los requerimientos de pago y notificaciones y el envío de la certificación del Registro (reglas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>), se procede "... a la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento (regla 7.<sup>a</sup>), sin que tengan los interesados (incluso el propio deudor) en oponerse a la ejecución, posibilidad de hacerlo dentro del procedimiento, salvo los casos taxativos indicados en el artículo 132, que sólo en sus hipótesis 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> dan lugar a una comparecencia de las partes ante el Juez. Ello quiere decir, por tanto, que una *fase normal* en los trámites que tenga por objeto la presentación (oral o escrita) contradicitoria de las alegaciones de las partes, *falta en absoluto*.

Esto se ha explicado en ocasiones por algún sector doctrinal (1) diciendo que el procedimiento hipotecario no es un verdadero *juicio*, porque no existe en él *contienda* entre diversos sujetos. Pero, prescindiendo ahora de la significación estricta del término *juicio* y de la naturaleza que se le ha de atribuir, y aun suponiendo que no equivale, dentro de nuestra terminología al de "proceso" (2), no me parece defendible la idea de que no existe en el caso estudiado tal *contienda o controversia entre partes*, puesto que en realidad ambas sostienen pretensiones contradictorias (una, la satisfacción de un crédito; otra, la negativa al pago que se le demanda) (3), y, por consiguiente, más que la ausencia de *contienda*, lo que observamos aquí es, según antes indicamos, ausencia de un período procesal destinado a examinarla: en definitiva, *ausencia de la fase de oposición*.

Como consecuencia de esta nota fundamental del procedimiento pueden mantenerse diversas posiciones en cuanto a su naturaleza, posiciones de un valor desigual cada una de ellas y que en sustancia se reducen a las siguientes (4):

(1) Aragónés: *Compendio* y tomo cits., pág. 93; Morell *Comentarios*, tomo IV, página 88.

(2) Cuestión en la que ahora no podemos entrar.

(3) No habrá que decir que no es necesaria una negativa expresa para que la *contienda* surja, basta con el hecho de la falta de pago que se reclama, sin necesidad, lógicamente, de una declaración formal; en otros términos: que, como dice un autor italiano, no se trata tanto de pretensión *contradicchia* como de pretensión *insatisfacta*.

(4) Nos limitamos, naturalmente, a la exposición de aquellas teorías que han

a) Partiendo de la idea recientemente expuesta de que lo que falta en el procedimiento de la ley Hipotecaria es una *contienda entre partes*, y suponiendo que ésta es precisamente la característica de la llamada "jurisdicción contenciosa", un primer resultado puede ofrecerse a base de considerar los actos procesales discutidos como pertenecientes a la jurisdicción voluntaria. Esta se caracteriza legalmente por la inclusión en ella de todos aquellos actos "en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas" (art. 1.811 de la ley de Enjuiciamiento civil). Del hecho de que en la tramitación del artículo 131 de la ley Hipotecaria se haya excluido la posibilidad de una controversia entre acreedor y deudor deduce García Fernández (1) la necesidad de calificar tales trámites en el ámbito de aquel orden jurisdiccional.

No será preciso detenerse largo tiempo en la refutación de esta tesis, que no resiste, a nuestro juicio, un examen atento de las bases sobre que se apoya. En primer lugar, como acabamos de ver, no es cierta la idea de que en el proceso hipotecario falte la *contienda*, o, mejor, la oposición de pretensiones entre las partes. Lo que falta únicamente es, repetimos, una fase en el procedimiento destinada a la presentación y al examen de las posibles alegaciones contradictorias; ahora bien, esta falta se observa asimismo en una serie de actuaciones procesales—verbigracia, la ejecución de sentencias (2), el trámite de la cuenta jurada de los artículos 7.º y 8.º de la ley de Enjuiciamiento civil (3), etc.—, cuya calificación como actos de jurisdicción voluntaria no puede defenderse con seguridad si no se quiere extender de un modo caprichoso el ámbito conceptual de esta clase de actividad judicial.

Además, la falta de contienda entre partes—supuesto que en el problema analizado existiera—funciona de un modo absolutamente distinto en el procedimiento hipotecario que en los actos de jurisdicción voluntaria. En aquél, como sabemos, la posibilidad de una oposición de la

sido defendidas en realidad por la doctrina, haciendo caso omiso de las restantes que pudieran imaginarse.

(1) "Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1912, tomo 131, pág. 289.

(2) Salvo las hipótesis de condena a cantidad ilíquida, artículos 928 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, en que en la liquidación, en los diversos supuestos legales, existe para la parte la posibilidad de contradecir las alegaciones adversas dentro del mismo procedimiento.

(3) No incluimos aquí el artículo 12, porque en éste, antes de pagar, puede el deudor impugnar la cuantía de los honorarios reclamados.

parte a las pretensiones del acreedor, dentro del mismo procedimiento, está en absoluto excluida, excepción hecha de los casos del artículo 132 de la ley; pero en la jurisdicción voluntaria la oposición "del que tenga interés en el asunto" no está, ni mucho menos, prohibida, sino que se admite en términos generales, y el efecto de tal oposición consiste precisamente "en hacer contencioso el expediente sin alterar la situación que tuviesen al tiempo de ser incoados los interesados" (artículo 1.817 de la ley de Enjuiciamiento civil). Por consiguiente, hay aquí una diferencia fundamental entre el procedimiento para la efectividad de las hipotecas y los actos de jurisdicción voluntaria.

La misma doctrina y jurisprudencia que con la afirmación errónea de la "falta de contienda" en este tipo de proceso pudo dar lugar a la calificación equivocada, niega expresamente tal conclusión y sostiene, por el contrario, que el procedimiento estudiado no puede considerarse como un acto de jurisdicción voluntaria. Así, los mismos autores antes citados (1) y las resoluciones de la Dirección General de los Registros (2). En consecuencia, podemos desechar esta primera tesis sobre la naturaleza jurídica del proceso regulado en la ley Hipotecaria.

b) Sin perder de vista la nota específica que antes dimos como esencial para la solución del problema, un autor de derecho hipotecario, López de Haro (C.), ha formulado en torno a esta cuestión una tesis que no puede, sin embargo, a mi juicio, estimarse como admisible, por las evidentes confusiones de orden procesal en que incurre (3). La idea fundamental que preside esta tesis es la siguiente: en el procedimiento judicial "sumario" no hay *ejercicio de acción en juicio*, sino *simple ejecución judicial de una relación jurídica*. Para llegar a esta conclusión tiene el autor que identificar el concepto de "litis" con el de "ejercicio de acción" y afirmar que, sustraída aquélla del proceso hipotecario, debe, por consecuencia, considerarse ésta como no existente.

Ahora bien: frente a tal posición hay que oponer objeciones de la mayor gravedad, en mi opinión.

(1) Morell: ob. y t. cíts, pág. 88

(2) También la sentencia de 23 de noviembre de 1926.

(3) "Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1932.

López de Haro, igual que los demás, no trata aquí de modo principal la cuestión, sino incidentalmente al hablar de la naturaleza de las acciones del acreedor hipotecario. Un estudio completo del procedimiento del artículo 131 de la ley Hipotecaria, por otra parte, falta, como se sabe, en absoluto.

1.º La misma distinción a que llega el autor como conclusión de sus razonamientos carece de realidad y supone una dualidad de términos inadmisible. La *efectuación—actuación* (?)—judicial de una relación jurídica equivale simplemente a lo que de ordinario se designa con el nombre de *ejecución*. Pero es evidente que cuando tal ejecución se subordina por la ley a un poder de voluntad atribuido a un sujeto, nos hallamos ante lo que siempre, y de modo unánime, se ha calificado como “acción”—prescindiendo ahora, lógicamente, de las maneras extraordinariamente varias en que se ha entendido la naturaleza de ésta—. El concepto de acción sirve para designar precisamente aquella facultad por la que la voluntad de un sujeto puede provocar una actividad del órgano jurisdiccional; cuando esta actividad se dirige a la *actuación—realización*, puesta en práctica, *efectuación de una relación jurídica* en la terminología de López de Haro—, nos hallamos ante un *supuesto de ejecución*, y la facultad de iniciar o poner en marcha la ejecución constituye precisamente la *acción ejecutiva*.

Traslademos ahora estas consideraciones procesales de carácter elemental al campo del procedimiento judicial sumario. La actividad judicial en esta hipótesis consiste de modo primordial, no en examinar la pretensión del acreedor, sino en actuarla; no es, pues, como dentro de poco vamos a ver, “un proceso de cognición”, sino de “ejecución”. Ahora bien: como la existencia de tal actividad de ejecución es subordinada por la ley a la existencia de una voluntad que la reclame—la del acreedor (1)—, es indudable que dicha voluntad puede dar vida o no a tal ejecución, y, por consiguiente, que le corresponde aquella típica facultad que es, como acabamos de ver, la nota específica del concepto de acción. En el procedimiento judicial sumario encontramos, pues, el auténtico ejercicio de una acción procesal que, como ya dirigida a obtener una actividad de ejecución, debe, a su vez, calificarse como “acción ejecutiva” (2).

El primer error de la opinión apuntada reside, por tanto, en una

(1) Regla 2.º del artículo 131: “Se iniciará el procedimiento por un escrito...” No habrá que poner de relieve la identidad de naturaleza jurídica entre este escrito inicial y la demanda ordinaria con que un proceso suele comenzar.

(2) Sobre la aplicación al problema de la posible crítica del concepto de acción no decimos aquí nada, porque se trata solamente de rectificar esta posición doctrinal, en base precisamente a lo que puede estimarse hoy como concepción dominante todavía del derecho procesal. Por otra parte, tal posible crítica deja en pie integralmente la objeción expuesta.

interpretación falsa del concepto de *acción* y, sobre todo, en una idea equivocada acerca de lo que es la *acción ejecutiva*. Ya en el puro terreno hipotecario, Bellver, en un artículo publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO con el título "La prescripción de las acciones hipotecarias" (1), ha hecho notar, en contra de la posición de López de Haro, cómo el término de acción es también aplicable en este caso, en que existe verdaderamente un "medio procesal de efectuación de derechos". Prescindiendo de lo que de inexacto puede haber en esta última expresión, no parece dudoso que la crítica, equivalente a la que acabamos de exponer, debe estimarse como certera.

2.º Ni tampoco tienen más solidez los argumentos que el autor emplea para llegar a la conclusión apuntada. Una vez que se indicó la inadmisibilidad de esta última *per se*, son en parte inútiles las tentativas de demostración de la inconsistencia de sus premisas; pero acaso convenga observar el error que supone excluir del procedimiento hipotecario la idea de existencia de una *litis*. López de Haro no da el concepto que utiliza de ésta, pero bien puede deducirse de sus afirmaciones que tal concepto es para él análogo al de *contienda* o *controversia*; y así, recoge aquella posición doctrinal antes aludida sobre la falta de dicha controversia o contienda (*litis*) en el proceso de la ley Hipotecaria. No hemos de insistir en la refutación de esta última tesis, que ya quedó señalada; únicamente diremos ahora que después de los trabajos realizados por la doctrina italiana, principalmente, la línea de separación entre *litis* y *contienda* puede considerarse como definitivamente trazada.(2).

Y si en esta dirección la *litis* ha de considerarse como aquel "conflicto de intereses" (elemento material) calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro (elemento formal), no cabe duda de que existe en el caso presente una verdadera *litis* de tal carácter, porque hay aquí un conflicto de intereses entre acreedor y deudor y una pretensión insatisfecha; dada la falta de pago por el segundo.

En resumen: frente a la opinión señalada cabe afirmar que en el procedimiento hipotecario nos hallamos ante una verdadera *litis*, y existe propiamente ejercicio de una *acción* de naturaleza *ejecutiva*.

(1) Número correspondiente al mes de febrero de 1934.

(2) Por obra de Carnelutti, en primer término, como se sabe. Prescindiendo de las últimas publicaciones de este autor, que López de Haro no pudo conocer, señalaremos aquí sus notas en la *Rivista di Diritto Processuale Civile* (1928, 1.ª parte, páginas 33 y 99), "Lite e funzione processuale" y "Lite e processo", y también Calanandrei "Il concetto di lite nel pensiero di F. Carnelutti" en la misma publicación.

c) En el puro terreno procesal, se ha atribuido por un autor a la tramitación ordenada en los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria una diversa naturaleza jurídica. Para Menéndez Pidal (1), el procedimiento judicial "sumario" es un "proceso ejecutivo documental hipotecario, que se deriva históricamente del proceso monitorio, y que tiene por objeto hacer efectivos los créditos garantizados con hipoteca, mediante la enajenación de las fincas hipotecadas, o su posesión interina por el acreedor".

Con respecto a la calificación dada al procedimiento que nos ocupa, "ejecutivo documental hipotecario", y dejando a un lado su pretendida derivación histórica del proceso monitorio (2), cabe hacer las siguientes observaciones:

En primer término, una de las características del proceso documental está, no en la denegación al demandado de toda posibilidad de oposición dentro del procedimiento, sino solamente de aquella oposición que no venga fundada en una prueba documental o en el juramento (3), del mismo modo que se limita el carácter de las pruebas que el actor ha de presentar en apoyo de su demanda. No es éste un proceso de ejecución, sino un proceso que tiende precisamente a la "obtención de un título ejecutivo, mediante un examen sumario del asunto" (4), es decir, que hay en él una fase de cognición, sumaria desde luego, que impide incluirlo dentro del tipo genérico de la ejecución procesal.

Pero en el procedimiento de la ley Hipotecaria, como fácilmente se comprende, no concurren estas características; es cierto que la única posibilidad de que el deudor promueva un incidente, en las diversas hipótesis del artículo 132, supone la presentación de un documento por parte del demandado; es cierto, asimismo, que la pretensión del actor viene acompañada de una justificación de su derecho, también de índole documental; pero no es menos evidente que dentro del procedimiento no existe normalmente una fase destinada a la presentación de tales alega-

(1) *Elementos de derecho procesal civil* cit., pág. 830

(2) El proceso documental y el monitorio tienen históricamente raíces diversas, aunque los dos sean formas del llamado procedimiento sumario "determinado"; arranca el primero, en efecto, del "processus executivus", y el segundo, de los "mandata de solvendo cum clausula justificativa".

(3) V. el parágrafo 598 de la Z. P. O. alemana, teniendo en cuenta, por lo que hace referencia al juramento, su actual sustitución en el derecho alemán por el interrogatorio de la parte.

(4) Goldschmidt: *Derecho procesal civil* cit., pág. 457

ciones y pruebas documentales por parte del deudor, sino que éste es un caso excepcional—un incidente—en el mismo; ni cabe oponer, además, todas las defensas que acaso existan con un fundamento documental, sino solamente las que de un modo taxativo enumera el citado artículo 132. El procedimiento hipotecario no es, en consecuencia, un procedimiento documental, por la razón de que éste constituye una modalidad especial del proceso de cognición o declaración, y aquél, como luego veremos, una manifestación auténtica del proceso de ejecución.

La alusión que hace Menéndez Pidal al procedimiento monitorio parece, asimismo, descentrada. Lo que entre nosotros suele señalarse como formas análogas a este proceso monitorio, es decir, el trámite de la provisión de fondos o de la cuenta jurada recogido en los artículos 7.<sup>o</sup>, 8.<sup>o</sup> y 12 de la ley de Enjuiciamiento civil, tiene un carácter tan singular, que evidentemente no permite construir una categoría afín al tipo de procedimiento ordenado en la ley Hipotecaria. Y si consideramos a aquel proceso monitorio desde la perspectiva más amplia que otras legislaciones nos ofrecen, encontraremos, para incluir en él el proceso que nos ocupa, una dificultad análoga a la que se nos ha presentado con el procedimiento documental, porque el monitorio, lejos de comenzar con la presentación de un título ejecutivo, se dirige a su obtención, y no queda en él legalmente excluida la oposición que el deudor pueda intentar (1).

Por todo ello, creemos que debe rechazarse también esta calificación dada al proceso del artículo 131 de la ley Hipotecaria.

(1) Sino que, por el contrario, la oposición presentada a tiempo elimina el carácter monitorio y lo convierte en ordinario (según la legislación alemana, que regula con mayor amplitud que la nuestra este tipo de proceso). Dice Menéndez Pidal (obra y página citadas, nota 1) que "las defensas y excepciones del ejecutado en el proceso monitorio moderno suelen desplazarse para un juicio ordinario posterior". Esta frase se presta a confusiones, porque parece que las excepciones y las defensas no son admisidas en el procedimiento monitorio, cuando lo que ocurre es todo lo contrario: si son presentadas por el deudor a su debido tiempo, extinguen el carácter monitorio de la tramitación realizada hasta entonces, como indica Kisch (*Elementos de derecho procesal civil*, versión española de Prieto Castro, Madrid, 1932, pág. 407): "este procedimiento no tiene valor para el acreedor más que cuando el adversario permanece inactivo; sólo entonces puede conseguir que se decida en firme y se haga ejecutable su decho, sin las molestias y pérdidas de tiempo del proceso ordinario. Nunca es otra cosa que un intento, cuando el deudor viene dispuesto a oponerse a las pretensiones de su acreedor, con la misma facilidad con que éste obtiene el mandamiento de pago, puede él privarle de toda fuerza". Véase si estas afirmaciones son aplicables al procedimiento hipotecario y si no hay más bien, entre él y el monitorio, un verdadero abismo de diferencia.

d) De todas las conclusiones parciales que a lo largo de los temas impugnados han ido sosteniéndose, parece desprenderse con caracteres de evidencia la idea fundamental de que el llamado "procedimiento judicial sumario" es, en esencia, un verdadero proceso de ejecución. Y ésta es también la tesis que en nuestra doctrina y jurisprudencia podemos considerar como dominante, aunque ella se apoye con frecuencia en fundamentos tan imprecisos como para exigir ahora, en la medida de lo posible, una aclaración.

La característica del proceso de ejecución está, como ha dicho un autor recientemente (1), "en procurar al titular del derecho subjetivo, o del interés protegido, la satisfacción *sin o contra la voluntad del obligado*". También en el proceso de ejecución se contraponen, como en el proceso "jurisdiccional" (2), dos partes, y se interpone entre éstas un tercero, que es el órgano del proceso; pero el fin a que tiende cada una de estas *dramatis personae* es netamente diverso del que distingue al proceso de cognición: ya no hay dos partes que se contradicen por turno y un Juez que investiga cuál de las dos lo haga con razón, sino una que quiere obtener algo y otra que no lo quiere dar, mientras el órgano del proceso se lo quita a ésta para dárselo a aquélla".

En el proceso de ejecución no se trata, pues, de examinar una pretensión para formar la orden de que sea actuada, sino pura y simplemente de *actuarla*; de aquí que en el desarrollo de esta manifestación específica de la tutela procesal falte normalmente una fase destinada a que el Juez reciba y compare las posibles alegaciones contradictorias de las partes. Y como precisamente tal falta era la nota específica que habíamos encontrado en el procedimiento hipotecario, de aquí que podemos afirmar ahora que su propia *naturaleza jurídica* está en ser un *proceso de ejecución*.

La solución así lograda puede parecer, aunque importante, exenta de dificultades en su fundamentación por la misma claridad de los razonamientos que la apoyan. Pero si pretendemos ahondar algo más en ella, y determinar, no ya, *en abstracto*, que se trata de un proceso de ejecución, sino, *en concreto*, a cuál de los procedimientos que nuestra ley de Enjuiciamiento civil conoce corresponde por su naturaleza el procedimiento hipotecario, los obstáculos suben de punto, dado lo vario

(1) Carnelutti: *Sistema del Diritto processuale civile* cit., pág. 185.

(2) Para Carnelutti, "función jurisdiccional" y "función procesal" no se confunden; la segunda es el "genus"; la primera, una "species" (*Sistema* cit., I, pág. 132).

e impreciso de la terminología y de los conceptos empleados en esta materia por nuestra ley Procesal.

En efecto: como veíamos al principio de nuestro trabajo, existe en el derecho positivo español un verdadero fraccionamiento de la ejecución procesal en numerosos procesos especiales. Se hace forzoso saber cuál de ellos constituye el tipo del proceso de ejecución que tiene una naturaleza análoga a la hipotecaria.

Un primer examen—que luego se hará necesario depurar—nos pone de manifiesto que en la investigación de tal tipo hay que eliminar previamente una serie de procedimientos que, por lo singular de su objeto, carecen de importancia en este punto. Así, de los trámites expuestos al principio de nuestro estudio quedará fuera: el procedimiento de apremio en negocios de comercio—1º, D)—, los procesos monitores—1º, E)—, el procedimiento de la ley de Hipoteca naval—2º, B)— y el procedimiento ejecutivo a favor de las sociedades de crédito territorial—2º, C)—. Y tendremos que ocuparnos, por consiguiente, del juicio ejecutivo en sus dos fases de procedimiento ejecutivo propiamente dicho—1º, A)— y procedimiento de apremio—1º, B)— y de la ejecución de sentencias—1º, C)—.

Con respecto al primero de ellos, no ha faltado quién, a pesar de defender ulteriormente otra calificación específica ya estudiada, designó al proceso para la efectividad de los créditos hipotecarios como un "procedimiento ejecutivo" (1). Si con esta expresión quiere designarse la figura del "proceso de ejecución" *in genere*, no cabe duda alguna acerca de su admisibilidad; pero si se trata de indicar que existe una correlación entre la naturaleza jurídica del procedimiento del artículo 131 de la ley Hipotecaria y el juicio ejecutivo regulado en el título XV, sección 1.ª (arts. 1.429 a 1.480) de la ley de Enjuiciamiento civil, la conclusión es mucho menos satisfactoria. El procedimiento especialmente llamado "ejecutivo" tiene, con la tramitación ordenada en el artículo 131 de la ley Hipotecaria, unas diferencias que no pueden ser fácilmente eliminadas. Recuérdese que, precisamente para salvar los inconvenientes que el juicio ejecutivo presentaba en la ejecución sobre inmuebles hipotecados, introdujo la ley de 21 de abril de 1909 la nueva forma procesal que vino a ser el contenido de los artículos 129 a 135.

(1) López de Haro, en el artículo citado, entre otros.

del texto hipotecario. El procedimiento ejecutivo es, si, otra vía judicial que el acreedor puede seguir, como antes vimos, para hacer efectivo su crédito garantizado; pero entre esta vía y la especial del procedimiento "sumario" hay, en cuanto a su recíproca naturaleza, profundas discrepancias.

Y la principal de estas diferencias está en que falta en el juicio ejecutivo aquella característica específica que fué señalada como la más relevante en el procedimiento hipotecario, es decir, la *ausencia de un período procesal destinado a recibir y examinar por el Juez las posibles alegaciones contradictorias de las partes*. En efecto: dentro del juicio ejecutivo existe indudable y normalmente una fase destinada a la *cognitio judicial*, fase en que el deudor puede oponerse a la continuación del procedimiento y en que el Juez debe analizar, antes de pasar adelante, los fundamentos de tal oposición (1).

Ahora bien: como la base para calificar al procedimiento hipotecario de proceso de ejecución fué la ausencia de este período procesal, llegamos, en el caso presente, a la conclusión de que el juicio ejecutivo, donde dicha ausencia no existe, no es, pese a su nombre—que tiene, sin embargo, una justificación histórica—, un verdadero proceso de ejecución. Si la ejecución procesal tiene como característica el ir dirigida a la *actuación* de una declaración de voluntad y no a su *formación*, tal característica no puede reconocerse en el procedimiento ejecutivo, que tiende en toda su primera fase (y luego veremos hasta qué punto la segunda, o sea la de apremio, puede configurarse como una mera continuación) a obtener el acto de voluntad, el mandato, que luego ha de ser actuado; el acto de voluntad a ejecutar no está contenido, como a primera vista pudiera creerse, en el *título* que da origen a la ejecución, sino en la *sentencia de remate* (2).

(1) No será necesario multiplicar las citas legales para convencirse de la existencia de esta fase de "cognitio" dentro del juicio ejecutivo. El deudor tiene, después de hecho el embargo, un plazo para interponer la oposición (tres días en caso de haber sido citado de remate por cédula, arts. 1.459 y 1.461; nueve días en caso de haber sido citado por edictos, art. 1.460), y otro a continuación para formalizarla (cuatro días, impúrrrogables, art. 1.463), y, caso de oponerse, las actuaciones judiciales subsiguientes tienen un innegable carácter de proceso de "cognición". Así, las alegaciones del deudor (excepciones y motivos de nulidad, arts. 1.464 a 1.467), la contestación del actor (art. 1.468) y la fase de prueba (arts. 1.469 a 1.471).

(2) Esta construcción de lo que es el juicio ejecutivo en nuestro derecho procesal puede, en un principio, aparecer en demasiada contradicción con el lenguaje de la ley para que resulte admisible. Creo, sin embargo, que, a poco que se ahonde en el tema,

Más analogías cabe señalar entre la tramitación ordenada en la ley Hipotecaria y la que se sigue para llevar a cabo *la ejecución de una sentencia*. Esta analogía ha llevado a algunos autores a establecer expresamente la paridad procesal entre ambos procedimientos y a afirmar su semejanza con la ejecución que en caso de sentencia se realiza (Morell).

se llega a corroborar la tesis de que tal procedimiento *ejecutivo* no es un procedimiento de *ejecución*. Ya hemos visto antes la existencia de un período de cognición en el que las actuaciones que se realizan no son indudablemente ejecutivas. Indiquemos ahora brevemente las principales objeciones en contra de la doctrina expuesta:

a) La existencia de un "título ejecutivo" que pone en marcha el procedimiento, de un "título que lleva aparejada ejecución" (art. 1.429). Pero si, prescindiendo ahora de las diversas teorías que sobre la naturaleza del título ejecutivo se han formulado, suponemos que cada uno de los que se enumeran en el citado artículo 1.429 contienen efectivamente una *orden* de actuación, ¿qué función realiza entonces en el procedimiento la *orden judicial* que es la *sentencia de remate* (art. 1.473), y que recaz sobre el fondo del asunto? La existencia de dos distintas expresiones de voluntad—la del título y la de la sentencia—obliga a concluir indefectiblemente que una de ellas sobra, como causa inmediata de la ejecución. Y no cabe duda de que esta causa es la *sentencia de remate*, que, a pesar de que, según el número 1º del mismo artículo, determina "que siga la ejecución adelante", lo que hace en realidad es ordenar que *comience* y ser el título de dicha ejecución—el verdadero título ejecutivo—por la razón de que las actividades anteriores no son, como ya tratamos de demostrar, verdaderas actividades de ejecución. Creo que esto puede aparecer con claridad pensando en el caso de que la sentencia se aparte del título en la fijación de la cuantía debida; hipótesis posible a tenor del artículo 1.466, recogida en el 1.473, número 1, donde se dice que la sentencia expresará "la cantidad que ha de ser pagada al acreedor". Aquí se ve, en efecto, que la condena del deudor procede *inmediatamente* de dicha sentencia y no del título presentado por el acreedor, que puede contener la exigencia de una cantidad mayor.

b) También puede decirse que dentro de la fase procesal que ahora examinamos, no existen sólo los trámites antes indicados, que tienen una función declarativa o de cognición, en el sentido ya expuesto; hay además otra serie de actuaciones que demuestran el carácter ejecutivo del procedimiento: fundamentalmente, el llamado *despacho de la ejecución* (art. 1.440) y su consecuencia principal, o sea el embargo en caso de falta de pago. Pero también en este caso podemos negar que se trate de una verdadera ejecución, ya que, por una parte, el requerimiento de pago o la intimación judicial al deudor—dejando ahora a un lado el problema de su conveniencia que no puede resolverse "ex jure condito"—no produce, caso de no ser atendido, la actuación del título, sino las medidas de embargo ordenadas en la ley, y estas medidas de embargo no tienen—evidentemente—naturaleza ejecutiva, sino precautoria, cautelar o de aseguramiento, o sea que persiguen una finalidad distinta y autónoma, que no puede confundirse con aquélla. De no creerlo así, habría de pensarse que, también en los casos en que en un típico proceso de cognición se decretara el embargo preventivo por hallarse el deudor en alguno de los supuestos del artículo 1.400 de la ley de Enjuiciamiento civil, habríamos pasado inmediatamente a la fase de ejecución.

c) Ni puede alegarse tampoco que la *sentencia de remate* se limita a ser una constatación judicial de la voluntad contenida en el título ejecutivo, que sería la única que da origen a la ejecución. Esta dificultad se funda en la observación de que tal

en los *Comentarios* cits.; Campuzano, *íd.*, etc.). Pero, ¿cuál es la característica de un proceso de ejecución en este caso? Para saberlo hemos de acudir al texto de la ley de Enjuiciamiento civil, y, concretamente, al título en que a dicha ejecución se hace referencia: VIII del libro II, artículos 919 a 958.

sentencia de remate no puede alterar el contenido del título, sino meramente decir si o no a la petición de que sea ejecutado; pero contra ello cabe alegar:

a') En primer lugar, que no siempre la sentencia se limita a admitir o denegar la ejecución pedida, sino que muchas veces esta petición es modificada, como ocurre en el caso ya indicado antes de alteración de la cuantía.

b') En segundo término, ese carácter de la sentencia de remate no es exclusivo de ella; se da también en el proceso de cognición, donde tampoco puede el Juez en su sentencia modificar las pretensiones de las partes, so pena de incurrir en el vicio de incongruencia. La imposibilidad, por tanto, de modificar las pretensiones de los sujetos procesales que se atribuye a la sentencia de remate como prueba de su carácter ejecutivo, no es sino una aplicación del principio de validez general "ne eat iudex ultra petita partium", y no puede tener, por tanto, esa eficacia demostrativa.

d) Por último, cabría indicar que el juicio ejecutivo contiene una segunda fase (sección 2.º del mismo tít. XV, arts. 1.481 a 1.532), cuya naturaleza ejecutiva es indiscutible. Efectivamente, en los artículos citados se contiene la regulación de verdaderas actividades de este carácter. Ahora bien: el "procedimiento de apremio" no es, en realidad, tan sólo una mera etapa del juicio ejecutivo, como su colocación en los textos legales puede hacer creer: es, por el contrario, según luego veremos, la forma ordinaria y típica del proceso de ejecución en nuestro derecho.

Con referencia a la legislación argentina, A. M. Etkin ("Ensayo sobre la *plus petitio* en la cantidad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1929), a pesar de confundir la ejecución con el proceso ejecutivo (pág. 96), hace notar que el acreedor puede reducir el objetivo de su demanda y diferir la vía de apremio, buscando así sólo "dar completa fuerza al título ejecutivo" (pág. 95). (Es nuestro el subrayado.)

Cuando en el juicio ejecutivo se ha obtenido un verdadero título de tal índole—la sentencia—, se pasa a la fase de apremio—ejecución—, del mismo modo que se pasa a ella cuando en un proceso ordinario ha recaído el fallo y se quiere ejecutar. Pero entre uno y otro período, pese a su contigüidad en la ley, hay una enorme diferencia, y el procedimiento de apremio igual pudiera estar colocado sistemáticamente en el título que trata de la ejecución de las sentencias (VIII, lib. II), ya que en él se ordena asimismo la ejecución propiamente dicha con arreglo a tal procedimiento, al que expresamente se remite (art. 922).

Resumiendo lo dicho, cabe, en mi opinión, mantener la tesis del carácter declarativo ("lato sensu" = de cognición) del juicio ejecutivo regulado en los artículos 1.429 a 1.480 de la ley de Enjuiciamiento civil. Se trata, sin embargo, y de modo indudable, de un procedimiento de cognición limitada, especial, que se caracteriza por tender a la rápida obtención de un título ejecutivo—la sentencia de remate—a base, en todos los casos, de la presentación por el actor de un documento de los incluidos en las categorías taxativamente determinadas en la ley (art. 1.429). Presenta, pues, grandes analogías con el *proceso documental* que conoce la legislación alemana, y al que antes se aludió (en el mismo sentido, Alcalá Zamora, en las "Notas" a la edición española del *Derecho procesal civil* citado, de Goldschmidt, pág. 461).

El procedimiento que ha de seguirse para la ejecución de una sentencia varía, como se sabe, de acuerdo con los distintos supuestos que pueden ser objeto de la condena. Ahora bien: en el caso presente, debemos fijarnos en aquel procedimiento que se sigue para ejecutar la sentencia que condena al pago de cantidad líquida, ya que en una cantidad líquida consiste también el crédito hipotecario para cuya efectividad se acude a la tramitación especial del artículo 131.

La determinación de las normas aplicables en este supuesto la encontramos en los artículos 921, párrafo 1.º, y 922 de la ley de Enjuiciamiento civil. A tenor del primero, "si la sentencia condenase al pago de cantidad líquida y determinada se procederá siempre y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de bienes del deudor en la forma y por el orden prevenidos para el juicio ejecutivo". Hasta aquí se trata de medidas cautelares que la ley de 1909 suprimió para el procedimiento hipotecario con buen acuerdo, dado lo innecesario, en este caso concreto, de la adopción de nuevas garantías. Según el segundo de los artículos citados, "hechos los embargos, se pasará al avalúo y venta de los bienes en que consistan y al pago, en su caso, con entera sujeción a las reglas establecidas para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo". Resulta, pues, que la forma procesal de ejecución de una sentencia—en esta hipótesis que podemos considerar como típica—está constituida por la vía de apremio de los artículos 1.481 a 1.531 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la afirmación que hemos hecho ya en otras ocasiones encuentra aquí su lugar oportuno de expresión: con el nombre de *procedimiento de apremio* (sección II, tít. XV, libro II) designa la ley las actuaciones que componen la forma que debemos estimar como ordinaria o común del *proceso de ejecución*. Y es, por tanto, con la regulación ordenada para esta vía de apremio con la que han de compararse las *normas especiales que sobre ejecución se encuentran en los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria* (1).

(1) Véase, pues, lo erróneo de la opinión de Ríos Mosquera, quien recientemente ("Cargas inmobiliarias", en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril de 1940) señala en la ejecución dos modalidades distintas: la del título VIII y la del título XV, sección II, de la ley de Enjuiciamiento. Por otra parte, el ejemplo aducido en la primera modalidad es inexacto, porque la sentencia que reconoce—sin más—la existencia de un derecho de servidumbre es una sentencia *declarativa*, y como tal no susceptible de ejecución, sin que pueda estimarse acto de este carácter la correspondiente inscripción de la servidumbre en el Registro.

La semejanza apuntada entre ejecución hipotecaria y ejecución de sentencia se nos convierte, por tanto, en último término, en una paridad entre la primera y el llamado procedimiento de apremio, paridad que ya ha sido expresamente señalada en algún texto jurisprudencial (1).

Llegados a este punto, parece que podemos determinar sin ulteriores dificultades la *naturaleza jurídica* del procedimiento hipotecario y su verdadero lugar sistemático en la regulación que nuestro derecho positivo conoce de la ejecución forzosa procesal.

Los tipos de esta ejecución varían, en efecto, según la índole de los bienes que son objeto de ella, y los supuestos legales son los siguientes:

- a) Ejecución sobre dinero, sueldo, pensiones o créditos realizables en el acto, artículo 1.481 de la ley de Enjuiciamiento civil.
- b) Ejecución sobre títulos valores, en particular los que se mencionan en el artículo 1.482, con la regulación contenida en el mismo precepto.
- c) Ejecución sobre bienes muebles, artículos 1.483 a 1.488, con algunas disposiciones aplicables de los artículos siguientes.
- d) Ejecución sobre *inmuebles*, artículos 1.489 a 1.531 de la que debemos considerar como una *hipótesis especial* el procedimiento determinado en la ley Hipotecaria (2). Este es, en definitiva, un proceso de

(1) Sentencia citada de 23 de noviembre de 1926. El procedimiento judicial subratib "reúne requisitos y condiciones de gran semejanza con la vía de apremio del juicio ejecutivo".

(2) ¿Hasta qué punto esta *especialidad* debe subsistir en una ordenación futura de la ejecución procesal? El procedimiento hipotecario ha suscitado numerosas críticas doctrinales, que ponen de relieve, sobre todo, el hecho cierto de su *ineficacia* y de que los fines que con él pretendió lograr el legislador han quedado en su mayor parte sin ser alcanzados. Un juicio de conjunto no puede ahora formularse, ya que merecen críticas diferentes las varias innovaciones que contiene con respecto al régimen común. En general, puede decirse que las nuevas soluciones adoptadas responden a un sistema más perfecto que el de la ley de Enjuiciamiento civil, pero han incurrido en el defecto de no recoger todos los complementos necesarios para que tengan utilidad real, y así ha quedado a medias la sustitución de un régimen por otro. Ahora bien: lo que sí puede afirmarse es que no tiene razón de ser la existencia del procedimiento hipotecario como forma *especial* de ejecución, y, reconociendo la superioridad (que aún puede ser aumentada) del texto hipotecario sobre el de la ley de Enjuiciamiento civil, lo que habrá de hacerse es elevar los preceptos del primero a supuestos de carácter general y ordenar un tipo único de ejecución sobre inmuebles en que se recojan las soluciones mejores de aquél y en el que venga incluida la hipótesis del título hipotecario, al lado de las restantes, sin más que, a lo sumo, la determinación de los pocos artículos específicos que se juzguen indispensables.

*ejecución* aplicable a casos delimitados por la índole de los créditos que lo originan; y la escritura de constitución de hipoteca, en la que concurren las circunstancias expresadas en el artículo 130, es, a diferencia de los casos enumerados en el artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, un *verdadero título ejecutivo*.

**JAIME GUASP DELGADO.**

Letrado del Consejo de Estado.  
Catedrático de Derecho procesal de la Universidad  
de Barcelona.