

La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria (*)

FUENTES LEGALES (Continuación.)

2.—Sus caracteres.—A) Naturaleza procesal.—B) Absolutas y dispositivas.

2. Conocemos ya, por tanto, las *fuentes legales* de la específica ejecución procesal en la materia hipotecaria (1). Veamos ahora cuál es el carácter y las notas esenciales que a tales fuentes han de atribuirse.

La determinación de estas notas y de este carácter no constituye, como a primera vista se pudiera creer, un punto de mera especulación, ajeno en absoluto a la trascendencia *práctica* de las normas que tratan de analizarse. Por el contrario, un examen más detenido del tema pone de relieve de qué manera los resultados de la investigación pueden prejuzgar un gran número de soluciones *concretas* cuya solución es de un interés indudable.

Por esta razón indicaremos las notas específicas que concurren en las normas enunciadas refiriéndonos a su naturaleza *procesal*, a su carácter *absoluto o dispositivo* y al problema de su *retroactividad* (2).

(*) Véase el número anterior.

(1) El resto de fuentes que no consisten exclusivamente en la *ley* (costumbre, jurisprudencia, etc.), y que pueden referirse a nuestro problema, no plantean en términos generales una cuestión relacionada con este caso concreto, de que debamos ocuparnos.

(2) Propiamente, el problema de la *retroactividad* no debía configurarse como carácter de los preceptos analizados, sino como uno de los *límites de su vigencia*, en lo que coincide la doctrina del derecho procesal: Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 1929 (2.ª edición), pág. 15; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, 1936 (versión española), pág. 35; Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, pág. 139 de la deficiente versión española, etc. El hecho de que no tengamos ahora que estudiar los otros límites de aplicación (en el espacio) nos ha inducido a incluir el tema en el presente apartado.

A) No es dudoso que los arts. 129 a 135 de la Ley Hipotecaria y aquellos que les sirven de complemento y desarrollo en la misma ley y en su Reglamento tienen una evidente naturaleza *procesal*. Cualquiera que sea el criterio que sirva para definir los fenómenos, pertenecientes a este orden, parece innegable que tal criterio habrá de aplicarse igualmente al procedimiento judicial para la efectividad de los créditos hipotecarios. Y si pensamos, con la doctrina que puede considerarse todavía como dominante, que la norma procesal tiene por misión regular la actividad que se dirige a la actuación de la ley por los órganos de la jurisdicción ordinaria (1), veremos que también en este caso los artículos estudiados encajan en dicha noción, puesto que, en efecto, ellos se refieren a una serie de actos que tienden a actuar el derecho objetivo (en general, la norma que establece la sujeción de los bienes hipotecados a la obligación que se trata de garantizar, artículos 1.876 del Código civil y 105 de la Ley Hipotecaria), mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria (el Juez de primera instancia, regla 1.ª del art. 131).

Sin embargo, y pese a este evidente carácter procesal, no es ocioso hacer ahora una manifestación expresa en tal sentido por la posible confusión que en este punto pudieran provocar dos distintas circunstancias cuya significación conviene poner de relieve.

En primer lugar, el hecho de que los preceptos que ahora se estudian formen parte de una Ley de carácter *material* o *substantivo* pudiera hacer pensar erróneamente que a ellos había de atribuirseles una naturaleza análoga. No hará falta insistir, no obstante, en que la colocación de una norma jurídica dentro del total ordenamiento positivo no es criterio suficiente para resolver el problema de su carácter: en efecto (2), dentro del Código civil o del Código de Comercio españoles, podríamos señalar numerosos preceptos de innegable índole procesal que están, sin embargo, encuadrados en aquellos cuerpos legales. La ordenación procesal de la ejecución que analizamos se contiene en el texto de la Ley Hipotecaria por simples razones circunstanciales: la de ser el procedimiento regulado en la ley de Enjuiciamiento civil excesivamente dilatado y propenso a que se promuevan incidentes en per-

(1) Aunque este concepto sea en realidad insuficiente para definir la institución, problema en cuyo análisis, como es lógico, no pretendemos entrar ahora.

(2) En este sentido, aplicando la solución al problema de la distinción entre "vía judicial" y "administrativa", Rosenberg. ob. cit., pág. 25.

juicio de la rápida satisfacción del acreedor ejecutante (1) y la mayor facilidad que hubo para reformar los artículos de la Ley Hipotecaria y no los del régimen procesal común, dada la existencia de un precedente en la materia—el de la ley de Ultramar—y dados además otros motivos de oportunidad general en cuyo examen no hemos de entrar ahora.

Por otra parte, cabría preguntarse si las normas legales que regulan la *ejecución* deben considerarse como *procesales* o si más bien entre ambas instituciones no hay que establecer una separación que asigne a cada una zonas de actividad absolutamente distintas. Esta cuestión, que desde el punto de vista de nuestro derecho positivo no ofrece duda alguna, supuesto que los actos dirigidos a la ejecución son regulados con un evidente paralelismo al de las otras manifestaciones procesales, pudiera acaso plantearse en base a determinadas direcciones modernas que insisten en aislar la naturaleza de uno y otro fenómeno, aludiendo, por ejemplo, a la "separación realizada en la nueva ordenación de los estudios entre "litigio"—lo que sería el estricto proceso civil—y "ejecución" (2).

Sin entrar a fondo en el tema, que no nos interesa de momento en sus dimensiones generales, cabe, sí, sostener que el hecho de que la *ejecución* se nos presente como algo lógicamente diferente de otras actividades judiciales, no es motivo bastante para negar la pertenencia de tal instituto al campo genérico de lo *procesal*. Por tanto, a lo más que creemos pudiera llegarse en esta tendencia es a afirmar que la ejecución no es en su propio sentido una función *jurisdiccional* (3), pero sí, en todo caso, un fenómeno que ha de encajarse en la noción amplia del "proceso civil". El mismo SCHÖNKE antes citado, en una obra posterior (*Zwangsvollstreckungsrecht*, Berlín, 1940) dice expresamente que "la ejecución forzosa constituye una parte del proceso civil; pertenece, pues, a la jurisdicción civil contenciosa". Lo que ha de

(1) Se reconocía unánimemente que el procedimiento del juicio ejecutivo de la ley de Enjuiciamiento, que era el que ordinariamente se seguía para hacer efectivos los créditos hipotecarios, adolecía de los defectos de dilatorio y dispendioso, siendo evidente la conveniencia de sustituirlo por otro más rápido y económico. Campuzano, *Elementos de Derecho hipotecario*, Madrid, 1931 (2.ª edición), t. II, págs. 185 y siguientes.

(2) Así, Schönke, en el prólogo de su obra *Zivilprozessrecht*. Berlín, 1938

(3) Como quiere Carnelutti y parte de la doctrina italiana. Ver el *Sistema di Diritto procesale civile*, Padua, t. I, 1936, pág. 132, de aquí.

oponerse, por tanto, no es ya "ejecución" y "proceso civil en sentido estricto", sino "proceso de ejecución" y "proceso de declaración o cognición (1).

Siendo, por tanto, procesal la actividad de ejecución que ordenan los arts. 129 a 135 de la Ley Hipotecaria, dichos preceptos revestirán, en consecuencia, una naturaleza *procesal* también.

B) Pero dentro del derecho procesal hay normas de índole muy diversa: preceptos que son de observancia inmodificable por las partes; preceptos que, por el contrario, permiten a los sujetos privados estipulaciones en contra de su contenido; es decir, que existen reglas de *derecho absoluto* y de *derecho dispositivo*. ¿A cuál de estos grupos pertenecen los arts. 129 a 135 de la Ley Hipotecaria?

La cuestión ofrece extraordinaria importancia en sus términos generales, ya que depende de ella la solución que haya de dársele a numerosos problemas, como la admisibilidad de las convenciones procesales, los efectos de la no observancia de una determinada norma jurídica, etc. (2). Ahora bien: una respuesta aplicable a todos los casos que la realidad es susceptible de presentar, no puede darse, en modo alguno: se trata, efectivamente, de un problema de *interpretación*.

Con respecto al caso concreto planteado, y a diferencia de lo que ocurre en otros procedimientos, nos encontramos con un precepto expreso referido a este punto, en cuyo análisis vamos a detenernos ahora. Tal es el art. 129, en su última parte. A tenor de dicho artículo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial que se establece en el art. 131 de esta Ley, *sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes.*"

La lectura de esta disposición sugiere ya inmediatamente que, por categórico mandato de la Ley, el procedimiento judicial "sumario" pertenece íntegramente—"ninguno de sus trámites"—a la esfera del *ius cogens* y que es nulo el papel dejado a la voluntad privada individual en el desarrollo de la tramitación prescrita.

Pero tal afirmación, hecha así en términos generales, nos llevaría a un resultado erróneo, porque pudiera hacer creer que este procedimien-

(1) Ob. cit. pág. 1.

(2) Sobre este punto continúa siendo de gran interés el conocido artículo de Bülow "Dispositives Zivilprozessrechts und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", en el *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1881.

to ejecutivo tiene también carácter forzoso, en cuanto que el acreedor hipotecario no puede pedir la actuación de sus derechos sino acudiendo a los trámites ordenados en el art. 131; conclusión falsa, como veremos a continuación. Han de estudiarse, pues, ahora, dentro de este punto, dos problemas *distintos*: 1.º ¿Tiene la forma de ejecución que analizamos carácter *exclusivo*, en el sentido de ser el único procedimiento aplicable a la efectividad de los créditos hipotecarios en los que concurran las condiciones necesarias? (1). 2.º ¿Cabe que la voluntad de las partes, una vez supuesta la aplicación de estos preceptos en virtud del mandato de la ley o de la elección del titular del crédito altere los trámites concretos marcados en las disposiciones legales?

Ad. 1.º Como antes indicamos, un examen superficial del artículo 129 transcrito podría hacer pensar en la solución afirmativa de esta cuestión, si se estima que al decir la ley: "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario", etc., se excluye la posibilidad de que sea ejercitada de otra manera, y al añadir la citada disposición "sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes", cabe entender asimismo que el convenio privado es también ineficaz para modificar, no un trámite aislado, sino el conjunto de ellos, es decir, el procedimiento considerado como un todo. Según este criterio, no solamente la ejecución extrajudicial, sino el mismo juicio ejecutivo ordinario, sería inadmisibles siempre en el caso de que el acreedor, en cuyo título figurasen determinadas circunstancias, persiguiese la satisfacción de su crédito directamente sobre los bienes hipotecados.

Pero esta orientación, no obstante hallarse con frecuencia planteada—no sostenida—por la doctrina, no resiste ni el más ligero análisis de sus fundamentos en lo que respecta a nuestro derecho positivo. En efecto, frente a ella se alzan gran número de razones; entre otras, las siguientes:

Primeramente, la misma dicción literal del precepto comentado, donde se dice que la acción hipotecaria *podrá* ejercitarse sujetándose al procedimiento del art. 131; es decir, donde se marca una *facultad* para el acreedor, no una *obligación*—"carga", en sentido procesal (2)—.

(1) Sobre estas condiciones y su significación, v. infra. IV

(2) Pudiera objetarse que la expresión "podrá" hace referencia a la posibilidad de *iniciar* o no el procedimiento por parte del titular de la acción, pero no a la de *elegir* el que ha de seguirse, de modo que la "facultad" se refiere a la iniciativa pro-

Tampoco la última frase: "sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado", sirve para la demostración de la tesis impugnada, porque ella hace referencia, indudablemente, a la alteración de los trámites que componen el procedimiento—"sus trámites"—, no a la admisibilidad de su íntegra sustitución.

En segundo lugar, el precepto del art. 129 de la Ley Hipotecaria no hay que considerarlo—del mismo modo que cualquier otra disposición—como un mandato aislado y sin relación alguna con los demás artículos, sino más bien como una parte de un todo que debemos suponer armónico, y que es, en este caso, el resto de la legislación hipotecaria. Ahora bien: en otros preceptos esta legislación hace clara y precisa referencia a formas de ejecución que no dejan lugar a dudas sobre la compatibilidad de todas ellas y sobre la facultad de elección atribuida al acreedor. Prescindiendo de la ejecución extrajudicial, el procedimiento ejecutivo ordinario es aludido expresamente en la ley, en el artículo 126 (1), y, sobre todo, la facultad de opción concedida al acreedor se manifiesta de modo categórico en el art. 202 del Reglamento hipotecario, al decir que "el procedimiento judicial sumario será aplicable: 1.º A las hipotecas inscritas con anterioridad al 21 de abril de 1909, cuando los acreedores opten por tal procedimiento. 2.º A las posteriores a dicha fecha, si no optasen por el procedimiento ejecutivo ordinario".

La objeción de que estos preceptos reglamentarios se hallan en desacuerdo con el espíritu de la ley—ya que no puede decirse que con su letra—se desvanece fácilmente consultando los antecedentes de la promulgación del texto de 21 de abril de 1909; en efecto, la discusión habida sobre este punto en el Senado y las explicaciones de la Comisión y del propio Ministro de Justicia (2), no dejan lugar a dudas sobre que la verdadera interpretación de los preceptos innovados en la materia no permiten considerar al procedimiento de los arts. 129 a 135 con ca-

cesal, sin que suponga un derecho a la determinación de los trámites aplicables. Sin embargo, no es difícil demostrar que generalmente nuestra terminología procesal no emplea tal expresión cuando se trata de este tipo de facultades, sino una fórmula simplemente preceptiva; verbi gratia, art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento civil: "A toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente...", etc.

(1) "Cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil..."

(2) Véase en Higuera, P.: *Reforma de la Ley Hipotecaria. Interpretación auténtica de la Ley de 21 de abril de 1909*, Madrid, 1909, t. I, pág. 32.

rácter *exclusivo*. Del mismo modo, la doctrina hipotecaria y procesal, unánimes, y la jurisprudencia reconocen la naturaleza *voluntaria* o *potestativa* de esta forma de ejecución (1).

Si la solución en nuestro Derecho positivo no parece, pues, dudosa, otra cosa ocurre con la justificación del sistema aceptado por la ley. Entre nosotros el acreedor hipotecario puede elegir la tramitación que le agrade dentro del cuadro de procedimientos ordenados. Es, pues, posible que, no obstante la admisibilidad de la vía judicial "sumaria", el actor opte por el juicio ejecutivo de la ley de Enjuiciamiento civil. Se mejante criterio, ¿debe ser mantenido?

A la posición del acreedor que, no obstante poder iniciar el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria, demanda en juicio ejecutivo ordinario, cabría oponer la falta de uno de los requisitos esenciales de la tutela jurídica procesal: el *interés* o la *necesidad* de protección para el que solicita la actuación judicial. En el caso planteado no puede reconocerse, en efecto, la existencia de tal necesidad o interés para el actor que está en situación de obtener la actuación de su derecho en forma más sencilla que la pretendida por él. La doctrina alemana, en este punto (2), hace notar cómo no concurre la condición apuntada en el acreedor a quien se permite conseguir la prestación debida por un medio procesal más simple, y así se niega la sentencia ordinaria de condena a quien posee ya un título ejecutivo contra el deudor (fuera de los casos en que éste no se pueda utilizar).

En el derecho español, la Ley guarda silencio, como se sabe, sobre esta cuestión de la necesidad o interés, y la jurisprudencia ha recogido en ocasiones las conocidas máximas existentes en la materia (3). Aho-

(1) Ver Morell, ob. cit., pág. 88; Aragonés, ob. cit., pág. 90; Campuzano, ob. cit., págs. 177 y sigs.; López de Haro, *Tratado cit.*, pág. 218; Manresa *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 1929 (5.ª edición), t. V, pág. 102; Miguel y Romero: *Lecciones de práctica forense*, 1924 (4.ª edición), t. I, pág. 609. En cuanto a la jurisprudencia, la resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de febrero de 1911 dice en su primer Considerando que "el referido procedimiento tiene carácter potestativo o voluntario", y que "la Ley ha querido dejar en libertad a los interesados para elegir este medio, sin hacerlo en todo caso obligatorio".

(2) Aparte de las obras generales antes citadas, entre otras, Bley, *Klagrechts und rechtliche Interesse*, 1923.

(3) Aunque "en general, sin embargo, la jurisprudencia no ha formado un cuerpo de doctrina sobre el interés", Menéndez Pidal, *Elementos de Derecho procesal civil*, Madrid, 1935, pág. 73, nota 1.

ra bien: en el punto concreto que examinamos no cabe duda sobre cuál sea la solución defendible según los textos en vigor, como antes indicamos. La crítica de estos textos, fundada en la falta de interés para el acreedor, hay que hacerla, por otra parte, *cum grano salis*, porque no cabe sostener que el acreedor hipotecario carece de interés para seguir un juicio *declarativo ordinario*, aunque tenga expedita la vía del art. 131 de la Ley Hipotecaria, ya que en aquel juicio puede obtener algo que el procedimiento "sumario" es impotente para proporcionarle: una resolución judicial *con fuerza de cosa juzgada*; ni se debe afirmar tampoco que el acreedor, en estas mismas condiciones, no tenga nunca interés en preferir el juicio *ejecutivo de la ley de Enjuiciamiento civil*; piénsese en la hipótesis de que los bienes hipotecados sean insuficientes para cubrir el crédito del actor, y en la imposibilidad que existe en el proceso de ejecución de la Ley Hipotecaria—a diferencia de la ejecución común—de sujetar a los resultados del procedimiento otros bienes distintos de aquellos sobre que la hipoteca recae (1).

Ad. 2.º Admitido que el acreedor puede, dentro de los límites legales, optar por una u otra forma de ejecución, pese a la censura que en algunas hipótesis ha de merecer la concesión de tal facultad, ¿cuáles son los poderes de las partes sobre la tramitación ordenada por la Ley? ¿Es admisible alguna convención que modifique las normas procesales vigentes en la materia?

A ello responde expresamente el art. 129, antes citado, *in fine*: "sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes". Constituye este precepto una prohibición aplicada al problema hipotecario de la figura genérica del *proceso convencional*.

(1) Por consiguiente, la falta de *interés* ha de verse solamente en aquel acreedor que, teniendo *suficientemente* cubierto con los bienes hipotecados la obligación de su deudor, demanda a éste en juicio ejecutivo ordinario no obstante permitirle su título acudir a la ejecución hipotecaria (lo que es, sin embargo, admisible en el puro terreno positivo, como repetidamente hemos afirmado). La crítica de esta admisibilidad se encuentra asimismo en Manresa, aunque sin ver, a mi juicio, la esencia de la objeción contra el sistema legal (ausencia de un interés o necesidad de protección jurídica para el acreedor). "Corriendo a cargo de éste (del deudor) las costas del nuevo procedimiento y las del juicio ejecutivo y siendo éste, por regla general, más caro que aquél, no puede ser indiferente al deudor que su adversario el acreedor escoja entre ambos tipos o clases de procedimiento el que más caro resulte, dado que lo que se gaste de más en costas, recibirá en definitiva de menos el deudor..." "Habría sido mejor hacer preceptiva, obligatoria, la adopción de uno u otro tipo de procedimiento." (Obra citada, pág. 702.)

La posibilidad de una convención entre las partes sobre una actividad procesal está íntimamente ligada al problema de carácter absoluto o dispositivo de la infracción de las normas que la regulan; no obstante, ambas cuestiones difieren lógicamente, y así, el hecho de que la infracción de un precepto tenga carácter dispositivo no quiere decir que en el punto de que él trata quepa una estipulación que tienda a modificar su contenido (1). Aplicando este criterio al procedimiento que estudiamos, podríamos encontrar en él ejemplo de disposiciones cuya infracción no es de índole absoluta (2); sin embargo, no podremos, dados los términos generales del art. 129, encontrar ninguno en que se reconozca eficacia a un posible acuerdo de las partes sobre la materia procesal ordenada por la Ley.

Dentro de los tipos comunes de procesos, existe asimismo una admisibilidad muy restringida de las convenciones de las partes (3); sin embargo, pueden citarse casos, admitidos por algunas legislaciones, de *acuerdos procesales* v. gr. (prescindiendo de la importantísima figura del *compromiso*): la renuncia contractual al recurso de apelación, las cláusulas insertas en una estipulación sobre la prueba, etc. Ahora bien: dejando a un lado el problema en general, en nuestro Derecho positivo no cabe duda que, por lo que hace a la ejecución de la Ley Hipotecaria, ni siquiera con semejante carácter excepcional pueden admitirse tales supuestos. Doctrinalmente se fundamenta la solución en el carácter de orden público que tienen los artículos que analizamos, dado su carácter procesal (4); no obstante, incurre este argumento en el defecto de probar demasiado, porque no se sabe la razón de que no exista un precepto parecido en la legislación procesal común, que tiene, indudablemente, análoga naturaleza (5). Por otra parte, muchas de las normas

(1) "Una cosa es renunciar a oponer una nulidad en que ya se ha incurrido y otra es disponer un proceso convencional." Chiovenda, ob. cit., pág. 124.

(2) Acaso sea la más típica la que se contiene en el número 3 de la regla 3.ª del artículo 131 sobre presentación con el escrito inicial del acta notarial justificativa del requerimiento de pago; no obstante, sobre la interpretación contraria de este precepto, infra.

(3) Köhler ha escrito sobre esta materia un estudio: *Über prozessrechtliche Verträge und Creationen*, Berlín, 1894.

(4) En este sentido, las obras generales anteriormente citadas, nota 1. pág. 7

(5) Salva la disposición del artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento, que no es tan explícito como el que ahora analizamos.

del procedimiento judicial "sumario" (1) están dictadas en interés del acreedor o del deudor puramente; no se comprende, pues, cómo se justifica la prohibición de renuncia a estas ventajas legales que tienen un mero contenido patrimonial. Otra crítica habría de hacerse si las normas aplicables estuviesen verdaderamente inspiradas en un auténtico interés público que concediera al Juez, por ejemplo, entre otras cosas, una intervención más amplia y eficaz que la que se le atribuye.

La prohibición legal parece responder, por tanto, más a un criterio de simplificación del procedimiento (2) (lo que pudo pensarse se conseguiría no admitiendo variaciones convencionales del régimen preceptuado) que no a una decidida tendencia a reducir el papel de la voluntad privada en el orden procesal. Confirma esta opinión (3) el hecho de que más tarde, en el art. 131, se reconozca una típica convención procesal que modifica las normas ordinarias de competencia: el pacto de sumisión, recogido en la regla primera de dicho artículo, y ciertamente con mayor amplitud de la que tenía en el precedente de la Ley de Ultramar de 1893.

Con respecto a los contratos procesales sobre ejecución (*Vollstreckungsverträge* o *Executionsverträge*, en la terminología alemana), contamos, pues, con un criterio positivo general sobre la imposibilidad jurídica de su existencia en la ejecución hipotecaria. La distinción, importante en otras legislaciones, entre acuerdos que *amplían* la ejecución y acuerdos que la *restringen*, con la solución de que los primeros deben ser rechazados, y admitidos los segundos, carece aquí de valor. Lo mismo las normas puestas en interés del acreedor que en el del deudor, son inalterables para las partes. Ahora bien: para llegar, en la práctica, a

(1) Por no decir la totalidad, ya que la Ley de 1909—y no habrá que añadir que la de Enjuiciamiento civil—desconoce la idea de un "interés de la comunidad" que esté presente en el desarrollo de las actividades procesales de ejecución y que debe ser primeramente tenida en cuenta en la regulación jurídica de dichas actividades, idea que ya fué puesta de relieve por Köhler en 1889 (*Prozessrechtliche Forschungen*) y desarrollada en su producción legislativa y doctrinal por Klein (Klein-Engel, *Der Zivilprozess österreichs*, 1927), y que constituye hoy uno de los *leit-motivs* de las direcciones del derecho procesal. V. Schönke, *Zwangsvollstreckungs-rechts stellung*, cit., pág. 4, donde se recogen los anteriores datos

(2) O de no empeorar la situación del deudor.

(3) Que no se desvirtúa, naturalmente, sea cual fuere el pensamiento de los autores de la reforma de 1909, ni se trata aquí de indagar en modo alguno la *mens legislatoris* sobre el punto controvertido

una calificación correcta de determinadas estipulaciones cuya naturaleza puede ser dudosa, es preciso tener en cuenta que la prohibición legal únicamente se aplicó a aquellas convenciones que *directamente tienden a regular un "trámite" procesal*, no a aquellas que, *recayendo sobre la acción o el título*, produzcan una modificación en el posible proceso que ulteriormente se origine.

Supongamos el caso de que A., acreedor hipotecario de B., se compromete con éste (y ello se hace constar así) a no hacer uso de su título ejecutivo hasta pasados dos años del vencimiento de la deuda. En este caso, la estipulación es, a mi juicio, completamente admisible y eficaz, y si, a pesar de ella, A. pidiera al Juez la ejecución antes del plazo convenido, podría ser denegada por éste al examinar el requisito de la "exigibilidad" a que hacen referencia las reglas 2.^a y 4.^a del art. 131. Pero en el caso apuntado, la obligación es, desde luego, "exigible"; la convención recae no sobre ella, sino sobre una materia específica procesal como es la eficacia en el tiempo de un título ejecutivo; lo cual quiere decir que no todas las estipulaciones procesales que se refieran a la ejecución en materia hipotecaria son inadmisibles, sino solamente, como antes decíamos, las que tienden a alterar los trámites marcados por la ley (1), y esto es, en definitiva, lo que prescribe el texto literal del artículo 129.

Ciertamente, es, con frecuencia, difícil de distinguir el contrato que recae sobre las relaciones jurídicas privadas, de aquel que tiene por objeto una relación de índole procesal, y acaso se haga, asimismo, en ocasiones imprecisa la línea de separación entre las convenciones que versan sobre el simple procedimiento y las restantes. Un autor alemán, Roquette (2) alude a la diferencia entre los distintos "momentos" a que la estipulación se refiere (3) y hace notar cómo en la práctica frecuentemente va mezclado el "momento procesal" con el "material", que, sin embargo, tiene un tratamiento jurídico diverso e independiente.

(1) La idea fundamental de esta solución, a saber: que los problemas de *trámites* no son sino una parte de los problemas *del proceso*, no creemos que necesite una ulterior demostración.

(2) "Vollstreckungsverträge"; en la *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozessrecht*. 1925, págs. 160 y sigs.

(3) Contratos de ejecución (en sentido procesal) son para este autor los "acuerdos entre acreedor y deudor sobre la utilización del título ejecutivo". (Ob. cit., página 160.)

Para nuestro propósito se hace preciso completar la distinción con la de contratos procesales sobre los trámites del procedimiento "sumario" y contratos referidos a "momentos" distintos de la pura tramitación, aplicando la prohibición legal del art. 129 únicamente a los primeros (1).

JAIME GUASP DELGADO.

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

(1) El tema de la admisibilidad *in genere* de los contratos de ejecución, que aquí se recoge, no puede ser expuesto ahora por las naturales limitaciones del presente estudio. La doctrina alemana (como sabemos, siempre referida a los acuerdos que *restringen* la ejecución), pese a algunas excepciones (Hellwig, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, 1910) domina en sentido afirmativo. V. en la *Zeitschrift* citada. (tomo XXX), el conocido artículo de Sintenis: "Simulirte Prozess".