

como el Act de 13 de julio de 1938, que introdujo la llamada "Family provision".

El derecho italiano, admitiendo el sistema romano de aceptación de la herencia, elimina una serie de dificultades teóricas en torno a la admisión o no de la herencia yacente.

Este es, en un rápido resumen, seguramente no muy bien logrado, el libro de Gitrama, escrito en lenguaje llano, no exento de bellezas literarias, y con una presentación tipográfica como la que ya es característica de la editorial de Derecho privado.

Por todo ello no dudo de que el presente libro sea recibido con gran aprecio por todos los profesionales del Derecho, tanto de los cultivadores de la ciencia jurídica, como de los que tienen por misión la aplicación viva del Derecho.

Ignacio SERRANO

GUASP, Jaime: "La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria". Editorial Bosch. Barcelona, 1951. 173 páginas.

En 1941 publicó el profesor Guasp en la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" un interesante trabajo, en el que, por primera vez, se estudiaba de un modo completo y sistemático el procedimiento especial establecido por los arts. 129 y 135 de la Ley Hipotecaria para la realización judicial de los créditos garantidos con hipoteca. Gran aceptación obtuvo en el campo doctrinal—y aun en el legislativo—el citado trabajo, pero modificaciones sufridas posteriormente por la Ley Hipotecaria—en parte por influencia del repetido estudio—le hicieron anticuado, y ello ha movido a su autor a publicarlo de nuevo, de acuerdo con la legislación vigente, y ahora en la forma más apropiada—por la extensión del artículo—de monografía.

Interesantísimo en toda su extensión es el trabajo, desde la misma "Introducción" en que, con toda precisión y claridad, se delimita el objeto del estudio, hasta los últimos capítulos dedicados al examen de las distintas fases del procedimiento y de los diversos efectos, tanto materiales como formales, de dicha ejecución. Pero creemos que, de los cinco capítulos en que el trabajo se divide (1) son de mayor interés los dos primeros en los que, respectivamente, se trata del carácter y ámbito del procedimiento y de la naturaleza jurídica del mismo.

En las primeras páginas el autor expone la idea de que la ejecución procesal es única, pero con diversas manifestaciones; y a continuación, enumera los distintos procedimientos ejecutivos que nuestro Ordenamiento legal admite. Entre estos procedimientos, entre estas varias manifestaciones de la ejecución procesal destaca, por su especialidad, el procedimiento establecido por los artículos 129 a 135 de la Ley Hipoteca-

(1) I. Normas legales que regulan el procedimiento, su carácter y ámbito. II. Naturaleza jurídica del procedimiento. III. Presupuestos o condiciones. IV. Análisis del procedimiento. V. Efectos de la ejecución.

ría, procedimiento éste, que, aunque regulado en una ley de carácter sustantivo, es de naturaleza procesal.

Hasta la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, que lo estableció, no existía un procedimiento especial para la realización judicial de los créditos garantidos con hipoteca, y, por tanto, el acreedor hipotecario había de incoar el procedimiento ejecutivo ordinario para cobrar su crédito. Era necesaria una mayor protección judicial de los créditos hipotecarios, una protección más rápida y sencilla que evitase a quien tiene un crédito de dicha naturaleza tener que hacer uso de un procedimiento—el sumario ejecutivo ordinario—que, por admitirse en él cierta cognición, aunque limitada, es lento y complicado. En atención a estas razones, y después de varias tentativas, la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909 implantó el procedimiento especial ejecutivo hipotecario, regulándolo en sus artículos 129 al 135.

Pero esta regulación que hacen las citadas disposiciones de la Ley Hipotecaria es insuficiente y surgen lagunas que es necesario llenar; así, por ejemplo, en qué forma han de dictarse las resoluciones recaídas en el procedimiento cuando nada se diga expresamente (art. 131, reglas 4.^a, 12.^a y 15.^a), cómo han de tramitarse los incidentes que surjan en la hipótesis de administración interina de la finca hipotecada por el acreedor (art. 131, regla 6.^a), etc. Mas ¿cuál ha de ser el derecho aplicable como subsidiario para llenar las lagunas dejadas por la Ley Hipotecaria? Para el profesor Guasp no es otro que el contenido en la Ley de enjuiciamiento, no sólo por la naturaleza procesal del procedimiento que estudiamos, sino también porque las alusiones que los citados artículos hacen a la Ley de enjuiciamiento (por ejemplo, art. 131, regla 3.^a) son un claro indicio de que el legislador tuvo a la misma como supletoria.

Una vez determinadas las fuentes del procedimiento hipotecario, pasa el profesor Guasp a examinar el carácter y las notas esenciales del mismo. Y con ello entra de lleno en el estudio de interesantes problemas, tales como los siguientes:

a) Si el procedimiento ejecutivo hipotecario tiene carácter exclusivo, o, en otras palabras, si puede el acreedor hipotecario hacer uso de otros medios procesales para conseguir el pago de su crédito.

De un examen “*prima facie*” del art. 129 parece deducirse la imposibilidad de adoptar otro procedimiento que no sea el establecido por la Ley Hipotecaria. En efecto, en el citado artículo se dice: “... sujetando su ejercicio (el de la acción hipotecaria) al procedimiento judicial sumario que se establece en el art. 131, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes”. Pero examinando más detenidamente el precepto, el profesor Guasp deduce, en su trabajo, la posibilidad por parte del acreedor hipotecario de acudir a otro procedimiento, basándose en los siguientes argumentos:

1.º El Artículo 129 dice “La acción hipotecaria “podrá” ejercitarse... sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el art. 131 ...”; éste “podrá” indica se trata de una facultad,

de un privilegio concedido al acreedor hipotecario, a diferencia del acreedor ordinario, pero no de una obligación.

2.º La última parte del mismo art. 129 se refiere a la imposibilidad de alterar por convenio “los trámites” del procedimiento, pero no el procedimiento en su conjunto, que puede ser sustituido por otro.

3.º La misma Ley Hipotecaria se refiere expresamente a tal posibilidad de realizar judicialmente el crédito por medio de otro procedimiento distinto del ejecutivo hipotecario (así, art. 126).

Esta tesis de la no exclusividad ha sido aceptada por la Dirección General de Registros, que en su resolución de 11 de febrero de 1911 dice que “el referido procedimiento tiene carácter potestativo y voluntario”, y que “la ley ha querido dejar en libertad a los interesados para elegir este medio, sin hacerlo en ningún caso obligatorio” (1).

Saliendo al paso de la posible alegación de falta de interés en el acreedor hipotecario al incoar un procedimiento más complicado que el establecido por la Ley Hipotecaria, el profesor Guasp hace ver las desventajas que a veces tiene el procedimiento sumario hipotecario para el acreedor actor, y, por consiguiente, la posibilidad de que a éste le interese incoar otro procedimiento. Así, en el hipotecario, por su carácter de sumario, no se obtiene una sentencia con efectos de cosa juzgada, como se consigue, por el contrario, en el procedimiento de cognición ordinario. Piénsese también en el caso de insuficiencia de los bienes hipotecados para cubrir el crédito; incoándose el sumario ejecutivo hipotecario no puede hacerse presa en otros bienes del deudor, lo que sería posible de haber hecho uso del sumario ejecutivo ordinario.

b) Admitida la no exclusividad del procedimiento hipotecario, surge un nuevo e importante problema: ¿las normas de los arts. 129 a 135 son de carácter dispositivo o absoluto? Esta no es una cuestión—advierte el profesor Guasp—de mera importancia teórica, sino también de gran trascendencia práctica, en cuanto de ello depende la admisibilidad o no de los pactos procesales y los distintos efectos de la inobservancia de una determinada norma jurídica. El art. 129 dice claramente, como hemos dejado indicado ya, que “ninguno de sus trámites puede ser alterado por convenio entre las partes”, lo que nos obliga forzosamente a declarar el carácter absoluto de las normas reguladoras del procedimiento hipotecario, aunque cueste trabajo admitir que un procedimiento creado en favor de las partes no pueda ser modificado según sus conveniencias. Y es que lo que hay es que tal limitación tiene por fin no tanto frenar la voluntad de las partes como evitar que un procedimiento que por su fin ha de ser rápido y sencillo se complique, como se complicaría de admitirse la intervención de la voluntad de las partes. De otro lado, el profesor Guasp advierte que “la prohibición legal se aplica a aquellas convenciones que directamente tiendan a regular un trámite y no sobre

(1) Cuatro son los medios de que puede hacer uso el acreedor hipotecario para obtener el pago de su crédito: 1º, el juicio declarativo ordinario; 2º, el ejecutivo ordinario; 3º, el ejecutivo sumario, y 4º, el procedimiento extrajudicial.

aquellas que, recayendo sobre la acción o el título, produzcan una modificación en el posible proceso que ulteriormente se origine”.

Si interesante es el capítulo I, más aún lo es el II, en el que se trata de la naturaleza jurídica del procedimiento hipotecario. El autor examina primeramente las distintas denominaciones que para designar el citado procedimiento se han empleado. Se muestra el profesor Guasp enemigo de llamarle procedimiento hipotecario, pues tal denominación parece indicar se trata de un procedimiento de carácter sustantivo o material, cuando en realidad es, como dejamos apuntado más arriba, de carácter procesal. “La calificación del proceso—dice Guasp—ha de hacerse no tanto por el especial objeto a que está destinado como por la índole de los actos que lo componen”, y éstos, indudablemente, son de carácter procesal. Tampoco es muy apropiada, en opinión de Guasp, la denominación comúnmente empleada de procedimiento judicial sumario, pues—prescindiendo de la redundancia que supone la expresión “procedimiento judicial” (1)—el término “sumario” da una idea de acortamiento y sencillez de trámites en comparación con otro procedimiento más complicado, peor no de una alteración “in radice” de los trámites del proceso, como sucede en el procedimiento de que hablamos, en el que no existe una fase destinada a la comparecencia del deudor-demandado, y, por tanto, a sus alegaciones.

Precisamente en esta falta de comparecencia y alegaciones del demandado ve el profesor Guasp la nota fundamental y característica del procedimiento establecido por la Ley Hipotecaria. Partiendo de esta base se han presentado por hipotecaristas y procesalistas diversas opiniones sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de los arts. 129 al 135 de la Ley Hipotecaria, opiniones que el profesor Guasp en su monografía va criticando con razonamientos muy dignos de consideración.

Para algunos hipotecaristas, como Morell y Aragonés, el juicio de que nos ocupamos no es en realidad un juicio, ya que no existe contienda entre partes. En seguida se advierte lo equivocado de tal opinión: en el juicio hipotecario hay indudablemente contienda entre partes, intereses contrapuestos—el del acreedor que quiere cobrar y el del deudor que se niega a ello, al menos tácitamente, pues por eso se ha visto obligado el primero a acudir a la vía judicial—, lo que sucede es que tal oposición no se manifiesta en el procedimiento. “Más que ausencia de contienda, hay ausencia de un período procesal destinado a examinarla”, dice Guasp.

Según García Fernández (2) se trata de un procedimiento—un expediente, mejor—de jurisdicción voluntaria, ya que no existe contradicción. Pero tampoco en la ejecución de sentencias hay contradicción y no puede negarse su carácter de acto de jurisdicción contenciosa. De otra

(1) Excusable en cuanto tiene por fin distinguir tal procedimiento del extrajudicial, admisible según la Ley hipotecaria (art. 129, párrafo II) cuando se haya pactado.

(2) *Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario*. “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, 1912, págs. 189 y 5

parte, en los actos de jurisdicción voluntaria es perfectamente admisible la oposición, haciéndose entonces contencioso el expediente (art. 1.817), oposición que, como hemos indicado, es imposible en el procedimiento hipotecario salvo en los casos excepcionales del art. 132, en que tiene lugar un incidente.

Para M. Pidal (3) el procedimiento hipotecario es una manifestación del procedimiento ejecutivo documental, una de las especies del procedimiento monitorio. Ciertamente que en él, como en el monitorio, el Juez, después de examinar los documentos en que el actor funda su derecho, dicta un mandatum de solvendo, sin oír al demandado, pero entre uno y otro procedimiento podemos señalar, entre otras, las siguientes diferencias: 1) el procedimiento hipotecario es un procedimiento de ejecución; el monitorio, por el contrario, tiene por fin la rápida creación de un título que haga posible la ejecución. 2) El procedimiento monitorio se caracteriza por la inversión de la iniciativa del contradictorio del actor al demandado (4), lo que no sucede en el hipotecario, en el que siempre el acreedor-actor inicia el juicio.

Después de rebatir las distintas opiniones formuladas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del procedimiento hipotecario, el profesor Guasp expone y fundamenta su propia opinión, manteniendo que el procedimiento regulado en los arts. 129 y ss. de la L. H. es un procedimiento de ejecución, y tratando luego de encuadrarlo en alguno de los tipos admitidos por nuestra ley procesal. La duda se encuentra entre el procedimiento ejecutivo de los artículos 1.429 al 1.480 de la LEC., y el procedimiento de apremio de los artículos 1.481 al 1.543. El profesor Guasp rechaza toda equiparación entre procedimiento hipotecario y procedimiento ejecutivo, pues para el citado profesor, el procedimiento ejecutivo de los arts. 1.429 y ss. de la LEC. es, paradójicamente, un juicio de cognición, y el hipotecario, por el contrario, es ejecutivo. Si no fuera ésta una importante diferencia, aun hay otra nota diferenciadora: en el procedimiento ejecutivo se admite la posibilidad de que el deudor-demandado se oponga (art. 1.461 LEC.), lo que no sucede en el hipotecario, salvo en los casos del art. 132, pero aun en estos casos, la oposición tiene lugar en un incidente, y, por tanto, no es esencial al procedimiento. Concluye el profesor Guasp sosteniendo que el procedimiento ejecutivo de la Ley Hipotecaria es semejante al procedimiento de apremio de la Ley de enjuiciamiento. Esta es la tesis aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 23 de noviembre de 1926 dice que tal procedimiento "reúne condiciones y requisitos de gran semejanza con la vía de apremio del procedimiento ejecutivo".

Jaime de CHAVARRI
Licenciado en Derecho.
Becario del I. N. E. J.

(3) *Elementos de Derecho procesal civil*, págs. 830 y s.

(4) CALAMANDREI: *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires, 1946, pág. 7.