

## II. NOTAS CRÍTICAS

### La recepción de la hipoteca por el Derecho Procesal (1)

Francisco LUCES GIL

Hace algún tiempo que la doctrina procesalista y los mismos hipotecaristas (1 bis) vienen poniendo de relieve la analogía de dos instituciones que pertenecen a sus respectivos dominios: el embargo y la hipoteca. Las mismas expresiones de «*autoembargo o embargo privado*», utilizadas para designar a la hipoteca, y la de «*hipoteca judicial*», empleada para calificar el embargo, destacan el parentesco funcional de ambas instituciones; pero no puede dársele otro valor que el estrictamente metafórico (2). Muy distinta es la tesis sostenida por el profesor Fenech, quien llega a afirmar de una manera resuelta y absoluta, que la hipoteca ha dejado de pertenecer al derecho privado, de ser un derecho real, para convertirse en una institución de carácter netamente procesal, esencialmente idéntica al embargo, y cuyo estudio corresponde de una manera exclusiva a este sector del ordenamiento jurídico. A mi modo de ver, las conclusiones a que llega el ilustre procesalista son inexactas, y voy a tratar de descubrir los fallos de su razonamiento.

Comienza afirmando el conferenciante que la hipoteca, después de una milenaria evolución de su contenido (de derecho real pleno, se transformó en derecho real de goce; luego, en derecho real de garantía; y, por último, en derecho real de realización de un valor), ha alcanzado hoy la plenitud de su desarrollo, transmutando su naturaleza de derecho real en institución de derecho público. Dentro del derecho procesal—dice—el marco adecuado para el estu-

(1) FENECH NAVARRO, Miguel: *Recepción de la hipoteca en el derecho procesal*. «Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal». (Discurso de apertura del curso 1962-1963.)

(1 bis) CARNELUTTI: *Processo di esecuzione*, I, 391 ss. 1929 y *Natura jurídica dell'ipoteca*. «Riv. Dir. proc. civ. 1939»; PUGLIATTI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, 213 ss. y 204 ss. 1935; NATTA: *L'esecuzione forzata*, 41 ss., 51 ss., 361 ss., 1937; LIEBMAN: *Titolo esecutivo*, 146 ss.; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*, II, 82, 1945; PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, II, 475 ss. y 530 ss., 1949; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, IV, 19 ss.; RERA: *Efecto real absoluto de las anotaciones de embargo*, R. Cr. D. I., núm. 235, 1947; RAMOS FOLGUES: *Defensa de la naturaleza real de la hipoteca*, R. Cr. D. I., núm. 258, 1949; CÁMARA: *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*, R. D. Priv., núm. 386, 1949; IGNACIO NAR\* *Proyecciones registrales de la responsabilidad* («Fundamentos y clasificación de las anotaciones preventivas»). R. D. Priv. núm. 424-425, 1962.

(2) Muy exactamente dice IGNACIO NAR\* (op. cit., pág. 575): «El cumplimiento de una prestación dineraria puede asegurarse en dos momentos distintos: antes del incumplimiento, generalmente al nacer la obligación con un plazo, o después del incumplimiento, al hacerse la reclamación. En el primer caso por medio de un embargo privado y voluntariamente constituido por el deudor en forma de prenda para los bienes muebles, y de hipoteca para los inmuebles... En nuestro sistema registral la hipoteca voluntaria provoca una inscripción que produce los mismos efectos que la anotación preventiva de hipoteca judicial llamada embargo.»

do de la hipoteca es el «proceso de ejecución», ya que la hipoteca no es otra cosa que un embargo anticipado y provisional de un bien inmueble, un convenio procesal acerca de una posible ejecución futura.

El primer argumento esgrimido en defensa de la identidad esencial del embargo y la hipoteca, es el de la posibilidad de aplicar la definición legal de esta última al primero. Si el embargo consiste en la determinación de los bienes que han de ser objeto de la realización forzosa, dentro de los que posee el deudor, fijando su sometimiento a la ejecución procesal, bien puede afirmarse que, «el embargo sujeta, directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituido». Prescindiendo de que la adecuación de conceptos no es del todo exacta (puesto que para ser eficaz el embargo ha de recaer necesariamente sobre los bienes de que sea titular el deudor responsable, ya que, si perteneciesen a un tercero, podría éste obtener inmediatamente su alzamiento), la quiebra fundamental del razonamiento está en que la fórmula utilizada para definir ambas instituciones es incompleta. Omite precisamente la *diferencia específica* que caracteriza a cada una de las figuras cuya identidad trata de demostrar. Esa última diferencia que peculiariza y distingue el embargo de la hipoteca es el título originador de esa situación de garantía (género próximo). El embargo tiene su origen en un acto procesal (*coactivo*): el mandamiento judicial. La hipoteca se constituye en virtud de un negocio jurídico extraprocesal (*voluntario*): contrato o disposición unilateral del dueño de la finca hipotecada. (Artículos 138 y 141 de la L. H. y 237 del Reglamento).

Previendo quizá estas objeciones, Fenech trata de acumular nuevos argumentos. El hecho de que la hipoteca sea una convención anticipada al nacimiento del proceso —dice—, y el que proceda de un contrato que se concierta fuera del mismo, no prejuzga su naturaleza sustantiva o procesal. Esta ha de deducirse de la función que el acto realiza y, la *función jurídica* del contrato de hipoteca es someter a la acción ejecutiva del órgano jurisdiccional, para el caso de que el deudor incumpla su obligación, un determinado valor inmobiliario que ha de ser realizado en favor del acreedor hipotecario con preferencia a cualquier otro que no acredite registralmente un *jus prioritatis*. El acreedor hipotecario —sigue diciendo— no adquiere, por virtud de la hipoteca, un derecho real directamente ejercitable sobre la cosa hipotecada. Entre él y el inmueble hipotecado se interpone un Juez y un proceso jurisdiccional. No es titular de un derecho real oponible a terceros, sino de un derecho público de iniciativa (*acción*) para instar del órgano jurisdiccional la realización de su crédito con preferencia a los demás acreedores. El inmueble hipotecado no queda sujeto al poder dispositivo del acreedor ejecutante (que no puede realizar directamente la venta de la cosa hipotecada ni hacerse el pago con su precio), sino al poder público (poder-deber) del Juez ejecutor: De todo lo cual se deduce que la hipoteca es una institución procesal: un *embargo convencional y anticipado*.

Tampoco creo que esta argumentación en defensa de la naturaleza procesal de la hipoteca sea invulnerable. Estimo en primer lugar que deben contraponerse, como únicas soluciones posibles al problema, las dos tesis dilemáticamente enfrentadas por el conferenciante: o *derecho real* o *embargo preventivo*. El concepto de derecho real es uno de los más discutidos e imprecisos de la

ciencia jurídica civil, y el examen de esta subcuestión nos llevaría inoportunamente a largas digresiones. Me parece que el planteamiento lógico del tema exige decidir primeramente si la hipoteca es una institución de derecho material o, si por el contrario, pertenece al derecho procesal. La respuesta exige un examen abstracto de las características que presentan los fenómenos jurídicos singulares de uno y otro sector del ordenamiento.

El Derecho material se presenta como un sistema de disposiciones destinadas a regular la conducta de los ciudadanos. Es un *conjunto de normas para la compatibilización espontánea de la libertad en el orden*. El acatamiento general de estas direcciones deontológicas trae a la Sociedad un orden pacífico. Pero cuando ese orden no ha sido espontáneamente observado se hace preciso desarrollar una actividad ulterior reintegrativa, porque la vida social necesita que el orden sea *constante*. El Derecho procesal interviene precisamente cuando ha surgido el *conflicto*. Se presenta como un conjunto de procedimientos y actuaciones regladas que, prescindiendo de la libertad hasta donde sea necesario, imponen inexcusablemente el orden. Derecho procesal y derecho material constituyen, por tanto, dos sistemas íntimamente compenetrados; pero cuyo ámbito de aplicación es distinto y sucesivo. Funcionan conjugados el uno a continuación del otro, de tal modo que, cuando el primero se ha revelado ineficaz, debe ponerse en movimiento el segundo. El contenido propio de las normas materiales es la valoración jurídica de ese libre juego de propuestas y aceptaciones que integran el tráfico ordinario de la vida social. *Su nota fundamental es la voluntariedad*. Las normas procesales se refieren a un conjunto de actos reglados que constituyen el camino obligado para la reintegración forzosa del orden transgredido. *Su nota fundamental es la coactividad*. Establecidos estos principios (3), no será difícil dictaminar acerca de la naturaleza de la hipoteca y de su posible identificación con el embargo. La hipoteca es una garantía libremente concertada por las partes para asegurar el cumplimiento de un crédito no litigioso. El embargo es una medida aseguratoria coactivamente decretada por la autoridad judicial para asegurar la ejecución de un crédito litigioso. Nace, por tanto, la hipoteca, en la esfera de la libre contratación privada: se constituye, ordinariamente, al tiempo de nacer el crédito a plazo, y en ocasiones, aun antes de su nacimiento (4). Por el contrario, el embargo supone siempre un proceso que, o se va a iniciar, o está pendiente, o ha concluido por una sentencia condenatoria.

El hecho de que el contrato de hipoteca se concierte pensando en una posible ejecución procesal y el que sea normativo respecto del objeto, no altera su naturaleza sustantiva. Toda relación jurídico-material, cualquiera que sea, puede devenir en un proceso. Todo convenio lleva implícita la amenaza de una realización forzosa a través del proceso, para el caso de que no sean voluntariamente observadas sus cláusulas. Pero resulta evidente, que de esta eventual

(3) Sigo en este punto ideas expuestas por el profesor LOIS ESTERIZ, en distintas publicaciones. Vid: *El concepto de derecho procesal y su emplazamiento en el sistema jurídico*, «Foro Gallego», núm. 81, Santiago, 1963; *Teoría del objeto del proceso*, «Anuario de D. Civil», II, 2.º, 621, ss. (1949); *Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico*, «Anuario de D. Civil» VI, 2.º, 451 ss. (1958).

(4) «Por esta razón—dice muy gráficamente GONZÁLEZ PALOMBO—resulta ser la hipoteca un embargo más preventivo que el más preventivo de los embargos.»

convergencia al proceso, común a todas las instituciones jurídicas, no puede deducirse para la hipoteca el calificativo de institución procesal.

Por otra parte, tampoco encuentro exacta la posición del Profesor Fenech, cuando afirma que el acreedor hipotecario carece de un derecho directamente ejercitable sobre la cosa hipotecada. Califíquese o no de *derecho* real, tiene, indudablemente, un poder directo de disposición respecto de su hipoteca, que le faculta para enajenarla, negociar su valor o su rango, extinguirla mediante la cancelación, etc.

Tampoco es necesario que en todo caso haya de recurrir el acreedor hipotecario al proceso y al Juez, para la realización del valor que la hipoteca garantiza. El acreedor hipotecario, y lo mismo el prendario, pueden proceder directamente a la venta de la cosa hipotecada o empeñada y hacerse el pago con su precio, siguiendo el mecanismo de las subastas notariales, cuando así lo hubiesen pactado (Cfr.: art. 1.872 del C. c.: 129, 2.º de la L. H. y 234 a 236 del Reglamento).

Embargo e hipoteca son, en mi opinión, dos instituciones que persiguen una misma finalidad y producen efectos análogos, cada cual en su respectiva esfera.

Pero el reconocer esta semejanza funcional no debe llevarnos a su identificación absoluta, ni por consiguiente a atribuirles una misma naturaleza.