

Discurso de apertura de curso 1945-1946

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID



CURSO 1945-1946

Discurso, F. de los Rios - 1945

UNIVERSIDAD
DE VALLADOLID



CURSO 1945-1946

UNIVERSIDAD
DE
VALLADOLID



SOLEMNE
APERTURA
DE CURSO

Disc. Apert. UVA 44/45 BiCe



5>0 0 0 0 4 2 3 5 5 5

1944-1945

ÍNDICE

EL PROCESO CIVIL DE EJECUCIÓN SINGULAR EN ESPAÑA

Discurso de apertura por el Dr. D. Mauro Miguel y Romero.

BALANCE DEL CURSO 1943-1944.

LABOR GENERAL UNIVERSITARIA.

VIDA CULTURAL.

Facultad de Filosofía y Letras.

Facultad de Ciencias.

Facultad de Derecho.

Facultad de Medicina

VIDA RELIGIOSA.

CENTROS Y ENTIDADES UNIVERSITARIAS.

Colegio Mayor Universitario de Felipe II.

Academia de Alumnos Internos de la Facultad de Medicina.

Biblioteca Universitaria.

Museo Arqueológico.

Archivo Histórico Provincial.

Agrupación Musical Universitaria.

Asociación Universitaria.

La Universidad y los Centros Culturales del Distrito.

Exposiciones, Conferencias y Recitales.

Fiestas Universitarias.

Movimiento Universitario.

GRÁFICOS.

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

DR. MAURO MIGUEL Y ROMERO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

EL PROCESO CIVIL DE EJECUCIÓN SINGULAR EN ESPAÑA



(DISCURSO DE APERTURA)

CURSO 1944-1945

Magnífico y Excmo. Señor:

Excmos. e Ilmos. Señores:

Señoras y Señores:

Aunque sea superior a mis fuerzas, no tengo más remedio que cumplir el mandato que se me ha conferido, y, con arreglo a las disposiciones vigentes, voy a desarrollar, del modo más compendioso posible, al inaugurarse el Curso Académico de 1944-45, el tema de «EL PROCESO CIVIL DE EJECUCIÓN SINGULAR EN ESPAÑA».

El vasto campo del Derecho, brinda ocasión muy propicia para tratar en estos actos solemnes, cuestiones de carácter general; pero como entre todas las ramas jurídicas, ninguna se halla tan necesitada de progreso y de divulgación como el Derecho procesal, he preferido contribuir a ello, siquiera sea muy modestamente.

Ahora bien, el Proceso Civil de Ejecución, no puede elaborarse adecuadamente, sin fijar el concepto y contenido del Derecho procesal y del proceso judicial en general, considerado como relación jurídica, haciendo indicación de las diversas clases de procesos, para determinar el verdadero objeto, desarrollo y perfeccionamiento de dicho proceso de ejecución.

I

Para nosotros, el Derecho procesal no se puede reducir, como se hace en otros Países, al estudio del proceso,

sino que esta disciplina, aunque muy acertadamente haya cambiado de nombre, incluyéndola, sin disputa alguna, entre las diversas ramas del Derecho, con sustantividad y vida propia e independiente, nadie puede negar que representa una prolongación perfeccionada de la antigua asignatura, que se denominó *Procedimientos judiciales y Práctica forense*, cuya órbita se ha ensanchado, al considerar la acción como un derecho *per se*, distinto, aunque relacionado con el derecho material que garantiza, dándole eficacia mediante la pretensión formulada en la oportuna demanda, que al ser sometida a la autoridad jurisdiccional, su naturaleza y origen privados, se hacen predominantemente públicos.

Hubo un tiempo en que el Derecho procesal, era considerado y estudiado como una parte del Derecho privado, y entonces se le definía, como el «Derecho privado formal», viniendo a ser un siervo de aquél, del cual se libertó al formarse los Códigos Procesales, con el objeto de mantener el orden social bajo el cuidado de la Justicia. De este modo, el Derecho procesal, vino a dar el triunfo a la decisión del Juez, sobre la fuerza y la venganza privada, pudiendo decirse que el Derecho civil, así como el Procesal, la jurisdicción voluntaria, la ejecución forzosa, el procedimiento administrativo y constitucional, son el ejercicio de la Soberanía del Estado y la exteriorización del Poder que dicta el derecho a la Sociedad y que lo tutela y protege. Mediante la actividad legislativa, el Estado provee a la tutela de los intereses individuales y colectivos, estableciendo reglas generales a la conducta de los particulares y a la suya propia. Mediante la actividad judicial o procesal, el Estado atiende a hacer prácticamente eficaz la tutela establecida en las normas generales, procurando en los casos particulares, dar satisfacción a los intereses que protege, cuando la norma de conducta no se realiza, o cuando falta por alguna razón, la espontánea sumisión a la norma objetiva, por parte de los

obligados. En la actividad legislativa, el Estado cumple un doble fin: por una parte, determina qué tutela quiere conceder a ciertos intereses, y por otra, desarrolla esta tutela en una norma característica imponiendo reglas generales de conducta. En la actividad judicial, el Estado cumple, por el contrario, una sola misión, que es la de desarrollar la tutela concedida a dichos intereses, pero de un modo distinto, o sea interviniendo directamente para su satisfacción forzosa, cuando la primera forma de tutela, resulta prácticamente inútil.

Esta última actividad judicial constituye por consiguiente la jurisdicción, que no es ejecución, ni actuación de la tutela concedida por la legislación, sino que, por el contrario, es una segunda autónoma forma de tutela, pues mientras la legislación representa la tutela mediata de intereses, la jurisdicción es la tutela inmediata.

Por eso se hace preciso dar una idea de la justicia y de su administración. Ulpiano dijo que «iusticia est constans et perpetua voluntas iussun cuaeque tribuendi», esto es, una virtud constante y perpetua que consiste en dar a cada uno su derecho. Definición aceptada por Santo Tomás, que la llama hábito por el cual un hombre con voluntad constante y perpetua, se inclina a dar a los demás aquello que les pertenece. Las Partidas la definieron «raigada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos que da e comparte a cada uno su derecho igualmente».

Es claro, que, si todos los hombres fuesen justos, si todos esperasen de los otros lo que a los otros hacen, respetando a los padres, amando a los parientes, teniendo guerra con los vicios y paz con los hombres, guardando fidelidad a los amigos y equidad a todos, entonces sobrarán los jueces, holgarán los gobiernos y las leyes y sería la vida de la humanidad sobre el Planeta, fiel trasunto de lo que será la vida de los justos en las regiones celestiales, como decía San Isidoro.

La justicia es la más sólida base del orden, de la libertad, del bienestar y del progreso de las Naciones, hasta el punto de que, donde está desorganizada la administración de Justicia, encontramos pueblos envilecidos y esclavizados, porque en ellos no está seguro el honor, la vida y la propiedad de nadie.

Y como la justicia administrada por los jueces o tribunales, constituye el fin del derecho procesal, no puede dudarse que éste forme parte de la Enciclopedia Jurídica, ni se puede afirmar que sea un derecho objetivo, ni un derecho para el derecho. Es decir, que el Derecho procesal debe gozar de la misma sustantividad e independencia que las demás disciplinas jurídicas, sin que tampoco proceda reconocer su supremacía como pretenden algunos escritores vanguardistas, que afirman la preeminencia del proceso sobre el derecho.

A este propósito escribe Prieto Castro (1) que el Derecho procesal es una rama del derecho público, independiente, como la misma función del Estado, cuya realización se proponen sus normas, siendo en algunos aspectos derecho constitucional, así todo lo referente a la organización de Tribunales, inspección de los mismos y establecimiento de normas sobre la responsabilidad civil y penal de los jueces, y en algunos extremos es derecho administrativo, como en el nombramiento y gratificación de los jueces, bienes materiales y gubernativo judicial, agregando que para completar el concepto del Derecho procesal, es necesaria su delimitación frente al derecho material o sustantivo, es decir, del que afecta a las relaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, cuya existencia se trata principalmente de determinar en el proceso.

También el profesor Guasp dice (2) que por lo que toca

(1) «Exposición del Derecho Procesal de España». T. I, p. 10.

(2) «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil». T. I, p. 69.

a la situación actual, puede afirmarse sin temor a equivocaciones, que la ciencia del Derecho procesal civil es una magnífica realidad. El volumen de los estudios científicos sobre el proceso civil, su profundidad y sus repercusiones, por mucho que se encarezcan, no pueden ser fácilmente sobrevalorados. Se ha podido afirmar más o menos acertadamente, que antes de 1868, fecha en que Bulow escribe su obra sobre las excepciones y los presupuestos procesales, la ciencia del proceso no existía. Hoy la simple observación del panorama de las ciencias jurídicas en general, nos muestra, de un lado, que la separación entre el Derecho procesal y el Derecho material ha dado plenamente sus frutos en el campo del pensamiento jurídico, puesto que la ciencia del Derecho procesal no sólo ha construido o se ocupa afanosamente en construir sus propias categorías, sino que incluso ha conseguido, en numerosas ocasiones, la exportación de su propia elaboración técnica a otras ramas del derecho, invirtiendo así el predominio conceptual que hasta ahora existía; de otro lado, que la ciencia ha conseguido influir en la propia legislación, influencia de la que tenemos ejemplos bien recientes y significativos en la nueva codificación italiana.

El Derecho procesal, judicial o de procedimientos en sentido estricto, es el que trata de los procesos en general, considerados como agregados de las actuaciones judiciales, pero comprende, además de la organización de los tribunales, el estudio de las acciones y de las excepciones, las formas adecuadas para el ejercicio de las mismas, los medios o sistemas probatorios, las resoluciones y los recursos, pudiendo en su consecuencia considerarse como una rama del Derecho, que tiene por objeto la organización judicial, el estudio de los medios y las formas conducentes a la declaración o al restablecimiento del orden jurídico infringido, reclamando del órgano judicial, la recta administración de justicia, que hace actuar y da eficacia a la

norma objetiva. Procura el Derecho procesal reparar las perturbaciones jurídicas, mas no lo consigue por completo, sino en contadas ocasiones, porque la verdadera y completa reparación, sólo puede operarse por el propio arrepentimiento del infractor del orden jurídico, y del inmediato cumplimiento de la obligación de aquél.

La reparación en el terreno práctico, exige como requisito previo el descubrimiento de la verdad, en la cual debe fundarse siempre la justicia; por eso el Derecho procesal es el que facilita los medios de presentar ante los Jueces las reclamaciones originadas por la usurpación o inseguridad de los derechos, las contestaciones y defensas, así como las justificaciones de los hechos y la práctica de los demás actos precisos, para que el Juez pueda apreciar los derechos, pronunciando una sentencia acertada y equitativa.

Considerado como ciencia, es el Derecho procesal una rama de la Enciclopedia jurídica que comprende el conocimiento total, sistemático, verdadero y cierto de cuantos Tribunales administran justicia y de sus respectivas funciones, de los procesos con sus acciones, excepciones y pruebas, así como de las formas solemnes que mejor puedan conducir al restablecimiento, a la declaración o a la constitución del derecho en concreto, imponiendo, en su caso, la condena que corresponda.

Debe comprender el estudio teórico y práctico de todas las instituciones y órganos del Estado, que asumen por completo el Poder jurisdiccional del mismo, representado por los Tribunales ordinarios y especiales, con sus respectivos auxiliares, subalternos y colaboradores, contándose entre éstos los litigantes, los abogados que los dirigen, los procuradores que los representan, y el Ministerio fiscal que es el vigilante avanzado de la ley, por ser sabido que, si bien el proceso penal, puede iniciarse e impulsarse de oficio, no hay posibilidad de sentenciar sin un acusador y un defensor del reo, y que en lo civil, a pesar de la tendencia a

ampliar las facultades del Juez, todavía se mantienen en la doctrina y en la práctica los axiomas «*nemo iudes sine actore*», «*iudes secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*».

Después de tener montada la complicada máquina judicial, debe aprenderse el procedimiento adecuado para su buen funcionamiento, en las diferentes clases de procesos, en los cuales se ejercitan, discuten, resuelven y cumplen las acciones y excepciones, relacionadas con el ataque y la defensa de los derechos que constituyen el objeto de cada proceso, sin olvidar que el civil, integrado por una serie correlativa de actos que comienzan con la demanda y terminan con la sentencia judicial, representa, como ya se ha indicado, un método para solicitar que se administre recta justicia, o para hacer actuar la ley objetiva conforme a lo verdadero y a lo justo, dando a cada uno lo que le corresponda.

El estudio del proceso civil guarda estrecha relación con las dos clases de tutela jurídica establecida por el Estado, para realizar el derecho, que constituye su fin esencial, que son la voluntaria o mediata y la forzosa o inmediata. Consiste la primera en la creación del ordenamiento jurídico por el órgano legislativo, que dicta las leyes, reconoce las costumbres y los principios del derecho, cuyas normas integran en su totalidad el Derecho de cada Estado. Pero aunque todas esas normas son obligatorias, como se dan para el hombre que goza de libre albedrío, puede éste infringirlas, y entonces entra en acción la segunda tutela, que es la forzosa, encomendada al órgano jurisdiccional, como encargado de administrar justicia, dando a cada uno lo que le corresponde, aun contra la voluntad del obligado que se lo niega, para lo cual tiene dicho órgano la potestad de juzgar y de hacer que lo juzgado se ejecute, mediante la coacción.

Por lo general, las leyes se cumplen de modo espontáneo

por los obligados a respetarlas; pero en ocasiones, cuando se desatiende la primera tutela del derecho, se impone la necesidad de aplicar la segunda, por medio de la coacción, que según enseña la Filosofía, puede emplearse como medida preventiva y como defensiva o reparadora.

Conviene, pues, distinguir entre el derecho estático que es el conjunto de preceptos o normas generales, y el derecho dinámico que son las normas concretadas a un sujeto en el momento de aplicarlas a cada caso particular.

El proceso civil, partiendo de la infracción jurídica y de la ineficacia de la tutela mediata, sirve para aplicar la tutela inmediata o forzosa. Este proceso comienza con la demanda que ha de ser fundada y contener una declaración de voluntad, a fin de que el órgano de la jurisdicción haga actuar la ley en el sentido de la justicia. De ese modo, o sea interpuesta la demanda, el derecho y la acción protectora que tenían carácter privado, se transforman en una relación de derecho público, que cae bajo la salvaguardia del Estado. De ahí que se haya definido el proceso civil, como una relación jurídica gradualmente desenvuelta hacia tres lados: de las partes entre sí, al formular recíprocas y contrapuestas pretensiones; y de cada una de las partes con respecto al Juez, al pretender que resuelva las cuestiones planteadas, en determinado sentido.

Prohibida la autodefensa, salvo en los casos extremos de peligro inminente o de urgentísima necesidad, el Estado moderno tiene establecido el proceso civil con carácter público, para que el perjudicado en sus derechos, pueda iniciarle ante el órgano de la jurisdicción, ejercitando en forma legal sus medios de defensa, que son para el demandante los hechos constitutivos de su acción, y para el demandado los impeditivos y las excepciones contra el mismo; y a este derecho de los litigantes, corresponde el *poder-deber* de los jueces de administrar justicia, haciendo actuar la norma objetiva que consideren aplicable, como

voluntad concreta a los hechos y pruebas apreciados en debida forma. Por consiguiente, el proceso civil debe contener los medios necesarios para garantizar esa función pública, que hace actuar la ley o el derecho en sentido objetivo, con el fin de satisfacer un interés que goce de la protección del Estado.

Según Chioyenda (1), es el proceso civil un organismo general de actuación de la ley, no de las obligaciones, mediante el ejercicio de la acción. Así entendidos el proceso y la acción que lo inicia, se demuestra la autonomía de los problemas procesales, y se contribuye a evitar que éstos se resuelvan, como ha ocurrido durante mucho tiempo, con elementos de derecho determinador o material.

Es evidente que el proceso civil sólo se inicia a instancia de parte interesada y no de oficio, pudiendo ser utilizado tanto como medio de afirmación de una voluntad positiva o favorable, como negativa o perjudicial para el demandante, porque el proceso bien entendido, sólo debe proteger la razón y la justicia, sea cualquiera quien la tenga de su parte, es claro que, según la apreciación del Juez, que puede dictar sentencia estimatoria o desestimatoria de la demanda.

Podemos definir el proceso en general, como la serie de actos encaminados a conseguir la actuación de la norma objetiva, para que el órgano de la jurisdicción, garantice o haga eficaz, aun contra la voluntad del obligado, un bien o un derecho protegido concretamente por aquélla. En esta definición pueden incluirse dentro del derecho español, los juicios o procesos con controversia y los actos de jurisdicción voluntaria, seguidos por personas que formulan iguales pretensiones.

Y como la actividad del Juez en el proceso, se dirige

(1) «Principios de Derecho Procesal Civil», trad. de Casais, t. I, p. 81.

a fijar los hechos y las pruebas que los justifiquen, y a resolver las cuestiones de derecho, resulta que el objeto del proceso es la voluntad concreta de la ley, de cuya existencia y actuación se trata, y el poder de solicitarlo mediante el ejercicio de la acción, sirve para apremiar al obligado y para dar satisfacción a los intereses tutelados.

Por eso, cuando las partes no se hallan de acuerdo en la apreciación de la norma jurídica, o en la situación de hecho, aparece una relación anormal que representa la lucha por el derecho, presuponiendo una controversia que es preciso resolver amistosa o judicialmente: en el primer caso, puede uno de los contendientes convencerse ante las razones expuestas por el otro; pero si ninguno está dispuesto a cambiar de opinión, ni a conciliarse, pueden todavía consentir en una transacción que, a diferencia del reconocimiento total del derecho ajeno, implica la pérdida o renuncia recíproca de parte del derecho que suponía tener cada uno de ellos. Y cuando ninguna de las partes está dispuesta a reconocer el derecho de la contraria, ni a convenir en una solución intermedia, conciliadora o transaccional, no queda más remedio que acudir al juicio, para que en él se realice el derecho objetivo, aplicando a un tiempo la norma material y la formal.

El Proceso civil, según escribe Ferrone (1), tiene su fundamento en el carácter coactivo del derecho objetivo. Por eso se ha dicho que el procedimiento civil pone en movimiento la fuerza coactiva del Estado al servicio del derecho, considerando así la coacción predominantemente en el proceso ejecutivo. Hasta que se manifiesta la efectividad de su actuación, la norma jurídica objetiva, es una regla abstracta, desprovista de fuerza coactiva, como la dictada por la Moral, por la Religión, por el uso o por la conveniencia; en una palabra, por todos los elementos que influyen en la conducta

(1) «Il Processo Civile Moderno», p. 1 y sigts.

del hombre, que vive en sociedad. Es el atributo de la coacción lo que imprime a la norma jurídica, aquel carácter de necesidad que constituye su naturaleza esencial, asignándole un lugar especial en el cuadro de las instituciones sociales.

El carácter coactivo de la norma jurídica representa el presupuesto lógico y social, porque una regla de vida, no puede convertirse en norma de derecho, más que con la condición de adquirir como posible y necesaria, la actuación coactiva, debiendo tenerse en cuenta que el carácter coactivo, no reside sólo en la forma última de la realización del interés individual, representada por el proceso de ejecución. La tarea principal del proceso es la actuación del derecho, o sea, la declaración de la correspondencia entre la norma objetiva y el caso concreto, cuya declaración impone por sí sola, un carácter de coacción o de necesidad, determinada por la resolución del Juez. De aquí que, aun la sentencia llamada de mera declaración, tenga carácter coactivo porque antes de ella sólo existía una situación de hecho, a la que no correspondía frente al Estado, una determinada norma jurídica; pero después de la sentencia, a esa situación de mero hecho, sustituye un derecho declarado, quedando así revestido, lo que antes era un simple interés, de una armadura jurídica.

También alcanza el proceso civil su finalidad, cuando la pretensión judicial obtiene éxito negativo, como en el caso de que el juicio termine rechazando la demanda, pues entonces crea la sentencia una situación concreta, que asegura al demandado contra otros ataques posteriores.

La fuerza coactiva que constituye el carácter esencial y la finalidad del proceso civil moderno, no debe entenderse en sentido específico y restringido, sino desde un punto de vista social más amplio, esto es, como declaración de una necesidad concreta conforme al derecho. Esta declaración de la necesidad concreta de la vida social, representa la

verdadera y propia realización del derecho, que de ese modo transforma la regla abstracta eludible, en algo concreto, eficaz e ineludible.

El proceso como la mayoría de las instituciones jurídicas, estaban dominadas por el principio individualista, derivado de la Revolución Francesa; pero las nuevas orientaciones, consideran insuficiente ese principio que arranca de la ficticia concepción del hombre aislado, y de que la sociedad, es producto de su exclusiva voluntad; por lo que, reconociendo la debida importancia al aspecto psicológico, se inicia la transformación del derecho, dándole carácter social, tomando por base la sumisión de los derechos del individuo a los comunes que son superiores. De ahí que se considere el proceso, como una relación de Derecho público, o como *Negocio de Estado*.

Esa misma evolución se observa al cambiar el concepto de la acción, de simple medio utilizado para el ejercicio del derecho individual, en un derecho *per se*, subjetivo y autónomo, que corresponde al titular frente al Estado y contra el adversario, dando ello lugar a que la relación procesal no esté limitada a los litigantes, sino que interese a la Comunidad, tomando carácter público.

Puesto de relieve el elemento y el interés social del proceso civil, conviene averiguar si éste representa el estado normal o el anormal del derecho; o en otros términos, si el estado ideal de la sociedad, supone un mayor movimiento del derecho, y de ahí la preexistencia del fenómeno procesal, o la realización colectiva de tal fenómeno, y como finalidad última, la desaparición del proceso civil.

A este propósito pregunta Ferrone: ¿Es idealmente posible la concepción del hombre con una actividad que siempre sea conforme al derecho, el *homo iuridicus*, por así decir? ¿Y la supuesta existencia de ese mismo tipo ideal, anularía el fenómeno procesal?

La concepción ideal del *homo iuridicus*, implica en

verdad la anulación, no sólo del proceso civil, sino del derecho mismo dada su base fundamental. La perfecta correspondencia de la actividad individual con la norma de conducta considerada totalmente necesaria, quitaría toda posibilidad de coacción a tal norma y destruiría la existencia misma del Derecho.

El ideal del quietismo jurídico es insoluble. Debe bastar la existencia positiva del continuo movimiento, para convencerse de la necesidad permanente del dinamismo jurídico, y por lo tanto, de la continua lucha por el derecho que se concreta en el proceso judicial.

Todo proceso, cualquiera que sea su clase, físico, químico, social o jurídico, presupone etimológicamente la idea de avance, de progreso, de desarrollo de sucesivas actividades encaminadas a un fin determinado. Representa el proceso, una situación indefinida de realidad dinámica, que contrasta con la situación estática o de reposo del Derecho, porque en la vida, éste se cumple muchas veces pacífica y voluntariamente, obedeciendo el obligado a la tutela voluntaria que con sus normas ha establecido el Legislador, pero que, resultando insuficiente, dada la fallibilidad e imperfección de los hombres, que gozan de libre albedrío, requiere en ocasiones, la actuación de la segunda tutela, que es la llamada forzosa del derecho.

Prescindiendo de otras disquisiciones, más o menos bizantinas, el proceso judicial está formado, según nuestras leyes, por una serie encadenada de actos de las partes, del Juez y de sus auxiliares que se dirigen a la recta y obligatoria administración de justicia, sintetizada en la idea de dar a cada uno lo que le corresponda. Con otras palabras, los mencionados actos se encaminan a lograr la actuación de la ley o del derecho objetivo, cuando el derecho subjetivo no se cumple voluntariamente por el obligado; es decir, que en el proceso se desarrolla la segunda tutela del derecho, por haber resultado ineficaz la primera.

Como la acción suele nacer a consecuencia del incumplimiento de la obligación, es indudable que por este solo hecho, pierde su valor el derecho subjetivo, mientras no se reafirma y se transforma en la sentencia. De modo que, el actor o demandante, lo que pretende es, que la norma objetiva actúe por mediación del Juez, para conseguir lo que legalmente le corresponda. Así quedan resueltas las discusiones doctrinales, sobre si el proceso representa la actuación del derecho subjetivo o del objetivo, y si la base fundamental del mismo, es la acción o su secuela la pretensión, apoyada en el derecho subjetivo y dirigida al Juez como órgano jurisdiccional del Estado.

El proceso judicial comprende diversas especies a las cuales suelen aplicarse, según la terminología de nuestras leyes procesales, los nombres de «juicio», «pleito», «negocio», «litigio», «asunto», «contienda», «autos», «expediente», «causa», «sumario», «plenario», «rollo», etc., etc.

Por eso a veces, el proceso, que no es siempre el juicio, ni todo el procedimiento, tiende a la actuación de la norma objetiva, sólo para declarar, constituir o reafirmar solemnemente algún derecho subjetivo, siendo a veces ajeno a la controversia, y hasta a la jurisdicción, según algunos afirman, cuando se concreta a lo que nuestra Ley de enjuiciamiento civil titula «actos de jurisdicción voluntaria».

La función jurisdiccional del Estado requiere: 1.º Un órgano capacitado y distinto de los que ejercen sus otras funciones, que es el judicial. 2.º Un proceso contradictorio o no, en el que los interesados pueden invocar sus propias razones, a fin de que dicho órgano haga actuar la ley en determinado y justo sentido. 3.º Normas formales reguladoras de dicho proceso, obligatorias para el Juez y para los litigantes, encaminadas a garantizar el cumplimiento y la eficacia de los derechos, en la medida de la tutela correspondiente.

El proceso civil es todavía en casi todas las naciones

de raza latina, trasunto más o menos fiel del romano; pero hay que reconocer, la gran importancia que en ésta como en otras materias jurídicas, viene ejerciendo la literatura germánica, que si bien ha encontrado obstáculos para su difusión en Francia, ha tenido siempre abiertas las puertas de Italia, desde donde se propaga a todos los demás pueblos latinos de Europa y América.

Chiovenda escribe (1) que el antiguo procedimiento germánico, conserva el carácter del proceso primitivo, nacido históricamente como medio de pacificación social, encaminado a dirimir las contiendas, más que a decidir las, haciendo depender la solución, no del convencimiento del Juez, sino por lo regular del resultado de formas solemnes en las que el pueblo descubre la expresión de un acto superior e imparcial de la Divinidad, dando todo ello al proceso y a la prueba un aspecto sumamente formal. Los medios de prueba, aparte del examen de testigos que se practica en algunos casos, se reducen a los juramentos, ordinariamente con conjuradores, y los Juicios de Dios, siendo objeto de la prueba, no los hechos particulares, como hoy sucede, sino la afirmación jurídica de una parte. La prueba se dirige al adversario antes que al Juez, y al presentarse ésta como un beneficio y no como una carga, incumbe la misma ordinariamente, al demandado, sin que en general se admita la contraprueba. En fin, como los resultados de pruebas tan sencillas no exigen una apreciación especial, la misión del Juez se reduce a declarar quién ha de probar y con qué medios, viniendo a ser la sentencia definitiva la que provee a la prueba y que surge en mitad del pleito.

A diferencia de los otros pueblos antiguos, en los cuales la Divinidad es la encargada de plantear y resolver los litigios, a la que se acude por medio de oráculos, juicios de

(1) Obr. cit., t. I, p. 1 y siguientes.

Dios y sortilegios, o invocando el auxilio de la autoridad, mirada de igual modo como causa superior, Roma desde la más remota antigüedad, buscó la decisión consensual de las contiendas jurídicas. Aquel cuyo derecho era negado, proponía acudir al arbitraje de un tercero imparcial, o dejaba la decisión del caso a la conciencia del adversario, sometiendo al juramento decisorio, la existencia de su derecho. Si éste aceptaba, el litigio de ambas propuestas quedaba terminado y siempre resultaba, que la decisión del arbitraje o del juramento, se fundaba en el consentimiento recíproco de la justicia privada, hasta que más adelante el árbitro fué nombrado por el Magistrado, adquiriendo el carácter de Juez público, pero conservando su naturaleza primitiva, que consistía en probar o exponer el derecho sin llegar a realizarle.

En el Proceso romano, la prueba se encamina a formar la convicción del Juez; se admiten los diversos medios de prueba que recaen sobre hechos particulares y se dirigen al Juez; y como la prueba representa una carga, corresponde generalmente al que afirma la acción o la excepción, en lugar de ser como antes una carga del demandado.

La Iglesia ayudó con su derecho a mantener las formas del Derecho romano, si bien modificándole por sus condiciones especiales, o por la influencia germánica, que conservaba para la sentencia la naturaleza de acto acordado en la Asamblea popular, obligatoria para todos, como si fuera una ley; mientras que los efectos de la sentencia romana solían alcanzar tan sólo a los litigantes, como ahora sucede.

En la época del Renacimiento, adquirió el Derecho romano general preponderancia, no siendo de creer que se volviese al proceso romano puro, pues además de las innovaciones introducidas por el Derecho canónico y por el Germánico, las fuentes romanas no eran completas, y se hacía necesario construir el proceso tomando por base los esquemas de las prácticas judiciales, sobre los cuales traba-

jaron los Glosadores, completándoles con el estudio directo de las fuentes y con su experiencia personal, dando ello lugar a que en el siglo XII aparecieran las primeras obras sistemáticas sobre esta materia. Continuaron los trabajos en los siglos sucesivos, hasta el comienzo del XVI, primero por obra de los comentaristas, sobre todo Bartolo y Baldo, y después por escritores de Derecho procesal que fueron incorporando o injertando en el tronco romano, las instituciones germánicas produciendo el proceso mixto, llamado común, porque se aplicaba en cuanto no lo prohibiesen las leyes locales especiales. Los principios fundamentales sobre la prueba y la sentencia eran romanos, pero muchas instituciones tenían procedencia germánica, como la *querella nullitatis*, en la que hallan algunos el origen del actual recurso de casación; la influencia germánica contribuyó a desnaturalizar la institución romana de la cosa juzgada; de la prueba formal germánica derivóse el sistema de la prueba legal o tasada; también era germánica, a pesar de su vestimenta romana, la solemnidad de la contestación de la litis que se considera indispensable para fundar el juicio. La división del proceso en dos partes, una anterior y otra posterior a la contestación de la litis: el conjunto de coacciones para obligar a comparecer al rebelde, ya que sin su presencia no se creía posible la celebración del juicio; la división del procedimiento en varios estadios o términos diferentes y absolutos, consagrados cada uno a fijar los puntos de la cuestión y a determinados actos procesales realizados por un orden riguroso e inquebrantable, dando lugar a la preclusión y la desmedida importancia de la iniciativa de las partes en el desarrollo del pleito, que sirvió de base al principio dispositivo, o al carácter rogado de la jurisdicción civil, y a la admisión de multitud de incidentes.

Estas reminiscencias del formalismo germánico constituyen una de las causas que han hecho al proceso, extenso, complicado y difícil.

Después se introdujo la costumbre de redactar diligencias comprensivas de todos los actos, y así fué convirtiéndose el oral, en proceso escrito; las partes no alegaban sus pretensiones de palabra o mediante comparecencia, sino que presentaban escritos; las declaraciones de los testigos se recopilaban en actas escritas, que luego servían de base al juicio, sin que las partes intervinieran en sus declaraciones.

Junto a este proceso ordinario, se formó después otro, más sencillo y breve llamado sumario, a lo cual contribuyó la legislación canónica, mediante la Clementina *Saepe continget*, que reguló esta manera de proceder, simple, de plano, sin estrépito ni figura de juicio, suprimiendo la demanda y la contestación y dejando al arbitrio del Juez la concesión de los términos; procuró concretar en una audiencia todas las peticiones de las partes, reafirmó los poderes del Juez en la dirección del pleito, fomentando la relación o comunicación entre las partes y el Juez, y admitiendo la rebeldía del demandado, tal y como hoy se conoce.

Con este proceso sumario, general e indeterminado, se favoreció el desarrollo de juicios sumarios especiales, como el ejecutivo. Estas formas de proceso y otras semejantes, así como el embargo de los bienes del rebelde y la detención del deudor sospechoso de fuga, que han llegado al derecho moderno, son también de origen germánico.

El proceso común ordinario y los sumarios, sencillos y especiales, tuvieron su desarrollo en España en la legislación de las Partidas, así como en la Nueva y Novísima Recopilación, y en otras disposiciones de menor importancia.

El proceso judicial es para nosotros, como ya se ha indicado, una institución jurídica integrada por los diversos actos ejecutados por las partes y por el Juez, viniendo a constituir una relación jurídica que se inicia con la demanda

y se completa con la contestación, las cuales, mientras se examinan y deciden por medio de la sentencia, producen un estado interino o expectante, durante el que, se ignora si son o no justas las acciones y las excepciones ejercitadas, dando lugar a un estado de pendiente o mejor aún de litispendencia, entendida ésta como proceso *sub iudice* o en trámite de resolución. Los términos litispendencia y relación jurídica procesal, no son equivalentes, sino sólo coincidentes, puesto que la litispendencia consiste en esa situación de apreciaciones o de expectativas y dura hasta que una parte, en servicio de sus propias aspiraciones, alcanza un pronunciamiento favorable de la Autoridad judicial.

La relación procesal es autónoma y compleja, por tener vida propia distinta de la relación jurídica material, perteneciendo aquélla al derecho público, porque el Juez, como órgano de la jurisdicción, representa al Estado en su fin de cumplir el derecho coactivamente.

A las dos clases del proceso, de conocimiento y de ejecución, corresponden también dos relaciones procesales, concluyendo la relación de conocimiento, con la sentencia firme, desde cuyo momento y para hacerla efectiva por medio de la *actio iudicatae*, comienza el proceso de ejecución, si bien otras veces, sin esa primera fase de conocimiento, puede nacer la acción ejecutiva, basada en algún título legal, aunque en estos casos no se forma un verdadero proceso de ejecución, sino tan sólo un juicio ejecutivo en el que después de aseguradas provisionalmente las responsabilidades del demandado, sin oírle, se le cita de remate, que es una especie de emplazamiento, a fin de que pueda alegar las excepciones e impugnaciones que estime convenientes, dando ello lugar a un verdadero proceso de cognición en el que se discute y resuelve, si el título y el procedimiento ejecutivo gozan o no de eficacia.

Para la actuación de la Ley en el proceso de cognición, cumple el Juez dos objetivos. De una parte, examina y aprecia los hechos y las pruebas, a fin de establecer las cuestiones de hecho objeto de la controversia; y de otra estudia la norma abstracta objetiva aplicable al caso, y la convierte, según su criterio, en concreta voluntad de ley.

Tratándose de la relación procesal de ejecución, como tiene un carácter peculiar apoyado en una sentencia firme o en un título ejecutivo, basta para que se origine, con la pretensión del titular del derecho, sin que sea necesario oír al deudor u obligado, antes de acordarse por el Juez la ejecución, puesto que para ello sólo precisa examinar las condiciones del título.

De todos modos, tanto la relación procesal de conocimiento, como la de ejecución, están constituidas por los elementos o presupuestos siguientes: Juez y partes con capacidad legal, y formas procesales, entre las cuales se comprenden las excepciones y el resto del procedimiento.

1.º Es preciso un Juez con plena jurisdicción y competencia para conocer y fallar el asunto, siendo indiferente que sea unipersonal o colegiado y que exista unidad o variedad de instancias, porque éstas no suponen dependencia del inferior al superior, en lo que respecta a la aplicación de la ley.

Pueden agruparse las causas determinantes de la competencia en estos criterios: objetivo, funcional y territorial. El primero se deriva o del valor del pleito o de la naturaleza y materia del mismo. La cualidad de las personas tuvo en otro tiempo gran importancia para la formación de las jurisdicciones privilegiadas; ahora sólo influye en algunos casos, como en las cuestiones entre patronos y obreros sometidos a la jurisdicción del trabajo. El criterio funcional se deriva de las especiales atribuciones del Juez en cada proceso.

Al tratar Plaza de los fines esenciales del proceso civil en general (1) escribe lo que sigue:

a) Ante todo, *regula el ejercicio de una función pública*, que se atribuye privativamente a los órganos del Estado. Quedan, pues, fuera del proceso propiamente dicho, todas aquellas instituciones en que, para la conservación del orden jurídico, el Estado permite, aunque condicionándola, la actuación de la actividad privada. (Al ejercicio de esta actividad se refieren el arbitraje, la amigable composición, el procedimiento transaccional, y el conciliatorio).

b) Esa función se encamina *a traducir en una voluntad concreta la voluntad abstracta de la ley*. De este principio se deducen las conclusiones siguientes:

1.ª La actividad que se ejercita en el proceso, persigue el doble fin de examinar la norma aplicable (*questio juris*) y los hechos a que ha de aplicarse (*questio factio*).

2.ª Frente al problema que el proceso plantea, el Juez no siempre es libre para establecer la norma aplicable, ni, sobre todo, para crearla, si faltare o fuere insuficiente. La investigación de la voluntad de ley que ha de ser declarada en él, exige recurrir al complicado mecanismo de la interpretación. Aun en el orden mismo de los hechos, el proceso señala límites a la investigación de la verdad.

3.ª Porque el proceso es, fundamentalmente, un medio de conocer la voluntad de la ley, *su fin único no es obtener la solución de una controversia entre las partes*. Justifica el aserto la consideración de que hay proceso sin controversia (el de rebeldía) y otros en que el órgano jurisdiccional actúa sobre elementos que se le ofrecen como base, sin el previo trámite de la discusión (ejecución basada en títulos extraños a la sentencia). Por otra parte, la realidad enseña que el proceso tiende en ocasiones a producir exclusivamente la certidumbre jurídica (supuesto de la sentencia de

(1) «Derecho Procesal Civil Español». T. I, p. 8.

mera declaración) o a asegurar, en tanto la controversia se decide, una situación de hecho que permita a su tiempo lograr la efectividad de lo resuelto (es el caso del proceso preventivo o del aseguramiento) o constituir una situación jurídica (acción y sentencia constitutiva).

4.^a Como en muchos casos no basta conocer la voluntad de la ley, es preciso, además, si ha de realizar sus fines propios, que el Estado, por medio del órgano de expresión de su voluntad, *imponga* el cumplimiento de lo resuelto, con lo cual queda agotada la función del proceso, que cumple, como ha notado Goldschmidt, una ficción lógico-jurídica (la de determinar, en cada caso, lo que es justo) y otra práctica, la de ejecutar lo que como justo se ha reconocido.

Queda, así, delineada en sus rasgos esenciales la figura del *proceso*, como materia propia de nuestra disciplina y marcada su separación con otras figuras, que o persiguen una finalidad, en cierto modo extraña a sus fines propios (*proceso aparente y proceso simulado*), o cumplen una misión secundaria (los que tienen una misión exclusivamente procesal; señalamos entre éstos, *ad exemplum* los relativos al régimen de las cuestiones de competencia, acumulaciones, recusación, etc.), en que pueden conocer diversos órganos, unos en primera instancia, otros en segunda, otros en recursos de casación. Esta competencia se dice también por razón del grado. Mediante el criterio territorial, la competencia común de todos los jueces del mismo grado, se hace especial para cada uno de ellos en relación con el espacio a que se extiende su respectiva demarcación, bien atendiendo al domicilio del demandado (*forum domicilii*), bien al lugar donde se celebró el contrato (*forum contractus*), bien al sitio donde radica la cosa discutida (*forum rei sitae*). La conexión que aconseja la unión de pleitos afines o acumulables, no determina la competencia, pero la amplía al pleito acumulado.

A pesar de estos criterios y por encima de ellos, existe la *prórroga de jurisdicción por sumisión expresa o tácita* de las partes, siempre que la ley no lo prohíba; pero la materia, el valor y el criterio funcional restringen la prórroga jurisdiccional, siendo nulas las actuaciones, incluso la sentencia, practicadas por Juez incompetente o recusado.

2.^o Otro elemento de la relación jurídica procesal está integrado por la capacidad de las partes para comparecer en juicio, distinguiéndose la personalidad física de la jurídica. El presupuesto de la capacidad de las partes para comparecer en juicio, se relaciona estrechamente con la sustitución procesal, que permite distinguir entre sujeto o titular del derecho substancial y sujeto del proceso; así el menor y el incapacitado pueden ser demandantes o demandados, mediante la representación de sus padres o tutores, que se limitan a ser sujetos del proceso.

Tanto el Juez como las partes y sus defensores, tienen que sujetar su respectiva actividad en el proceso, a las normas legales por que éste se rija, atendiendo a su particular naturaleza.

Conforme a estas normas, puede ser el proceso, civil, administrativo, penal, etc. Y dentro del proceso civil existe gran diferencia entre el relativo a los actos de jurisdicción voluntaria, que se tramitan *inter volentes* y el proceso que comprende sólo los litigios mantenidos mediante contienda o controversia, *inter contententes*, que pueden ser de cognición y de ejecución, subdividiéndose los de cognición en declaratorios, constitutivos y de condena, atendiendo a la naturaleza de la acción que les inicia y de la sentencia que les pone fin.

El proceso declaratorio, que no debe confundirse con el juicio declarativo, tiene por objeto obtener del Juez una resolución expresiva de la voluntad de la ley, admitiendo la certeza de la protección jurídica de un derecho que después puede ejercitarse en un proceso de condena. Corres-

ponde el proceso declaratorio a las sanciones y sentencias de igual clase, pudiendo ser éstas de declaración positiva, si afirman la existencia de una voluntad de ley garantizadora de un bien de la vida, o sea de un derecho exigible forzosamente; y de declaración negativa, si son opuestas a la existencia de una voluntad de ley que garantice a un litigante cierto derecho contra otro.

En el proceso constitutivo, se persigue también la declaración de un derecho incierto o más bien inexistente, pretendiéndose que el Juez lo cree, y sólo desde entonces podrá exigirse o hacerse efectivo. El título, causa de estos derechos, se encuentra en la propia sentencia cuando ésta se hace firme adquiriendo autoridad de cosa juzgada y la consiguiente posibilidad de llevarse a efecto, mediante el proceso de ejecución, no sólo en cuanto a lo principal, sino también con respecto al abono de intereses, de frutos, de daños y perjuicios y de costas, si el fallo comprendiese estos extremos.

Todas estas modalidades de procesos, se admiten aunque sin estar sistematizados, en nuestra legislación, pudiendo resolverlos los Tribunales, con aplicación del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No puede negarse que a pesar de esto, hay quien sostiene que el único proceso que debiera estar sometido a la jurisdicción de los Tribunales es el de cognición, olvidando que la justa paz social, no se logra con el simple pronunciamiento de la sentencia, sino que requiere el cumplimiento de la misma en el proceso de ejecución, cosa que nadie puede realizar mejor que el órgano que la dicta en primera instancia. Por eso, nuestro derecho clásico atribuye a los Jueces y Tribunales, la potestad de juzgar y la de ejecutar o hacer que se ejecute lo juzgado, sin cuyo último trámite quedaría insatisfecha la tutela forzosa del derecho, que es en la que aparece con toda evidencia y con plena eficacia, la coactividad de la norma jurídica.

Veamos ahora si el proceso judicial, cualquiera que sea su clase, constituye una relación jurídica, o una serie de situaciones en que durante el proceso pueden encontrarse los litigantes, de las cuales en lugar de relaciones jurídicas, sólo nacen cargas, derechos o expectativas de derechos, siendo entre éstos el más importante el de obtener una sentencia favorable.

El proceso judicial es para nosotros, una institución jurídica integrada por los diversos actos ejecutados por las partes y por el Juez, que vienen a constituir una relación jurídica, iniciada con la demanda y completada con la contestación, las cuales mientras se examinan y deciden en la sentencia, producen una situación expectante, como antes se ha indicado, porque la acción provoca el ejercicio de la jurisdicción, para aplicar el derecho a los casos concretos, mediante diversos actos que constituyen el proceso. Estos actos dan lugar a una relación jurídica, puesto que se derivan del ejercicio de derechos y obligaciones a los cuales se refiere la acción, siendo los puntos cardinales, la pretensión del actor, la defensa del demandado y la sentencia resolutoria del Juez.

Supone el proceso, una relación entre el actor y el Juez y otra entre el demandado y también el Juez, aparte de la recíproca entre ambas partes, que tienen derecho a una sentencia justa, correspondiendo al Juez el deber de dictarla.

Esa relación procesal es compleja, porque consta de varios derechos y deberes no solamente de los litigantes, sino también de los funcionarios judiciales. Y es también esa relación autónoma, porque se desarrolla con carácter público independiente de la relación jurídica substancial, que las partes pretenden hacer valer en el proceso. El carácter público se deriva de la intervención de la potestad jurisdiccional del Estado.

El catedrático de la Universidad de Coimbra Dos Reis en su «Processo ordinario e sumario» (pág. 154), se plantea

la duda de si la relación jurídica procesal será de naturaleza exclusivamente pública o tendrá una índole mixta, siendo simultáneamente pública y privada.

Agrega que Mortara entiende que esta relación resulta de la unión de dos relaciones jurídicas: a) Una relación entre dos particulares provocada por el contraste de sus pretensiones. b) Una relación entre cada uno de los particulares y el órgano jurisdiccional tendente a la eliminación del referido contraste. La combinación de estas dos relaciones, forma la relación jurídica procesal, que origina los siguientes derechos y deberes recíprocos:

A) En cuanto al actor: 1.º El poder o la facultad de provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, para la tutela de un derecho y de obligar al demandado a someterse a la decisión. 2.º Una obligación derivada del ejercicio de esa facultad, de sufrir las consecuencias del ejercicio de la actividad jurisdiccional, tanto de las relaciones con el Juez, como de las relaciones con el adversario.

B) En cuanto al demandado: 1.º Una obligación derivada del acto del demandante, de participar en la relación procesal. 2.º El derecho de defensa, esto es, la facultad de oponerse a la pretensión del actor, promoviendo la tutela de su propia situación jurídica, haciendo que se ejerza en su beneficio la actividad jurisdiccional.

C) En cuanto al Juez: 1.º El deber de prestar su actividad. 2.º El poder de realizar los actos necesarios para ser proferida la decisión.

De manera que Mortara admite la existencia de relaciones jurídicas entre las propias partes, porque habla de derechos y obligaciones entre ellas; y aunque considera a la relación procesal como de derecho público, tiene el cuidado de advertir, que su contenido no pertenece exclusivamente al derecho público. Las dos relaciones originales no se funden químicamente, sino que se asocian mecánicamente, sin desaparecer sus vestigios primitivos.

Combate Dos Reis esa doctrina de Mortara diciendo, que la relación procesal resulta como consecuencia de un contraste entre la voluntad de dos partes, pero que el órgano jurisdiccional ha de sentenciar desenvolviendo sus actividades, teniendo a la vista la defensa del derecho objetivo, al paso que cada uno de los litigantes persigue el triunfo de su pretensión individual o del derecho objetivo que se arroga; pero resta saber si constituida la relación jurídica procesal puede hablarse de derechos y obligaciones entre las partes en el proceso. Se inclina por la teoría de que no existe relación jurídica procesal, porque el demandante no tiene ningún derecho para imponer al demandado la obligación de intervenir en el litigio, sino que puede adoptar la actitud lícita de permanecer en rebeldía. Para asegurar la participación de los litigantes en el proceso, la ley se limita a establecer cargas, coincidiendo con Curnellutti, y afirma que cuando se habla de un derecho procesal del actor contra el demandado, se confunde el contenido del derecho de acción, con los efectos que se pretende obtener, mediante el ejercicio de este derecho.

Durante mucho tiempo la relación procesal fué considerada como una relación de origen y naturaleza contractual; el proceso civil era concebido como un contrato o cuasi contrato judicial, entendiéndose que las partes mediante un acuerdo se obligan a oír la sentencia y a someterse a la decisión del Juez, y que ese acuerdo producía una novación del derecho y de la obligación controvertida.

Esta concepción tiene sus orígenes en el derecho romano, procediendo de la naturaleza jurídica de la *litis contestatio*, que según la mejor doctrina, correspondía a la aceptación por parte del demandado, de la fórmula que el demandante obtenía del Magistrado; suponía por tanto un acuerdo voluntario o un verdadero contrato.

Pero las nuevas doctrinas sobre la acción, el proceso y la relación jurídica procesal, condenan en absoluto la

existencia del contrato judicial, que debe desaparecer de la ciencia procesal moderna. Ni la acción se puede considerar como un aspecto del derecho material, ni la relación procesal como prolongación o transformación de la relación substancial que se pretende ver definida. Por otro lado, la relación procesal se compone de dos relaciones entre cada una de las partes y el Estado —*relación jurídica de acción y relación jurídica de contradicción o defensa*— y no por una relación directa entre las partes, sea contractual o cuasi-contractual.

La *litis contestatio* del derecho romano, no tiene correspondencia en el proceso civil moderno y así lo demuestra el hecho de no ser obligatoria la comparecencia del demandado, y aun cuando éste comparezca y conteste a la demanda, no puede verse en su actitud una manifestación, real o ficticia, del consentimiento del cual se derive para el Juez el poder de juzgar, porque éste juzga, quiera o no quiera el demandado.

La teoría del contrato judicial, siendo inexacta en su base, lo es también errónea en sus consecuencias. El derecho que el actor pretende hacer valer, subsiste después de intentada la acción, siendo ese derecho el que el Juez aprecia en su sentencia. Ésta no crea un derecho nuevo, no sustituye al antiguo título o a la antigua *causa obligandi*, una causa nueva; el Juez se limita a separar los obstáculos que se oponen a la realización del derecho, adaptando la regla general y abstracta al caso concreto.

La relación jurídica procesal se constituye, en cuanto al demandante, por el hecho de formular su demanda ejercitando la acción, y la relación jurídica de contradicción se constituye por la defensa del demandado, previa la citación. Es claro que para que nazca la relación jurídica de la acción, se necesitan ciertas condiciones de capacidad en el que la ejercita y en el Juez a quien va dirigida; es

decir, que se refieren a los llamados conceptos o presupuestos procesales que son la validez del proceso, la legitimidad de las partes y la competencia del Juez.

Constituida la relación jurídica procesal, de ella se derivan distintos efectos: El actor pretende que el Juez le reconozca un determinado derecho, cuyos beneficios se retrotraen a la fecha en que se presentó la demanda. Por otro lado, el Juez debe atender a las condiciones y circunstancias del momento de constituirse la relación procesal, para apreciar la procedencia o improcedencia de la pretensión, sin que la afecten los hechos posteriores por regla general. De ahí, la consecuencia necesaria de que la relación procesal deba mantenerse inmutable en el decurso del proceso, en lo tocante a los elementos esenciales: sujeto, objeto y causa.

Para Goldschmidt, el derecho procesal no es más que la ciencia del proceso civil, considerando a éste, no como una relación jurídica, que en la técnica española se crea con el cuasi-contrato de *litis contestatio*, sino como una situación o serie de situaciones jurídicas encadenadas entre sí, de las cuales por la relación del derecho público entre el Estado y los litigantes, se derivan cargas u obligaciones y expectativas de derechos, principalmente a obtener una sentencia favorable. Por su carácter de funcionario público, tiene el Juez el poder-deber, de conocer y resolver el proceso conforme a las normas jurídicas; el demandado citado en forma, tiene la obligación de comparecer, si no ha de sufrir las consecuencias de su declaración en rebeldía; ambos litigantes deben satisfacer las costas procesales en la proporción correspondiente; y están obligados a ser leales y veraces, sin emplear en el proceso la mentira, la mala fe, la temeridad, ni la conducta dilatoria.

Por consecuencia del indicado carácter, el Juez debe ser considerado, no como el poder que está sobrepuesto al derecho, sino como el poder que está sometido a la ley.

De la lectura del libro de Goldschmidt (1), se obtiene la impresión de que estima el Proceso, no como debe ser según el Derecho procesal, sino según es independientemente y fuera del Derecho, o sea en la realidad práctica por consecuencia de las imperfecciones del Juez, que no sabe o no quiere decidir conforme al Derecho, o de la mayor o menor destreza con que las partes procuran aprovecharse de las circunstancias, para disfrutar en su ventaja de los Tribunales que, en buenos principios, sólo deben servir a la Justicia. De este modo resulta que el Proceso no es un medio para actuar el Derecho, sino al contrario, un medio para hacer parecer y que valga como Derecho, lo que no es Derecho.

En cambio demuestra Binder que la acción es algo inseparable del Derecho, viniendo a constituir ella y el proceso en que se plantea y resuelve, un necesario complemento de la tutela jurídica, ya que ésta se realiza por el Estado, estableciendo mediante su función legislativa las normas de conducta que pueden cumplirse espontáneamente y disponiendo con su función jurisdiccional, el modo de cumplir la forzosa realización del Derecho, haciendo actuar la ley para que ésta resulte eficaz, aun contra la voluntad del obligado.

Como escribe Silva Melero (2), la teoría de la relación jurídica procesal, puede decirse que arranca de la publicación de la obra de Bulow («Die Lehre von den Prozesssienreds und der Prozessvorausse»), a la cual hemos aludido en otro lugar, como corriente científica que tiende a construir el proceso con existencia propia e independiente de la relación jurídica privada. Hemos indicado también, de acuerdo con el referido articulista, que el proceso desde el

(1) «Der prozess als Rechtslage.—Eine kritik des processuales Denkns». Berlín, 1925.

(2) «Contribución al estudio de la relación procesal». En Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Agosto-Septiembre de 1930.

momento que se constituye, hasta la obtención coactiva del bien jurídico, consta de dos partes o procedimientos distintos, que son, el de conocimiento y el de ejecución de la sentencia. En la primera que se somete al verdadero poder jurisdiccional del Estado representado por el Juez, el demandante ejercita y prueba sus acciones, y el demandado sus excepciones, es claro que a presencia y bajo la dirección del Juez, aunque éste carezca de iniciativa. Los actos de las partes producen efectos jurídicos, dando comienzo la relación, desde que el demandante declara su voluntad en la demanda.

Esta teoría de la relación jurídica procesal, continúa escribiendo el Sr. Silva Melero, ha sido entendida de muy diversas maneras: Para Kolher (1), la relación procesal se da sólo entre las partes y no entre las partes y el Juez, porque su colaboración no le hace partícipe de la relación procesal. Según esta teoría, las partes no tienen ningún derecho frente al Juez ni frente al Estado, para obtener la tutela jurídica que le prestan en cumplimiento de sus deberes de imperio, y la constitución de la relación procesal, se opera en virtud de negocio jurídico, puesto que no es otra cosa el planteamiento de la misma, afirmación bastante discutida por otros autores.

Bülow se expresa en los siguientes términos: «El Derecho procesal civil determina los deberes y facultades de las partes y Tribunales, con lo que queda dicho que el proceso es una relación recíproca de acreedor a deudor, pero de derecho público. Dentro del proceso civil, las partes tienen derecho a actuar, pero ni el demandante ni el demandado, están obligados a una actuación forzosa». El primer mérito de Bülow, es el haber puesto de manifiesto que el proceso civil, no es sólo un procedimiento, sino una relación jurídica, y difiere del punto de vista de Kohler, en cuanto no cree que la demanda sea negocio jurídico, sino que tiene simplemente

(1) Der Prozess als Rechtsverhältniss.

el concepto de ataque, para la obtención de una sentencia, según el resultado del litigio.

Wach sostiene, que donde está el proceso, está la relación jurídica, que no es otra cosa, para este autor, que una relación de derecho entre partes interesadas, y cuyo contenido no representa más que derechos y deberes de naturaleza procesal, pero con tal independencia de las relaciones jurídicas de derecho material, que mediante el proceso, el derecho no solamente existe, sino que vale, adquiriendo eficacia y realidad. Los sujetos de esta relación de derecho público son para Wach, por lo menos, el Juez, el demandante y el demandado.

Relación jurídica procesal, es para Hellwig, tanto como relación jurídica pública de los sujetos procesales. Nace con la demanda (Klage), se desarrolla por medio de los actos procesales, tiene su objeto en la sentencia y termina al hacerse ésta firme. Los sujetos de la relación procesal, son de una parte, el Tribunal y de otra, los litigantes. El Tribunal es sujeto del proceso, es decir, lo son las autoridades en general; no lo es el Juez A. o B. concretamente, que puede ser distinto o cambiar en el curso del pleito, sin que por eso la relación procesal sea modificada. Por lo que se refiere a las partes, cree Hellwig que el demandante exige al Magistrado una afirmación, que es la garantía de la tutela jurídica (Rechtsschutz), y el demandado tiene derecho, por su parte, a que la demanda sea rechazada, si ésta fuera infundada. Los verdaderos sujetos de la relación procesal, son las partes, no lo son sus apoderados, Procuradores, representantes legales, ni Abogados.

La característica de la relación está, según la teoría del autor que venimos examinando, en el poder jurisdiccional del Juez, y la actividad de las partes sólo tiene importancia en cuanto impulsa la actividad decisoria judicial. El poder que el tribunal ostenta, es órgano del supremo poder del Estado, y comprende a las partes en cuanto le estén some-

tidas sin su voluntad y sin su actividad. No cree Hellwig que exista deber alguno de someterse al poder del Estado, sino completamente una situación jurídica de sometimiento a este poder, siendo el poder del Estado el que únicamente crea la decisión judicial y especialmente la obligatoriedad de la sentencia firme, independiente de la actividad de las partes, razón por la cual, no puede pensarse en un deber recíproco de éstas a la tolerancia de los actos judiciales o a su reconocimiento (1). Como se ve, Hellwig exalta el carácter público de la relación jurídica procesal e insinúa ya, el concepto de situación jurídica, frente al de relación.

Carnelutti cree, que la relación jurídica procesal, es la combinación de una obligación y eventualmente de un derecho, que tiene por objeto la prestación de una actividad para el desenvolvimiento del proceso, relación de derecho público, no porque los dos intereses en conflicto sean públicos, sino porque la relación se constituye por predominantes consideraciones de interés público. Sabido es que Carnelutti separa el concepto de la acción, del derecho material y da a aquélla un carácter estrictamente procesal.

II

Los procesos de cognición y de ejecución se distinguieron en Roma, a partir del sistema primitivo de las *legis actiones*, correspondiendo al primero la *actio sacramenti*, la *iudicis postulatio* y la *condictio*; y al proceso de ejecución, la *manus iniectio* y la *pignoris capio*.

La *manus iniectio*, como reminiscencia antijurídica, consistía en el apoderamiento del deudor insolvente, convirtiéndole en esclavo del acreedor. La *pignoris capio*, facultaba al acreedor para apoderarse de una cosa del deudor en garantía de la efectividad de su crédito.

(1) Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht, Leipzig, 1907.

En esta última, puede encontrarse el antecedente de nuestras leyes, al establecer la prenda y la hipoteca, facultando al acreedor para vender la cosa y cobrarse con su importe de modo extrajudicial, que es el carácter que tenía en Roma la *pignoris capio*.

Estas mismas fases de ejecución extrajudicial y judicial, han sido reconocidas por nuestras leyes, pero así como aquélla ha logrado un perfeccionamiento quizá excesivo, que culmina en el convenio, verdadero negocio jurídico, en el cual, llegado el vencimiento de la obligación, si el deudor no paga, queda dueño absoluto el acreedor del inmueble que se le hubiese vendido con pacto de retro, o facultado para vender en pública subasta ante Notario, prescindiendo del Órgano Judicial, la cosa pignorada o hipotecada; en cambio, el proceso de verdadera ejecución forzosa, está muy rezagado, tanto en la doctrina como en la legislación, según vamos a demostrar.

En nuestro Derecho, como en el italiano, el proceso ejecutivo voluntario aparece mezclado con otros procesos especiales de cognición, y así sucede con el proceso posesorio, con el cautelar y con el monitorio, entendido éste como una intimidación ejecutiva, que no puede confundirse con el procedimiento especial ejecutivo y de apremio, regulado en los arts. 7, 8 y 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo procedimiento ha sido calificado acertadamente de *proceso de ejecución*, por el Tribunal Supremo, en Autos de 10 de Noviembre y 21 de Diciembre de 1943, siendo de advertir, que nuestra ley no regula una forma ordinaria de proceso monitorio, como lo hace el art. 474 del Código Procesal Italiano.

Según nuestro Derecho clásico, se consideraban documentos con fuerza ejecutiva todos aquellos que servían a los acreedores para librarse de los dispendios y de las dilaciones de la vía ordinaria, a que solían dar lugar los deudores morosos. A este propósito, disponían la L. 1.^a, tit. 28,

libro XI y siguientes de la Nov. Rec. las condiciones que debía reunir el título ejecutivo y su eficacia, según estuviese o no garantizado el crédito con hipoteca, en cuyo caso se usaba la cláusula «Guarentigía» o de garantía, redactada en estos términos: «Y confiere amplio poder a los Señores Jueces de S. M. que de este negocio deben conocer conforme a derecho, para que le apremien a su cumplimiento como por sentencia definitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciba».

Se ha considerado a Sevilla como la cuna de nuestro juicio ejecutivo, porque hallándose en ella el Rey Don Enrique III, expidió en 20 de Mayo de 1396 una Pragmática estableciendo el juicio ejecutivo, sólo en favor de los mercaderes y de otras personas de la misma ciudad. Pero los Reyes Católicos, con la amplitud de miras que imprimían a todos sus actos, y movidos por sus tendencias unificadoras, por otra Pragmática dada en Toledo el año 1480, dispusieron que la referida Ley de D. Enrique III «generalmente se guarde en todos nuestros reynos: y ordenamos conforme a ella, que cada y cuando los mercaderes, ó otra qualquier persona ó personas de qualesquier ciudades y villas y lugares de nuestros reynos, que mostraren ante los Alcaldes Justicias de las ciudades y villas y lugares de nuestros reynos y señoríos cartas y contratos públicos y recaudos ciertos de obligaciones que ellos tengan contra qualesquier personas, así cristianos como judíos y moros, de qualesquier deudas que les fueren debidas, que las dichas justicias las cumplan y lleven a debida execución, seyendo pasados los plazos de las pagas, no seyendo legítimas qualesquier excepciones que contra los tales contratos fueren alegadas, en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas y que las Justicias, no dexen de lo así hacer y cumplir por paga o excepción que los dichos deudores aleguen; salvo si dentro de diez días mostraren la

tal paga o legítima excepción, sin alongamiento de malicia, por otra tal escritura como fué el contrato de deuda, ó por albalá que haga fé, ó por confesión de la parte, ó por testigos que estén en el arzobispado ó obispado donde se pidiere la ejecución, tomados dentro del dicho término: y para probar la tal paga y excepción, si por testigos los hobiere de probar, es nuestra merced, que el deudor nombre luego los testigos, quien son, y donde viven y jure, que no trae malicia; y si nombrare los testigos aquende los puertos fuera del arzobispado ó obispado, haya plazo de un més para traer sus dichos; y si allende por todo el reyno, que haya plazo de dos meses; y si los nombrare en Roma ó en Paris, ó en Jerusalem fuera del reyno, que haya plazo de seis meses; pero es nuestra merced que el deudor que alegare la tal paga ó excepción, no la probando dentro de los dichos diez dias en la manera que dicha es, y dixere, que los testigos que tiene están fuera del arzobispado ó obispado, como dicho és, que pague luego al mercader ó al acreedor, dando el tal mercader ó acreedor luego fianzas, que si el deudor probare la paga, ó otra excepción que le pueda excusar, que le tornará lo que así pagare, con el doblo por pena en nombre de intereses; y el reo asimismo dé fianzas que si no lo probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó; la qual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa e injustamente se alegó la paga, y la otra mitad para reparos de los muros, ó para otras cosas pías ó públicas, donde el Juez viere que és mas necesario; y esto mismo mandamos, que se guarde, pidiendose ejecución de sentencia pasada en cosa juzgada».

Las Partidas y especialmente la tercera en sus leyes II y III del Tít. 27, reconocieron los procesos ejecutivos, al tratar de como los *juycios* valederos deben ser cumplidos, disponiendo que el vencido en juicio por sentencia firme y el que tenga contra sí títulos ejecutivos que puedan dar lugar a un mandamiento de pago, también llamado *juycio* en su

sentido lato, debe cumplirlo voluntariamente, pero si no lo hace se le obliga a ello poderosamente o mediante la coacción, *de manera que la justicia venza*, debiéndose ejecutar la sentencia en sus propios términos y contra los bienes por el orden señalado, pero sin hacer ejecución en caballos, ni en armas de caballeros, ni en soldada, ni en tierras de cultivo, ni en bueyes de arada.

A pesar de las varias disposiciones dictadas posteriormente para evitar dilaciones, es lo cierto que éstas continuaron hasta la Ley de Enjuiciamiento para Negocios Mercantiles de 1830, en cuyo art. 327 se fijaron de modo taxativo las únicas excepciones admisibles en este juicio ejecutivo, que podían retrasar el pronunciamiento de la sentencia de remate.

Igual tendencia se marcó en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, en la que se suprimieron los traslados de la audiencia al demandado antes de despachar la ejecución, se abolió la dilatoria notificación de estado y los inútiles pregones, se determinaron las únicas excepciones admisibles, suprimiéndose los traslados y alegaciones después de practicar la prueba, se redujo el plazo de los anuncios para la subasta de bienes y se suprimió el mandamiento de apremio y de pago, el nuevo plazo de diez días para pagar e ingerencia del deudor en los resultados del remate una vez celebrado, a título de retracto consuetudinario, de cuarta puja, etc.

De este modo llegamos al art. 1.429 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil, en el que se fijan concretamente los títulos que tienen aparejada ejecución, unos por sí, como sucede con los comprendidos en los números 1.º y 4.º, y otros que requieren más o menos actuaciones previas, encaminadas a preparar la ejecución, o mejor dicho el título ejecutivo. Pero es de notar que tanto unos como otros, sirven de fundamento a la acción ejecutiva, con respecto al simple despacho de la ejecución, por virtud de cuyo mandamiento expedido al Secretario, requiere éste asistido del

Agente Judicial, de pago al deudor, y si no lo verifica, se procede al embargo de sus bienes por el orden establecido en el art. 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, después de lo que, se le cita de remate, actuación que equivale al emplazamiento de los juicios declarativos, y desde entonces, cesa el procedimiento preventivo seguido *in audita parte*, y puede comenzar el contencioso, si el deudor anuncia su propósito de no oponerse a la ejecución, alegando las excepciones y medios de defensa de los arts. 1.464 al 1.467 de la propia ley, en cuyo caso, se entra en la *fase de cognición*, que impide calificar al juicio ejecutivo, como verdadero proceso de ejecución.

Confirma esta idea, de que el juicio ejecutivo es más bien que un proceso de ejecución, un proceso mixto, que comenzando con una especie de ejecución provisional, termina o puede terminar convirtiéndose en un verdadero proceso de cognición, el hecho de que aun después de dictada la sentencia y de ser firme, no produce excepción de cosa juzgada, según preceptúa el art. 1.479 de la misma ley, que deja a salvo el derecho a las partes para promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión.

Algo semejante sucede con el llamado procedimiento de apremio en negocios de comercio, en el que también se faculta al deudor para formular oposición con arreglo al art. 1551 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cambio, pueden considerarse como más afines a los procesos de ejecución: los que tienen por objeto el cobro de créditos asegurados con hipoteca naval, según la ley de 21 de Agosto de 1893; los que tienen por objeto hacer efectivos créditos hipotecarios de las Compañías de crédito territorial, conforme al Decreto-ley de 5 de Febrero de 1869, ligeramente modificado por la ley de 2 de Diciembre de 1872, y por los arts. del 10 al 12 del Estatuto del Banco Hipotecario de 4 de Agosto de 1928, cuyo procedimiento sólo puede suspenderse mediante demanda fundada en algún título inscrito ante-

riormente. De igual modo puede considerarse como proceso de ejecución el denominado procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria, cuyo procedimiento no admite excepciones por parte del deudor, y sólo puede suspenderse por alguna de las cuatro causas establecidas en el art. 132 de la Ley Hipotecaria.

Con acierto escribe Guasp (1) que tanto el proceso de cognición como el de ejecución ofrecen muy variadas formas, que sería conveniente unificar y simplificar, estableciendo para cada uno de ellos una tramitación de ámbito general, o a lo sumo diversificada en dos o tres categorías fundamentales, abandonando el criterio casuístico que perturba el desarrollo de la actividad jurisdiccional, que debe inspirarse en la sencillez.

Prescindiendo de los múltiples procesos de cognición que establecen nuestras leyes, singulares y universales, declarativos u ordinarios y especiales, vamos a enumerar los que se llaman procesos de ejecución, pero que en realidad no lo son, aunque tienen carácter de ejecutivos, que son los siguientes:

- 1.º El juicio ejecutivo de que tratan los arts. 1429 al 1480 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 2.º El procedimiento de apremio comprendido en los arts. 1481 al 1531 de la misma ley.
- 3.º El procedimiento para ejecución de sentencias a que se refieren los arts. 913 al 958 de la misma ley.
- 4.º El procedimiento de apremio en negocios de comercio regulado por los arts. 1.544 al 1.560 de la propia ley.
- 5.º Los procedimientos sumarios de apremio de que tratan los arts. 7, 8 y 12 de la dicha ley.
- 6.º El procedimiento judicial sumario contenido en los arts. 129 al 135 de la Ley Hipotecaria.
- 7.º El procedimiento de la Ley de Hipoteca naval, regulado por los arts. 39 al 49.

(1) «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria».



8.º El procedimiento ejecutivo a favor de las sociedades de crédito territorial, establecido en el Decreto-ley de 5 de Febrero de 1869 en relación con el 1.560 de la ley de Enjuiciamiento Civil y con los arts. 91 al 95 de los Estatutos del Banco Hipotecario de 3 de Noviembre de 1928.

Refiriéndonos al procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria, conviene hacer constar, que las leyes de 1861 y 1869, no prescindieron de la tramitación establecida para el juicio ejecutivo común, en la de Enjuiciamiento Civil, aunque se tratase de créditos garantizados con hipoteca; pero la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de Julio de 1893, y su Reglamento, implantaron por vez primera un proceso ejecutivo abreviado, con el propósito de fomentar el desarrollo del crédito territorial, y así vino a reproducirse con carácter procesal en la vigente ley y su Reglamento, manteniendo como supletoria la de Enjuiciamiento Civil. Ese carácter procesal, aparece demostrado en su art. 131, que prohíbe alterar los preceptos legales por convenio de las partes, y aún en el art. 203 del Reglamento que faculta al acreedor hipotecario, para optar por el procedimiento ejecutivo ordinario, a consecuencia de lo que, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1926 declaró que aquel procedimiento tiene la naturaleza de los sumarios estatuidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No debe olvidarse que este procedimiento hipotecario, si bien se parece al de ejecución forzosa, no lo es por completo, puesto que admite oposición del deudor en los casos del art. 132, si bien limitándola a una comparecencia de las partes, guardando cierta semejanza con el proceso ejecutivo de los arts. 7.º y 8.º de la referida ley de Enjuiciar. Tanto en uno como en otro proceso, se pretende actuar la norma abstracta, sin necesidad de una declaración definitiva; pero en el procedimiento hipotecario la ejecución no se despacha, ni el apremio prosigue contra todos los bienes del deudor en la cantidad precisa para satisfacer el crédito reclamado,

sino que se limita a la cosa hipotecada, y también en eso difiere del verdadero proceso de ejecución.

Alguien ha dicho que este procedimiento hipotecario constituya una miniatura de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero lo que resulta es, que por ser excesivamente incompleto, tiene como supletorio la referida ley. Además, sin negar sus ventajas, ofrece en la práctica dos graves inconvenientes que destruyen la finalidad de favorecer el crédito inmobiliario. Uno consiste en que esta acción ejecutiva, en lugar de tener carácter general sobre todo el patrimonio del deudor, se limita a los bienes especialmente hipotecados, y pudiera darse el caso de que, por haber éstos disminuído de valor, a consecuencia de las fluctuaciones económicas, no concurren postores a las subastas, viéndose entonces obligado el acreedor, a adjudicarse en pago las fincas y quedando su crédito en parte no satisfecho; si por el contrario, la moneda pierde la capacidad adquisitiva que gozaba al contraerse el préstamo, puede el deudor pagar dentro del plazo con monedas corrientes, pero cuyo valor efectivo represente bastante menos de lo prestado.

De estos inconvenientes que comprueban las impurezas de la realidad, se deriva la propensión de que los Abogados se inclinen por el juicio ejecutivo común.

El procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria, constituye por consiguiente un proceso ejecutivo especial; pues si bien en Alemania sostuvo Schonke que no era un verdadero litigio, rectificó después en el sentido de que la ejecución forzosa constituye una parte del proceso civil, perteneciente a la jurisdicción contenciosa. De todos modos, todavía hay allí escritores como Baumbach que propugnan la supresión del proceso contencioso civil en sus fases de cognición y de ejecución, fundándose en la dificultad de diferenciar ambas jurisdicciones, para sustituirle por actos de jurisdicción voluntaria, que son más simples y expeditivos que el proceso civil, opinión que úni-

camente puede sustentarse por las especiales circunstancias políticas en que se encuentra Alemania, que repercuten en el Derecho.

El malogrado Profesor Becena, publicó ya en 1920 unas notas de sistematización de los «procedimientos Ejecutivos» en la Revista «Derecho Privado», donde se lamentaba de la gran diversidad de procesos ejecutivos y demostraba la necesidad de unificarlos científicamente. A este propósito establecía un paralelo entre el proceso ordinario y ejecutivo, diciendo que en éste acaece todo lo contrario que en aquél. El Juez no sólo debe cuidarse de examinar los requisitos de la demanda, en general, sino que la petición de un procedimiento especial, le plantea ante todo el problema de la legitimidad de su concesión o denegación, pero cumplido esto, sin oír al demandado expide contra él un requerimiento de pago con la amenaza de embargo y ejecución inmediata. Reconoce después que nuestro juicio ejecutivo tiene una fase de cognición, aunque menos amplia que el juicio ordinario y que existen diversos procesos ejecutivos; censura la denominación de sumario dada al procedimiento de la Ley Hipotecaria y el de sumarios especiales con que calificó el Tribunal Supremo en auto de 12 de Diciembre de 1899 y en sentencia de 31 de Mayo de 1910, los procedimientos de los arts. 7.º y 8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y termina haciendo indicaciones sobre los procedimientos de expropiación general llamados de concurso y de quiebra, excluyendo por no ser judiciales, el procedimiento de apremio administrativo, y demostrando que la sentencia recaída en el proceso de declaración, es un título ejecutivo por antonomasia, de tal fuerza y universalidad, que es el único por el que se pueden conseguir coactivamente la entrega de bienes y el cumplimiento de las obligaciones que se comprenden en la condena.

Lopes-Cardoso en su «*Manual da acção executiva*»,

crítica al legislador portugués de 1939, que en su afán de reducir los viejos procesos especiales, quiso abolir también el proceso de ejecución hipotecaria, que estaba regulado en los arts. 949 y siguientes del Código de 1877. Creyó que bastaba establecer que la acción ejecutiva hipotecaria debía ser propuesta sólo contra el poseedor de los bienes hipotecados, según dispone nuestra Ley Hipotecaria en su art. 126. No pensó en que esos bienes podrían resultar insuficientes para pagar el crédito y en que si bien el tercer poseedor de los mismos, quedaría libre desamparándoles, en cambio como la hipoteca es una obligación accesoria del crédito, cuando estos bienes no sean suficientes para el pago total, puede proceder el acreedor contra el resto del patrimonio del deudor primitivo.

Por eso entiende, que se impone la necesidad de un proceso especial, en el caso de que los bienes hipotecados hayan pasado a un poseedor distinto del deudor originario.

El acreedor hipotecario en caso de concurso o de quiebra no está sujeto a los mismos, pudiendo sin peligro de la acumulación, perseguir con independencia los bienes hipotecados, pero sólo éstos para el pago de su crédito, de igual modo que se dirige contra el tercer poseedor que los hubiera abandonado, porque de lo contrario, puede con el importe de los demás bienes hacer efectiva la totalidad del crédito.

El título para promover el proceso de ejecución, además de auténtico y definitivo, ha de acreditar plenamente y con carácter público, la realidad de la relación jurídica, sin que baste probar la verdad del contrato y de la falta de pago ni la *legitimatío ad causam*. Si dicho título consiste en una sentencia firme ganada en proceso de cognición, tiene que ser ésta de condena, porque la de mera declaración, sólo contiene una certidumbre provisional, y la sentencia constitutiva sólo puede servir para ejecutar lo declarado que se relacione con una condena.

Chiovenda (1) habla del procedimiento documental y cambiario como proceso ejecutivo, *processus executivus, mandatum de solvendo sine cláusula*, del derecho medieval italiano. Cuando la prueba del crédito resultaba de documentos provistos de cláusula de ejecución inmediata (cláusula de garantía), el Juez producía, basándose en ello directamente, el *mandatum de solvendo* que iniciaba la ejecución. Si el deudor contaba con determinadas excepciones que hacer valer, podía oponerse al mandato; las otras excepciones variables con relación al lugar del juicio, no eran admitidas o admitíanse sólo después de la ejecución. Con el tiempo este procedimiento fué admitido como norma general para todos los documentos, especialmente para las letras de cambio, que tenían por objeto el pronto cobro de los títulos cambiarios.

Después habla del proceso monitorio y de otras declaraciones ejecutivas, que no son verdaderos procesos de ejecución.

El art. 474 del Código italiano dispone, que la ejecución forzosa sólo puede tener lugar en virtud de un título cuyo carácter reconoce: a la sentencia y a las demás resoluciones judiciales a las cuales la ley atribuya expresamente eficacia ejecutiva; a las cambiales y a los demás títulos de crédito o los actos a que la ley atribuye igual eficacia; y los actos autorizados por Notario público o por otro funcionario, relativamente a la suma de dinero en el documento contenida.

Los arts. 483 y sucesivos tratan de la expropiación forzosa en general, que se asemeja a nuestro procedimiento de embargo y de apremio.

La última palabra sobre esta materia, la ha expuesto el profesor portugués Dos Reis (2), quien señala como presu-

(1) Obr. cit. T. I, p. 238.

(2) Processo de Execução; Coimbra 1943.

puesto de la ejecución, un título ejecutivo de carácter formal, y un acto ilícito del deudor por incumplimiento de su obligación, que tiene carácter substancial, y por eso añade, que el derecho de ejecución se identifica con el derecho subjetivo material que se trata de hacer efectivo, aun contra la voluntad del deudor, pero no obsta a la autonomía de las acciones y por consiguiente de la ejecutiva, designando como tipos de ejecución según el derecho portugués: a) el pago de cuantía cierta; b) la entrega de cosa cierta; c) la prestación de algún hecho. Y como títulos ejecutivos, la sentencia de condena y los actos de conciliación, escrituras públicas, letras, libranzas, cheques, extractos de facturas o vales, y los títulos a que por disposición legal fuese atribuida fuerza ejecutiva (art. 46 del Código).

Al analizar la eficacia del título ejecutivo (T. I, p. 112) escribe que dicha eficacia puede condensarse en esta fórmula:

Da vida a la acción ejecutiva, siendo por eso su eficacia *constitutiva*. El alcance de la fórmula del título debe estudiarse con respecto al acreedor, al deudor, y al órgano de la ejecución.

En cuanto al acreedor, la situación nacida del título es de *supremacía o preeminencia*. Representa un derecho contra el deudor y no contra el Estado, puesto que el órgano ejecutivo de éste tiene el deber de poner en movimiento su actividad, al reconocer que el título reúne todas las condiciones legales, tratándose por consiguiente de un verdadero derecho subjetivo; y rechaza la opinión de Liebman de que el Estado interviene, no para cumplir una obligación que haya contraído en favor del acreedor, o para dar satisfacción al derecho de éste, sino con el fin de realizar un interés propio que es la actuación del derecho objetivo, por ser evidente que el Estado no sustituye al deudor en su obligación incumplida, sino que interviene por haber prohibido la

autodefensa individual, y estar obligado a poner su tutela jurisdiccional a disposición de quien se ve ofendido en su derecho; esta obligación tiene contenido, no de obligación substancial, sino *jurisdiccional o procesal*, mediante la que ejercita un poder-deber, dando la razón a quien la tenga, aplicando el derecho objetivo al caso concreto en litigio y asegurando cuando proceda, la tutela de un derecho subjetivo individual del acreedor.

La situación del deudor es de *subordinación o sujeción*, a consecuencia de su presunta *responsabilidad ejecutiva*. El deudor está sujeto a sanción ejecutiva, porque no puede impedir que esa sanción se haga efectiva. Mas no debe confundirse el concepto de *responsabilidad* con el de *obligación*. Ser responsable significa no poder sustraerse a la sanción; ser obligado quiere decir deber cumplir. La responsabilidad se *sufre*; la obligación se *cumple*.

Del título ejecutivo se deriva para el acreedor la acción ejecutiva; contra el deudor la responsabilidad ejecutiva; y para el órgano ejecutivo, el *deber* de ceder al impulso dado por el acreedor, y el *poder* de imponer al deudor la sanción ejecutiva, salvo la oposición del mismo que puede ser de forma o de fondo, siempre que la ejecución sea injusta.

Según antes hemos consignado, suelen clasificarse las acciones civiles en: de cognición, que puede ser de simple declaración, constitutivas y de condena, y de ejecución forzosa o ejecutivas, que son las que se fundan en una sentencia firme de condena, de la cual se deriva la *actio iudicate*, o en un título justificativo de la razón del acreedor que tiene carácter negocial.

Contra la presunción de cosa juzgada representada por la sentencia ganada en un proceso de cognición, nada puede hacer el deudor, pero tratándose de los demás títulos ejecutivos, aunque se les dé la fuerza de sentencia, puede oponerse el deudor para demostrar la inexistencia del derecho del acreedor.

Aun en este caso, como rige el axioma *nulla executio sine titulo*, es preciso que exista el título ejecutivo y un acto ilícito del deudor por haberse negado a satisfacer al acreedor. El primer presupuesto es de carácter formal o instrumental, sin que puedan admitirse otros títulos que los taxativamente comprendidos en la ley, mientras que la falta de cumplimiento de la obligación que infringe el derecho del acreedor, tiene carácter substancial y por eso algunos autores han pretendido identificar el derecho de ejecución con el derecho subjetivo material, olvidando que desde el momento de ejercitarse la acción ejecutiva, viene a refundirse el derecho subjetivo y el formal, para crear la relación jurídica que tiene carácter público, no sólo porque en ella interviene el poder jurisdiccional del Estado, sino también porque lo que prevalece en el proceso es la norma objetiva y no la subjetiva.

El fin que persigue el proceso de ejecución, es obtener para el ejecutante el beneficio que ha de reportarle el forzoso cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Es claro que, a pesar de la infracción jurídica que produce dicho incumplimiento, puede resignarse el acreedor a reclamar o renunciar sus derechos; pero en otro caso, tiene en su favor la acción ejecutiva para exigir la satisfacción coactiva de su derecho, y entonces el Estado pone en juego sus medios ejecutivos que son de coacción y de subrogación. Los primeros tienden a ejercer presión sobre la voluntad del deudor para inducirle a cumplir sus obligaciones, amenazándole con multas o apercibimientos. Los medios de subrogación son aquellos de que se vale el Estado para dar satisfacción al acreedor, realizando cuanto sea necesario, de igual modo que si lo verificase el propio deudor.

Por eso la palabra ejecución debe reservarse para expresar el fenómeno que suele denominarse ejecución forzosa, o sea la actuación de una sanción por parte de los órganos del Estado, sin o contra la voluntad del deudor.

Las medidas de coacción constituyen una especie intermedia entre la acción ejecutiva y la pena, puesto que hacen sentir sus efectos sobre un interés diferente del que constituye el objeto de la obligación. Entre los medios de coacción figuran el embargo y el aseguramiento de bienes; pero estos medios de coacción sólo pueden emplearse cuando la ley expresamente lo permita. En cambio, con los medios de subrogación se consigue eliminar la situación del deudor contraria al derecho, y entonces en vez de emplear las medidas coactivas pasa el Estado por encima de ellas, utilizando la sanción ejecutiva, realizando válidamente el Juez los actos a que se negó el ejecutado, de lo cual es ejemplo el art. 1514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A veces la ejecución es imposible por referirse a actos personales que el demandado se niega a cumplir, y en tales casos, sobreentendiendo la ley que opta por la indemnización de daños y perjuicios, en los cuales se transforma la primitiva obligación.

La ejecución puede tener por objeto: el pago de una cantidad líquida; el pago de una cantidad ilíquida pero susceptible de ser liquidada; la entrega de cosa cierta, mueble o inmueble; y la prestación de algún hecho positivo o negativo de carácter personal. En cada uno de estos supuestos, que puede contener la sentencia firme de condena, varía el procedimiento a seguir hasta que se consiga el resultado del proceso ejecutivo.

Pero si la ejecución nace de un título contractual, sólo puede consistir en el pago de una cantidad en dinero o en especie, computando el valor de ésta en forma legal.

Toda la política legislativa en materia de ejecuciones, debe tender a aumentar el provecho para el acreedor y a disminuir el coste y las molestias para el deudor.

Hay casos de ejecución injusta en los cuales puede resultar perjudicado un tercero en favor del acreedor

aparente, porque en vez de utilizarse el servicio del derecho de crédito puede funcionar como instrumento de extorsión y violencia en beneficio del poseedor de un título ejecutivo que no sea verdaderamente acreedor. Para evitar este inconveniente, podría adoptarse el principio de no poder promoverse o seguir la ejecución impugnada, mientras no estuviese completamente agotada la vía declarativa o jurisdiccional propiamente dicha, obteniéndose la cosa juzgada, principio sólo aceptable en términos rígidos o absolutos, siendo preciso conciliar en la medida de lo razonable, el interés del acreedor que exige que la ejecución sea rápida, con el interés del deudor que requiere que la sanción sea justa. Para no abandonar los derechos del acreedor, conviene facilitar la ejecución; mas cuando ésta sea injusta deben concederse al deudor los medios de oposición y defensa, llegando hasta imponer al acreedor la obligación de restituir lo que indebidamente haya percibido.

La teoría del juicio ejecutivo plantea el problema de determinar qué relación debe existir entre el proceso de cognición y el proceso de ejecución, o sea si el primero debe ser siempre antecedente lógico o no del segundo. En caso afirmativo, sólo existiría como único título ejecutivo, la sentencia firme de condena, pero la mayoría de las legislaciones reconocen otros títulos ejecutivos, si bien con respecto a ello se admiten al deudor excepciones por vía de oposición.

Mas, si ejecutar es llevar a efecto alguna cosa ya resuelta, el genuino proceso de ejecución, admitido por nuestra ley, es el que ésta califica de procedimiento de apremio, que sirve para cumplir cualquier sentencia de condena por cantidad líquida o liquidable, comprendiéndose tanto la sentencia de remate, que pone fin al juicio ejecutivo, en cuyo período de prevención ya se han embargado bienes del deudor, como todas las demás resoluciones firmes y con autoridad de cosa juzgada, conforme al art. 408 y sus

concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por consecuencia de las cuales, deba procederse en vía de apremio, o sea con embargo y venta de bienes, para con el importe de los mismos pagar al acreedor; es decir, que nuestra vigente ley contiene el título VIII de su libro segundo dedicado a la ejecución de las sentencias que generalmente han de ser firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada; porque si bien en ciertos casos se permite ejecutar sentencias pendientes de recurso de apelación o de casación, ello sólo tiene un carácter interino hasta que recaiga la sentencia definitiva. El art. 922 de la ley ordena, que una vez hechos los embargos encaminados a hacer efectivo el pago de cantidad líquida y determinada, habrá que sujetarse a las reglas establecidas para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo, lo cual demuestra la falta de sistemática de nuestro Código procesal que debiera unificar y simplificar el proceso de ejecución con absoluta separación y sin mezclas del proceso de cognición.

Entre las reformas que según parece se hallan en proyecto, tampoco ha llegado a trazarse un verdadero y único proceso de ejecución, porque se limitan a unificar los trámites de la ejecución sobre la base de que ésta consiste en cantidad líquida, por obligaciones positivas o de acción, y negativas o de omisión, por cantidad indeterminada o ilíquida, por intereses, rentas y frutos percibidos o debidos percibir, y por indemnización de perjuicios. Separadamente de esto, que se refiere a la ejecución de las sentencias firmes dictadas en los juicios declarativos, trata del procedimiento de realización forzosa, que viene a ser equivalente al actual juicio ejecutivo y considera como títulos de esta clase, con prueba constituida, los siguientes: 1.º Escritura pública, primera copia y la segunda si se hubiese expedido conforme al Reglamento Notarial. 2.º La letra de cambio aceptada, impagada y no tachada de falsedad en el acto de su protesto. 3.º Los títulos legítimamente emitidos que representen

obligaciones vencidas, previa confrontación con sus matrices y conformidad de las mismas. 4.º Las pólizas originales de contratos intervenidos por agentes mediadores, conformes con sus matrices del Libro-Registro y llevado en forma. 5.º Los que llevan aparejada ejecución según los preceptos del Código de Comercio y otras leyes sustantivas.

También se consideran títulos ejecutivos, pero necesitados de prueba constituida judicialmente: 1.º El documento privado por el que se acredite una obligación de pago, siempre que el obligado reconozca ante el Juez competente la firma que lo suscribe, la certeza de la obligación, la cuantía líquida de la misma y su vencimiento. 2.º Las letras de cambio no comprendidas en el número segundo anterior, si se reconoce ante el Juez competente la certeza de la deuda.

En vía de defensa y con exclusión de las ejecuciones con título cambiario, en las cuales parece que no se admiten impugnaciones, podrán oponerse todas las excepciones de fondo y forma que, en orden a las personas y la exigibilidad de las obligaciones, difieran, enerven o extingan la acción ejercitada, debiendo tramitarse la oposición como el *juicio menor*. Se concede contra la sentencia recurso de apelación, y al hacerse firme tendrá eficacia de cosa juzgada.

En cambio, cuando la ejecución se funde en una letra de cambio, sólo se admitirán por vía de defensa las alegaciones de falsedad criminal, omisión de cualquiera de los requisitos exigidos en el art. 444 del Código de Comercio, pago, compensación, prescripción, condonación y caducidad de la letra, y las sentencias que en estos casos se pronuncien, no tendrán la consideración de definitivas, ni producirán la excepción de cosa juzgada, pudiéndose en juicio ordinario, impugnar la operación cambiaria por todos los medios lícitos de anulación y excepción, salvo los alegados y resueltos en la impugnación del juicio anterior. Tampoco tendrán dicha consideración las sentencias

recaídas en ejecuciones despachadas a virtud de documentos privados unilaterales y sin expresión de causa, en que se reconozca una obligación de deber.

Aunque se observa la tendencia de unificar los trámites comunes a todo proceso de ejecución forzosa, mantiene las características específicas, según trate de juicio ejecutivo ordinario o especiales, ya sean por acción real contra bienes hipotecados, o extrajudiciales de responsabilidad limitada a la finca hipotecada, dando en este último intervención al Juez, para que en caso de negarse el deudor a consentir en la escritura de transmisión al rematante, o de adjudicación al ejecutante, pueda, en el ejercicio de su jurisdicción, consentir en nombre del deudor contumaz y otorgar la escritura con plena validez jurídica, eliminando así las vicisitudes que por la personalización pueda originarse en los casos de mandatario con mandato irrevocable.

Además de esta importante novedad, que con la intervención del Juez defiende al deudor de cualquier atropello, establece en las ventas públicas un orden gradativo de descenso en el precio de la primera a la segunda, que en ningún caso represente menos del *dimidium*, y si no hubiese concurrido solicitante que lo ofrezca y se tratase de bienes inmuebles, entrarán éstos en la administración del acreedor, por un período de un año prorrogable por otro a justa regulación judicial, si los productos libres de la administración cubriesen en su imputación anual el interés legal del capital y de una décima del mismo, durante cuyo tiempo podrá el deudor desgravar su finca abonando lo adeudado.

Solamente cuando se tratare de bienes muebles, o de inmuebles respecto de los cuales no se hubiere hecho o podido hacer la desgravación, podrá celebrarse subasta sin sujeción a tipo.

De lo expuesto se deduce, que a pesar de la reforma proyectada, subsistirá la diversidad actual de procedimientos

ejecutivos, que no son realmente procesos de ejecución, puesto que aparecen mezclados con actuaciones propias del proceso de cognición, y como se impone la necesidad de armonizar las diversas normas que nuestras leyes contienen relativas a esta materia, consideramos muy conveniente que al reformarse la Ley de Enjuiciamiento Civil, se elabore en toda su pureza, el *proceso de ejecución*, bajo los dos aspectos de, medio de llevar a efecto lo resuelto con respecto al pago de cantidades líquidas o liquidables, por resolución definitiva, y por consecuencia de contratos en los cuales de modo indiscutible y bajo la fe pública, aparezcan consignadas obligaciones de esa misma naturaleza.

Es claro que, al lado de este doble proceso de ejecución, podían conservarse otros de ejecución provisional o cautelar, como los embargos preventivos, los aseguramientos de bienes litigiosos, la ejecución de sentencias pendientes de apelación o de casación y otros semejantes.

III

Como síntesis de todo lo expuesto, establecemos las siguientes *conclusiones*.

1.^a El Derecho procesal, tiene como las demás ramas jurídicas, sustantividad e independencia propia, sin que pueda calificársele de derecho adjetivo, ni siquiera de derecho para el derecho.

2.^a En España no está reducido el Derecho procesal, al estudio del proceso en sus diversas formas, porque además comprende la organización judicial y todos los procedimientos necesarios para que el poder jurisdiccional del Estado, cumpla su peculiar función de juzgar y ejecutar lo juzgado.

3.^a Esta función del poder jurisdiccional del Estado se desarrolla mediante una o dos instancias en los dos principales procesos de cognición y de ejecución, con sus respectivas modalidades.

4.^a El proceso judicial es de carácter público a consecuencia de la intervención directora del Juez, que obra por delegación del Estado.

5.^a Desde que se inicia el proceso civil, mediante la presentación de la demanda, desaparece la naturaleza privada que en su origen tenía la acción para adquirir un carácter social, cuyo interés trasciende a la comunidad en general, que desea y necesita el cumplimiento del derecho, como medio de mantener el orden y la justicia.

6.^a Sea una relación jurídica o una serie de situaciones, lo indudable es, que en el proceso civil se crean una serie indefinida de derechos y obligaciones que afectan a las partes y al Juez, sin que puedan equipararse ni confundirse con la relación de derecho privado, para cuya defensa resultó inútil la tutela mediata o voluntaria del derecho.

7.^a La tutela inmediata o forzosa del derecho, debe estar sometida al órgano judicial en los dos procesos de cognición y de ejecución, en los cuales han de garantizarse los derechos de los litigantes y los del Juez, procurando que éste dicte resoluciones justas; es decir, apoyadas no en su libre arbitrio, sino en las normas abstractas del derecho contenidas en la ley, en la costumbre y en los principios generales de aquél, estén o no recogidos por la jurisprudencia.

8.^a De modo extrajudicial o voluntario puede el deudor, en cumplimiento de lo convenido, satisfacer al acreedor, dejando transcurrir el plazo de la retroventa sin devolver el precio, y dando lugar a que el acreedor-comprador consolide su derecho, sin más que hacerlo constar en el Registro de la Propiedad, o bien permitiendo la venta o la adjudicación en pago de la cosa pignorada o hipotecada en garantía del crédito; y es claro que todo esto es ajeno al proceso judicial, por tratarse de negocios jurídicos.

9.^a Cuando el contrato no ha previsto una forma de cumplimiento extrajudicial de lo convenido, por la sola voluntad del acreedor, necesita éste para conseguir la

ejecución forzosa judicial, que se dicte a su favor una sentencia firme de condena en un proceso de cognición, o en otro caso poseer un título ejecutivo que sirva para despachar la ejecución por la cantidad reclamada; y en cualquiera de estos dos supuestos, una vez embargados bienes del deudor, se entra en la vía de apremio, que es la que según nuestra legislación representa el verdadero proceso de ejecución forzosa en lo civil.

10. De la sentencia firme de condena, ganada en el proceso de cognición, resulta para el vencedor la *actio iudicate*, y si no la cumple el deudor de cantidad líquida o liquidable, puede obtener de plano el acreedor, el embargo de sus bienes en cantidad suficiente a cubrir el principal, los intereses y las costas, con arreglo a los arts. 921 en relación con el 1447, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

11. Pero si el acreedor goza de un título ejecutivo, le basta ejercitar la acción correspondiente y conseguir, conforme al art. 1440 de dicha ley, auto despachando la ejecución, con el fin de requerir de pago al deudor y si no efectúa, embargarle bienes, como en el caso de sentencia firme obtenida en el proceso de cognición, cuyo auto, si no se opone el demandado, sirve de base a la ulterior sentencia de remate.

12. Sería conveniente conservar el juicio ejecutivo común y todos los especiales que se han mencionado, reconociendo que son procesos mixtos de cognición y de ejecución forzosa.

13. Cuando en esos juicios ejecutivos surja oposición del demandado, debe mantenerse el embargo practicado y continuar la tramitación conforme al juicio declarativo correspondiente, evitando la dualidad de impugnaciones.

14. Debe incorporarse a la nueva ley procesal el llamado procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria, combinando su tramitación con la del juicio ejecutivo común.

15. Los convenios particulares sobre forma de devolver

o pagar las cantidades adeudadas, se realizarán o cumplirán extrajudicialmente como negocios jurídicos encaminados a la extinción voluntaria de obligaciones.

16. En cambio, todos los procesos conducentes a la ejecución forzosa, han de quedar sometidos a la potestad jurisdiccional contenciosa de los Jueces.

17. El único proceso de ejecución forzosa debe armonizarse comprendiendo la ejecución de sentencias firmes de cognición y el procedimiento de apremio que constituye la última fase de los actuales juicios o procedimientos ejecutivos.

18. En todos los procesos o procedimientos en que de modo provisional o cautelar, o en forma definitiva, se practique embargo de bienes, deben conservarse como incidencias de los mismos, las tercerías de mejor dominio o de preferente derecho, salvo que el dueño de los bienes embargados pueda ampararse en el art. 24 de la Ley Hipotecaria.

19. De lo expuesto se deduce, que el proceso de ejecución forzosa, tiende a realizar lo resuelto en las sentencias firmes de cognición, o en la sentencia de remate del juicio ejecutivo u otras resoluciones análogas, viniendo a sustituir la función coactiva del Juez, a la actitud pasiva del obligado reacio, mediante actos que hagan convertir la pretensión o el derecho que se discute, que no quiso cumplir el vencido, en un derecho *que no sólo es, sino que vale*, o sea, en una acción o pretensión satisfecha, aun contra la voluntad del condenado, como único medio de conseguir la eficacia práctica y coactiva de la norma objetiva que se había infringido.

20. La ejecución representa la finalidad económica y práctica del proceso y de ahí que deban suprimirse las complicaciones del formalismo, la lentitud y la carestía de la justicia, que redundan en daño del deudor y de la Comunidad.

21. El proceso de ejecución en su parte sustancial, significa una operación económica, porque una vez declarado el derecho de obtener la satisfacción de un bien de la vida, debe procurarse su cumplimiento del modo más expeditivo posible, eliminando todos los obstáculos.

22. En la práctica suele ser el deudor temerario y de mala fe el que complica y dificulta la ejecución, pero en los demás casos, tanto el vencido como el vencedor deben estar protegidos por la ley.

Con respecto al vencido debe evitarse que la ejecución suspenda su actividad productiva, desterrándose la prisión por deudas que todavía subsiste para el declarado en estado de quiebra y para el litigante pobre que no paga las costas en que haya sido condenado.

En cuanto al acreedor sólo necesita que se le pague y que mientras tanto se le asegure el crédito con el embargo suficiente, para lo cual no será obstáculo la piedad pública, ni la indulgencia del Juez, salvo en lo que afecta a la libertad de aquellos bienes que las leyes exceptúan del embargo.

23. Sin abandonar los derechos del acreedor, aconseja la equidad que se conceda al deudor algún plazo, para que verifique el pago, siempre que proceda de buena fe y no haya peligro de que lo utilice para preparar una insolvencia.

24. Después de asegurado el crédito con el embargo, hay que proceder a liquidar los bienes, procurando que éstos produzcan el mayor rendimiento posible con los menores gastos. Su tasación se hará con justicia, evitando confabulaciones interesadas, que al exagerar el valor, aumenten los gastos periciales, con perjuicio del resultado práctico de que no acudan licitadores a la subasta, o que por el contrario en ésta se vendan los bienes a muy bajo precio.

25. Jaeger señala como fines ideales del proceso de ejecución los siguientes: 1.º principio de la satisfacción máxima de la pretensión ejecutiva; 2.º principio del sacrificio

mínimo del deudor; 3.º principio al respeto de las necesidades primarias del deudor; 4.º principio del respeto a los derechos incontestables de los terceros; 5.º principio del concurso o de la concurrencia de acreedores; 6.º principio del respeto a los intereses de la pública economía.

Refundiendo conforme a las anteriores bases los preceptos de los arts. 919 y siguientes, con los 1.481 y sucesivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haciendo las simplificaciones convenientes con supresión de algún trámite como el del art. 1.484, podría constituirse un verdadero proceso de ejecución forzosa singular, para llevar a efecto la sentencia firme de condena recaída en un proceso de cognición.

Un proceso de Ejecución análogo podría elaborarse para llevar a efecto la sentencia de remate del juicio ejecutivo, que debiera ser único, formado mediante la sistemática fusión de los varios procesos de esta clase que hoy existen. Pero si en este juicio ejecutivo anunciase oposición el deudor, tendría que ser formalizada en demanda ordinaria pretendiendo que se declarase la ineficacia del título en un proceso de cognición, al que servirían de antecedente, las actuaciones practicadas con carácter preventivo o cautelar *in audita parte*, suprimiéndose de este modo para el caso, la aplicación del art. 1.479.

Si el deudor no compareciese ni anunciase oposición a la ejecución, se dictaría sin más trámites sentencia de remate, ejecutable de igual forma que la de condena del proceso de cognición, si bien suprimiendo algún trámite como el de tasación siempre que resultasen valorados los bienes en la escritura de hipoteca, y ello sin perjuicio de que después pudiese utilizar el deudor el derecho que le concede el art. 1.479 de la ley.

Para terminar, conviene advertir que tan necesitado de reforma como el proceso de ejecución forzosa singular se encuentra el proceso de ejecución forzosa universal, que podría efectuarse condensando en un solo juicio los actuales

de concurso y de quiebra, reservando el privilegio de solicitar quita y espera sólo al deudor cuyo activo superase al pasivo, porque en caso contrario, automáticamente debía entenderse hecha la cesión de todos los bienes del deudor, para que con su importe y bajo la dirección del Juez se pagase a los acreedores por el orden de su preferencia legal, mediante un proceso de mera liquidación.

HE DICHO

