

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXV

Noviembre 1949

Núm. 258

Defensa de la naturaleza real de la hipoteca

LEMA: La cavilación a que los griegos llaman sofisma es de tal naturaleza, que con pequeñas mutaciones que se hagan en la discusión, las cosas evidentemente verdaderas se convierten en evidentemente falsas. (Digesto, lib. L, tit, 17, ley 65, *De diversis regulis juris antiqui.*)

S U M A R I O

- 1.^º A manera de introducción: el sorites, el sofisma y el seudógrafo.
- 2.^º Consideraciones sobre las tradicionales ideas de: a) Responsabilidad. b) Derecho de crédito. c) Derecho real. d) Derecho procesal; y e) Derecho de hipoteca.
- 3.^º Teorías sobre la naturaleza de la hipoteca.
- 4.^º A) Los conceptos de: a) Responsabilidad; b) Derecho de crédito; y c) Derecho real en la teoría de Cámara. B) Interdependencia o inseparabilidad entre débito y responsabilidad. C) La teoría antirrealista u obligacionista de la hipoteca. D) Análisis crítico de la teoría.

1.^º A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL SORITES. EL SOFISMA Y EL SEUDÓGRAFO.

La hipoteca, que durante siglos ha sido considerada unánimemente como un derecho real, no cuenta actualmente con ese grado de generalización conceptual y ve aparecer en su contra nuevas teorías que la localizan como un negocio procesal o como un derecho personal.

Los conceptos de las cosas o instituciones dependen principalmente de la formación cultural, que no es más que un producto de erudición. Por eso no extraña la posible diversidad de pareceres acerca de una

misma cosa. Y en buena lógica, a mayor cultura corresponde mayor erudición y una mayor probabilidad de acierto en la formación de ideas y conceptos. Pero también puede acontecer que la diversidad de conocimientos no queden bien barajados, o al menos no manejados según las reglas de los silogismos, y entonces las ideas y los conceptos no suelen responder a una exactitud o verdad científica.

Los retóricos y sofistas de la época clásica emplearon para sus ataques a la escuela dogmática un sistema de argumentaciones que consistía en enlazar entre sí una serie de silogismos no acabados, de forma que al sujeto de la primera proposición le aplicaban el predicado de la última. Los estoicos, al observar que tal procedimiento constituía una forma irregular del razonamiento, dijeron de él que era una "manera viciosa y capciosa que da lugar a lo escurridizo y vicioso (*vitiosum et captiosum genus, lubricum et periculosum locum*)". El resultado que generalmente se obtenía era una falsedad o falacia. Al conjunto de silogismos abreviados o polisilogismos no acabados se llamó sorites, y al silogismo vicioso se le llamó sofisma por haber sido empleado principalmente por los partidarios de la escuela sofista; y cuando, tanto el sorites como el sofisma, se emplean para fines científicos o jurídicos, entonces el falso silogismo se llama seudógrafo (*seudo = falso; y grafo = escrito*). No es la intencionalidad lo que caracteriza el seudógrafo; se puede incurrir en él de buena fe, de manera que entonces el engañado no es el público, sino el mismo autor del sofisma.

Ahora, como antaño, resulta peligroso el empleo del sorites, porque fácilmente puede caerse en el sofisma. ¡Cuántas veces los fracasos son debidos a que de una manera insensible se emplea el sorites para discutir y se acaba en el seudógrafo! Así ocurre frecuentemente, unas veces, porque nos apartamos de las reglas de la lógica aunque aparentemente se discurra según ellas; otras, porque se utiliza las diversas acepciones de una palabra dentro de un mismo raciocinio; o las variedades de un mismo género se toman en sentido idéntico; o porque de lo particular se pretende sacar una consecuencia general o esencial; o cuando de la consecuencia se pretende inferir el precedente; y en fin, otras en que, lo que no es más que la ocasión o condición *sine qua non*, lo tomamos por verdadera causa. En todos estos casos lo regular, lo que probablemente ocurre, es que el autor no se da cuenta de haberse embarcado en el eufórico velero de las cavilaciones y de que va siguiendo la derrota del seudógrafo.

Nuestro propósito al hacer esta especie de introducción a base del sorites, y con ocasión de las modernas corrientes doctrinales negatorias de la naturaleza real de la hipoteca, no es afirmar la existencia de errores en tales doctrinas, sino llamar la atención de su posibilidad (1).

2.^o CONSIDERACIONES SOBRE LAS IDEAS TRADICIONALES DE: a) RESPONSABILIDAD; b) DERECHO DE CRÉDITO; c) DERECHO REAL; d) DERECHO PROCESAL, Y e) DERECHO DE HIPOTECA.

a) Muchas veces nos hemos planteado el problema de si en los tiempos vírgenes de la Humanidad el hombre estuvo encuadrado dentro del grupo de los seres disciplinados, como la hormiga y la abeja, o si, por el contrario, lo estuvo en el de los seres individualistas y de fuerza, como los pobladores de las selvas. Tanto por intuición como por el concurso de razonamientos, el ánimo se inclina del lado de la fuerza más que del de la disciplina. Por el Código de las Doce Tablas se sabe que el acreedor podía trasladar a su deudor moroso al otro lado del Tíber para darle muerte y descuartizarlo; y cuéntase que el origen de tal norma de la Ley fué debido a una revolución social motivada por las brutalidades exageradamente inhumanas de los acreedores respecto de sus deudores. Si el Código de las Doce Tablas tuvo un fin humanizador, y dentro de esa finalidad se consideró misericordiosos descuartizar el cuerpo inerte de un deudor, ¿qué de cruelezas no se cometían antes de su publicación?

En la evolución de la *obligatio romana* primitiva se ve confirmada la existencia de un poder físico o corporal del acreedor sobre la persona de los deudores; poder que, previo el destierro, de la venganza y del talión, se orienta hacia el patrimonio por medio de la *composición*; además, Gayo, en su *Instituta*, y con ocasión de las *per pignoris capio*, da a conocer varios casos de un poder directo e inmediato del acreedor sobre las cosas del obligado. Evidente resulta que, en los albores de la

(1) Dentro de nuestra ciencia jurídica debe reputarse seudógrafo el siguientes sorites: la hipoteca es una forma de responsabilidad; la responsabilidad es la ejecución forzosa de la obligación; la ejecución forzosa es uno de los elementos de relación obligatoria; luego la hipoteca es una forma de los elementos de la relación personal. Se destruye haciendo ver que, como dijo D. Clemente de Diego, existen elementos del contrato y de la obligación.

vida jurídica del hombre, existió una consagración legal del poder físico del acreedor, como también queda evidente que la cultura y la civilización posteriores convirtieron aquel poder material o físico en un poder espiritual o jurídico sobre el patrimonio de los deudores.

Recientemente el ilustrado y erudito Notario Manuel de la Cámara (2) ha hecho una sucinta reseña de la evolución histórica de la *obligatio romana*, haciendo resaltar las siguientes fases: 1.^a Poder material y físico del acreedor sobre el cuerpo del deudor; 2.^a Orientación de aquel poder hacia el patrimonio del deudor por medio de la composición voluntaria o legal; 3.^a Epoca de la *actio legis*, en que aun existiendo el poder, el acreedor actúa bajo la vigilancia del Juez, y 4.^a Epoca netamente procesalista, en la que el acreedor sólo tiene la facultad o poder jurídico de promover la venta o ejecución de los bienes y en la que el poder físico o material compete a los órganos del Estado.

Esta evolución, a nuestro juicio, más que demostrar que el acreedor carece de poder directo e inmediato sobre el patrimonio, lo que realmente pone de relieve es que el poder que en principio fué físico se convierte en jurídico con la aparición del derecho procesal, y que así como en los primeros tiempos se permitió que el acreedor se tomara la justicia por sus manos, más tarde ésa fué una función de soberanía y, por tanto, de la incumbencia exclusiva del Estado. Aquel poder físico se convierte en el *jus persequendi iudicio* de Justiniano, en un verdadero derecho subjetivo o poder jurídico, ejercitable a voluntad del acreedor.

Pero la idea de poder exige forzosamente la existencia de otra idea anterior o precedente: la de causa o razón del poder. La investigación histórica ha hecho que, en tanto unos sitúan la causa en el delito, otros la localizan en la obligación. Pero tal vez vayan mejor orientados los primeros, porque la obligación, hasta que no quede incumplida, no da lugar al poder. La violación o incumplimiento de deberes y de obligaciones son los motivos y las causas del poder del ofendido o perjudicado. La sociedad políticamente organizada impone deberes de convivencia que no deben ser infringidos; unos deberes se basan en principios éticos y de humanidad y otros en el respeto a los compromisos contraídos voluntariamente. El quebrantamiento de unos y otros coloca al infractor en la necesidad de reparar las consecuencias de su acción.

(2) En su trabajo «Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real», publicado en la *Revista de Derecho Privado*, núm. 386, correspondiente al mes de mayo del presente año.

u omisión; necesidad reparadora que parece un tributo a la Justicia y que va asociada a las ideas de negligencia; culpa, dolo.

Ante la contingencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas, era frecuente en el círculo de las relaciones privadas romanas que el obligado presentase a su acreedor otra persona encargada de realizar la prestación en defecto del obligado; a esta persona la llamaron *sponsor* (fiador); su función era la de dar seguridad de cumplimiento. Del nombre y la función nació la *sponsio* o *caución de cumplimiento*, palabra que, vertida al catellano, se empleó para la promesa del matrimonio (*sponsalia* = esponsales), y para expresar que los bienes del deudor hacen el oficio de *sponsor* o fiador o *responsable* (*sponsor* = responsable).

Como se ve, la idea de responsabilidad corresponde con la de fiador o garantía e implica la violación de un derecho, la necesidad de reparar las consecuencias de la violación, y la existencia de un patrimonio en el deudor o en quienes le abonaron. Analícese la palabra según su etimología; estúdiense su valoración estimativa o axiológica; consultense los Diccionarios de la Lengua y Administrativos; búsquese en las Leyes penales y civiles su contenido; medítense sobre la doctrina de los autores más opuestos; háganse cuantas investigaciones sugiera la imaginación, y en todas esas búsquedas se verá flotando sobre el choque de las encontradas opiniones, como única idea digna de ser salvada, aquella que imagina la responsabilidad como una obligación reparadora por causa de culpa. La responsabilidad es un concepto que se refiere exclusivamente al deudor u obligado, y que como contrapartida normal tiene una facultad o poder jurídico del acreedor, de cuyo uso o ejercicio depende la efectividad de aquélla. El concepto y contenido de la responsabilidad es materia propia del Derecho sustantivo, y una vez proclamado por éste, necesita para su efectividad unas normas adjetivas o procesales.

Nuestro Código civil recoge las ideas apuntadas al decir en el artículo 1.911 que "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor de todos sus bienes presentes y futuros". La idea de accesoriedad o garantía la perfila el mismo Código, con ocasión de la compraventa, al decir que "el vendedor responde al comprador del saneamiento . . . o que el vendedor "no será *responsable* de los defectos manifiestos" (artículos 1.485 y 1.484).

La responsabilidad ofrece modalidades. El sentido tácito de la ley

puede trocarse en expreso y puede extenderse a otros patrimonios diferentes del que corresponda al deudor. La responsabilidad puede ser expresa en virtud de la cláusula penal y por la hipoteca y la prenda; y puede extenderse sobre la totalidad de otros patrimonios o sólo sobre determinados bienes de los patrimonios ajenos, mediante la fianza personal o la hipotecaria. Esta última, o sujeción de unos bienes para responder de la deuda de una persona distinta del propietario, acusa luminosamente la existencia de dos contratos, de dos obligaciones, de dos momentos hipotecarios y de dos sujetos pasivos diferentes; la fianza hipotecaria denuncia el reconocimiento legal de la separabilidad de deudor y de responsable, de débito y responsabilidad. A su vez, esta responsabilidad hipotecaria, o relación directa entre el acreedor de una deuda y una cosa específica, ya del patrimonio del obligado o del de su fiador, constituye una modalidad de la responsabilidad que se adjetiviza con el nombre de la naturaleza de la relación que crea, o sea con el de responsabilidad real.

Como resumen, puede decirse que una cosa es la responsabilidad y otra su efectividad; que el concepto y contenido corresponden al campo del derecho material; y la efectividad al campo del derecho procesal.

b) y c) La responsabilidad presupone la preexistencia del derecho real, del derecho de crédito, del derecho procesal. El orden en que enumeramos estos derechos debió ser el de su aparición histórica. Así se infiere de las Instituciones de Gayo, del Digesto y de la Instituta de Justiniano, que unánimemente tratan, primero de las relaciones del hombre con las cosas, después de las relaciones de los hombres entre sí y luego de las acciones y modos de hacer cumplir los derechos. Justiniano, después de decir que las cosas del mundo exterior entran en el patrimonio de los particulares por derecho natural o por derecho civil, añade: "Mejor es empezar por el derecho más antiguo, y de consiguiente, por el derecho natural, que es coetáneo de la especie humana y que tiene su origen en la naturaleza de las cosas; los derechos civiles sólo tuvieron su nacimiento cuando se comenzó a fundar ciudades, a crearse magistraturas y a escribirse leyes." (3).

La clasificación de los derechos subjetivos patrimoniales en reales y personales no figura en el Derecho Romano, pero de él fué inferido por el autor o autores del Brachilogus juris civilis o Corpus Legum, y acep-

(3) Pf. 11, tít 1º, L. 11.

tado por los glosadores. La nota distintiva de unos y otros fué deducida por el análisis de las acciones o ejecuciones de los derechos (acción viene de *agere* = ejecutar). La Instituta de Justiniano, después de dar un concepto de la acción personal (4), dice que las acciones sirven para litigar ante jueces, o ante árbitros (5), porque o se litiga con quien nos está obligado (qui ei obligatus est) por contrato u otra causa, en cuyo caso se otorgan al acreedor acciones personales por las cuales pretende el demandante que el contrario ha dé dar o hacer alguna cosa", o se litiga con quien, aun sin estarnos obligado por algún título, le discutimos alguna cosa, en cuyo caso se dan las acciones reales.

Gayo, en su Instituta, hace igual división de las acciones y dice que "es personal, cuando la ejercitamos contra alguno que nos está obligado por razón de un contrato o de un delito; es decir, cuando sostenemos en juicio que una persona está obligada a dar, hacer o prestar alguna cosa"; y que "es real la acción cuando pretendemos que una cosa corporal nos pertenece, o que nos compete alguna servidumbre"; y aclara (en el párrafo 4.^o del título 1.^o, Comentario IV) que la causa de las acciones reales es un título de pertenencia *en la cosa*, y que la acción real no es para pedir que se nos dé lo que ya es nuestro de derecho, porque "nadie puede hacernos propietarios de lo que ya nos pertenece". Y Pedro Gómez de la Serna (6) decía que "esta división de las acciones se funda en que unas provienen de un derecho *en la cosa* y otras de un derecho a la cosa; división que, como está en la esencia de las cosas, se presenta siempre en todos los países, si no bajo la misma nomenclatura, con los mismos efectos al menos, y que en Roma tuvo lugar así durante el sistema de las acciones de ley, como durante el formulario y el de los juicios extraordinarios".

Según Justiniano, la causa capital o porqué de la división de las acciones está en la función pasiva de la relación jurídica; si ella es un hacer o no hacer de una persona, la acción es personal; pero si consiste en la utilidad o aprovechamiento directo de una cosa, sin consideración respecto del titular de la cosa, la acción es real. En el ejercicio de acciones reales, si se pleitea con una persona, no es porque se halle obligada, sino porque ostenta algún título respecto de la cosa que se va a discutir

(4) Pf. pnto., tit. VI, L. IV. *Jus persecuendi iuditio, quod sibi debetur.*

(5) Pedro Gómez de la Serna, en su *Curso histórico-exegético del Derecho romano*, 1863, t. II, emplea la palabra *litigar* en su traducción del latín.

(6) O. y t. c.-pág. 548.

o porque siendo su dueño, a él compete la representación de la cosa y el poder absorbente de las facultades dominicales desintegradas. Poco importa quien sea el titular o poseedor; por eso se puede perseguir la cosa dondequiera que se halle o contra todos los que no tengan titulatiridad preferente. El *erga omnes* del derecho real es una función activa del titular y no un deber general pasivo. Este no es más que la consecuencia natural o contrapartida lógica de los derechos del titular. De aquí la famosa frase de Bossue de que "no hay derecho contra el derecho". En los derechos personales existe el deber general de respetar lo que no nos pertenece, y por tanto, el hacer o no hacer, o prestación del obligado; pero ni el titular tiene una acción directa y excluyente o preferente sobre la cosa de la prestación, ni la sociedad en general viene obligada a dejar de tomar respecto de la cosa las medidas o creaciones jurídicas que estime oportunas (7).

El derecho de obligación fué definido en Derecho Romano con el conocidísimo *juris vinculum, quod necessitatae adstringimur*, etc. Lo característico de la obligación es que para el caso de que el obligado deje de hacer lo que deba hacer, el Ordenamiento jurídico tiene establecido que se haga a su costa y con cargo a su patrimonio; es decir, que en la obligación existen dos formas de solución: una normal y otra anormal, bien por sustitución o por equivalencia, según la fungibilidad o infungibilidad de la prestación.

De aquí que las notas distintivas de uno y otro derecho sean: el *erga omnes* no puede darse en los casos de hacer, no hacer o dar, sino solamente en las relaciones de persona o cosa; en el derecho de obligación existe una persona individualmente vinculada, en tanto que en el real, la persona a quien se demande no puede serlo por acción personal, sino por la real y como representante de la cosa; el derecho de cré-

(7) El *erga omnes* es una actuación con perjuicio de cuantos se opongan o aleguen derechos a la cosa. Por el contrato de préstamo, por ejemplo, surge un deber general de respetar mi derecho de crédito, pero ello no impide a cualquier acreedor posterior a mi crédito constituir hipoteca sobre todos los bienes de mi deudor, con lo que él tiene un poder *erga omnes* de que yo carezco. La acción pauliana no desvirtúa esta aseveración, porque ella responde al principio de que el ordenamiento jurídico no debe sancionar lo inmoral. Ni tampoco el artículo 464 de nuestro Código civil, ya que al verdadero propietario corresponde la Publiciana para la restitución. Ni, en fin, es un argumento en contra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque responde a un principio de técnica registral (técnica = arte) casi universalmente aceptado, y que en nuestro Derecho sirve para la determinación del verdadero propietario en casos de doble venta.

dito tiene una doble forma de solución, en tanto que en el derecho real en vez de pago o solución lo que hay es utilidad o servicio de una cosa; en el derecho personal hay siempre un dar, hacer o no hacer, en tanto que los derechos reales consisten en disponer, usar, disfrutar, o servirse de sus propias cosas o ajena, aun contra la voluntad del dueño.

d) La aparición del derecho procesal se asocia con la idea de la Justicia y atributo inalienable de la soberanía del Estado. Pomponio advierte que "en los comienzos de Roma, el pueblo obraba sin ley determinada ni derecho cierto, porque todo se gobernaba según el arbitrio del Rey" (8). Cuando ya existió un Derecho Objetivo regulador de derechos subjetivos, se impuso el respeto a los compromisos contraídos en la convivencia social, ora a virtud de deberes o de relaciones contractuales y dominicales. El arbitrio del Rey fué sustituido por la decisión judicial. Y surge el Juez, artífice, según Celso, de lo bueno y de lo equitativo; y surgen los procedimientos y el Derecho Procesal. Manresa dijo a este propósito: "Si la existencia de la ley civil supone la existencia del Juez que la aplique, la existencia del Juez supone también necesariamente una *forma* a que dicho Juez se sujete para hacer dicha aplicación. Sin esa regla, sin esa forma, se entronizaría el arbitrio judicial hasta un punto que fuera funesto para los asociados." (9).

Para quienes creemos que los procedimientos nacieron para hacer posible la Justicia, y mantener aquel *constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuendi* de Ulpiano, no hay duda que el derecho procesal es de derecho público. Pero los procedimientos vienen a ser el accesorio de derechos materiales, y por eso se le llamó derecho adjetivo (adjetivo viene de *adictus*, que quiere decir agregado a otra cosa). Para Jeremías Bentham, el derecho procesal está integrado por normas adjetivas. Pero estas leyes contienen también preceptos de indiscutible contenido material o sustantivo (10). Ya el profesor que fué de Derecho Romano en París durante el primer cuarto del siglo pasado, Juan Blondeau, insinuó que las leyes procesales tenían un carácter sustantivo en cierto modo; las analizó desde el punto de vista reparador y sancionador, y las comparó a las leyes penales de contenido material; por eso llamó a las leyes procesales, leyes sancionadoras. Pero este sentido san-

(8) Dg., l. I, tít. II, ley 2.^a, pár. 1.^o.

(9) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 1855.

(10) Ejemplo: los principios de que nadie puede ser condenado sin ser oido; la prueba incumbe al que afirma; a todo derecho corresponde una acción.

cionador sólo puede ser tomado en el de aplicación de la Justicia o efectividad de los derechos violados, que es el mismo de Bentham. No cabe, por tanto, afirmar que estas leyes fueron dadas exclusivamente para la efectividad de los derechos infringidos o no cumplidos voluntariamente, sino para el *suum quique tribuere*, para dar a cada uno lo suyo, cuando alguien se sale de la ley general o particular. De aquí el que la frase "garantías procesales" lo mismo se aplica al acreedor que al deudor; y cualquier demanda que se formule ante los Tribunales termina siempre con la invocación de la Justicia.

Y como quiera que la Justicia no sólo consiste en declarar la existencia del derecho, sino en lograr la efectividad, los procedimientos, redactados a su hechura y semejanza, son de dos naturalezas: unos declarativos y otros ejecutivos. Pero hay casos en que no es necesaria la previa declaración judicial del derecho, sino que su existencia la presupone la ley, y entonces, sin necesidad del primer procedimiento, se entra en el de ejecución (11). En nuestro derecho, la hipoteca sólo da lugar a los procedimientos de ejecución, bajo diversas normas, pero todas ellas con la doble finalidad de hacer efectivo el crédito y administrar justicia, de donde los procedimientos, por su doble función y naturaleza, son normas de Derecho público en servicio de intereses privados.

e) Y entramos, por último, en la hipoteca. El primer derecho real aparecido fué la propiedad o goce de las cosas, en el conjunto de todas sus facultades; luego fué desintegrándose al hallar aplicaciones concretas de cada una de sus facultades; la propiedad se combinó con determinadas relaciones contractuales, y aparecieron modalidades: servidumbre, usufructo, hipoteca, a que llamaron *jus in ea re* o *jus in re aliena*; luego la división de dominios, censos, etc. Posiblemente en aquellos tiempo, como en los actuales, debió presentarse al jurisconsulto el problema del encuadramiento de esos nuevos derechos dentro del grupo de los reales o personales, o de formar con ellos un grupo aparte, como con respecto a alguno de ellos se ha intentado por un sector doctrinario.

(11) En los procedimientos de las *actio legis* se esboza esta distinción: la *sacramenti* era una especie de declarativo de mayor cuantía con gran amplitud; la *per conditionem* era una forma breve o sumaria para las reclamaciones de *certa pecunia* o de *omni certa re*; la *actio permanus injectionem* venía a ser un procedimiento de ejecución, ya por haber precedido una expresa condenación, como en la *manus injectio judicati*, o en virtud de presunciones, como en la *manus injectio pro judicato*; y también había una ejecución sobre la cosa por la *per pignoris capio*.

nal (12). Aunque el derecho de goce de las cosas fué el primer derecho real aparecido, no quiere ésto decir que fuese el goce la nota esencial del derecho real. La ocupación de lo aparentemente nullius, o la detención, implican un goce, pero no constituye derecho real; la posesión con todos los pronunciamientos favorables, aun siendo un derecho real de goce, podía ser vencida por el dominio. No pudo servir el goce como nota característica de los derechos reales, porque además existen derechos imposibles de goce, que, sin embargo, son objeto de dominio. La nota real la daban las características ya apuntadas; y de ellas participaban todos los derechos limitativos o divisorios del dominio, por lo que se les reputó y reputa casi unánimemente como derechos reales.

Para la concepción romana, la hipoteca fué una garantía real sin desplazamiento de la cosa; surge con ocasión de garantizar al propietario de fincas rústicas el pago del arrendamiento con los *invecta et illata* del colono, para cuya efectividad se dió la acción serviana; más tarde, el Pretor admitió que cualquier clase de bienes, sin necesidad de desposesión, sirviera de garantía a cualquier clase de obligaciones, y para ello dió la acción quasi serviana o hipotecaria. La accesорiedad, la garantía, el no desplazamiento y una acción para perseguir la cosa directamente, con indiferencia en cuanto al titular propietario de la cosa, fueron las notas características de la hipoteca romana. Pedro Gómez de la Serna, sobre este particular, dijo: "Las acciones serviana y quasi-serviana fueron introducidas por el Pretor con el objeto de llenar el vacío que el derecho civil dejaba, no dando medio a las personas a quienes estaba *obligada en prenda o hipoteca una cosa*, para que hiciere efectivo en todo caso su derecho." (13). Ese concepto romano fué admitido en nuestro derecho histórico y en el actual positivo, aunque reducido ahora exclusivamente a los bienes inmuebles.

La hipoteca quedó encuadrada dentro de los derechos reales; pero no era un derecho excluyente o incompatible con otros, por lo que sus características fueron: el privilegio o preferencia y la persecución. La finalidad de esta última es la realización de la cosa para con su producto pagar. Se ha llamado a esto *jus distrahendi*, pero su entraña jurídica no es otra cosa que una transferencia por el propietario al acreedor de su facultad dispositiva, facultad que sólo ha de ejercitarse cuando acontezcan los casos y circunstancias previstas por los interesados. Con

(12) Zitelmann, Natoli (citas de Cámara) y Cámara.

(13) C. c., t. II, pág. 564.

la hipoteca, el propietario ha limitado su poder dominical; el derecho real de dominio se halla integrado por variás facultades, cada una de las cualés ha de participar de la naturaleza de su matriz; y si el acreedor hipotecario tiene la facultad dispositiva de la cosa hipotecada, indiscutiblemente tiene un derecho de naturaleza real en la cosa, aunque la ejecución, el *agere*, incumba a los órganos del Estado.

Aun en el supuesto de la hipoteca unilateral, su función es garantizadora y, por tanto, de carácter accesorio. El acreedor no puede proceder contra la cosa hasta que la obligación garantizada quede cumplida. De aquí el que el acreedor tenga dos acciones para la efectividad de su crédito: una, personal, contra el deudor o quien le suceda y otra, real, dirigida exclusivamente contra los bienes objeto de hipoteca. Si la finca se halla en poder de persona distinta del deudor, sin existir asunción de deuda, entonces el acreedor puede demandar al deudor por la personal, pero no así al tercer poseedor, a quien sólo se limita a requerir de pago para, en su defecto, seguir la ejecución de hipoteca sobre la cosa. Si tanto el Código civil como la Ley Hipotecaria han utilizado la frase *reclamar al tercer poseedor*, ello constituye evidentemente una deficiencia gramatical, como muchas otras, ya que de dichos cuerpos legales, bien se ve, que el tercer poseedor no es demandado por acción personal. Al tercer poseedor le compete, como dueño, la facultad liberadora de cargas y la reintegradora de las facultades dominicales disgregadas. En reconocimiento de ese señorío y de los poderes que le competen, todo aquel que intente la efectividad de algún derecho en la cosa, es al señor de la cosa a quien ha de dirigirse para que haga uso de sus poderes o deje expedito el camino de su actuación.

La aparición de nuestro sistema registral immobiliario ha agudizado el problema de la supervivencia de la hipoteca después de extinguida la obligación garantizada. Aunque parezca ilógica esa supervivencia, realmente no es más que el resultado normal de la naturaleza consensual, de la técnica registral y del moderno concepto constitutivo de la hipoteca.

Aun en la hipoteca unilateralmente constituida hace falta una obligación a garantizar (los derechos reales no son susceptibles de garantía hipotecaria) y la aceptación de la hipoteca por el acreedor; ésta, aunque sea accesoria de aquélla, tiene su personalidad propia; tiene, independientemente de la obligación, una consideración de personalidad jurídica, y como dependiente de ella una *principalidad real*; lo que es

secundario respecto de una relación personal, se convierte a su vez como figura de relieve e interesante para el sujeto, y como figura principal para el ordenamiento hipotecario. De aquí la necesidad de la cancelación o extinción expresa de la hipoteca. La extinción de la obligación garantida no quiere decir que la hipoteca quede extinguida, sino sencillamente que ha perdido su destino o razón de ser. La hipoteca, como creación jurídica, sólo se extingue conforme a las normas legales; lo exige su naturaleza consensual, el principio registral del consentimiento y la teoría constitutiva de la hipoteca admitida por nuestro derecho. Los mismos arcos de triunfo que los pueblos levantan en honor de sus grandes acontecimientos, subsisten al fin para que fueron destinados si no se les destruye expresamente. No ocurre así respecto de la prenda, por ser contrato real, y bastar para la extinción la devolución de la cosa, salvó para la prenda sin desplazamiento con asientos registrales, que se asemeja a la hipoteca. La autorización judicial para la cancelación de hipoteca del filius familias, menor o incapaz, está basada principalmente en la principialidad real de la hipoteca (14).

Nacida la hipoteca, su función se desdobra en una expectativa durante la vigencia de la obligación asegurada y en unas resultas. Si el deudor paga, la resulta es la innecesidad de la hipoteca y consiguiente cancelación o *ad faciendum* del acreedor convertido en obligado por el hecho del pago normal; si el deudor incumplió la obligación, la resulta es la ejecución o realización del valor de la cosa. Para este supuesto, la norma no deja en libertad a las partes respecto a la forma de ejecución, sino que obliga a las partes a someterse a uno de los procedimientos prefijados por el ordenamiento hipotecario. Esta circunstancia, y la de que la ejecución sólo tenga lugar en defecto del pago normal o cumplimiento voluntario, ha inducido a afirmar que la ejecución de hipoteca (no la hipoteca) es una forma de responsabilidad; y evidentemente es una responsabilidad real, independiente en absoluto de la responsabilidad personal que actúa sobre todo el patrimonio del deudor mediante el embargo. Entre una y otra responsabilidad existe la misma diferencia que entre el cazador que dispara contra la bandada de pájaros y el que dispara contra uno solo; prácticamente, la diferencia corresponde con el refrán de que más vale pájaro en mano que varios volando. El Digesto ya dijo que la "caución real es más que la perso-

(14) La evolución histórica quedó expuesta en nuestro trabajo «Enajenación de inmuebles del filius familias», en R. C. D. P., núm. 211.

nal". No se olvide que los embargos, aun estando anotados en el Registro, pueden ser pospuestos a derechos reales extraregistrales en determinados casos.

En resumen, la hipoteca, históricamente y en nuestro Derecho, es un derecho real garantizador del cumplimiento de una obligación; su función entra en acción una vez incumplida la obligación; garantiza el resultado apetecido por el acreedor, y en todo caso el no hacer del deudor (la no entrega voluntaria del dinero por el deudor). Por eso, cuando el deudor paga, la hipoteca carece de objeto y finalidad y no entra en funciones.

3.º TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA HIPOTECA.

Las ideas precedentemente apuntadas determinan la naturaleza real de la hipoteca, con sus cualidades de accesорiedad y de realización de valor. Hubo una corriente doctrinal que situó la hipoteca entre los derechos *propter rem* (a causa de la cosa); posteriormente se conocen otras dos teorías que niegan la naturaleza real de nuestros derecho de hipoteca para situarlo, bien en el campo de lo procesal o bien en el del derecho de obligaciones.

La teoría procesalista, mantenida principalmente por Cornelutti, se basa en que el poder de actuar sobre los bienes patrimoniales del deudor, esto es, sobre los bienes hipotecarios, radica en los órganos del Estado, por cuya razón "el acto constitutivo de la hipoteca es un negocio procesal" (15).

Ya Ascarelli (16) apunta que todo negocio jurídico puede tener una explicación procesal, con lo que desde tal punto de vista no habría más que negocios procesales. Pero la verdad es que, para quienes estén formados en la doctrina romana y tradicional española, la teoría procesalista no puede ser convincente, en tanto no quede resuelto el problema de la existencia de normas procesales sin la preexistencia de derechos subjetivos, o el de que en la hipoteca lo interesante no es su constitución, sino su ejecución. En todos los fenómenos y negocios en que existen dos o más factores aparentemente principales y encadenados entre sí de una manera sucesiva, surge el problema de cuál de esos factores

(15) La teoría de Cornelutti la reflejamos, según el citado trabajo de Cámara, en donde la frase entrecerrillada figura en c. 1.^a, pág. 389.

(16) Cita de Cámara.

es el verdaderamente principal. Por ejemplo: todo el mundo sabe que el viento del abanico refresca el rostro y que los botijos refrescan el agua; pero la Ciencia advierte que para ello concurren dos principios físicos: el de que el viento produce evaporación y que la evaporación produce frío. ¿Cuál de estos principios es el determinante del fresco? Otro ejemplo puede ser el del orden público: ¿existe porque lo ordena la Ley o porque lo impone la Guardia Civil? Respecto de la hipoteca ocurre análogo problema: ¿hay garantía porque existe ejecución, o ésta puede darse porque existe garantía?; ¿la hipoteca existe porque lleva aparejada la ejecución, o la ejecución puede verificarse porque hay hipoteca?; ¿puede haber ejecución de lo inexistente, o la ejecución implica forzosamente la idea de fin o remate de algo preexistente? En una palabra, ¿puede haber normas procesales adjetivas sin derechos subjetivos a que aplicarlas?

Recientemente, el culto Notario Manuel de Cámara, ya citado, ha publicado un trabajo desarrollando la tesis de que la hipoteca no es un derecho real, sino un derecho de obligación (17). El trabajo constituye una composición literario-jurídica verdaderamente digna de alabanza por su gran erudición, aunque en ocasiones la prolíjidad de sus aportaciones culturales diluye el pensamiento en vez de concentrarlo en una sola idea o en un solo fin. Desde luego, aunque escribe bajo la influencia seductora de Carnelutti, no deja de advertir que es peligroso seguir la doctrina procesalista dando en absoluto la espalda al derecho material o sustantivo; y con una modestia que le honra, ofrece su trabajo como un conjunto de reflexiones y de problemas para que otros lo resuelvan. Naturalmente que, con esta digresión, no quiero que nadie pueda imputarme la osadía de resolver algunos de los problemas que Cámara plantea, sino que el propósito que me anima es el de dar pública suelta a una serie de reflexiones con ocasión de la tesis hipotecaria de Cámara, pero dejando para los más competentes la tarea de la solución.

Con el fin de que la teoría de este autor sea sucintamente conocida de quienes no tuvieron ocasión de leerla directamente, y para que pueda ser objeto de comparación con las ideas tradicionales, hacemos un resumen exponiendo los conceptos de responsabilidad, derecho de crédito y derecho real; cómo han sido elaborados tales conceptos; la insepara-

(17) Trabajo citado en nota 2.

bilidad de los conceptos de débito y responsabilidad y la tesis antirrealista u obligacionista. Luego hacemos un ensayo de aplicación de los nuevos conceptos para ver sus resultados y, por último, las observaciones personalísimas a la teoría.

4.^o A) LOS CONCEPTOS DE: a) RESPONSABILIDAD; b) DERECHO DE CRÉDITO, Y c) DERECHO REAL EN LA TEORÍA DE CÁMARA.

a) Según esta teoría, la responsabilidad no tiene un contenido de derecho material, sino de derecho procesal. El concepto no implica una sujeción, por mandato legal, del patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones, como lo hace nuestro Código civil, sino que se concreta a lo que en nuestro derecho positivo llamamos ejecución de la responsabilidad. Según ella, cuando una obligación queda incumplida, el acreedor no tiene ningún poder sobre el patrimonio de su deudor, sino que tal poder compete a los órganos del Estado, aunque excepcionalmente pueda ejercitárolo el acreedor u otra persona en su nombre. Al actuar los órganos del Estado sobre el patrimonio del deudor, éste no se halla obligado respecto de ellos, sino sometido. El sometimiento y la actuación de los órganos del Estado son, para la teoría, momentos procesales y los que constituyen la esencia de la responsabilidad.

Esta teoría trata de desvirtuar la doctrina de aquellos tratadistas que dicen que el derecho real de hipoteca es una forma de la responsabilidad; para ello intenta poner de manifiesto que la responsabilidad no es un derecho real y, por tanto, la existencia de una incompatibilidad entre los conceptos de derecho real y de responsabilidad.

Para demostrar que la responsabilidad no es un derecho real emplea las siguientes argumentaciones: a) Aunque el acreedor no tenga un poder sobre los bienes, si tiene, sin embargo, la facultad de provocar la situación procesal y, por tanto, puede admitirse la existencia de "un derecho subjetivo (procesal) autónomo", pero nunca un derecho real, aunque al actuar la responsabilidad concretamente sobre los bienes, ya en forma de hipoteca o de embargo, tenga un gran parecido con el derecho real; b) "cuando al consumarse la ejecución se enajenan bienes embargados o hipotecados, objeto de aquélla, no es en sentido estricto, tanto la cosa como la situación jurídica de la cosa. Es el dominio sobre ella lo que está directamente sometido al poder de ejecución"; y c) la responsabilidad, según Von Thurn, significa, o bien la obligación de

reparar un daño causado de intento o por negligencia, o bien los medios compulsorios de que se vale el acreedor cuando el deudor no cumple, y de estas dos significaciones, la segunda, que es la interesante —dice—, "constituye uno de los elementos que integran la relación obligatoria" (18).

b) y c) Los nuevos conceptos de derecho de crédito y derecho real los forma Cámara partiendo de la observación de Ihering de que en todo derecho subjetivo hay un aspecto material, consistente en un interés que el Ordenamiento Jurídico trata de proteger, y otro aspecto formal, consistente en los medios de protección de dichos intereses y de que, en consecuencia, el derecho subjetivo es siempre un interés jurídicamente protegido. El interés que el Ordenamiento trata de proteger ha de ser: a) el goce de una cosa; b) la acción u omisión de una o varias personas, y c) la modificación de una situación jurídica. Los intereses del grupo a) se protegen con una especie de permiso que concede la Norma para servirse de la cosa con exclusividad; los del grupo b) con una *obligación* de hacer o no hacer impuesta por la Norma al deudor, porque aunque el acreedor tiene la posibilidad de reclamar el cumplimiento y de pedir que los Tribunales actúen, "el centro de gravedad de la relación obligatoria no está en el comportamiento del sujeto activo de la relación, sino en la conducta del sujeto pasivo"; y los del grupo c) confiriendo al sujeto activo la facultad de modificar la situación jurídica por su sola voluntad. Los derechos subjetivos del grupo a) son los reales; los del grupo b) son los de crédito o personales; y a los del grupo c) los llama *derechos potestativos patrimoniales* (19).

Cámara concreta más su pensamiento sobre el concepto del derecho de crédito o personal diciéndonos que, a virtud de la *obligación* de hacer o no hacer impuesta por el Ordenamiento al deudor, éste se ve en el dilema o alternativa de hacer o dejar que se haga a su costa, y que en esa situación de alternativa está "la esencia de la obligación como deber jurídico. No es otra cosa lo que generalmente se llama deuda o crédito". Para Cámara, el tercer poseedor de una finca hipotecada es deudor porque se halla en esa situación de alternativa: o paga, o deja que los órganos del Estado vendan la finca y paguen.

(18) No aclara el sentido de su frase.

(19) De los derechos potestativos patrimoniales nos ocupamos al final.

B) INTERDEPENDENCIA O INSEPARABILIDAD DE DÉBITO Y RESPONSABILIDAD.

Sobre la base de que el débito es una situación de alternativa y de que la responsabilidad equivale a la ejecución propiamente dicha, Cámara sienta que la responsabilidad no puede concebirse sin el débito, ni éste sin aquélla. No puede haber responsabilidad sin deuda, porque para llegar a la situación de responsabilidad es preciso haber pasado antes por la alternativa de pagar o sufrir la sanción de la amenaza legal. Tampoco puede haber deuda sin responsabilidad, porque "si uno de los términos de la alternativa en que se encuentra el deudor estriba en el temor a una sanción, y ésta consiste fundamentalmente en imponerle, hasta donse sea posible, las consecuencias que se hubieren seguido de haber cumplido la prestación, este resultado no es imaginable sin admitir que, llegado el caso, el deudor quede sujeto a un poder que le imponga esas consecuencias".

C) LA TEORÍA ANTIRREALISTA U OBLIGACIONISTA DE LA HIPOTECA.

Respecto de la hipoteca, Cámara da el siguiente concepto: "Es una institución cuya función estriba en destinár específicamente y desde el comienzo de la relación determinados bienes a ser objeto de ejecución para el caso de que una persona (deudor) no satisfaga una suma de dinero. La vinculación subsiste a pesar de los traspasos que sufra la propiedad de la finca o la titularidad de los bienes hipotecados." Después, no sólo niega la naturaleza real a la hipoteca, sino que la encuadra dentro del grupo de los derechos de crédito de su clasificación.

Niega que la hipoteca sea derecho real por las siguientes razones: primera, porque "el interés material que en la relación hipotecaria se tutela no es otro que el que se tiene en el acto de una persona, cuyo acto consiste en la entrega, por su parte, de cierta suma de dinero"; y segunda, porque "la realización del valor de la finca hipotecada no constituye el ejercicio de ningún derecho autónomo de carácter privado", sino una "actuación concreta del poder de ejecución, que funciona en este caso, como en los demás, para tutelar coactivamente el interés protegido, dado que han fallado los resortes normales o de primer grado que se establecieron para ampararle".

Argumenta también que "el interés protegido en la relación hipo-

tearía lo constituye el que consiste en obtener la entrega de una cierta cantidad de dinero" y no la realización del valor de la finca. Para demostrarlo alega: *a*), que el pago de la cantidad debida impide la ejecución; *b*), que la hipoteca asegura el pago antes de la ejecución, por lo que la forma normal de cumplimiento es el pago voluntario y no la ejecución; y *c*), que aunque la finca hipotecada pase a poder de un tercer poseedor, éste es un deudor, porque se halla en la alternativa de pagar o dejar que ejecuten sus fincas hipotecadas.

En cuanto a la forma de protección que se deriva de la hipoteca, Cámara hace resaltar que sólo existe la ejecución, que no es más que "una aplicación específica del poder que sirve de instrumento para la realización coactiva de un interés insatisfecho", o lo que es lo mismo, que la hipoteca sólo tiene la forma genérica o anormal del cumplimiento.

D) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA.

Con los nuevos conceptos se pueden formar varios silogismos que, debidamente enlazados unos con otros, dan las tres conclusiones anticipadas por Cámara, de que el concepto moderno de responsabilidad es incompatible con la naturaleza y función de los derechos reales propiamente dichos; que los conceptos de responsabilidad y débito son inseparables; y que la hipoteca no es accesoria respecto de la deuda.

Pero una cosa es el planteamiento de silogismos y otra la exactitud de las premisas. A nuestro modo de ver, los nuevos conceptos esbozados no pueden aceptarse como premisas verdaderas para inducir consecuencias respecto de figuras jurídicas de nuestro derecho positivo, porque tales premisas están en oposición a los principios que informan la ciencia jurídica de las naciones inspiradas en el Derecho Romano. Nos puede servir de ejemplo el nuevo concepto de responsabilidad. Se la reputa como uno de los elementos de la relación obligatoria; y si la hipoteca es una forma de responsabilidad, lógicamente la conclusión ha de ser que la hipoteca es un elemento de aquella relación personal, y por tanto, sin carácter accesorio. Sin embargo, la conclusión no puede ser aceptada según los principios de nuestro derecho. En efecto: la responsabilidad, que para el deudor es una amenaza, para el acreedor es una garantía, y tanto el aspecto de amenaza como el de garantía se derivan del Derecho Objetivo u Ordenamiento jurídico y no de la vo-

luntad de las partes. El agudo talento de don Felipe Clemente de Diego hizo ver que, si las obligaciones nacen de los contratos, habría que apreciar elementos integrantes de la obligación y elementos de los contratos. En el caso de hipoteca, ya sea concertada simultáneamente o con posterioridad a la obligación garantizada, existen dos contratos referentes a la obligación y a la hipoteca, respectivamente (préstamo e hipoteca; obligación y garantía). De aquí que, por razón del origen o de la fuente, ni para el caso de responsabilidad personal, ni para el caso de hipoteca, se pueda, dentro de nuestra ciencia jurídica, admitir como exacto el que la responsabilidad es un elemento de la obligación. Ni siquiera puede admitirse esto bajo el razonamiento de la tradicional doctrina que considera que el *cumplimiento*, normal o forzoso, es uno de los elementos naturales de la obligación, porque el cumplimiento anormal no depende de la voluntad de los contratantes. Y tan es así que, cuando se acude a esta forma de cumplimiento, no es el deudor quien hace, no hace o da, con lo que el concepto de obligación y déudor se esfuma para dar paso a los de responsabilidad y responsable.

Así como el *fin* perseguido, tanto en la obligación como en la responsabilidad y en la hipoteca es el cumplimiento, por el contrario, el *contenido* de la obligación es muy diferente del contenido u objeto de responsabilidad e hipoteca; el de estas dos últimas instituciones es exactamente lo opuesto al de la obligación; si el de ésta es *un hacer*, o *un dar*, el de aquéllas será *un no hacer* o *un no dar*. Obsérvese que todo contenido u objeto de una relación tiene dos aspectos o lados: uno para el acreedor y otro para el deudor, y que estos diferentes aspectos de una misma cosa, precisamente por constituir un aspecto parcial o singular, no autoriza para generalizarlo y aplicarlo a toda la relación o cosa. Recordemos los dos aspectos que Von Thur asigna a la responsabilidad, y que de ellos, el más interesante para Cámara, es el que reputa la responsabilidad como el conjunto de medios compulsorios de que se vale el acreedor para el cumplimiento. Si este aspecto singular de la responsabilidad lo elevásemos a general, resultaría correcto hablar de la responsabilidad del acreedor, o decir que el acreedor es un responsable. Igual ocurriría con la hipoteca; su objeto, del lado del acreedor, es una seguridad, una garantía; y del lado del propietario, es un gravamen. Si se generalizaran los dos aspectos referidos, resultaría correcto decir que la hipoteca es una garantía de o para el deudor, o un gravamen del acreedor.

No es posible dejar de apreciar que la obligación, respecto del deudor, es un hacer, etc., pero que para el acreedor equivale a un resultado buscado y apetecido. En el préstamo hipotecario, el deudor ha de devolver o entregar una suma de dinero, pero el acreedor sólo busca el resultado seguro del pago, importándole poco que lo efectúe el deudor u otra persona, o con cargo a cualesquiera bienes. Forzosamente existe una obligación para el deudor; y para el acreedor, a más de las consecuencias legales de la responsabilidad del obligado, existe un acto o contrato (que deriva en derecho real) completamente diferente del de la obligación garantizada. Tan diferentes son entre sí obligación asegurada e hipoteca (la accesoria siempre implica la existencia de un precedente), que la no aceptación de esta realidad jurídica conduce a Cámara no sólo a la consecuencia de negar el carácter accesorio a la hipoteca, sino a una flagrante contradicción en su trabajo.

Por un lado nos dice que la hipoteca se da para el caso de *no pagar* el deudor (*no hacer*), y por otro, que el interés que se tutela con la hipoteca es la *entrega* de una suma de dinero (*un hacer*). Textualmente dice, que por la hipoteca se sujetan "determinados bienes a ser objeto de ejecución para el caso de que una persona (deudor) no satisfaga una suma de dinero." Hemos hecho la experiencia de formular a numerosas personas, la mayoría estudiantes de lógica, el concepto de hipoteca en los términos que lo hace Cámara, resaltando las palabras subrayadas, para que nos respondieran qué es lo que conceptúan que se asegura, si *un hacer* del deudor, o *un no hacer*; y todos, unánimemente, contestaron que si la hipoteca se establece para el caso de que el deudor *no pague*, lo que se asegura es el *no pago*, es decir, el *no hacer* del deudor. Sin embargo, para Cámara, con la hipoteca se tutela "el acto de una persona cuyo acto consiste en la entrega, por su parte, de cierta suma de dinero". Esta conclusión sólo cabe obtenerla a base de confundir el *hacer* del deudor (obligación) con el resultado apetecido por el acreedor (garantía del pago y efectividad del mismo), cuya confusión obedece al empleo del falso silogismo de *el padre de mi padre es mi padre*, sin advertir que entre abuelo y nieto no existe una relación de igualdad, sino de progenitura o de causa remota. Para Cámara, el objeto de un derecho es el objeto del interés protegido; "objeto de los derechos de crédito es la conducta del obligado" nos dice; y puede que haya argumentado que si el objeto del préstamo es la devolución de una suma de dinero por el deudor, y si el préstamo es el objeto de la hipo-

teca, el objeto de la hipoteca no puede ser otro que el objeto de la obligación, o sea la entrega del dinero por el deudor. Con esta argumentación se establece una relación de igualdad entre elementos que sólo están ligados por razón de parentesco o de causa a efecto.

En el punto concreto de la hipoteca, el trabajo a que nos estamos refiriendo adolece de imprecisión del concepto, ya que unas veces la hipoteca es considerada como obligación y otras como una garantía. En este sentido nos dice: "que indudablemente la finalidad que persigue la hipoteca es asegurar a una persona el cobro de una cantidad de dinero determinada o determinable antes de la ejecución"; y si es garantía, no puede constituir la misma obligación garantida. Pero es que, además, esto lleva a otra contradicción de la teoría; porque si la hipoteca es una *obligación aseguradora*, y toda relación de crédito se caracteriza por una protección específica o normal, en la hipoteca no existe más que la protección extraordinaria o anormal de la ejecución o responsabilidad y, en consecuencia, no procede incluirla en el grupo de las relaciones de crédito, como hace Cámara.

Con ocasión de la responsabilidad, y al aludir a Von Thur, Cámara advierte que la acepción de responsabilidad que interesa destacar es la que se refiere a los medios compulsorios del acreedor; y más adelante, al referirse al derecho de crédito y a las facultades del acreedor para impetrar la sanción ejecutiva, nos dice que "el centro de gravedad en la relación obligatoria no está en el comportamiento del sujeto activo de la relación, sino en la conducta del sujeto pasivo".

Lamenta Cámara el que algunos tratadistas formulen sus conceptos sin comprender en ellos la totalidad de elementos que integran la institución a que se refieran; y al parecer, en este vicio incurre su teoría. Así, para formar el concepto nuevo de responsabilidad, se ha prescindido de considerar el sentido y la idea de poder en el aspecto jurídico para tomarlo sólo en el aspecto físico o material, siendo así que ya Paulo había dicho que "no se debe permitir a todos lo que puede ejecutar públicamente el Magistrado para que esto no sea causa de tumulto" (20); no se hace radicar la esencia de la responsabilidad en la idea de que el deudor, con cargo a sus bienes, ha de cumplir la prestación, aunque no quiera hacerlo, sino en lo que corrientemente venimos llamando efectividad de la responsabilidad; se ha desenvuelto la idea

(20) Dg., l., 50, tít. 17, ley 176.

sobre la base de poder, en vez de hacerlo sobre la idea de pesadumbre, que es donde la cultura más generalizada encuentra la entraña de la responsabilidad; y, en fin, no se alude a la idea de garantía para el acreedor. Pero a más de estas consideraciones, la responsabilidad no puede consistir en el sometimiento y ejecución o actuación procesal, porque puede darse el caso de revocación de los procedimientos seguidos, y en tal supuesto, bien se ve que hubo sometimiento y hubo actuación procesal, pero que no había responsabilidad ni había responsable.

Al intentar la clasificación tripartita de los derechos patrimoniales, establece como bases fundamentales la del interés protegido y la forma de protegerlo; pero llama la atención que para los intereses de los grupos *a*) y *c*) la protección consiste en facultades para el acreedor, y que, en cambio, los intereses del grupo *b*) estén protegidos no con facultades concedidas al acreedor, sino con una obligación impuesta al deudor. Esta falta de pie de igualdad no parece muy científica o adecuada para una clasificación general.

La relación de crédito se hace consistir en un hacer del deudor protegido con una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico; y si bien se analiza, esa obligación no aparece impuesta por el ordenamiento, sino por la fuente de la obligación, que puede ser el contrato, y respecto de la cual, el ordenamiento se limita a exigir a quien se obliga, que cumpla.

Limitar el concepto de derecho real al goce de las cosas, protegido tal goce con exclusividad, es tanto como inducir de lo singular una regla general, y convertir lo general en particular. Caracteriza más la exclusividad o persecución que el goce. Sólo puede haber un goce protegido con exclusividad absoluta: el dominio. Y si es solo no puede constituir grupo (*cumulus* = grupo = montón). Existen, por el contrario, muchos derechos que no implican goce, pero sí exclusividad, persecución y preferencia.

Cuesta trabajo compenetrarse con el grupo de los derechos potestativos patrimoniales, a pesar del gran esfuerzo de Cámara para justificarlo (21). De las aportaciones de Cámara y del empleo de la frase derecho autónomo con independencia de la de derecho subjetivo básico, parece ser que los cambios de situación jurídica a que se refiere el

(21) Para Cámara, autónomo equivale a dependiente de la voluntad del titular; así se desprende de su alusión a la acción o «derecho subjetivo (procesal) autónomo».

tercer grupo de la clasificación no son las simples mutaciones de titularidad en una cosa o derecho, sino transformaciones del derecho en sí, porque, de lo contrario, todos los derechos comprendidos en los otros dos grupos lo estarían también en el tercero. Tanto la retroventa como el tanteo, virtualmente no son más que cambios de titularidad de la cosa o del dominio en la cosa, a pesar de que el interés protegido es la recuperación de la cosa, y la protección consiste en una facultad dependiente de la exclusiva voluntad del actor. El usufructo, que por implicar un goce debe encuadrarse en el primer grupo, también parece que pueda encajar en el tercero si se mira que por la sola voluntad del usufructuario (la renuncia, por ejemplo) se opera una verdadera modificación de la situación jurídica (absorción del usufructo en la nuda propiedad). La hipoteca que, por razón del objeto y protección no cabe en los grupos primero y segundo, podría quedar incluida en el tercero si de la voluntad del propietario dependiera el cambio de propiedad gravada en propiedad libre. Parece que, por el contrario, encaja en este grupo la enfeusis, ya que la redención es una facultad del dueño útil, que ejecuta a su voluntad y que produce una modificación de la situación jurídica.

En resumen: el trabajo de Cámara es un intento verdaderamente laudable para encuadrar en nuevos moldes los múltiples derechos patrimoniales existentes, pero no lo suficientemente poderoso para destruir la defensa de la naturaleza real que, con la teoría romana, tiene la hipoteca.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS,
Registrador de la Propiedad.