

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXIV

Marzo 1948

Núm. 238

El abandono en la hipoteca

Conferencia pronunciada el 10 de febrero de 1948 en la Academia Matritense del Notariado por D. Ginés Cánovas Coutiño.

No es necesario presentar al conferenciante, por conocido de nuestros lectores. Tiene a su cargo una de las secciones de esta Revista, la Jurisprudencia hipotecaria, donde se saborean sus sobrios y acertados comentarios. Pero sí creo conveniente una pequeña semblanza, porque no todos conocen datos de interés y porque personalmente no puedo evitar el lejano recuerdo de unos días vividos intensamente, entre sustos y congojas, noches en claro y días en turbio, con acres comentarios a las *injusticias* de un Tribunal de oposiciones, injusticias *evidentes* en casi todos los casos, y *defectos e incomprendiciones* de los Jueces, que bondadosamente se suavizaban cuando uno obtenía calificación suficiente para aprobar y entraba en el limbo de los justos, donde todo era paz y tranquilidad y no pensar en nada. En una palabra, Cánovas no es solamente compañero de profesión. Es aún más: es compañero de promoción y uno de los primeros números de esa promoción de los veintiocho aprobados de 1923-24. Indudablemente fué ayer, pero más indudable aún es que el próximo año de 1949 se cumple el cuarto de siglo.

Por eso, cuando la sagaz mirada del *alma mater* de los Cursos de la Academia Matritense del Notariado se fijó en Cánovas, tuve una satisfacción inmensa. González Palomino, aun cuando alguna y rara vez se equivoca, generalmente acierta en sus designaciones. En esta

ocasión acertó, porque Cánovas es hombre a quien hay que empujar. Su modestia estorba a su cultura. Poseedor de una de las más brillantes hojas de estudios de la Universidad de Murcia, con matrículas de honor en todas las asignaturas de Derecho, y tras un breve espacio de tiempo como pasante del malogrado político y abogado D. José Alvarez Arranz, muy joven aún, con el mínimo de edad, ingresa en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad. Durante su preparación, mientras nuestras visiones del porvenir se reducían a un hermoso vergel, con verdes plantas exclusivamente destinadas a producir calabazas, Cánovas se distraía... escribiendo novelas. Pueyo publicó una, denominada "La Artimaña", con tanto éxito, que la edición se agotó rápidamente. Tres mil pesetas de entonces debieron endulzar mucho los sobresaltos del afortunado escritor. Otras novelas fueron planeadas y terminadas, y, si no han visto la luz aún, celosamente guardadas por el autor en la mesa del despacho, se debe a posteriores circunstancias familiares. El parentesco, trato y relaciones literarias de uno de los principes de la literatura novelesca española (1), cohíbió y abrumó tanto al novel escritor, que aun no se ha repuesto de la impresión. He aquí nuevo campo de acción que te muestro y brindo, José González Palomino, para lanzar otro de tus *ukases*, que fielmente obedecemos, sumisos y resignados. Cánovas tampoco podrá rebelarse.

Si alguno lee los "Resúmenes de las Memorias de los Registradores de la Propiedad", insertos en los Anuarios del Centro Directivo de los años 1934 a 1936, tendrá motivos para sospechar que la misma pluma que redacta nuestros comentarios a la Jurisprudencia hipotecaria ha tomado parte en la confección de esos "Resúmenes". En esos años, Cánovas desempeñó una comisión de servicio en el expresado Centro. Posteriormente, nuestro llorado maestro D. Jerónimo González requirió su colaboración en 1939 para las páginas de esta Revista.

Lector incansable, posee una extensa cultura literaria y una pluma ágil, tan dispuesta a una trama novelesca como a un profundo estudio sobre cualquier tema de Derecho. Es un ejemplo la conferencia que voy a extractar, rica en sugerencias y en el esbozo de cuestiones dignas de muy meditados trabajos. Cuestiones que no han sido tratadas por Cánovas por no ajustarse a los límites que previamente se pro-

(1) Don Armando Palacio Valdés.

puso no invadir y que en su trabajo quedan ofrecidas a los Registradores jóvenes, a quienes nuevamente invitamos a participar en las labores propias del campo de actuación de esta Revista, confiando no han de ser desoídos nuestros llamamientos a la juventud estudiosa.

El abandono en la hipoteca es tema un tanto *abandonado* en nuestra literatura jurídica u objeto tan sólo de breves referencias, que no se ajustan bien a la extensión y densidad de su contenido. Que yo sepa, hasta las recientes Instituciones de Derecho Hipotecario de Roca Sastre, una conferencia de Angel Sanz en Barcelona (1) y el interesante boceto trazado por el malogrado Notario de Madrid D. Manuel González Rodríguez (2), no ha sido objeto de estudio sistemático. Cánovas intenta fijar la naturaleza del desamparo de los bienes en la ejecución de la hipoteca. Antes de exponer sus teorías, comenzaré por situar el tema.

I.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGALES.

El abandono de la posesión material del inmueble hipotecado en caso de ejecución, era en Derecho romano el objetivo principal y directo de la acción hipotecaria. El acreedor pedía al tenedor, por una especie de *vindicatio pignoris*, que se le abandonara la posesión de la cosa gravada, a fin de proceder en seguida a su venta. Este abandono no era en ningún caso la *derelictio* que convertía la cosa en *nullius*, pues el acreedor sólo está facultado para transmitir al comprador la propiedad del pignorante mediante la tradición. Era natural que así fuera en el Derecho romano por la confusión existente entre el *pignus* y la hipoteca propiamente dicha. En el Derecho antiguo, la posesión de la cosa prendada pasaba al acreedor (3) hasta que el Derecho pretorio concibió la *pignori obligare*, o sea la prenda simplemente convencional, sin traspaso de posesión, garantizándose el derecho del acreedor mediante una *actio in rem* inserta por el jurista clásico Salvio Juliano al final del edicto redactado por orden del Emperador Adriano. Esta *actio* fué conocida más tarde con el nombre de *quasi Serviana*,

(1) «Compraventa de finca hipotecada». Curso de 1944.

(2) «Bocetos jurídicos». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, 1946, pág. 371.

(3) Sohm: *Instituciones de Derecho privado romano*, 1936, págs. 311 y siguientes.

y se la denomina en el *Corpus Juris* "actio in rem hypotecario", palabra ésta última que se estima interpolada en los textos clásicos por los mismos compiladores. Una vez en posesión el acreedor, éste adquiere el derecho de venta de la cosa, para cobro de su crédito, pero el tercer poseedor tiene el derecho de rescate, *jus offerendi*, pagando la suma adeudada y además el beneficio de orden o excusión respecto al deudor personal y del fiador (1). Este beneficio pasó a nuestro derecho histórico (2) al exigir al acreedor que tenía que dirigir su acción contra el deudor y el fiador antes que contra "aquel que fallare que es tenedor della (la cosa) e non antes".

Los redactores del Proyecto de Código civil de 1851, en su artículo 1.810, especialmente, impusieron al tercer poseedor, no obligado personalmente, la obligación alternativa de pagar la deuda o desamparar los bienes hipotecados. Luzuriaga justifica (3) esta alternativa por las siguientes razones:

"El carácter propio de la acción real es seguir la cosa que le está afecta adonde quiera que se encuentre; la eficacia de la acción hipotecaria contra tercero poseedor es un dogma admitido sin excepción y conforme al sistema alemán, como se ve en el artículo 56 bávaro, y al sistema francés, según el artículo 2.168 del Código de Napoleón. Por la necesidad de afianzar el crédito territorial, ya no tendrá el tercer poseedor el beneficio de excusión concedido por el Derecho romano, porque no se debe implicar al acreedor en pleitos, sino concederle una acción expeditiva y directa contra los bienes obligados, de acuerdo con el artículo 90 de Wurtemberg, 57 bávaro y 2.171 del Código civil francés".

La doctrina francesa (4) no considera que el tercer poseedor abandona con el inmueble hipotecado su derecho de propiedad, aun cuando el artículo 2.168 dice que estará "obligado a pagar todos los intereses y capitales exigibles o a abandonar el inmueble hipotecado sin reserva alguna". Loyseau opinaba que el abandono es sólo de la detención material, pero no de la posesión jurídica, y Pothier, que el po-

(1) Código, VIII, XIV, 24 (Auténtica): «poseyéndola otro (la cosa), se impide la acción hipotecaria hasta que se haya ejercitado contra el deudor y el fiador la personal». Recogida por Justiniano en la novela 4.^a, capítulo II.

(2) Partida 5.^a, título XIII, ley 14. Ver también la ley 9.^a del título XII.

(3) García Goyena: *Concordancias, etc.*, tomo IV, págs. 206 y sigs., 1852.

(4) Planiol-Ripert: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo XIII, página 479. La Habana, 1946.

señor que abandonó sigue siendo propietario hasta la adjudicación (1).

La doctrina alemana, por su riguroso tecnicismo, solamente se preocupa de autorizar al propietario, sea o no deudor personal, para pagar al acreedor (parágrafos 1.142 y 1.143 y 268 del B. G. B.). Ello es consecuencia de considerar que el acreedor hipotecario puede cobrarse sobre el predio (parágrafos 1.147 y 1.150), mediante ejecución forzosa. Las situaciones serán distintas si el propietario es o no deudor, pero al acreedor no le interesa la persona del propietario y se considera como tal al que aparezca con ese carácter en el Registro, quien debe soportar la ejecución en todo caso sin variar de postura, salvo el derecho de renunciar la propiedad, verdadero abandono por renuncia, conforme el artículo 928 del B. G. B., según el cual el predio abandonado deviene *nullius*, y el Estado tiene el derecho de apropiárselo (2). Pero esta renuncia de la propiedad nada tiene que ver con el desamparo de los bienes a efectos de la ejecución, aun cuando el Juez puede nombrar un representante a la finca abandonada que representa a la propiedad, pero no al propietario renunciante.

Parece extraño que Luzuriaga, al comentar los artículos 1.808 a 1.816 del Proyecto de 1851, se remitiese expresamente a la legislación bávara y al *Code francés*, con olvido de nuestra ley de Partidas, donde tenía elementos más que suficientes para justificar aquellos preceptos. En la Partida 5.^a, título XV, se trata de "Cómo han los deudores a desamparar sus bienes, quando no se atreuen a pagar lo que deuen...", y la palabra que se reitera es la de *desamparar* los bienes. No emplea la de *abandonarlos sin reserva alguna*, como expresa el artículo 2.168 del Código francés. Desamparo y abandono son dos conceptos totalmente distintos. El primero significa en el Código alfonso la entrega de los bienes al Juez para que los venda y con su venta pague a los acreedores, sin la privación necesaria del poder de disposición sobre dichos bienes, que arrastra la revocación de las enajenaciones fraudulentas (3); y la renuncia al derecho de defenderse

(1) La doctrina italiana, análoga a la francesa, está recogida en el trabajo citado de D. Manuel González Rodríguez, en los *Anales* referidos.

(2) Véase Nussbaum: *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, 1929, página 186. Por cierto que hay una errata, pues el libro se refiere al parágrafo o artículo 926, y debe señalarse el 928.

(3) No son muy explícitas las Partidas en este punto concreto.

en el juicio contra la acción de los acreedores (1). El segundo puede significar que los bienes se conviertan en *nullius*, y por eso los autores franceses se apresuran a aclarar que ese abandono no supone la pérdida de la propiedad. “*Desamparar puede sus bienes todo omne, que es libre, e estuuiere en poder de sí mismo, o de otri, non auiendo de que pagar lo que deue. E deuelos desamparar ante el Judgador... E si de otra guisa los desamparate, non valdría el desamparamiento*”, dice la Ley I, añadiendo la II: “*Pero si el debdor, que ouiesse assi desamparado lo suyo, dixesse, ante que fuessen vendidos todos sus bienes, que los quería cobrar, para fazer paga a sus debdores, o para defenderse luego con derecho contra ellos, estonce non deuen vender ninguna cosa de los suyo; ante dezimos, que deue ser oydo*”. Es decir, que el desamparo no es una *datio in solutum*, sino una entrega al Juez para pago de deudas con el producto de venta de los bienes “*en almoneda*”, como ordena dicha Ley I del referido título XV.

Cierto que estos preceptos alfonsinos se refieren al propietario deudor personal, mientras que los insertos en el Proyecto de 1851 tienen relación con el tercer poseedor, pero la teoría del desamparo de los bienes es la misma. “*Pasados diez días sin que el deudor haya pagado, puede hacerse la repetición contra el tercer poseedor, el cual tendrá el término de otros diez días para desamparar los bienes hipotecados, si no prefiere pagar la deuda con sus intereses... y los gastos. Aunque el tercer poseedor haya preferido desamparar los bienes, conserva la facultad de hacer el pago hasta que se haya consumado la adjudicación de aquéllos*”, decía el artículo 1.810 del Proyecto. Esta doctrina respecto a la *facultad* de pago, *sin obligación de pago*, es más exacta que la admitida posteriormente en las leyes hipotecarias, donde aparece como *obligación* inesperadamente y por probable influjo del artículo 2.168 del Código francés.

Aun cuando la ley de Partidas, al obligar al acreedor a dirigirse primero contra el deudor y el fiador, emplea la palabra “*tenedor della*”, y el artículo 1.810 de 1851 se refiere al *tercer poseedor* explí-

(1) Según la ley 3.^a del mismo título, el desamparamiento «*ha tal fuerça que después non puede ser el debdor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio*». Queda al margen de todo el deudor; cumple con dejar sus bienes para que los venda el Juzgado, y no debe ser molestado; *el que da lo que tiene, no está obligado a más*. No hay disposición que regule cómo ha de ser la custodia y la administración, pero el deudor hace, al parecer, entrega de los bienes, y los puede recobrar antes de la venta, con ciertas condiciones.

citamente, no deja de sorprender que en el artículo 1.782 del referido Proyecto no se emplee la frase *tercer poseedor* al definir la hipoteca como "derecho real sobre bienes inmuebles, que se sujetan al cumplimiento de una obligación", así como tampoco se determina quiénes son terceros poseedores.

Esta omisión fué subsanada por las posteriores leyes hipotecarias españolas. Los artículos 105 de las leyes de 1861, 1869 y 1909, y el 104 del texto refundido de 1946 (este último con variación gramatical, conforme el artículo 1.876 del Código civil) declaran que las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, *cualquiera que sea su poseedor*. Igualmente, el artículo 132 de las leyes de 1861 y 1869 y el artículo 134 de las de 1909 y 1946, determinan quiénes se consideran terceros poseedores (usufructuario, dueño útil o dueño directo, además del tercer adquirente). Por cierto que en dicho artículo 132 la exigencia de quedar en el deudor el derecho correlativo, estaba suavizada por un segundo párrafo donde implicitamente se reconocía que podía no quedar en poder del deudor ese derecho correlativo; párrafo suprimido en el artículo 134 de 1909 y 1946, acaso porque si la nuda propiedad, el dominio directo o el útil pertenecen a persona distinta del deudor, no existe un tercer poseedor, sino un titular de derecho anterior o preferente que no debe cancelarse por la doctrina de la subsistencia de cargas (1). La cuestión no está muy clara, pero no es momento ahora de detenerse en ella.

La insistencia en denominar *tercer poseedor* a esa determinada persona indica un concepto más amplio que el de *tercer adquirente dueño* e indica también que el desamparo de los bienes en caso de ejecución hipotecaria es problema distinto para la doctrina hipotecaria española del que puede ocasionar la pérdida o abandono de la propiedad de la cosa.

Del examen de los artículos 127 a 133 de la ley de 1861 y 1869 (el artículo 129 de 1869 es distinto del de 1861) y de los artículos 126, 127 y 134 de las leyes de 1900 y 1946, se deduce: 1.º Que en primer lugar debe ser requerido el deudor, y si éste no paga, puede requerirse al tercer poseedor. 2.º Que el tercer poseedor deberá verificar el pago del crédito con los intereses (*obligación de pagar*) o desampa-

(1) Es incomprendible la referencia a la nuda propiedad.

rar los bienes para que éstos se consideren en poder del deudor, a fin de dirigir contra ellos el procedimiento ejecutivo ordinario. 3.^º Que si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales a que su morosidad diere lugar. Entiéndase bien que los bienes no hipotecados del tercer poseedor no responden del crédito e intereses asegurados. De éstos sólo responden los hipotecados especialmente. 4.^º Que el tercer poseedor puede oponerse al procedimiento ejecutivo y entonces es considerado como parte en el mismo (1).

La posición del tercer poseedor, por tanto, es la siguiente: "Tiene *obligación* de pagar o de desamparar los bienes, pero también está *facultado* para no pagar ni desamparar los bienes, en cuyo caso tiene mayor responsabilidad y, además, está *autorizado* para oponerse al procedimiento ejecutivo. Las posturas son cuatro: Primera, pagar; segunda, desamparar; tercera, no pagar ni desamparar; cuarta, oponerse al procedimiento.

Todo ello, con referencia al juicio ejecutivo ordinario, pues en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, creado en 1909, como consecuencia de que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, el tercer poseedor simplemente, está *facultado* para intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el crédito y los intereses (regla 5.^a del artículo 131). Aquí no aparece *obligación* de pago, sino *facultad*, conforme la doctrina alemana, más perfecta que la francesa. Pero no hay referencia alguna al desamparo de los bienes, lo que es lógico desde el momento en que la acción se dirige directamente contra los bienes, sin consideración a la persona de su poseedor, como consecuencia natural del concepto de hipoteca del artículo 105 de la Ley (doctrina alemana también).

II.—ANTECEDENTES DOCTRINALES.

Es inútil buscar en los comentaristas españoles, hasta tiempos recientes, y por influjo de la jurisprudencia del Centro Directivo, un concepto del desamparo de los bienes en la ejecución de la hipoteca.

(1) La regla 5.^a del artículo 131 de la Ley faculta al tercer poseedor para pagar en cualquier momento antes del remate de la finca. No veo inconveniente en aceptar la misma solución en el juicio ejecutivo ordinario.

Pantoja Lloret, Martínez Moreda, Díaz Moreno, Aragonés, Gayoso, Campuzano, etc., se limitan a glosar la Ley escuetamente.

Galindo y Escosura (1) creen que el poseedor de la finca "si bien la desampara, no renuncia al mayor valor que pueda tener después de pagados los créditos, y que de juro les pertenece".

Morell (2), después de reiterar la doctrina de Galindo y Escosura, que se acaba de señalar, añade: "Debe considerarse en justicia a ese tercer poseedor, a pesar del abandono del inmueble, como un interesado, como un partícipe eventual en el valor de la finca, como una especie de acreedor hipotecario en el exceso de ese valor, o como un tercero con derecho real, y dársele representación en el justiprecio y en la subasta. A pesar del abandono, los bienes deben ser considerados en lo que excedan del importe del crédito, como propios de su dueño o tercer poseedor, que al desamparar la finca sólo viene a decir: me conformo con pagar, pero sólo tengo la finca, ahí la tenéis, cobráos con ella o con su valor." Fácil es observar que Morell baraja ideas distintas; abandono, desamparo, adjudicación en pago, adjudicación para pago y, lo que es peor, partícipe eventual, acreedor hipotecario o tercero con derecho real. Más que concretar, confunde las ideas.

Beraud y Lezón (3), dicen que "es violento y hasta absurdo, presuponer que el silencio, la pasividad, la ausencia de toda manifestación en uno u otro sentido, pueda considerarse como hecho legal del abandono, ya que la renuncia de los derechos que viene a representar el desamparo de los bienes es de tan cualificada significación, que sólo debe tener eficacia jurídica por declaración solemne". Tampoco nos dicen qué cualificada significación tiene el abandono o qué derechos son los que se renuncian y cuáles no, nudo del problema.

López de Haro (4) se refiere al procedimiento judicial sumario, y cree que el tercer poseedor es un acreedor, de crédito incierto e indeterminado, porque su derecho depende del valor de la finca y del sobrante una vez satisfechas las cargas preferentes.

Roca Sastre (5), distingue entre tercer poseedor y fiador real o

(1) *Comentarios*, tomo IV, pág. 219, 1884.

(2) *Comentarios*, tomo IV, 1918.

(3) *Tratado de Derecho inmobiliario*, Reus, 1927, tomo II, pág. 268.

(4) «El tercer poseedor de finca hipotecada». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, pág. 259.

(5) *Instituciones*, «Registros», tomo I, pág. 309, y tomo II, págs. 712 y siguientes.

hipotecante por deuda ajena. Este último no puede "dimitir, abandonar o desamparar" la cosa objeto de la ejecución, porque no es extraño a la constitución de la hipoteca y porque como al desamparar los bienes, éstos se consideran en poder del deudor, esta solución no se armoniza con el hecho de que el deudor nunca fué dueño de esos bienes. Esta solución es la aceptada en el Derecho italiano (artículo 2.871 del nuevo Código civil de 1942), pero en el francés la facultad de abandono es inherente a todo tipo de responsabilidad *propter rem*, si bien este abandono, generalmente, es considerado como pérdida de propiedad, en tanto que en la ejecución hipotecaria el abandono en Francia no supone esta pérdida de propiedad. Fija Roca la naturaleza de ese desamparo o dimisión de la finca conforme la doctrina del Centro Directivo en Resoluciones de 27 de abril de 1921 y 29 de septiembre de 1924, en un "verdadero abandono de la situación jurídica que al dueño corresponde para defender su propiedad en el juicio ejecutivo", o sea "que responde al deber en que se halla el tercero de soportar los actos ejecutivos y le libera del mismo, por ser un medio legal de cumplirlo; pero no implica la pérdida del derecho de propiedad, ni la transfiere a los acreedores ni mucho menos al deudor, así como tampoco lleva consigo la renuncia a las cantidades sobrantes, caso de venta, ni a las acciones o derechos que al que desampaña pudieran corresponder por evicción u otro concepto". Por último estudia y señala otras cuestiones de interés, como si el tercer poseedor tiene que ser o es propietario; si cabe ser tercer poseedor cuando el título es hereditario, a título singular o universal; si el tercer poseedor debe tener inscrito su título en el Registro; garantías que la Ley Hipotecaria le otorga; si es o no parte en los procedimientos ejecutivos, etc. Los problemas se multiplican.

Sanz Fernández (1), al referirse al concepto de tercer poseedor de finca hipotecada, puesto que su obra, pendiente de publicación, aún no ha llegado a la ejecución hipotecaria, trata de problemas muy diversos y se inclina a creer que el hipotecante no deudor debe tener la misma consideración que el tercer poseedor y reconocérsele el derecho a desamparar los bienes, en contradicción con la opinión de Roca. Del desamparo de bienes sólo trata en la conferencia de Barcelona, ya citada, incidentalmente considerándole con un carácter procesal que no afecta a los derechos de las partes sobre la cosa. Recoge también la doctrina expresada del Centro Directivo.

(1) *Instituciones, «Notarías»*, tomo I, págs. 435 y sigs.

Los procesalistas tampoco han formulado un concepto claro y preciso de la naturaleza del desamparo de los bienes en la ejecución hipotecaria.

Prieto Castro (1) dice que significa desentenderse de ellos en lo que se refiere a la defensa en el juicio ejecutivo. Por lo demás, el tercer poseedor conserva su postura material y su derecho al excedente del precio del remate. Plaza (2) identifica el desamparo con el abandono. Guasp no se refiere al problema planteado (3). Esta omisión es un tanto inexplicable, cuanto que el abandono es típicamente una situación procesal.

Cassó (4) también emplea como sinónimas las palabras desamparo y abandono, afirmando que la *Ley Hipotecaria presume* que los bienes abandonados se hallan en poder del deudor. Pero tal supuesto pugna con la transferencia que el deudor hizo al tercer poseedor de la finca con la hipoteca.

Tampoco resuelve la Ley a quien corresponderá el sobrante del precio de venta de la finca abandonada, una vez cubierto el acuerdo hipotecario.

González Rodríguez (5) se pregunta: ¿Qué naturaleza tiene el desamparo? Conforme la doctrina francesa e italiana, como el tercer poseedor no está obligado más que por la tenencia de la cosa, su obligación es *propter rem* y puede eximirse de ella abandonando la cosa. Pero este desamparo sólo implica una desposesión (Pothier); la perdida de la detención material y no de la posesión jurídica (Planiol); es una abdicación de la posesión (Pacificini-Mazoni); el tercer poseedor, como obligado *ob rem*, tiene que soportar la ejecución, y al abandonarla, se libera de este deber jurídico y pone la cosa con tal acto en estado de liquidación (Chironi). En la doctrina española reitera la tesis del Centro Directivo en las Resoluciones de 1921 y 1924 antes citadas. Concluye señalando que la situación de desamparo no es análoga a la de rebeldía; que es una declaración de voluntad unilateral y abstracta, formalmente hecha ante el Juez o bien en la contestación al requerimiento.

(1) *Exposición del Derecho procesal civil de España*, 1941, tomo II, página 508.

(2) *Derecho procesal civil español*, tomo II, págs. 559 y 579.

(3) Al menos, en «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en esta REVISTA, años 1941 y 1942. Sólo dice que el desamparo es «de discutida y oscura naturaleza jurídica» (pág. 186 de 1942).

(4) *Derecho hipotecario*, 1946, pág. 606.

(5) *Anales referidos*, pág. 389.

miento de pago; que requiere capacidad para enajenar, y que no puede ser utilizada cuando el tercer poseedor esté obligado solidaria o subsidiariamente, cuando el adquirente se obligó con el acreedor a satisfacerle o cuando hubo delegación aceptada por el acreedor.

Por último, en el Reglamento hipotecario vigente, el artículo 223 decide que el sobrante del precio de venta de la finca en el procedimiento ejecutivo ordinario, una vez cubiertos el crédito, intereses y gastos asegurados, pertenecerá al tercer poseedor, salvo derecho preferente de otra persona (1). Se ha elevado a precepto legal el criterio unánime de la doctrina y de la jurisprudencia e indirectamente se ha reconocido que el desamparo no supone la pérdida de la propiedad, en tanto no se haya adjudicado la finca.

De todo lo expuesto se deduce la complejidad del tema y la necesidad de concretar el concepto del desamparo. Estudiado éste al mismo tiempo que el concepto de tercer poseedor y como de pasada, aparece desdibujado y de contornos borrosos. Por influjo del Código francés se asimilan las palabras desamparo y abandono, que tienen, a mi juicio, sentido muy diferente. Desamparo es la palabra legal, desde la Ley de Partidas, en nuestro Derecho. Si el *abandono* puede sugerir la idea de renuncia, el *desamparo* no la sugiere. El empleo indistinto de ambas palabras es la equivocación sufrida por los comentaristas españoles y aun por el mismo Centro Directivo. De esta censura no se libra Cánovas, que se ajusta demasiado a la doctrina francesa para verse libre de su influjo directo.

Por eso, al llamar abandono a esa situación procesal, hay que aclarar que no supone pérdida de propiedad; que simplemente se abandona la tenencia material y no la posesión jurídica; que los bienes no se convierten en *nullius*; que no es una renuncia traslativa ni abdicativa; que no es el abandono del obligado *propter rem*, que por desprenderse de la cosa se desprende de la carga real, etc.

En cambio, el desamparo da mejor idea de que solamente se hace dejación de determinados derechos derivados de la propiedad de la cosa y de otros derechos, también precisados, pertenecientes a la órbita procesal. El padre que desampara a su hijo en el hospicio, no por eso pierde la paternidad; hace dejación de su deber de padre y de sus facultades como padre. Estos derechos y obligaciones pasan en parte a

(1) La *hyperocha* romana. Ver Sohm: ob. cit., pág. 312.

otra persona, que no es el deudor y que éste designa, pues por disposición legal (*no presunción legal*) el deudor viene a ser *un representante forzoso* (o legal) del tercer poseedor, autorizado solamente para vender. Efectivamente, si bien se consideran los bienes en poder del deudor, es para este solo efecto, pues respecto la custodia, administración y liquidación de las cantidades percibidas por frutos o por el precio de la venta, no es el deudor a quien se encargan o a quien están encomendados, sino a un administrador especial y al Juzgado (1). Esto suponiendo que el acreedor y el deudor primitivo no hayan concertado pactos especiales, obligatorios para el tercer poseedor, o sin suponer también que el tercer poseedor siga en posesión de la finca hasta el momento de la adjudicación, lo que no es imposible, ni mucho menos. El desamparo exterioriza la resignación del tercer poseedor ante lo inevitable y su conformidad con soportar la ejecución, sin ejercitar acto alguno en defensa de su inmueble hipotecado, por inhibición, despreocupación y convencimiento de la inutilidad de tal defensa. Si cabe hablar de abandono en el desamparo de bienes, es solamente respecto a una ventaja procesal (2) y de los derechos que la posición de propietario o de tercer poseedor concede para la defensa de su propiedad en el juicio correspondiente. Pero nunca hay acto traslativo hasta la adjudicación. Más bien es la adopción de una actitud pasiva, la de *dejar hacer*. Actitud pasiva distinta de la de no pagar ni abandonar, puesto que en ésta se agrava la responsabilidad pecuniaria (intereses desde el requerimiento y costas; art. 126, párrafo 3.^º, de la Ley Hipotecaria), y en aquélla, la responsabilidad es la determinada por la hipoteca. En suma, el desamparo equivale a *privar de protección* a la cosa, pero no es abandono, ni renuncia.

Dejamos con toda intención los demás problemas que surgen con el estudio de la figura del tercer poseedor y que pueden examinarse en las obras de los autores citados, para centrar el tema en un solo aspecto de los que se han examinado: la naturaleza del desamparo. Referida someramente queda la posición de la Ley, la doctrina y la

(1) Véanse los artículos 1.450 y 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) La oposición, que le convierte en parte del procedimiento (art. 127, párrafo 6.^º, de la Ley). Las facultades que conserva el tercer poseedor que abandona, pueden deducirse de la R. de 29 de septiembre de 1924 y de cuanto señalan: González Rodríguez (ob. cit., pág. 380), Roca Sastre (ob. cit., tomo I, página 304, y tomo III, pág. 712) y Sanz Fernández (*Instituciones, «Notarías»*, pág. 440 del tomo I).

jurisprudencia españolas, pero no se ha precisado esa naturaleza. Luego volveremos a insistir sobre esta cuestión. En este momento irrumpió Cánovas en la palestra, para romper una lanza. Sigámosle.

III.—LA “OBLIGATIO REI” Y LA OBLIGACIÓN NATURAL.

La Ley Hipotecaria reformada, al limitar la responsabilidad, por pacto, a los bienes hipotecados, deja en el aire el destino de la parte impagada del crédito, cuando la venta del inmueble hipotecado no cubre la totalidad del crédito. Claro que esto también sucede en los casos en que el deudor no tiene otros bienes con qué responder, estén o no los gravados en su poder, puesto que toda hipoteca lleva dentro de sí la concreción o limitación de la responsabilidad al inmueble gravado. Es la entraña misma del crédito real.

Para Angel Sanz, esa parte impagada de crédito deviene en obligación natural. Ingeniosa teoría que no satisface, pues una obligación que no puede exigirse no se concibe en nuestro Derecho, ni está amparada por nuestro Código. No es un caso de enriquecimiento injusto, porque el deudor no se enriquece. Si no tiene otros bienes, porque se queda sin nada. Y si los tiene y hay pacto de limitación de responsabilidad, este pacto rechaza la idea del enriquecimiento torticero. Cánovas, por el contrario, entiende que para el juego normal de la obligación natural, se presta la *obligatio rei* en el caso de impago parcial del crédito garantido.

Una vez responsabilizada la hipoteca, por pacto o por traspaso del inmueble gravado a un tercer poseedor, si éste abandona el inmueble, ¿qué sucederá?

IV.—ESBOZO DEL ABANDONO.

Propiamente, “abandono” implica el acto contrario al de la ocupación. La *derelictio* de los romanos. La renuncia a la posesión de una cosa, con ánimo de despojarse de su propiedad, que la convierte en *nullius*, susceptible de apropiación por el primer ocupante. Tal piensan Sohm y Girard, pero Michón opina que el abandono en sus peculiares características fué institución desconocida por los romanos.

En la Roma primitiva el prestatario transfería la propiedad al acreedor, y éste se comprometía, mediante el pacto de *fiducia*, a devolvérsela una vez reembolsado de su crédito. Por eso la hipoteca, según frase

de Planiol, era como una "prenda diferida", puesto que en ella la acción del acreedor se limitaba a pedir que se le abandonase la posesión del inmueble para poder proceder a su venta y percibir el importe del crédito. En tiempo de Pothier aun persistía la convicción de que el efecto de la acción hipotecaria era condenar al abandono del inmueble hipotecado. Posteriormente este abandono se enquista en la figura del tercer poseedor.

Ahora bien, ese abandono, ¿guarda semejanza con alguno de esos institutos más precisos y estudiados de la renuncia y de la revocación? ¿Es típico en nuestro sistema o se halla adherido a esa fórmula jurídica del *tercer poseedor*?

V.—LA RENUNCIA.

Para D. Jerónimo González, Colm y Roca, la renuncia significa la voluntaria dejación o abandono de una situación, facultad, ventaja o expectativa tuteladas por el ordenamiento jurídico.

Normalmente es impersonal, no dirigida a persona favorecida. Si adquiere un tercero, esto no es efecto de la renuncia, según Gierke, sino de otra situación separada de la renuncia.

Entramos en el problema de la renuncia abdicativa (1). Para Roca, en los casos en que frente al derecho no aparece *un sujeto individualmente obligado*, cabe concebirla como acto unilateral; no se necesita el concurso de otras personas. El efecto es que la cosa deviene *res nullius* y pertenece al primer ocupante, afirma Lessona.

Sin embargo, cuando un copropietario abandona *su cuota parte*, los autores discrepan sobre el destino de la porción abandonada. Para Gianturco y Vitaveli, es *res nullius*. Weinscheid, Yhering y Germano, opinan que acrece a los copropietarios y que es necesaria la aceptación. González Palomino distingue dos casos: *a)* Libre y simple abandono de la cuota. No hay acrecimiento porque éste no funciona cuando hay porción vacante; la ocupación funciona automáticamente. Los actos de posesión no recaen sobre las cuotas, sino sobre la cosa entera (art. 394 del Código civil); *b)* El supuesto del artículo 395. No hay abandono sino dación en pago de la parte de gastos adeudados por el copropietario. Ni renuncia ni acrecimiento.

(1) La renuncia traslativa, bilateral, no tiene relación con el tema. Por eso no es objeto de referencia especial.

Cánovas se pregunta: ¿Cuándo y cómo abandona el copartícipe? ¿Si paga otro por él, funciona la dación de pago respecto a éste? En derecho romano, la pérdida de la cuota por impago de gastos era una sanción que beneficiaba a los copartícipes. El Digesto (libro 17, título segundo, "Pro socio"), según traducción de Rodríguez de Fonseca, se inclina a que si un comunero paga por el que omitió hacerlo, sólo en beneficio de él funciona la dación en pago. Nuestro Código civil nada dice, pero Cánovas no cree sea ésta la solución del legislador español, y, por el contrario, opina que la renuncia del artículo 395 es el abandono normal.

Vareilles-Sommieres estima que los *jus utendi*, *fruendi* y *abutendi* romanos son simplemente tres cualidades del derecho de propiedad; aunque alguna falte, no por eso deja la propiedad de ser completa (piénsese en un pico montañoso). Luego la propiedad no es la trinidad de cualidades que los autores expresan, así como no es la suma de los derechos reales en que puede desmembrarse. Los romanos no conocieron esta idea de desmembramiento, que en cambio es familiar a los autores franceses y que constitúa un tecnicismo en materia de feudos. Así, Pothier, en su "Tratado de Feudos", nunca emplea la palabra desmembramiento respecto la propiedad. De esta inexactitud parten los autores que presentan los derechos reales como partes, fragmentos o pedazos de la propiedad. Un propietario que constituye una servidumbre no tiene la propiedad entera. Este concepto puede comprenderse en la definición de propiedad de Aubry et Rau, pero no en la que dan los Códigos inspirados en el de Napoleón: derecho de gozar y disponer, de obtener todos los posibles servicios. El propietario no cede a otro ninguno de los derechos: el nuevo derecho creado no es el derecho antiguo del propietario, sino un derecho nuevo que se ha situado en un lugar de la propiedad. Sólo hay un derecho que pueda recibir el nombre de desmembración de la propiedad; la copropiedad.

Cánovas recoge esta idea o concepto del Marqués-Jurista y deduce que no se trata en la copropiedad de distintas propiedades o derechos fragmentados, autónomos, sino de distintos fragmentos de uno solo: la propiedad total. Luego al abandonarse una cuota o fragmento por obra biológica, de necesidad jurídica de expansión dominical, automáticamente este fragmento queda absorbido en el todo. La cuota, ni deviene *nullius* ni acrece a los demás (reintegrarse a un todo

no es acrecer), ni puede hablarse de cesión onerosa, tesis de González Palomino, en el caso del artículo 395 citado.

VI.—LA REVOCACIÓN.

El tercer poseedor abandona o desampara, pero puede recuperar en cualquier momento del procedimiento, si paga antes de la venta. Cabe pensar en un acto de revocación. Pero la revocabilidad, para Dusi, no es un concepto simple; abarca diversas instituciones jurídicas; y según Fuenmayor hay revocación cuando se destruye y cancela una enajenación perfectamente válida, haciendo resurgir el antiguo dominio del transferente, en virtud de un cambio de voluntad de éste, mediante el ejercicio de una potestad reconocida por la Ley. ¿Será el desamparo una cesión condicionada?

Se pierden, para el Notario D. Manuel González, con el desamparo, facultades dominicales y se renuncia a defender la cosa y a intervenir en la liquidación. Pero no se pierde el dominio, en opinión de Chiavoni. ¿Qué se pierde entonces? En el terreno de las ficciones, sería más sincero hablar de una cesión condicionada al pago antes del remate por el tercer poseedor. El concepto entra de lleno en la revocación, salvo la duda de si el cumplimiento de condiciones puede encerrar una revocación. En la enajenación con condición suspensiva está claro que no existe revocación.

En la condición resolutoria, el retracto (condición potestativa parecida a la recuperación por pago después del abandono) no supone la revocación, porque el carácter negativo, inherente a ésta, no siempre acompaña al acto del retrayente; el pago. Mas en el abandono, el acto positivo es colocarse en situación de indefensión; el acto negativo, la acción de pagar.

Aun surgen más cuestiones: Perdida la cosa, será en perjuicio del tercer poseedor, quien estaría obligado a pagar el precio aplazado. Si se añade la distinción de la revocación en *ex tunc* (con retroactividad) y *ex nunc* (sin retroactividad) o la más compleja de *real y obligatoria o directa e indirecta*, según que el derecho real venga perdido sin más (*ipso jure*) o solamente surja un derecho de obligación tendente a su dimisión (transmisión), vemos la dificultad de encajar el abandono como cesión sujeta a recuperación dentro del instituto de la revocación.

Para Cánovas, en la situación especial del abandono, podría ha-

blarse de *propiedad revocable*, aunque no de revocación de la propiedad. Hay dualidad de derecho sobre la cosa; derecho del cessionario, pendiente de la facultad del cedente de recuperar, y derecho del cedente, posible y amenazador. Dominio de segundo grado, decaído, enfermo, que recuerda (cita de Fuenmayor) el artículo 2.505 del Código civil argentino de 1869, con su dominio pleno o perfecto y su dominio menos pleno o imperfecto; en este último, conforme el artículo 2.661, encaja el dominio revocable.

VII.—LA OBLIGACIÓN REAL O “PROPTER REM”.

Busca Cánovas el concepto de la obligación real exclusivamente en la doctrina francesa, especialmente en las opiniones de Bonnecase, Demelombe, Planiol, Michón, Bretón y Lépargneur, para concluir con que la tipicidad de esta clase de obligaciones se señala por dos características: su accesoriad de un derecho real (desaparecido éste, aquéllo se extingue por falta de causa) y la facultad de liberarse de tal obligación por el abandono de la cosa. Estas dos características, acaso se den solamente en los derechos reales accesorios y, más concretamente, en la hipoteca cuando el inmueble ha pasado a poder de tercero; en la fianza real o hipotecante por deuda ajena, y en la hipoteca con pacto de limitación de responsabilidad. No puede centrarse únicamente en la facultad de abandono o *délaissement* la característica principal de las obligaciones *propter rem*, porque a través de todas las instituciones jurídicas encontraríamos esta facultad como un fantasma de pesadilla.

Creo conveniente refrescar la memoria respecto al origen y estado actual de la teoría del derecho real, que, no por muy conocida, deja de ser interesante para señalar rumbos seguros (1).

En Roma, mediante el *nexum*, surge la obligación, y la garantía de su cumplimiento se centra en la persona del deudor. Recordemos los preceptos de la Ley de las XII Tablas: prisión del deudor, encadenamiento y hasta descuartizamiento.

La Ley *Poetilia* sujeta al cumplimiento, no la persona, sino el patrimonio del deudor. La prestación está limitada por la voluntad de éste, pero del incumplimiento responde el patrimonio. Ha nacido la *actio in personam*.

(1) Véase Rigaud: *El derecho real*, Reus, 1928, págs. 22 y sigs.; Sohm: obra cit., pág. 666.

Pero a un pueblo de tan profundo espíritu jurídico no podía dejar de ocurrírsele la posibilidad de afectar alguna cosa del patrimonio del deudor más directamente, desligando la persona y la voluntad del deudor que pasa a un segundo término. Se mira a la cosa y no a la persona. Había que inventar otra acción, y se llamó la *actio in rem*.

Tan poco aficionados como eran los romanos a construcciones sistemáticas, no desenvolvieron la teoría. Se preocupaban del caso concreto. Su empirismo impedía una visión amplia y dejaron el campo libre a la fantasía de los glosadores. De la obligación personal se deriva la acción personal, y la acción real arranca del *jus in re* (palabra que por primera vez emplea el Brachylogus) (1).

La obligación personal radica directa e inmediatamente sobre la voluntad de una persona; el acreedor tiene una pretensión a una pres-tación, según frase de la doctrina alemana.

El derecho real, por el contrario, es un poder directo e inmediato sobre una cosa, con abstracción de la persona obligada. Se ejerce por su titular sin intermediario alguno. Si es en cosa propia, plenamente, se llama dominio. Si es en cosa ajena y parcialmente, tendremos los *juris in re aliena* o derechos reales limitados.

Contra esta concepción se alza la doctrina personalista francesa (Planiol, Demogue), con el apoyo de Windscheid (2). Todo derecho es una relación entre dos personas; no puede existir entre una persona y una cosa, salvo la relación de hecho (uso, goce, aprovechamiento, etcétera). El derecho real impone a todo el mundo (*erga omnes*) la obli-gación pasiva universal de respeto al derecho del titular.

Era necesaria la solución armónica. Como dice Roca muy bien, Robinsón no puede tener propiedad (3). El derecho real tiene un ele-mento interno: poder o señorío sobre la cosa, directo, inmediato, y un elemento externo: el deber universal de respeto, *erga omnes*, que alcanza inclusive al titular de la cosa en los *juris in re aliena*. Este ti-tular de la cosa, como intermediario, puede no estar personalmente obligado; del hecho de ser poseedor de la cosa nace que deba sufrir una actividad ajena (*pati*) o abstenerse de una actividad propia (*non facere*) e incluso ejercitar esta actividad propia (*facere*) como en la

(1) Rigaud: ob. cit, pág. 60.

(2) Rigaud: ob. cit., págs. 6 y sigs. y 120 y sigs.

(3) Tema XV de las «Contestaciones de Derecho civil para Notarías». Programa, B. O. del E. de 12 de junio de 1946. También *Instituciones*, «Re-gistros», tomo III, pág. 105.

servidumbre oneris ferendi (repara el muro) o en las cargas reales y censos (cumplir la prestación). Puede desligarse de la obligación real abandonando la cosa, cuando no está personalmente obligado; renunciando a su propiedad (*derelictio*), ya que tiene una titularidad pasiva, por razón de la cosa, *ob rem* (*las propter rem u obligatio rei* de nuestros clásicos).

En el derecho real puro, el sujeto pasivo es indeterminado, incluso cuando existe un intermediario, porque éste no es *nominati* como persona, sino como titular de la cosa. Por el contrario, en la obligación personal existe una obligación en sentido estricto, exigible a una persona individualmente determinada, no *erga omnes*. El deber de respeto universal no es una obligación, sino un deber.

Ahora bien, el derecho real no es único. Se conocen diversos tipos de derechos reales, que pueden clasificarse de distintos modos:

Corporales e incorporales. Temporales, perpetuos o de duración indefinida. Universales y singulares. Con plenas facultades, con facultades divididas y con facultades limitadas. Transmisibles o intransmisibles: estos últimos en personalísimos y en subjetivamente reales. Los personalísimos, en absolutos o relativos. De goce, de realización de valor y de adquisición, etc.

No parece muy acertada la clasificación en principales o accesorios, tan en boga anteriormente, porque hoy se entremezclan los tipos de tal manera, que no se pueden distinguir bien qué derecho es el principal y cuál es el accesorio. Así sucede con la hipoteca, por motivos que no puedo referir aquí y que con algún detenimiento traté en otra ocasión (1).

La hipoteca, directamente relacionada con el tema de la conferencia de Cánovas, es un derecho temporal, singular, con facultades limitadas, transmisible y de realización de valor. En este derecho pueden coincidir la responsabilidad real y la obligación personal, pero también pueden estar bifurcadas al constituirse (hipotecante por deuda ajena) o posteriormente (adjudicación en el procedimiento sumario o sin asunción de deuda; caso del tercer poseedor). La hipoteca con responsabilidad limitada al inmueble gravado, en su origen puede ser con responsabilidad personal y real, unidas o bifurcadas, aun cuando

(1) En mi conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 9 de febrero de 1947, respecto de la hipoteca de rentas o prestaciones periódicas.

algún autor niega esta última hipótesis (1); pero en ambos casos, el resultado es el mismo: localizar la deuda sobre la finca, sin extensión posible de responsabilidad personal al deudor. No entremos en los problemas que se plantean.

Es de importancia el análisis de si en la hipoteca están unidas o separadas la obligación personal y la responsabilidad real, porque cuando están unidas no cabe el desamparo en la ejecución por la acción hipotecaria. El deudor no tiene este derecho, sino el tercer poseedor. Es más, puede desamparar en el procedimiento ejecutivo ordinario; nunca en el judicial sumario ni en el extrajudicial, conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria y 235 de su Reglamento.

Luego el desamparo nada tiene que ver con la accesoria de la hipoteca, en lo que discrepo de la opinión de Cánovas. Pero tampoco tiene nada que ver con la facultad de abandono de la propiedad, el *délaissement* francés, coincido plenamente con esta opinión del conferenciante. Hay que desechar, por tanto, la teoría de que la naturaleza del desamparo tenga relación única con las características de las obligaciones *ob rem*.

El camino seguido por Cánovas difiere del anteriormente expresado, con peligro de caer en las confusiones de la doctrina personalista francesa, pues arranca de que el problema de la noción del derecho real y del derecho de crédito no se hallará nunca completamente elucidado, así como del concepto de privilegio, que para Bonnecasse no es un derecho, sino una cualidad de un derecho o una prerrogativa.

La distinción entre privilegios especiales inmobiliarios y las hipotecas no puede mantenerse, dentro del Código francés, sino a fuerza de grandes sutilezas (2). Por eso, Poplawsky, hace bastantes años, con la misma complicación que para nosotros tiene su nombre, difícil de pronunciar, sostuvo la tesis de que la hipoteca carece de sustantividad. Bonnecasse sigue a este autor personalista y va más allá: identifica la hipoteca con el privilegio. Máxime Chauveau, en 1931, sostiene lo mismo y combate la calificación de derecho real accesorio, o de segundo grado, para la hipoteca. Es decir, son concepciones absoluta-

(1) Roca: *Instituciones*, «Registros», tomo III, pág. 130. Sanz: *Comentarios*, pág. 393. La consecuencia es que el pacto de responsabilidad limitada impide surja el tercer poseedor, y no cabe el desamparo de bienes.

(2) Planiol y Ripert: ob. cit., tomo XII, pág. 9, y tomo XIV, pág. 285. También Núñez Lagos: «Jornadas de la Academia Matritense del Notariado». *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1947, págs. 66 y 68.

mente personales de los derechos reales. Por cierto que el último autor reconoce que *esta concepción no tiene ninguna repercusión práctica sobre la organización y funcionamiento de las garantías reales*.

Dato curioso: Carnelutti, que también sostiene que la hipoteca no es un derecho real y que reivindica para el Derecho procesal el concepto de responsabilidad, como antaño reivindicaron los procesalistas el concepto de la acción, termina por confesar que “*la naturaleza estrictamente procesal de estas instituciones (prenda e hipoteca) ha sido recientemente descubierta, y por ello es objeto de dudas que todavía no han sido superadas*” (1). Aun así, el prestigio del autor consiguió introducir la hipoteca en ese cajón de sastre que es el Libro VI del Código civil italiano de 1942 (2).

Tan paladinas confesiones inducen a la duda respecto a la solidez de la concepción y de la argumentación que la sostiene. Por eso los redactores del Proyecto de Código civil portugués han rechazado categóricamente la idea de ajustarse a la estructura del flamante Código italiano (3), y por eso también hay que mirar con recelo esas opiniones un tanto originales y no muy fundamentadas.

Las teorías de Demelombe respecto que las servidumbres voluntarias no son más que obligaciones reales, y de Planiol, considerándolas como obligaciones semirreales, así como la de Rigaud de los derechos reales *in faciendo*, entre los que comprende la hipoteca, de manera similar a como la consideraron Gierke en Alemania y Fadda y Bensa en Italia, han sido superadas por la que antes hemos llamado solución armónica. También Michón fijó más certeramente el concepto.

Para Michón, las obligaciones *propter rem* se presentan como simples accesorias de un derecho que pertenece al deudor y al cual puede éste renunciar; por esta renuncia, el deudor se libera de las cargas adheridas a ese derecho, que obligan a la persona en tanto es poseedora de la cosa. El juego de esta obligación no es igual en los derechos reales principales que en los accesorios; en los primeros, si no se utiliza el derecho de abandono, los gastos recaen sobre todo el patrimonio del obligado (propiedad medianera, por ejemplo), y en los segundos, se abandone o no la cosa, la obligación recae tan sólo sobre el inmue-

(1) *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Bosch. Traducción de Jaime Guasp.

(2) Nicolás Pérez Serrano: *Cinco conferencias sobre el proyecto de Libro 1º del futuro Código popular alemán*, Madrid, 1943, pág. 26.

(3) *Información Jurídica*, núm. 54, noviembre 1947, pág. 120.

ble gravado (caución real, hipoteca cuyo inmueble ha pasado a tercero y el beneficio de inventario). En tanto que la cosa no sea objeto de modificación jurídica, por continuar el titular deudor sin variar de postura, las obligaciones *propter rem* no ofrecen gran interés práctico, pero como la *res* es la causa única de la obligación, todo cambio jurídico en aquélla repercute en ésta. La pérdida fortuita de la cosa, extingue la obligación. En los derechos reales de goce, el abandono opera una consolidación o una confusión; en los derechos reales de garantía el abandono provoca una simple detención seguido de una venta en pública subasta.

Lépargneur trata del problema (en derecho francés, que por razones históricas repudia la constitución de las cargas reales) de la imposición de un gravamen que surta efecto tanto sobre el comprador como sobre sus causahabientes. Rechaza la idea de la condición resolutoria, que no consigue la transmisión de la carga, y se acoge a la idea de la servidumbre, unida a la noción de la obligación *propter rem*. Es demasiado artificiosa su tesis para resistir un análisis minucioso, aun dentro del marco del *Code francés*.

VIII.—CONCLUSIONES.

Cánovas cree que el desamparo de finca hipotecada es algo más que una renuncia de efectos procesales solamente, y opina que el legislador, al situar los bienes en poder del deudor, no es por cuestión de procedimiento, sino por el carácter accesorio de la hipoteca. Desamparada la cosa por el tercer poseedor, nadie más caracterizado que el deudor para defenderla en la liquidación, puesto que actúa en su propio interés al impedir que un malbaratamiento de aquélla, que impida cubrir el importe adeudado, repercuta sobre su total patrimonio (artículo 1.911 del Código civil). El deudor a cuyo poder han vuelto los bienes, deviene en un estado especial de posesión y nace en el momento del abandono una relación de posesión, con su secuela de administración, pago de contribuciones, representación, etc. El deudor obra como una especie de gestor de negocios ajenos (art. 223 del Reglamento hipotecario).

Disiente de la opinión de Roca, coincidiendo con Sanz, en que el hipotecante por deuda ajena puede desamparar su inmueble y cree que las situaciones del tercer poseedor y del fiador real son idénticas. Igualmente estima que no hay inconveniente en admitir la facultad de aban-

dono en el caso de hipoteca con pacto de responsabilidad limitada, pues considera pueril distinguir que la deuda, vaya o no ligada a la persona dueña de los inmuebles hipotecados, al asimilarse esta clase de hipotecas con las obligaciones *propter rem*.

Por último, Cánovas ve en el abandono, tal como lo configura el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, una renuncia cualificada, esto es, condicional, que sitúa a la propiedad de la cosa en manos de otra persona, a manera de precario, por no encajar su concepto en el más técnico de la revocación, aunque también pudiera decirse ser aquélla una suerte de propiedad revocable. Este abandono no es exclusivo del tercer poseedor (concepto que debiera haberse borrado en la nueva Ley y sustituido por el de tercer dueño del inmueble hipotecado), por ser consecuencia de la existencia de una obligación real.

IX.—RECAPITULACIÓN FINAL SUJETA A REVISIÓN.

El excelente trabajo de Cánovas es un paso más en el estudio del concepto, naturaleza, caracteres y consecuencias del desamparo de los bienes hipotecados. Nada importa que sus conclusiones sean más o menos exactas o indiscutibles. Por el contrario, merecen los honores de la discusión.

A lo largo y a lo ancho de cuanto he expuesto, se puede inferir que personalmente no comparto la tesis del conferenciante en varios aspectos y que en otros la acepto plenamente. Ello no quita mérito a Cánovas, sino que, por el contrario, lo acrecienta. Me ha hecho trabajar y pensar y puede obligar a igual resultado a otros lectores más capacitados.

Por eso quiero, para concluir, hacer una especie de resumen o enumeración de los problemas que pueden ser objeto de trabajos futuros. Recapitulemos.

A) Desamparo y abandono son conceptos distintos. En Derecho romano no se conocía el desamparo, que la Ley de Partidas introdujo en nuestro Derecho y que con parecidas características se mantiene en las leyes hipotecarias modernas. El desamparo no sugiere la noción de cosa *nullius*. El abandono (*derelictio*) implícitamente significa pasar la cosa a la situación de *nullius*, y por eso la doctrina francesa reacciona contra esta noción. El Código francés se refiere al abandono. Nuestro Derecho, más perfecto y preciso, mantiene la palabra desamparo, que significa dejación, inhibición, dimisión de algo que

no convierte la cosa en *nullius*, ni es bastante para verificar una transferencia de dominio.

B) En su origen, el derecho a desamparar los bienes correspondía al deudor personal, conforme el Código Alfonsino, pero no había obstáculo legal alguno para que fuese utilizado por un tercer poseedor. Este derecho no podía, ni puede, utilizarse, antes y ahora, más que en el juicio ejecutivo ordinario; es una posición o situación procesal, especial de este juicio, con escasas repercusiones en el Derecho civil (1). Creo que si se mantiene en nuestra Ley procesal es porque fué promulgada en una época en que la doctrina hipotecaria estaba en nebulosa, sin fijar técnicamente los conceptos.

El desamparo no tiene lugar en los demás procedimientos de ejecución hipotecaria, judicial sumario y extrajudicial, porque éstos desenvuelven, mejor o peor, la noción de que la acción hipotecaria se dirige directamente contra los bienes hipotecarios y se limitan a privar de la posesión al deudor o tercer poseedor, cuando hay pacto expreso (regla 6.^a del artículo 131 de la Ley, concordante en lo esencial con los 1.450 y 1.530 de la Ley en Enjuiciamiento civil).

C) El desamparo le está negado al deudor, *porque está obligado a pagar*, porque es personalmente responsable con el inmueble hipotecado y con todos sus bienes. Nuestra Ley confiere este derecho al tercer poseedor (tercer adquirente sin asunción de deuda, usufructuario, dueño útil o directo), porque no está obligado a pagar, sino que está *facultado* para pagar si quiere evitarse las molestias de soportar la ejecución, ya que su inmueble está afecto a un derecho real de realización de valor, hecho que no ignora y que le priva del derecho de sustraer el inmueble de tal eventualidad, que debe ser esperada por él como algo inevitable. La Ley Hipotecaria habla indebidamente de obligación de pagar (*deberá verificar el pago*, dice el artículo 126) por influjo de la redacción del artículo 2.168 del Código napoleónico o por desafortunada redacción gramatical. En la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley se emplea con precisión y exactitud la palabra *pueda* (facultad). Hay opiniones doctrinales fundamentadas, a las que me adhiero, que se inclinan a dar igual trato al hipotecante por deuda ajena y al tercer poseedor. La similitud es evidente, así como también la analogía con el deudor personal que hipotecó con pacto de respon-

(1) Véase Angel Sanz: *Compraventa de finca hipotecada* (conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona el 21 de abril de 1944), pág. 53.

sabilidad limitada, pues el acreedor no puede ejecutar más bienes que los hipotecados: no existe deudor personal. No existe responsabilidad ilimitada, sino localizada y concretada.

D) Todo ello quiere decir debía ser indiferente, para poder desamparar, que el poseedor de la finca esté o no obligado personalmente. En el derecho histórico, el desamparo tenía lugar cuando el deudor entregaba todos sus bienes al Juzgado, sin reservarse nada para él. Pero ahora, que la responsabilidad está perfectamente delimitada y concretada en el inmueble y que la acción real es preferida a la personal, en realidad poca significación jurídica tiene el desamparo, ya que carece de contenido por estar limitado a una situación procesal y a una representación forzosa e inútil de la persona del tercer poseedor a efectos del otorgamiento de la escritura de venta, según veremos seguidamente.

E) La Ley Hipotecaria simplemente enfoca el desamparo al solo efecto de que los bienes se consideran (no que lo estén) en poder del deudor, a fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo. Y como consecuencia, el artículo 143 del Reglamento establece que en el caso de desamparo se otorgará la escritura por el deudor o por el Juez en nombre de éste. Se vuelve al Derecho romano; el acreedor estaba facultado para transmitir la propiedad al comprador. Para evitar molestias al tercer poseedor que desampara, y de conformidad con el deseo que éste expresa, deliberada y solemnemente, se le autoriza para que no concurra a la venta del inmueble. *Último efecto del dejar hacer* y de la voluntad de permanecer ajeno a la ejecución.

F) Manuel González creía que se abandonaban facultades dominicales. No comparto íntegramente esta opinión, por las siguientes razones: Respecto a la facultad de disposición, la principal en el dominio o en el mismo nivel que la de goce, no veo disposición alguna que prohíba enajenar al tercer poseedor que ha desamparado los bienes. Esto, que parece un contrasentido, obedece a los energéticos efectos de la publicidad registral. En el Registro consta la hipoteca; debe constar la anotación de embargo, y hoy, además, la nota marginal a que se refiere el artículo 143 del Reglamento hipotecario vigente. El adquirente sabe a qué atenerse, conoce los riesgos a que se expone, y la hipoteca, la anotación y la nota surten todos los efectos de la publicidad (véanse los artículos 134 de la Ley y 143 y 226, núm. 2.º del Reglamento). El desamparo, lo mismo que el embargo, no hace más

que sujetar la finca a las resultas del procedimiento. Y la anotación de embargo no priva a ningún adquirente del poder de disposición, ni el desamparo es una prohibición de enajenar. En el Derecho antiguo se comprende que las posibles enajenaciones se consideraran fraudulentas y hubiera que rescindirlas o revocarlas, pero actualmente los efectos de la publicidad no impiden que una vez otorgada la escritura de adjudicación al rematante pueda éste inscribirla (art. 175, regla 2.^a del Reglamento), cancelándose todas las inscripciones contradictorias o limitativas del derecho que se inscribe, posteriores a la inscripción de la hipoteca, que no sean preferentes.

Respecto el poder de goce y la administración de la finca, no veo que necesariamente haya de ser privado de ella el deudor, aun cuando haya pacto expreso a favor del acreedor, porque éste no está obligado a encargarse de la administración; es facultad suya, que puede o no utilizar. Si la finca es improductiva; si la producción es pequeña; si el acreedor se considera garantizado con exceso por el valor en venta de la finca y no quiere las molestias de la administración, bien puede no pedir la posesión de la finca. Aun en el caso del artículo 1.450 de la Ley Procesal, no es el acreedor quien se encarga de la administración, sino la persona que éste designe, y teóricamente, si el tercer poseedor es buena persona, cabe la designación del mismo tercer poseedor por el acreedor. Es decir, que no es que necesariamente haya que privar de la administración y derecho de goce al tercer poseedor, según nuestra Ley (1).

G) Además, el tercer poseedor, aunque desampare, no se ve privado de los beneficios de los artículos 112, 113, 114, 115, 120 y 146 de la Ley Hipotecaria. Por el contrario, si no paga ni desampaña, es cuando su responsabilidad se extiende a los intereses y gastos a que por su morosidad pueda dar lugar. El desamparo le favorece en este caso y para este efecto.

Tampoco el tercer poseedor se ve privado de las cantidades sobrantes del precio de venta de la finca, ni de las acciones o derechos que pudieran corresponderle por evicción u otro concepto.

Por último, en el Registro no se refleja la situación del desamparo, y el tercer poseedor sigue siendo titular de la finca.

H) Pudiera preguntarse, muy fundadamente, que si lo anteriormente expuesto es cierto en todas sus partes, el desamparo no es nada

(1) En contra, la Resolución de 27 de abril de 1921.

justificable; que está vacío de contenido. Hay un mucho de verdad en esta apreciación, pues tal como queda regulado en la Ley Hipotecaria, el desamparo no significa más que lo siguiente:

1.^º Dejación del derecho a ser parte en el procedimiento, o sea, renuncia a una ventaja procesal en un determinado juicio: el ejecutivo ordinario. Inhibición del derecho de defensa de la propiedad, como dice bien el Centro Directivo.

2.^º Dejación del derecho a otorgar, como titular registral, la escritura a favor del rematante, que en este caso será otorgada por el deudor como representante legal forzoso para este acto (o el Juez, en rebeldía del deudor). Es bastante inexplicable esta ficción, inútil por demás, pues lo mismo podría vender el Juez en nombre del tercer poseedor que no quisiere otorgar la escritura y adoptarse una actitud pasiva (la que verdaderamente le corresponde en su deber de soportar tan sólo la ejecución). Sería más ajustado a las normas hipotecarias. El rodeo no puede obedecer más que a la incomprendión de que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, prescindiendo de quién es su titular y a la máxima del derecho histórico de que nadie puede ser vencido en juicio sin ser oído. Esta confusión está hoy superada totalmente y así se reconoce en el artículo 131 de la Ley.

3.^º Posibilidad de ser privado el tercer poseedor de la posesión de la finca y de su administración, en su sentido de tenencia material.

En una palabra, que tal como se concibe el desamparo en nuestro Derecho, es algo arcaico e inútil, que debiera suprimirse. Al tercer poseedor, obligado a soportar la ejecución, debe dársele la posibilidad de intervención en el juicio en los términos del artículo 131 de la Ley. Si no quiere intervenir en nada y se inhibe, conforme su deber único de soportar, debe dejársele tranquilo y sin considerarle en rebeldía (él a nada se opone; deja hacer simplemente), seguir el procedimiento como si no existiese; ahí están los bienes que responden por sí mismos. Llegado el momento de la adjudicación y del otorgamiento de la escritura, debe comparecer el mismo tercer poseedor, y si utiliza su derecho de inhibirse de todo, el Juez, en su nombre, debe firmarla, suprimiendo la ficción inútil, y que a nada conduce, de la representación legal de los bienes por el deudor personal.