

La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria

El párrafo 4.^º del artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria preceptúa que las personas designadas por el titular inscrito como causantes del despojo o perturbación de su derecho, si comparecen ante el Juzgado, han de prestar caución adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas.

El vocablo caución en nuestro actual Derecho se encuentra raras veces y con un significado tan impreciso que puede hacer dudar de su verdadero alcance o extensión. El Código civil (art. 495) exige la caución juratoria al usufructuario que no prestó fianza; la Ley de Enjuiciamiento civil (núm. 4 del art. 14) establece para el litigante declarado pobre la caución juratoria de pagar si viniere a mejor fortuna; el Código penal (art. 44) dice que la pena de caución obligará al reo a presentar un fiador abonado; el Convenio de 17 de julio de 1905, sobre procedimiento civil entre extranjeros, al tratar de la *cautio judicatum solvi* nos habla de los litigantes «dispensados de la caución, del depósito o de la fianza»; el preámbulo de la presente Ley Hipotecaria emplea la frase «fianza bastante», y el artículo 41 la de «caución adecuada».

Antes de la publicación de la primitiva Ley de Enjuiciamiento civil, y con ocasión de la *cautio judicatum solvi*, se suscitó la cuestión de si la fianza podía ser sustituida por la prenda o hipoteca cuando el demandado no encontraba fiador (*Encyclopédia Española de Derecho y Administración*, tomo VIII, pág. 80, edición de 1855). Y un ilustre tratadista de Derecho civil (Benito Gutiérrez, tomo V, página 34, edición de 1869) define la caución como «un contrato

por el que una persona añade su propia fe a la obligación contraída bajo la fe de otro».

La caución tiene su origen en Derecho romano, y tuvo como precedentes en el antiguo Derecho la apuesta del *sacramentum* con la previa ceremonia de la varita, que describe Gayo en la reivindicación de un esclavo y Homero en la *composición* o reparación de un homicidio; y más tarde en las *sponsiones* o compromisos verbales acompañados del *vadimonium* puro y con *satisfactione* o fiador. Las verdaderas cauciones fueron muy numerosas en el Derecho procesal y recibían el nombre del objeto que se garantizaba o del pretor que las introdujo, como la Muciana, de Mucius Scevola. En todas ellas se observan dos elementos: recelo o desconfianza hacia una persona y medidas precautorias contra el recelo; y ésa es su etimología: de *caveo*, recelar, y *cautio*, asegurarse de lo que se recela. Las medidas precautorias consistían en coartar la libertad de la persona de quien se desconfía, que siempre era el demandado o el Procurador del demandante; y la coartación era, bien moral, mediante el empeño de la palabra, o de responsabilidad pecuniaria, que abarcaba desde el valor patrimonial en litigio hasta una pena convenida o fijada. El constreñimiento moral se daba con la caución juratoria, y el material, generalmente mediante fiador, garantía predilecta de aquel pueblo, que veía en la fianza una especie de hipoteca tácita sobre todos los bienes del fiador y, por tanto, una seguridad no limitada; pero aunque la caución frecuente era la fianza, no por ello excluyeron la prenda e hipoteca. El *Digesto*, refiriéndose a la paga o solución, dice que «si el acreedor dió por recibido lo que por estipulación o sin ella estaba hipotecado, no aprovechará la palabra solución, pero bastara la satisfacción» (L. 46, t. 3, ley 49); y en un pasaje de la *Instituta* que se refiere al demandado que estando en el lugar donde se le demanda quisiere nombrar Procurador se lee «que puede él mismo presentarse ante el Juez y prestar por la persona que le ha de representar la caución *judicatum solvi* con una promesa solemne, u obligarse extrajudicialmente como fiador de su Procurador por todas las cláusulas de la misma caución; y entonces está obligado a dar hipoteca sobre sus bienes, ya haya prometido judicial o extrajudicialmente» (número 4, t. 11, L. 4.^o). El mismo *Digesto*, en el libro 50, título 17, relativo a reglas de derecho, sienta en la ley 25 el siguiente aforis-

mo: «La caución real es más que la personal» (*Plus cautionis in re est, quam in persona*).

En el derecho de las Leyes de Partida y Recopiladas se exigía como caución, en primer lugar, la fianza; en su defecto, la prenda o hipoteca, y cuando no era posible ni una ni otra se pedía la caución juratoria. La Partida 7.^a, título 33, ley 10, aclara el alcance de la caución al exponer: «Otrosí dezimos que *cautio* en latín tanto quiere decir como aseguramiento que el debdor ha de facer al señor del debdo, dándole fiadores valiosos o peños.» Y este era el pensamiento del legislador español, porque en el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 se concedía la libertad al procesado bajo *fianza* o *caución* suficiente, consistiendo la fianza, ya en metálico, que se depositaba en el Banco Español de San Fernando, o bien en fincas cuyo valor importase de 500 a 2.000 duros, regla que precisó más el Real Decreto de 30 de septiembre de 1853 y que posteriormente desenvolvió la Ley de Enjuiciamiento criminal, concretando que la fianza puede ser personal o hipotecaria.

Por último, el Código civil, recogiendo la doctrina y práctica del antiguo derecho, establece en el artículo 1.855 que si el obligado a dar fianza legal o judicial no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda o hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación.

Los precedentes históricos ligeramente reseñados y el transcurrido artículo del Código civil nos llevan a la conclusión de que la palabra caución no tiene realmente un significado jurídico propio ni comprende una forma determinada de asegurar, sino que es una voz usual del léxico castellano, sinónima de afianzar, que abarca todas las formas de aseguramiento, incluso la hipoteca, a cuyas hipotecas, en la doctrina, se las conoce con el nombre de hipotecas de seguridad o de caución.

Cualquier precaución o cautela que se adopte para asegurar el fin que se persigue implica una caución; lo es el juramento y el prometo del derecho laico, la señal o antigua caparra, garrapata y actual fianza impropia, el depósito, etc., siendo digno de recordar, como caso típico de caución colectiva y legal, la de *bene vivendi*, o conducta de la Partida 5.^a, título 7.^a, ley 4, por la que para dar seguridades a los mercaderes se obligaba al Concejo de los pueblos

a indemnizar al mercader robado, caso de no hallar al ladrón o ser insolvente.

La actividad humana puede llegar a componer tal multitud y diversidad de medidas preventivas de aseguramiento, que al legislador le sería imposible seguirle los pasos, y por ello se limitó a dar un concepto de la caución.

Exigida caución por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria vigente, la más usual será la hipotecaria, y siendo la inscripción en el Registro constitutiva del derecho de hipoteca, y exigiendo para ello la Ley la formalidad de escritura pública, cabe preguntar: ¿Será precisa la escritura pública en las cauciones hipotecarias del artículo 41 de la Ley?

En el pasaje de la *Instituta* citado se habla de la caución prestada judicial y extrajudicialmente; en nuestro Derecho histórico la caución de estar a derecho, llamada antiguamente de la Haz, se constituía ante el Juez y el Escrivano o ante otro Escrivano por orden del Juez; la Ley de Enjuiciamiento criminal regula la otorgada *apud-acta*; la Ley Hipotecaria (art. 191) establece para la hipoteca legal por bienes reservables la forma de acta judicial, que firma el interesado, autoriza el Secretario y aprueba el Juez; y el Reglamento Hipotecario (art. 230) exige igual formalidad para las hipotecas de peculio o del *filius familia*. Pero, a más de estos precedentes, tres consideraciones abonan el criterio de que las hipotecas de caución del artículo que comentamos puedan otorgarse *apud-acta*: 1.^a El Derecho, aun en los países menos avanzados—escribe Sumner Waine—, tiende a ser una simple superficie en que se mueven reglas contractuales, de variación constante, sólo sometidas a él en la observancia de los principios fundamentales y en el castigo de la mala fe; 2.^a En materia de hipotecas, el principio fundamental es el número 2 del artículo 146 de la Ley Hipotecaria o constitución por la inscripción, y la regla general es la del número 1 u otorgamiento de escritura, que por ser regla admite excepciones como las apuntadas y la de la hipoteca ante el Secretario del Ayuntamiento en favor de Pósitos; y 3.^a El número *clausus* del artículo 157 de la misma Ley ha dejado de serlo, porque si en la Ley tienen su origen la hipoteca que garantiza la libertad del procesado, la de bienes reservables y la de caución a que nos estamos refiriendo, aunque no se quiera, habrá que considerarlas legales

dentro de la clasificación bipartita de la Ley Hipotecaria. Y si para las hipotecas legales por bienes reservables y de peculio se admite el otorgamiento por acta judicial, la misma razón existe para establecer que en igual forma se otorgue la caución del artículo 41 cuando sea hipotecaria. Por tanto, estas hipotecas de caución podrán otorgarse judicial y extrajudicialmente.

Pero ¿qué modalidad hipotecaria ha de adoptar? ¿Cuál ha de ser el documento inscribible? ¿Cuáles las circunstancias?

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria pide el arraigo del juicio o aseguramiento de las obligaciones futuras que la sentencia puede imponer al perturbador del derecho inscrito, y si la caución prestada es la hipotecaria, la modalidad de la hipoteca ha de ser la de seguridad o caución, que tiene como variante la llamada hipoteca de *maximum* (la Resolución de 16-VI-1936 llama así a la de seguridad regulada en el art. 142), en los procesos de ejecución de este artículo, aunque es bastante la de seguridad, ¿no será más conveniente la de máximo?

En estas hipotecas la seguridad inmediata está en la adquisición de rango, pero sus efectos no pueden producirse hasta la terminación del pleito, en que se conocerá la existencia o inexistencia de la obligación por la sentencia, y en su caso la cuantía por la tasación correspondiente; pero la caución ha de prestarse al comparecer en juicio el demandado por el titular inscrito, y esta garantía ha de ser declarada suficiente y aprobada por el Juez, lo que equivale a apreciar anticipadamente la cuantía del crédito u obligación futura. La Ley de Enjuiciamiento criminal exige que el Juez fije la cantidad objeto de caución. Por estas razones, y por la de dar facilidades al crédito territorial, parece sería más conveniente la forma de máximo, ya que con ella queda cumplida la finalidad legal y al propietario se le concede la posibilidad efectiva de nuevas disposiciones sobre los bienes hipotecados, que sería impracticable si se desconoce registralmente el tope de responsabilidad.

Respecto al documento inscribible, cuando de hipotecas *apud-acta* se trata, existe diferencia entre el determinado por la Ley de Enjuiciamiento criminal y la Ley Hipotecaria, ya que por la primera se requiere mandamiento, y por la segunda, copia del acta de otorgamiento y del auto de aprobación, si bien cuando las personas obligadas a presentar en el Registro estos documentos no lo

hacen, la misma Ley dice que se expedirá mandamiento. En ambas leyes la resolución judicial que se dicta para la admisión de la hipoteca es un auto. ¿Cuál puede ser la razón que determine la diferencia de documento inscribible? Esa distinción sólo puede radicar en la naturaleza del procedimiento, pero entendemos que estando otorgadas tales hipotecas para que produzcan efectos hipotecarios o contra terceros debe mirarse a estos efectos y, por tanto, darse uniformidad en este sentido a todas las hipotecas *apud-acta*.

Seguramente el Reglamento futuro recogerá estas cuestiones al desenvolver el artículo 41; pero hasta que aparezca, en los Registros se deberá admitir las hipotecas de caución otorgadas *apud-acta*, siempre que recojan todas las circunstancias que reflejen su origen y alcance, aceptando como documento, ya las copias del acta y auto de aprobación, ya el correspondiente mandamiento.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS.

Registrador de la Propiedad.