

## Consideraciones sobre la Ley que regula los intereses devengados por los créditos hipotecarios durante la guerra

En el *Boletín Oficial del Estado* del día 16 de mayo del año 1941 aparece una ley, fecha 5 del mismo mes, en la que se regula una cuestión, no sólo de honda trascendencia *per se*, sino interesantísima por su orientación y por los propósitos que la inspiran. Se trata de la regulación del problema relativo a los intereses de los créditos hipotecarios constituidos registralmente con anterioridad al inicio del Movimiento nacional—18 de julio de 1936—y antes de la indicada fecha del 16 de mayo de 1941, que es la de la publicación del texto de referencia. Desde el primer momento de su lectura, se comprende su enjundia y su importancia—tanto desde un punto de vista teóricocientífico, cuanto práctico y de aplicación—; por ello hemos esperado durante meses la aparición de algún comentario de la doctrina patria sobre tales reglas. Pero como el tiempo transcurre y tal comentario no sale a la luz, me he decidido a tratar de exponer algunas ideas que me ha sugerido la lectura del texto legal de referencia, en la seguridad de que la cosa merece la pena, aunque quizá ya no lo merezca la pobreza del contenido de aquéllas. Sin embargo, a pesar de todo, no desisto de la empresa, y, sobre todo, espero que plumas más capaces no han de tardar en asomarse a las revistas profesionales españolas, haciendo el estudio que yo aquí solamente intento.

El problema de la regulación de los intereses de aquellos créditos hipotecarios que los devenguen (dejando aparte el ya tan manido y estudiado de si los créditos, sea del género que fueren, deben o no devengar interés, y si éste debe ser o no tasado), sabido es que está regulado, no muy a la satisfacción de la doctrina, en nuestra vigente ley Hipotecaria. La Comisión del texto de 1861, con aquella luminosidad que

resplandece en la Exposición de Motivos que redactó el insigne Laserna, después de hacer una breve referencia a dicho problema y a la solución que impera en todos—o casi todos—los Códigos europeos, continuaba así, ya dentro del ámbito estrictamente hipotecario: “Pero no debe servir este motivo—se refiere a lo que acabamos de mencionar, es decir, a que es práctica general la admisión del pago del interés que afecte a las fincas hipotecadas—para que el tercer adquirente de la propiedad gravada, que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que, naturalmente, presume que está al corriente en el pago de los intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omisión o incuria del acreedor, o tal vez por mala fe de éste, combinada con la del deudor. De aquí proviene que, a imitación de muchos Códigos, se proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presunción *juris et de jure* de que el acreedor renuncia a ella en la parte relativa a los demás intereses, en el hecho de reclamarlos o de no haber exigido una ampliación de inscripción sobre los mismos bienes hipotecados con objeto de asegurar los devengados antes...” Y continuaba: “Dos medios podían adoptarse al efecto; el más general, que la limita a número determinado de anualidades, y el que fija un máximo, como el 10 ó el 20 por 100 proporcional al capital garantido (1). A favor del primer medio está la mejor combinación del interés con el tiempo; a favor del segundo, en sentir de los que lo prefieren, la mayor igualdad y la mayor fijeza de la regla...” Y en vista de estas razones, la Comisión optó por el primero de los sistemas expuestos, por su fijeza e igualdad, a pesar

(1) Como se observará, los autores de la exposición de motivos no se quedaron cortos precisamente en la fijación hipotética de los intereses que podrían devengar los créditos hipotecarios. Un interés del 10 ó 20 por 100 es verdaderamente—y lo era con mayor motivo en 1861—exorbitante y usurario. Esto como observación al párrafo indicado. En cuanto al interés legal que el Derecho positivo español señala hoy día, sabido es que, después de ser fijado en el 6 por 100 del capital por el artículo 1.108 del Código civil, y rebajado al 5 por 100 por ley de 2 de agosto de 1890, ha sido fijado últimamente en el 4 por 100 por ley de 7 de octubre de 1939 (*B. O.* del 9 ídem), siendo ciertamente curioso que el Poder legislativo que dictó la ley de 2 de agosto de 1890 acudió al procedimiento jurídicamente correcto, a instancias del Ejecutivo: es decir, a derogar una ley por otra, aun a pesar de que aquí la misma ley autorizaba al Ejecutivo para obrar por propia cuenta. Y es curioso porque, en cambio en otras materias, como por ejemplo, en la de arrendamientos, en que no existía tal autorización legal, se saltó abiertamente por encima de la ley sin escrupulo alguno. En un caso se pecó por exceso de respeto a la norma—permítaseme la frase—; en el otro, en cambio, por defecto.

de su desigualdad, más aparente que real; y de aquí los arts. 114 y siguientes del texto de 1861 que, a pesar de las críticas unánimes de la doctrina, principalmente de Galindo y Escosura y Beraud, por ejemplo (1), sobre todo en cuanto hace referencia al art. 115 del texto vigente, "verdadero enigma hasta ahora indescifrado" (2), ha perdurado y perdura a través de las reformas de 1869 y 1909, siendo, repito, el vigente en la actualidad, con las excepciones que en los casos y supuestos que vamos a examinar, la ley que comentamos consagra.

Pero, repito, que ésta es doctrina que ya está agotada en la literatura jurídica española, y no es cuestión de volver de nuevo sobre ella, ni de pretender descifrar lo que en realidad es indescifrable, literalmente leído, si bien en el fondo sea fácil de entender. Entre otras razones, porque a fin de cuentas "es ésta cuestión meramente especulativa más que de orden práctico, en méritos a que los acreedores, bien apercibidos de sus derechos, tanto como de la vaguedad e indeterminación del precepto escrito, celebran los contratos de préstamos con hipoteca en condiciones de garantía suficiente para que no sobrevenga el conflicto con acreedores posteriores, dejando las dudas que engendra la disposición positiva a la esgrima intelectual de los tratadistas, como de ello elocuentemente certifica que aún no se ha llevado esta cuestión a los Tribunales; al menos nosotros desconocemos que sobre la interpretación del artículo, por lo que al particular concierne, haya recaído jurisprudencia" (3). Aparte también de que no nos interesa de modo directo, para nuestro asunto, tal discusión, bastando con que quede fijada la legalidad "normal" en esta materia.

De la simple lectura de la ley de 5 de mayo de 1941 se deduce, en primer lugar, que se trata de una norma excepcional y de vigencia limitada y transitoria. Tiene la misma índole y características que la ley

(1) V. Beraud: *Legislación hipotecaria*, en colaboración con Ríos Mosquera, volumen II, págs. 315 y sigs. Madrid, Instituto Reus, 1928. Contest. a Registros.

(2) "La redacción del anterior precepto—dice De Buen refiriéndose al artículo 115 indicado—es en varios puntos tan desdichada, que no cabe una interpretación literal del mismo. Es más: al interpretarlo lógica y sistemáticamente, hay que ir contra su letra. Donde dice: *al transcurrir tres años*, debe entenderse: *durante el tercer año*; y donde escribe (apartado segundo): *anteriormente y después de los dos años*, lo mejor es dar por no escritas tales palabras." De Buen expone a continuación su tesis, que, en líneas generales, es la que la doctrina corrientemente sostiene. (V. De Buen: *Derecho civil esp. común*. Contest. a la Judicatura. Madrid, Reus, 1930, tomo I, página 335, nota 1.ª).

(3) Beraud: Ob. cit., pág. 315, vol. II.

de 5 de noviembre de 1940 (precisamente en el preámbulo del texto de 5 de mayo citado se hace referencia a esta íntima relación), y como ella, trata de "reparar en lo posible la anormalidad jurídica que padecieron las zonas afectadas por la dominación roja" sólo que la ley de 5 de mayo de 1941 se limita exclusivamente al ámbito hipotecario estricto, en cuanto se relacione con los créditos de tal índole que devenguen intereses, tratando de corregir las posibles antinomias entre dicha ley de 5 de noviembre de 1940 y los artículos ya citados de la ley Hipotecaria. Tal es, repetimos, su finalidad, según ella misma declara, sin prejuzgar, por ahora, si lo ha logrado y, sobre todo, cómo lo ha logrado. Por ello la ley de 5 de mayo de 1941 ha de ser calificada, repetimos, de excepcional, singular y provisoria (en cuanto va dirigida a liquidar las situaciones jurídicas creadas por el Movimiento Nacional) en el sentido que emplean dichos términos Moro y Ledesma y Hernández Gil en sus Comentarios a la ley de 5 de noviembre de 1940 (1). Excepcional, en cuanto sólo a las particulares y específicas situaciones a que se refiere, y que inmediatamente vamos a ver, se aplica, mientras que la gran masa de hechos comprendidos en los supuestos normales siguen al margen de sus disposiciones y rigiéndose por los mencionados artículos 114, 115 y siguientes de la ley Hipotecaria. Singular, por parecidas razones. Y provisoria, porque ya hemos visto que su vigencia es limitada en cuanto al tiempo, y su art. 1.<sup>º</sup> en relación con el 5.<sup>º</sup>—y en general del contexto de la ley—, bien claramente lo ponen de manifiesto. Son éstos caracteres generales de todas las legislaciones de las post-guerras, y de ellas fueron claros ejemplos las de los países beligerantes en 1914-18, cuyas legislaciones durante los años inmediatos al término de las hostilidades tuvieron este mismo matiz excepcional, singular y provisorio (2).

Este carácter excepcional a que acabamos de referirnos, se refleja en primer lugar en la siguiente consideración: para que resulten protegidas por el nuevo ordenamiento jurídico, ha de tratarse de hipotecas registralmente constituidas con anterioridad al día 18 de julio de 1936 —art. 1.<sup>º</sup> de la ley—. No todas las hipotecas, pues, resultan protegi-

(1) V. Sebastián Moro y Rafael Hernández Gil: *Validez de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la Revolución*. Madrid, 1941.

(2) Es natural que así fuere, puesto que a circunstancias excepcionales ha de corresponder norma excepcional también. El Derecho y la Vida han de marchar al unísono.

das por la norma que comentamos, ni siquiera las constituidas durante el período de la guerra civil. Se atiende, además, al criterio que científica y razonablemente había que atender: al momento en que en el Registro consten aquellas constituidas que, en rigor, es el único y solo momento en que las hipotecas son tales, pues sabido es que, en nuestro sistema, y como resulta del juego de los arts. 146 y 159 de la ley Hipotecaria y 1.875 del Código civil la hipoteca no existe como tal, tanto frente a tercero como entre las mismas partes, sino única y exclusivamente desde su inscripción en el Registro, sin que sea suficiente la sola constancia del gravamen en escritura pública. Por tanto, aun aquellas hipotecas que consten en escrituras públicas fechadas con anterioridad al 18 de julio de 1936, pero cuya fecha de inscripción registral sea posterior a dicho día—teniendo, naturalmente, en cuenta los efectos que hacen entrar en acción los arts. 28, 26 y 17 de la ley Hipotecaria—, no quedan protegidas por la ley de 5 de mayo de 1941, lo cual equivale a decir que los intereses que excedan a los "normales" de los arts. 114 y siguientes del Código Hipotecario, no podrán ser exigidos como tales intereses hipotecarios. ¿Y los de las hipotecas constituidas registralmente el mismo día 18 de julio de 1936? Habida cuenta de los términos en que se expresa el art. 1.<sup>o</sup> de la ley, parece que tampoco pueden ser exigidos, puesto que este artículo habla de "las hipotecas constituidas con anterioridad al 18 de julio de 1936" ... y las disposiciones como la presente, de carácter excepcional, no deben ser objeto de interpretación extensiva. No obstante, quizá haya supuestos en que existan razones para otra solución, y lo mejor será el que en cada caso concreto, atendidas sus circunstancias y caracteres, habrá que determinar el criterio a seguir. Pero en principio, creo que es esta la solución que debe preponderar.

Estas hipotecas, constituidas registralmente con anterioridad a la indicada fecha, y en garantía de créditos hipotecarios que devenguen interés—queda siempre margen para que las partes, usando de la autonomía que la ley les otorga, pacten que este interés no será exigible, o simplemente no indiquen el interés que se ha de exigir—, "asegurarán con perjuicio de tercero, además de los intereses a que se refiere el artículo 114 de la ley Hipotecaria, los correspondientes al tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1936 y la fecha de la publicación de esta ley" ... —artículo 1.<sup>o</sup>—. Leído hasta aquí dicho artículo, ocurre preguntar: ¿Quién es este tercero así protegido? ¿Es el tercero en

sentido técnico, es decir, el que ha inscrito, obtenido su derecho a título oneroso de quien en el Registro aparecía con capacidad suficiente para transmitirle el derecho que adquiere, y con la buena fe que el Tribunal Supremo exige, además de esas condiciones? ¿O es el tercero "vulgar" o civil, es decir, el que no ha inscrito, pero que no ha tomado parte en el acto o contrato inscrito (art. 27 de la ley Hipotecaria)? Cuestión de alcance primordial, y básica para dilucidar el alcance de la ley, porque es aquí donde tropezamos con el meollo de la norma y porque, naturalmente, de ser uno u otro tercero, la solución varía muchísimo.

El primer comentario que se ocurre al examinar esta materia es de carácter desfavorable. No debió de volver a ponerse nuevamente sobre el tapete el ya tan discutido y manoseado personaje fantasma que se suele llamar "tercero", y sobre el cual han corrido ya mares de tinta en la literatura jurídica española, que tanto juego dió ya en nuestra legislación desde las famosas Bases del Proyecto de Código civil de 1843 hasta la actualidad, pasando por el Anteproyecto de Luzuriaga, en 1848, el Proyecto de 1851, etc., y cuyas fases figuran explicadas en todos los manuales y tratados de Derecho inmobiliario español. Después de los trabajos y concienzudos comentarios que al tema del "tercero" han sido dedicados por nuestros hipotecaristas (1), y, sobre todo,

(1) Citar todos cuantos trabajos han sido publicados sobre este problema, de tanta importancia en nuestro Derecho hipotecario, sería tarea casi inagotable, puesto que bien puede decirse que pocos serán los hipotecaristas españoles que no hayan escrito algo, más o menos original, sobre este asunto. Hasta una jurista francesa, la señorita Ana María Le Pelley, publicó una monografía sobre él. Como orientación citaremos los siguientes: "Inexistencia del tercero hipotecario", por José Uriarte Berasátegui, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 1931 y enero de 1932, núms. 80 a 85)—es un trabajo de gran valor—; "Algunas consideraciones sobre nuestra ley Hipotecaria y el 'tercero'", por Antonio Marín Monroy, en REVISTA CRÍTICA (mayo 1931, núm. 77, páginas 328 y sigs.); "Dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de los principios fundamentales del sistema", por Pascual Lacal, en REVISTA CRÍTICA (febrero 1931, núm. 74, págs. 107 a 112); Ana María Le Pelley: *La noción de tercero en la ley Hipotecaria española* (Bibl. del Instituto de Der. Comparado de Toulouse). V. la nota bibliográfica sobre este libro de J. González, en REVISTA CRÍTICA cit. (enero de 1932, núm. 85, págs. 75 y sigs.); "Inscripción de documentos privados", por J. Uriarte Berasátegui, en REVISTA CRÍTICA cit., núms. 95 y 96, páginas 801 y sigs. y 882 y sigs., respectivamente (aunque en este trabajo no se plantea de modo directo esta cuestión, sino la que su título indica, sin embargo se hacen consideraciones sobre él). Y desde luego, en todos los manuales y tratados de Derecho hipotecario; por ejemplo, en los recientes de Roca Sastre y Giménez Arnáu, donde se estudia el problema con gran altura y maestría científicas.

después de las frases nada halagüeñas que al mismo han sido dedicadas: "La figura del tercero es borrosa e inútil" . . . ; "no es posible formar un concepto unitario del tercero hipotecario" (Berasátegui)<sup>(1)</sup>; "el término tercero es innecesario, sobra en la ley" (J. González) <sup>(2)</sup>, no debió acudirse al término en cuestión en un texto legal de hoy día, pues si ya él de por sí es borroso, huidizo y fantasmagórico, ¿qué no será en un texto excepcional, y por ende, con caracteres especiales, fuera de la normalidad? De aquí la mayor parte de las dudas a que se presta el texto, si se examina a primera vista; dudas que bien es verdad que un examen posterior aclara casi por completo, como veremos, pero que muy bien pudieron ser evitadas ya desde un principio, con una redacción orientada, *a priori*, en otra dirección.

Hay razones para suponer, a primera vista, que el tercero perjudicado por el artículo 1.<sup>º</sup>, ya citado, es el tercero en sentido técnico, habida cuenta del mecanismo general de la ley especial que comentamos; de los artículos 114 y 115 de la ley Hipotecaria y, sobre todo, porque si así no fuese, no habría razón para la existencia de tal norma legal, que entonces sería inútil, ya que frente a tercero que no inscribe, naturalmente que la hipoteca garantizará los créditos y los intereses de cualesquiera años, sean éstos los que fueren. La Comisión de 1861 así pareció entenderlo. "Mas esto es sólo—dice—para el caso en que haya un tercero que pueda resultar perjudicado. *Cuando esto no sucede, conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses.*" Y aunque la Comisión no aclara de modo taxativo la cuestión principal, a saber, si ese tercero perjudicado—o favorecido, según los casos—es el que ha inscrito, o el que no ha inscrito, pero no ha sido parte en el acto o contrato inscrito, sin embargo, la doctrina unánimemente admitida es que se trata del que no ha inscrito, quien no puede invocar la protección de los artículos 114 y 115 mientras no esté en tal situación <sup>(3)</sup>. En nuestro supuesto, existe la misma razón de decidir, pues las circunstancias son las mismas. Pero es que, además, el artículo 2.<sup>º</sup> de la ley especial emplea taxativamente la frase "con perjuicio de tercero inscrito", y aunque el caso concreto que regula no es el mismo que el del artículo 1.<sup>º</sup>

(1) Uriarte Berasátegui, en ob. primeramente citada.

(2) Jerónimo González (cit. por Berasátegui en ob. cit.).

(3) V., por ejemplo, en este sentido a De Buen, ob. cit., págs. 334 y sigs. Como se dice en el texto, es doctrina unánime.

—y hasta si se quiere el opuesto—, sólo lo es en cuanto hace relación a ciertos caracteres; pero en su materia esencial, antes al contrario, en este aspecto concuerda por completo con el principio general del artículo 1.º citado. A primera vista, pues, parece que el tercero que aquí es protegido es el tercero “vulgar”, es decir, que el perjudicado es el que hemos convenido en denominar tercero “técnico”, o sea: el que ha inscrito en las condiciones a que más arriba aludimos.

Pero a primera vista tan sólo; porque si seguimos leyendo el texto legal veremos como no es así, sino que la cuestión cambia completamente. Tal protección solamente es otorgada cuando en el Registro haya una inscripción, *en sentido estricto*, posterior a la de hipoteca en cuestión, inscripción que haya sido causada por una transmisión total o parcial de dominio a título oneroso o por una constitución de derecho creditual (art. 1.º, *in fine*). Este final no tiene desperdicio. El primer comentario que sugiere es la oscuridad del texto, que casi apunta una falta de tecnicismo—quizá por exceso de afán tecnicista, aunque parezca paradoja—, aunque sólo se quede en apunte; sobre todo, al hablar de “constitución de derecho creditual”. Porque, en primer lugar, no cabe duda que la inscripción posterior a que se refiere la ley ha de ser una inscripción *en sentido “estricto”*, o sea—y así creemos debe ser interpretada la frase legal—una inscripción propiamente dicha (artículo 50 del reglamento Hipotecario); una inscripción *en sentido técnico*, y, por tanto, no tomando la palabra “inscripción” en el sentido de asiento registral, como tantas veces lo hace la ley Hipotecaria misma (1). Es decir, que todo derecho posterior que figure adherido al Registro por otro asiento que no sea la inscripción—anotación preventiva, mención, nota marginal, etc.—, no goza de la protección legal, por expresa y taxativa disposición de ésta. Con ello surgen incalculables consecuencias en el orden hipotecario y registral. Pero de todas ellas sólo quiero entresacar la siguiente: ¿Es que en una inscrip-

(1) El asiento registral ha sido definido por Jerónimo González como “declaración formal hecha por el Registrador en los libros hipotecarios, en virtud de título o de oficio”, y en su aspecto formal, como la “consignación manuscrita de esa declaración” (cit. por Campuzano en *Instit. de Der. hip.* Contest. a Registros, página 294). En cuanto a la inscripción *en sentido estricto*, Campuzano (ob. cit., página 308) la define como “asiento principal que se practica en el libro de inscripciones de efectos definitivos, cuyo objeto es un derecho o una incapacidad y que declara íntegramente una situación jurídica”.

ción en sentido técnico pueden figurar derechos de crédito? Porque tal es el meollo del problema.

Dejando aparte el estudio de la cuestión desde un punto de vista de *lege fereanda*, y que podría plantearse así: ¿*Deben* llegar al Registro español, en virtud del mecanismo de la ley Hipotecaria, derechos de crédito?, la realidad es que a nuestro Registro llegan, en efecto, a veces tales derechos credituales, principalmente por medio de la anotación preventiva. Pero a través de la inscripción en sentido técnico, inscripción en sentido "estricto", que diría la ley que comentamos, todos los hipotecaristas están unánimes en que *ni deben, ni de hecho llegan jamás a arribar al Registro situaciones que no sean estricta y completamente reales* (1). Y sin embargo, aquí la ley dice expresa y terminantemente que se trata de "un derecho creditual". ¿*Quid iuris*, pues? ¿Entender que hay una derogación de las normas generales y técnicas, en uso de la potestad del legislador para hacer aquélla, en ésta como en todas las materias de índole jurídica? ¿O aquello que ya recordábamos en otro trabajo publicado en estas mismas páginas (2), de que la ley, si bien no se equivoca jamás en lo que manda, sí se equivoca muchas veces en lo que dice y en como lo dice? A nuestro juicio, esto último. En nuestra opinión, con la locución que hemos ya citado, lo que quiere decir la ley es que figure en el asiento-inscripción, no una situación creditual en sentido técnico, como situación *principal* del asiento, sino un derecho creditual *accesorio de otro real principal*, al cual vaya

(1) Según Atard, resulta que se inscriben: A) Derechos reales perfectos de titulación perfecta. B) Sentencias de incapacidad. Y que se anotan: A) Derechos reales perfectos de titulación imperfecta. B) Derechos reales imperfectos. C) Derechos reales perfectos de titulación perfecta y de vida transitoria; y D) Derechos personales. La inscripción propiamente dicha crea derechos registrales de eficacia indefinida, y la anotación posibles garantías reales de eficacia transitoria. (Cit. por Beraud en ob. cit., vol. II, págs. 45 y 46, nota 1.<sup>a</sup>.) Claro que cabe plantear el problema respecto a la índole jurídica del derecho que engendra el arrendamiento—inscribible según el núm. 5.<sup>º</sup> del art. 2.<sup>º</sup> de la ley Hipotecaria—; y sabido es que autores como Troplong, en Francia, y Manresa y De Buen, en España, sostienen que es de caracteres reales, aun sin necesidad de inscripción; problema que tiene una conexión íntima con el de las llamadas inscripciones constitutivas. (V. infra, J. González en Rev. Crít. cit., año 1925, pág. 780, y en su magistral obra *Estudios hipotecarios*, págs. 37 y sigs.) V. también lo que dice la exposición de motivos de la ley de 1861 sobre este tema concreto. La misma discusión cabe en cuanto a la índole jurídica de los derechos que se contengan en las sentencias de incapacidad, inscribibles según el número 4 del artículo 2.<sup>º</sup> citado. Pero sea cual fuere la solución que a esto se dé, no empece a lo dicho.

(2) V. en Rev. Crít., núm. 160, septiembre 1941, pág. 544.

adherido. Entendido esto así, la cuestión queda aclarada, y entonces todas las dudas e inconvenientes se desvanecen (1).

De todos modos, resulta evidente que habiendo una inscripción posterior, cuyo titular haya adquirido su derecho a título oneroso —“transmisión *total* o *parcial* de dominio”, dice la ley—, y salvo las excepciones a que luego nos referiremos al examinar el artículo 4.<sup>o</sup> de la misma, este titular, en principio, no puede ser perjudicado y no está obligado al abono de tales intereses extraordinarios (llámemosles así). Y entonces es cuando surgen otras dos cuestiones: una de interpretación de la frase más arriba subrayada: “transmisión *total* o *parcial* de dominio”, de indudable trascendencia práctica, según los resultados a que se llegue; otra que aclara el problema de cuál sea el tercero realmente protegido o favorecido por el texto legal, haciendo que las conclusiones que en un principio parecían ciertas sean ahora consideradas como erróneas y alejadas por completo de la verdad legal.

Veamos la primera. ¿Qué quiere decir la ley con la ya citada locución “transmisión *total* o *parcial* de dominio a título oneroso”, etc.? ¿Ha de interpretarse la frase o *parcial* en el sentido de que, sin desmembrar ni dividir ninguna de las facultades que el dominio supone *a priori* en potencia, sea sólo una parte cuantitativa de este poder dominical la que sea objeto de transmisión registral? O, por el contrario, ¿significa tal expresión que existe una transmisión a título oneroso de alguna o algunas de las aludidas facultades que el dominio supone intrínsecamente considerado, dando lugar en este caso al nacimiento de situaciones reales, pero ya de menor entidad que *dominium plenum*, primer derecho real por antonomasia? ¿Resulta protegido el usufructuario, por ejemplo, en cuanto a las facultades de índole hipotecaria que le reconoce el artículo 107 de la ley Hipotecaria? Cuestión ésta, repito, de gran importancia y de indudable interés, por la trascendencia que puede tener el que se resuelva de un modo afirmativo o

(1) Por lo demás, autores como Cosack—*Lehrbuch*, II, pág. 221—sostienen que la hipoteca no es solamente un derecho real, sino que tiene ingredientes y caracteres obligacionales, en cuanto es al mismo tiempo un crédito del titular contra el propietario del inmueble hipotecado. Concepción que Nussbaum entronca con la tesis conocida de Meibom y Sohm, que califica a la hipoteca de “obligación real”, y tendiente, principalmente, a imprimir la mayor “movilidad posible a la hipoteca, librándola de los grandes principios que informan el derecho de cosas” (Nussbaum: *Tratado de Der. hipotecario alemán*, Madrid, 1929, págs. 59, 60 y 61. Trad. de W. Roces).

negativo. A mi juicio, hay que resolver el problema en sentido afirmativo, y la locución legal debe ser interpretada en el sentido de que cualquier adquirente, a título oneroso, de una transmisión parcial del dominio, el derecho de usufructo, por ejemplo—naturalmente, de acuerdo con el número 2 del artículo 107 de la ley Hipotecaria, ya citado—, resulta protegido en cuanto alcance la fuerza real y protectora de su derecho; si bien no dejo de reconocer que la voluntad legal es sumamente oscura en este aspecto, y hay razones evidentemente poderosas para la tesis contraria.

En cuanto a la segunda cuestión, o sea la referente al tercero que resulta protegido por el ordenamiento jurídico que comentamos, vemos que, dados los términos en que se expresa la norma, en su artículo 1.<sup>º</sup> *in fine*, ya no es aquél el que parecía, al considerar aisladamente el principio del artículo. Si para que esté protegido es necesario que haya adquirido su derecho a título oneroso, ha de haber inscrito su derecho, ha de haber obtenido su situación registral de quien en el Registro aparecía con tal capacidad (1)—y ha de tener buena fe—, siquiera en cuanto a este último requisito haya mucho que comentar también en esta ley, dada la redacción de su artículo 4.<sup>º</sup>—y salvas las excepciones a que este mismo artículo 4.<sup>º</sup> se refiere—, resulta evidente y claro que el titular a quien la ley protege es al que la doctrina llama tercero en sentido técnico, es decir, el verdadero tercero hipotecario, lo cual quiere decir, *a contrario sensu*, que el perjudicado es el que no ha inscrito, es decir, el tercero “vulgar”, el tercero meramente civil, el del artículo 27, ya citado, del Código Hipotecario. Las conclusiones a que antes habíamos llegado se cambian, pues, por completo, y la solución, que a primera vista parecía acertada, y a cuyo favor parecía militaban numerosas y acertadas razones, no es la legal. Sólo quien ha inscrito en las condiciones ya dichas podrá reclamar, con eficacia real (2) los intereses de la hipoteca comprendidos entre el 18 de julio de 1936 y el 16 de mayo de 1941, aparte de los que regula el artículo 114 de la ley Hipotecaria. Cualquier otro titular solamente podrá hacer efectivos los intereses que este artículo 114—en rela-

(1) Ya decimos en el texto que salvo las excepciones del artículo 4.<sup>º</sup> Pero de esto hablaremos más adelante. V. pág. 105.

(2) Claro es que siempre quedará a salvo la acción personal correspondiente para solicitar el pago de tales intereses, cuando ya la acción real de la hipoteca no sea exigible. V. en este sentido sentencia de 26 de septiembre de 1935; pero esta es cuestión distinta de la que nos ocupa.

ción con el 115—menciona desde el momento que ese tercero, que hemos señalado, surja a la vida registral.

Todo esto como regla general. Pero el artículo 4.<sup>º</sup> del texto que comentamos consagra una excepción que es necesario también examinar, no solamente por el gran interés que en sí alberga, sino por las graves consecuencias que entraña para quien se encuentre en los supuestos que contempla.

De lo en él dispuesto se deduce que, aun cuando exista en el Registro la inscripción en sentido estricto de que habla el artículo 1.<sup>º</sup>, sin embargo, el acreedor hipotecario puede acogerse a los beneficios de este mismo artículo 1.<sup>º</sup>, "si probare que la inscripción posterior tiene su causa en un acto o contrato celebrado con el propósito de estorbarle la efectividad de los intereses de su crédito no garantizados por el artículo 114 de la ley Hipotecaria...".

Múltiples cuestiones origina este artículo 4.<sup>º</sup>:

Primera. ¿Qué naturaleza jurídica tiene la acción dirigida a la prueba de que habla el artículo? ¿Se trata de una acción en fraude de su derecho como acreedor, basada en el artículo 1.111 del Código civil y que ha de atenerse, en cuanto a su regulación, tramitación y condiciones, a las reglas consagradas, tanto en este artículo 1.111 como en los 1.290 y siguientes del mismo Cuerpo legal, en relación con los 36, 37 y 38 de la ley Hipotecaria? Así parece. La índole de los diversos supuestos en que tal situación puede darse y la redacción del texto legal parecen abonar tal creencia, pues la similitud del fraude de acreedores y las condiciones necesarias para que éste exista y la situación que contempla dicho artículo 4.<sup>º</sup>, es evidente crédito a favor del actor, acto o contrato posterior celebrado por el deudor beneficioso para un tercero, proporcionándole una ventaja patrimonial, con cuyo acto o contrato resulte perjudicado el acreedor, y que tenga el carácter de fraudulento, y complicidad del tercer adquirente, caso de que haya adquirido a título oneroso (1).

Segunda. Que siendo esto así y trasladándonos al ámbito estrictamente hipotecario, introduce esta ley un elemento ético, cual es la buena fe (2), como elemento e ingrediente esencial para la protección

(1) Es ésta la orientación constante de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, y por ello aquí sólo citaremos dos sentencias recientes en tal sentido: la de 14 de enero de 1935, que dictó la Sala primera bajo la ponencia del Sr. Elola, y la de 12 de enero de 1940, bajo la ponencia de D. José Castán.

(2) El concepto de la buena fe—que resulta de la combinación de los artícu-

de este tercero; hasta tal punto, que su ausencia—sea porque realmente exista o porque la ley lo presume así—da lugar a la no protección por el ordenamiento jurídico. Con ello se consagra en el ámbito legal aquel elemento de buena fe, que aun implícito en la ley Hipotecaria y que la Exposición de Motivos de 1861 menciona frecuentemente, no estaba de modo explícito exigida por la ley, siendo nuestro Tribunal Supremo quien la elevó al rango de requisito *sine qua non* para ser protegido por el ordenamiento legal hipotecario. He aquí, pues, por qué no basta haber adquirido a título oneroso de quien en el Registro aparece con capacidad suficiente para transmitir e inscribir tal adquisición, para que se esté protegido, frente a tercero perjudicado, sino que es preciso algo más: la “buena fe” entendida ésta en el sentido que la ley quiera entenderla, si bien ésta sigue el camino negativo para su definición, es decir, de definir no la buena fe, sino la mala, para que sea necesario introducir el argumento *a contrario sensu*, a fin de averiguar en qué consiste la buena. Y así dice que existe mala fe cuando se demuestre que con su inscripción pretendió el titular que inscribe “estorbarle al acreedor hipotecario la efectividad de los intereses de su crédito no garantizados por el artículo 114 de la ley Hipotecaria”. La expresión “estorbarle”, probablemente no sea un modelo de pureza, jurídicamente considerada; pero la intención legal es bien clara, a mi entender. Tras el término “estorbarle” quiere decir la norma que el titular inscrito pretenda con su inscripción burlar, defraudar, los derechos que el artículo 1.<sup>º</sup> otorga al acreedor hipotecario. Y he aquí también por qué sostengo que este supuesto es un caso evidente de acción de rescisión por fraude, que tiene como singular carácter el que no sólo perjudica en caso de transmisión a título gratuito, sino en caso de transmisión a título oneroso, lo cual tiene importancia, entre otras cosas, por el carácter subsidiario anejo a la acción revocatoria, dada su naturaleza rescisoria (art. 1.294 del Código civil).

Y una última cuestión para hacer ya punto final en este elemental comentario. El párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 4.<sup>º</sup> ya citado sienta como presunción *iuris tantum* que cuando la transmisión inscrita haya sido causada en el período de dominación roja y los dos meses subsiguientes

los 1.950, 1.951 y 433 del Código civil—presenta dos aspectos: ignorancia del vicio adherido al título o modo de adquirir; creencia de que el transmitente puede verificar con validez tal transmisión.

—por lo tanto esta fecha tope variará en cada provincia española, según la fecha en que haya sido ocupada por las tropas nacionales—, el acreedor hipotecario queda exento de la prueba del propósito de “estorbarle” de que habla el párrafo 1.º, pasando tal *onus probandi*, en este supuesto, al titular de la adquisición (1).

Con ello se crea, a nuestro juicio, un privilegio sin fundamento racional alguno en favor del acreedor hipotecario, y con franqueza debo decir que no veo razón de índole jurídica que abone tal medida legal. El solo hecho de haber vivido—en la mayoría de los casos por causas absolutamente ajenas a la voluntad del perjudicado—en zona no nacional durante cierto tiempo, no debió nunca ser motivo de tal verdadero castigo legal. Resulta que el titular que desde el 18 de julio de 1936 haya residido en Valladolid o Burgos, por ejemplo, no tiene por qué probar tal propósito fraudulento, y hasta tiene a su favor la presunción de que no lo persiguió con su transmisión; mientras que el que, por vivir durante toda su vida en Madrid o Barcelona, se encuentre en el caso previsto por dicho artículo 4.º, párrafo 2.º, tiene *a priori*, mientras no demuestre lo contrario, la presunción de que si de su inscripción posterior resulta que el acreedor hipotecario no puede hacer efectivos los intereses extraordinarios que esta ley le concede, lo hizo con tal propósito de “estorbo”. Y esta demostración en contrario, en la mayor parte de los casos, será difícilísima de hacer. Si el *consilium fraudis* es por su índole esencialmente psicológica e interna, de siempre muy difícil prueba—y precisamente por ello el Código civil sienta en su artículo 1.297 presunciones para ello—, este *consilium fraudis* de nuestro caso ha de ser forzosamente de más difícil prueba aún en tal supuesto, ya que no sólo ha de demostrarse, sin duda alguna, la falta de él, sino además el no haber pretendido hacerlo nunca.

Aunque bien es verdad que en el plano de la realidad de los hechos, contadísimos serán los casos en que los beneficios de la ley se traduzcan en algo positivo, porque, repito, que el propósito de “estorbo” legal será de muy difícil prueba, sobre todo al no establecerse presunción alguna—fuerá, naturalmente, de la que acabamos de citar—que oriente al Juez en el litigio que eventualmente se plantee, para saber cuándo ha de estimar que existe tal propósito y cuándo no. A tan original conclusión es a la que se llega después de bien examina-

(1) Una razón más para afirmar el carácter excepcional, y sobre todo transitorio, de esta ley.

dos los artículos 4.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> de la ley de 5 de mayo de 1941. Basta, pues, que surja un tercero hipotecario propiamente dicho para que, salvo la dificultad que tendrá que vencer si ha residido en zona no nacional y ha sido causada su inscripción durante tal dominio marxista, su inscripción sea, *en la inmensa mayoría de los casos*, jurídicamente inatacable, y los intereses del crédito hipotecario anterior protegidos sean solamente los "normales" de los artículos 114 y 115 de la ley Hipotecaria, y de ninguna manera los "extraordinarios" que la ley especial quiere garantizar. Léanse, repito, los artículos 4.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> de ésta; medítese bien sobre su contenido y se llegará a la conclusión que acabamos de mencionar.

Y para tan poca cosa práctica siempre quedará la duda de si era necesario todo un intento legislativo y tantas sutilezas como la ley que comentamos en sí encierra, y sobre todo, si ésta no habrá venido más que a aclarar el problema de la regulación de los intereses devengados por los créditos hipotecarios, ya de por sí tan oscuro, a entenebrerlo más aún y a sembrar un verdadero semillero de litigios, con la añadura de no dar, en la mayoría de los casos, norma orientadora clara para resolverlos al órgano jurisdiccional encargado de dicha misión.

ENRIQUE DEL VALLE FUENTES.

Abogado.