

La propiedad inmueble en Marruecos como base posible de crédito territorial

III

Las Jurisdicciones en materia inmobiliaria y la propiedad no inscrita como instrumento de crédito.—La propiedad inscrita en Tánger y en la zona francesa marroquí.

Al establecerse los protectorados en 1912, comienza la difícil labor de dar una organización jurídica sistemática al complicado e inconexo derecho inmobiliario marroquí.

La desconfianza en la justicia indígena o la privilegiada situación de las naciones protectoras establecieron Tribunales europeos al lado de la justicia tradicional, coexistiendo desde entonces las dos jurisdicciones con competencia definida y distinta.

Menard reconoce que la competencia de los Tribunales europeos en materia inmobiliaria es esencialmente excepcional y derogatoria "del principio reconocido en los tratados", que la establecen exclusiva a favor del "Xhaara" (derecho musulmán del rito malequita).

Pero este privilegio que, según los tratados, reservaba toda la jurisdicción en materia inmobiliaria al Tribunal religioso del Cadí, fué vulnerado al organizar los Tribunales de Justicia de los protectorados, atribuyéndose a la competencia de éstos los casos en que los litigantes fuesen exclusivamente europeos y cuando se tratase de *inmuebles inscritos en el Registro o en trámite de inscripción*.

De esta manera, la inscripción excluye de la competencia del Cadí todos los litigios en que se traten cuestiones sobre la transmisión de la propiedad o que versen sobre la constitución, transmisión, desmembración o recuperación de un derecho real inmobiliario.

La naturaleza de las acciones al ejercitar un derecho judicialmente tiene por ello gran importancia en orden a la competencia.

Menard—siguiendo a Aubry y Raú—recomienda valerse sólo de la distinción de acciones en mobiliarias e inmobiliarias ante los Tribunales de Marruecos y abandonar la división latina del bajo imperio de reales, personales y mixtas, que si puede tener amparo en los derechos francés, alemán y español, no está mencionada, en cuanto a las mixtas, en el Código revisado de Bélgica y está desconocida en la ley austriaca, danesa y portuguesa. Y sólo con significación distinta, aceptada en el derecho inglés.

La norma de competencia en materia inmobiliaria favorable en su tendencia a los Tribunales europeos—a pesar de que los tratados la reservaban a la jurisdicción del Cadí—ha sido superada en un sentido aún más favorable a éstos por el juego interpretativo de las llamadas acciones mixtas posesorias, que fueron absorbidas por los Tribunales europeos a virtud de decisiones jurisprudenciales de los mismos.

En la zona española, el dahir de 4 de octubre de 1930 consagra esta situación al determinar en su artículo 25 la competencia de los Tribunales españoles: cuando sean partes españoles, extranjeros o protegidos de España o de otra potencia extranjera, cuando esté la finca inscrita en el Registro de inmuebles, *cualquiera que sea la nacionalidad de los litigantes*; siempre que se litigue sobre los límites de dos fincas o sobre servidumbres y una de las fincas esté *inscrita*; cuando se ejerçiten acciones posesorias, incluso las interdictales, sobre fincas no inscritas en el Registro, siempre que una de las partes esté sometida a la jurisdicción de los Tribunales españoles; en pleitos sobre dominio público y en los casos que especialmente se determinen.

Además de sustraer a la competencia del Cadí acciones de carácter tan real como las posesorias e interdictales, incluye en esta enumeración los pleitos sobre dominio público; cuya noción era muy confusa en el derecho musulmán, hasta el extremo que el Tribunal Mixto de Tánger sentenció que procedía el pago por la Administración de la zona, cuando anteriormente se había constituido propiedad sobre lo que en la actualidad era zona marítima de dominio público, basándose en que, conforme a derecho musulmán, la propiedad llega hasta donde alcanza las aguas en plena marca.

Y, por último, se reserva la determinación de otros casos a leyes posteriores. Brecha abierta y constante precipicio de ruina en el fuerte

y milenario muro del derecho tradicional, ya antes horadado por varios portillos.

* * *

Añadamos a este esbozo sobre la competencia en materia inmobiliaria que la jurisdicción se rige por el emplazamiento del predio, atribuyéndose ésta al Cadí de la circunscripción en que radica aquél.

Esta regla es continuación de la que venía rigiendo en Marruecos en el momento de establecerse los protectorados, pero indudablemente contraria a los principios de la costumbre orgánica del antiguo Mó-greb (1).

El Cadí aplica en caso de litigio el derecho tradicional del rito malequita e interviene conforme a él en los actos constitutivos de la propiedad inmobiliaria y en la de los derechos reales a ella referentes.

Conforme a estas normas tradicionales, el legítimo propietario de un inmueble puede utilizar éste como base de crédito, dándolo como garantía por medio de los contratos de *Rhania* y de *Tsenia* o *Sunia*.

En el contrato de *Rhania* se garantiza el crédito por la transferencia temporal de la posesión, afectando la propiedad al cumplimiento de la obligación, y son requisitos esenciales del mismo, además, que las partes tengan la libre disposición de sus bienes, sean dueños de los mismos y tengan capacidad para enajenarlos.

La escuela malequita (2) admitió que la transferencia de la cosa al poder del acreedor no era necesaria para la formación del contrato de *Rhania*, que quedaba perfeccionado por simple convención de las partes: esta solución le quita el carácter de contrato real y el ejercicio de las acciones que del mismo se deriven ha de hacerse ante el Tribunal europeo, si alguna de las partes no fuera indígena.

Son preceptos tradicionales referentes a la *Rhania*, que su validez

(1) Parece cierto que en Granada existían Cadíes especiales para entender en litigios referentes a la propiedad, y que la regla determinante de su competencia era la del domicilio del demandante. Consta que Isa Ben Dinar fué consultado sobre el caso de un individuo de Córdoba que tenía una casa en Jaén, al que promovió pleito uno de esta ciudad, pretendiendo que en la misma se sustanciara el litigio, contestando el consultado, conforme a la doctrina de Ibnu Alkasim, que debía hacerse en Córdoba.

(2) El rito o escuela—dogma o derecho—malequita, fundado por Maik Ibn Anas, fué introducido en España en tiempo de Abderramán I, y alcanzó su apogeo con Averroés. De ella nació la escuela marroquí de Fez. Una y otra se distinguen por haber implantado como fuente jurídica el "amal", que busca la solución jurídica de las cuestiones en función del interés general. (Ver Sourdon.)

está subordinada a la existencia de una obligación constituida válidamente con anterioridad; consentida entre partes capaces de obligarse y propietaria del fundo la deudora o la persona que lo dé en garantía. En todo caso, sólo puede hacerse sobre aquellos bienes que sean enajenables sin impedimento legal:

Se admite también la garantía condicionada y la superposición de garantía para otra nueva obligación constituida entre las mismas partes o con otro acreedor, si consiente el primero (1).

Durante el tiempo que dure la garantía el bien afectado debe ser conservado cuidadosamente, y en caso de que al término de la obligación la deuda no se hiciera efectiva, tiene el deudor que vender aquél, siendo la deuda garantizada preferente respecto del precio obtenido.

En el caso de que el deudor no proceda a la venta, el acreedor puede requerirla por vía de justicia.

También puede haberse acordado con anterioridad autorizar a una persona distinta de los contratantes para que al término natural de la obligación requiera de pago a la parte deudora, y en caso de no hacerlo, proceda sin más autorización a la venta del bien afectado, y con el precio pague al acreedor.

Este contrato de *Rhania* ha sido frecuentemente utilizado, sobre todo por las Sociedades de crédito, Bancos, etc., y con él han encontrado disponibilidades los particulares para obras colonizadoras. Generalmente se doblaba esta operación de garantía con una demanda de inscripción en el Registro Inmobiliario. Llegado el momento, se cambiaba la *Rhania* por una hipoteca.

Los Tribunales europeos de zona francesa y el Tribunal Mixto Internacional de Tánger han dictado numerosas sentencias consagrando el contrato de *Rhania* y los principios por que se rige, reconociendo el principio o carácter de la consensualidad del mismo, y, derivado de ésta, su competencia en caso de litigio.

En la zona española no se ha utilizado, o, por lo menos, no ha dado lugar a ninguna cuestión litigiosa. Por tanto, no existe juris-

(1) Kalil, Ebn Acem, Ib Qasim Al-Cazi y el artículo 701º del Código civil otomano llamado "la Medjellat", Mohamed el Bachir, Ettuati, Nawawi, Charani, citados detalladamente en el anteproyecto de Código que, por encargo de la Comisión de Codificación del Derecho musulmán argelino, redactó Marcel Morand, Decano de la Facultad de Derecho de Argel, en 1905. Tan brillante fué su éxito, que comenzó a aplicarse por los Cadiés por propia iniciativa.

prudencia alguna de nuestros Tribunales sobre esta institución de garantía, tradicional en el derecho musulmán.

* * *

Por el contrato de *Tsenia* o *Sunia*, "la cosa vendida vuelve al vendedor en cuanto éste ofrece el precio", dice Ebn Acem.

Este contrato no era admitido al principio por los juristas musulmanes, pero después fué aceptado, aplicándole supletoriamente los preceptos de la *Rhania*.

Se diferencia profundamente de nuestro contrato de retroventa, ya que en la *Tsenia* el término del plazo no consolida la venta, sino que atribuye simplemente al acreedor el derecho de vender la cosa previo permiso del deudor, o del Juez en su caso.

Este contrato, en Marruecos, tiene escasa importancia (1).

* * *

A pesar de que la situación jurídica de los inmuebles ha mejorado en Marruecos, la realidad nos enseña que no está muy lejos de la verdad Berge cuando afirma que "a priori" la propiedad inmueble en Marruecos es hipotética por presunción de inseguridad casi absoluta:

Las *mulkias*, de que hablamos en nuestro primer artículo, son imprecisas; los límites se señalan vaga e indeterminadamente; es rarísimo que mencionen la cabida, y con facilidad esta documentación es aplicable a cualquier finca.

Estos defectos estimularon la mala fe de los especuladores de terrenos; se compraban éstos y se vendían febrilmente; a veces, el comprar y el vender era lo importante, y la existencia de la finca lo accesorio y accidental; parecía reproducirse el caso de la novela de Eça de Queiroz en que el protagonista, a quien se insta a tomar unas acciones de unas minas de esmeraldas, inquierte si hay esmeraldas; y el financiero que propone la operación, desdenoso ante la incompetencia e incomprendión que revela una pregunta tan ingenua, le contesta, un poco irritado, que lo interesante es si hay o no accionistas, en el caso de Marruecos, compradores.

(1) A pesar de ello, está recogido en los artículos 678 y siguientes del anteproyecto de Código musulmán argelino, ya citado, y en los 395 y siguientes de la Mellat.

Hemos de reconocer que el fraude es realmente fácil: el europeo llega a Marruecos empapado en las ideas y en la terminología jurídica de su país; se encuentra con una *mulkia*, que le dicen es el título de propiedad, extendida por dos *adulés*, que le afirman son notarios, y, claro es, no sospecha que lo que tiene entre las manos es un simple testimonio posesorio.

Toda precaución es poca para adquirir una propiedad inmueble en Marruecos, de las no inscritas en el Registro de la Propiedad, así como para con su garantía realizar una operación crediticia.

Este desorden y falta de garantía tiene análogo volumen en los demás países regidos por el derecho tradicional islámico. Para dar idea de ello, citaremos que la llamada Comisión de Capitulaciones o Comisión Dowson, que en 1918-1920, con el fin de preparar la organización del Registro en Egipto, quiso establecer un fichero de los actos traslativos de propiedad, que se evaluaban, desde 1876 a 1917, en tres millones y medio, al intentar aprovechar estas fichas en dos localidades tomadas al azar, llamadas Kom-el-Ahmar y Abu-el-Gheit, se comprobó que en el 22 por 100 de los actos no había posibilidad de saber ni en qué distrito estaban situados los bienes, y en el 37 por 100, si bien se podía fijar aquél, no había manera de identificar la finca. Hubo que abandonar la idea de este Registro.

* * *

Fué la penetración europea la que, al valorizar el terreno, hizo sentir la necesidad de un estado jurídico, sólo posible mediante el establecimiento del Registro de la Propiedad.

Lo aconsejaban, como en todas partes, los motivos fundamentales de seguridad, claridad y garantía que lo justifican.

Y, además, que en Marruecos, recién ocupado, reinaba la mayor anarquía administrativa; la inmoralidad en Bajaez y Cadíes era la norma admitida y explotada; las concesiones soberanas de terrenos tenían, para ser válidas, que renovarse a la muerte del Sultán concesionario; la pena de confiscación total de bienes era corriente. Y la posesión efectiva, la razón preponderante en el derecho de propiedad.

Añadamos a esto la indeterminación del nombre y estado civil de los marroquíes, que jamás se cuidaron de fijarlo y hacerlo constar de manera auténtica.

Y, por último, no olvidemos que habían de transcribirse en lengua europea actos redactados en árabe, idioma en que hay letras que, según la colocación del punto diacrítico, suenan de tres maneras diferentes, y en el que las únicas tres vocales existentes no se intercalan entre las consonantes como en nuestros escritos, sino que se representan por medio de guiones o comas colocados encima o debajo del consonante, y que con frecuencia se olvidan—como olvidamos nosotros los acentos y los demás signos ortográficos—, haciendo variar por completo el significado de la palabra.

Los intérpretes tienen que tener condiciones de cultura extraordinaria para no inducir a error.

* * *

En todas las zonas de Marruecos los protectorados aportaron un sistema de Registro Inmobiliario, basado en el aplicado por primera vez en Australia del Sur en 1858 por iniciativa de sir Robert Torrens, pero cuyo antecedente más próximo se encuentra en el sistema adoptado por Túnez, que si participa de aquél, también tiene estrechos contactos con el sistema alemán.

Como punto obligado de partida en todas sus inscripciones, se impone una publicidad y un procedimiento de investigación que limpia de manera auténtica la finca inscrita de todo derecho real que no se haya revelado en el curso del procedimiento por la vía legal de la oposición, evitándose la continuación del estado impreciso e hipotético de todo derecho de propiedad en Marruecos; además de someter todas las cuestiones litigiosas sobre esta propiedad así inscrita al conocimiento de los Tribunales europeos.

Esto es lo esencial del sistema. Como la inscripción en el Registro tiene que convertirse en un asiento con fuerza probatoria absoluta de que los derechos reales que no figuren en él no existen, es necesario rodear esta primera inscripción de medios de publicidad que garanticen el conocimiento de las operaciones previas a todos los posibles interesados; de medios técnicos que aseguren la exacta determinación de los límites de la finca en forma que el plano de ella sea incontrovertible y hecho con tal precisión que evite el que una finca pueda figurar cabalgando sobre otra. Y, por último, hecha esta inscripción con tal competencia jurídica que la discriminación de los derechos reales que deben

figurar en ella suponga tan gran respeto de los derechos existentes que sólo por excepción necesiten la resolución judicial.

En Marruecos, como en todos los sistemas de Registro Inmobiliario de este género, los actos traslativos de derechos reales no tienen efecto, ni aun entre las partes, más que por la inscripción en el Registro.

Es la inscripción la que opera la transferencia o la constitución del derecho real.

* * *

La legislación de la zona francesa y la de Tánger llenan estas exigencias (1); el artículo 1.^o del Código del Registro de esta última dice: "La inscripción tiene por objeto colocar al inmueble que ha sido sometido a la misma bajo el régimen del presente Código, sin que ulteriormente pueda ser sustraído a dicho régimen", y añade el artículo 2.^o: "La inscripción dará origen al establecimiento de un título de propiedad inscrito sobre un Registro de propiedad inmueble y anulará todos los títulos y liberará a las propiedades de todos los derechos anteriores que no resulten mencionados en dicha inscripción"; y en el capítulo III del título I consagra estos principios al determinar los efectos de la inscripción.

Los artículos 1.^o y 2.^o del dahir de 12 de agosto de 1913 que es el que rige fundamentalmente esta materia en zona francesa son idénticos a los transcritos.

Cuando se trata de la primera inscripción, cuya importancia y dificultad hemos hecho notar, el procedimiento a seguir en esas dos zonas de Marruecos es semejante: vamos a indicarlo sucintamente.

Recibida por el Registrador la demanda de inscripción, con los documentos en que se apoye, se publica en el *Boletín Oficial*, se comunica a las autoridades locales, se fija en los tablones de anuncios y sobre el propio inmueble interesado y se pregoná en zocos y mercados, indicando la fecha de la delimitación.

A este acto tiene que convocarse personalmente por el Registrador al requirente, los propietarios limítrofes y los beneficiarios de derechos reales sobre la finca que se trata de inscribir.

Del deslinde, en él que se colocarán hitos señalando no sólo la

(1) Téngase en cuenta que este artículo se escribe en momento en que está decretada la adhesión de la Zona de Tánger a la española, sin conocerse aún el definitivo régimen legislativo.

finca, sino las reclamaciones parciales que entonces se formulen (1), se levanta acta detallada, avisándose por medio del *Boletín Oficial* el plazo durante el cual todo interesado puede formular reclamaciones y oponerse a la inscripción. Estas oposiciones se reciben no sólo en el Registro, sino en varias oficinas públicas.

Caso de no haberse formulado oposición o de que el Registrador consiguiera una conciliación entre los oponentes, y a juicio del mismo se estime justificado el derecho de propiedad, se extiende la inscripción y, se entrega el título. En la zona francesa, esta entrega se hace sin ningún otro trámite (2); en la de Tánger existe la modalidad de que se verifica solamente con carácter provisional, transmitiéndose lo actuado al Tribunal, que lo devuelve al cabo de un mes, si durante el mismo no se han formulado oposiciones, procediendo entonces el Registrador a adoptar la resolución definitiva.

En caso de oposición en la zona francesa resolverá el Tribunal que reenvía a las partes ante el Registrador, "único competente para admitir o rechazar parcial o totalmente las demandas de inscripción". Contra la decisión del Registrador se puede recurrir ante el Juez. La sentencia de éste es apelable.

En la zona de Tánger, el Registrador, después de estudiar las oposiciones, resuelve sobre ellas, bien denegando la inscripción o bien estableciendo un título provisional, que remite inmediatamente a la Secretaría del Tribunal, donde deben los oponentes formalizar su oposición. Aquél resuelve después de tomar las medidas de instrucción o información que estime útiles, y devuelve las actuaciones, con testimonio de la sentencia, al Registrador, que procederá conforme haya lugar, y expedirá el título definitivo, si así lo hubiese acordado el Tribunal.

Hecha la inscripción y extendido el título, el inmueble está inmatriculado. El título original lo constituye la inscripción que figura en los libros del Registro, y el propietario tiene, con exclusión de todo otro, derecho a una copia auténtica del mismo. Los beneficiarios de derechos reales sólo pueden obtener un certificado especial.

El título es inatacable. Sobre los bienes inmatriculados la prescripción

(1) Una instrucción de la Residencia de Rabat de 25 de abril de 1919 instituye una Comisión para facilitar ésta por la vía de la conciliación o del arbitraje.

(2) Los artículos 56 y 55 imponen esta obligación en las segundas y sucesivas inscripciones.

ción no corre ni produce efectos, ni puede haber posesión útil. Nada de lo que esté fuera del título existe respecto a tercero, sino desde el día y por el hecho de su inscripción. Aún más: en la zona francesa "los actos voluntarios y las convenciones que tiendan a constituir, transmitir, declarar, modificar o extinguir un derecho real, no producen efectos ni aun entre las partes, más que desde el momento de la inscripción, sin perjuicio de las acciones recíprocas de estas partes por la inejecución de sus convenciones".

Depaulo y Menard hacen constar que, conforme a estos preceptos, el derecho real hasta que no esté inscrito carece de este carácter, y el tercero está al abrigo de toda reivindicación, resolución o evicción, pues la inscripción no sólo da existencia al derecho, sino que le confiere un rango, ya que el orden de preferencia se determina por el de la prelación en la misma.

En la zona de Tánger los preceptos son casi idénticos, si bien omiten el que antes queda transscrito.

La inmatriculación, además de liberar a la finca de todo derecho anterior, no consignado en el título, y de cambiar la jurisdicción a que los litigios sobre estos bienes venían sometidos, cambia también de manera absoluta y permanente la ley que en lo sucesivo regirá la finca inscrita, sustrayéndola a la legislación tradicional y colocándola bajo el imperio de la especial registral que en la zona francesa está contenida en los dahires de 2 de junio de 1915 y 27 de marzo de 1923. En la de Tánger, en el reglamento de 20 de mayo de 1926.

Esta legislación contiene reglas de derecho sustractivo derivadas del europeo, si bien conserva algunas formas de derechos reales musulmanes, como la *guelza*, *zina* y otros.

Todo este mecanismo, que tiende, como hemos visto, a dar un estado civil a cada finca inscrita, sacrifica a la garantía jurídica los derechos antes existentes, dejándolos indefensos ante el tabú del título. Pero la ley previene una responsabilidad del Registrador y una garantía subsidiaria del Estado en los casos en que por dolo o negligencia grave de este funcionario se hubiesen lesionado derechos al inscribir una propiedad; el perjudicado no puede atacar la inscripción, sino entablar una petición de indemnización de daños y perjuicios. Para atender a estos gastos y riesgos de la garantía, se instituye un fondo, nutrido con un descuento sobre el importe de los derechos que correspondan al Registro de la Propiedad.

Dejamos para un último artículo el estudio del régimen inmobiliario registral de la zona española y la situación jurídica en la misma de la propiedad inmueble, que, obedeciendo a principios aparentemente iguales, es, sin embargo, mucho más incompleta, más imperfecta y más confusa que la que está en vigor en el resto del territorio de Marruecos.

R. V. FRANQUEIRA

Abogado del Estado