

# Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho hipotecario español <sup>(1)</sup>

Los números segundo y tercero del artículo 42 de la ley, aun teniendo una configuración registral común, responden a supuestos de distinta naturaleza procesal. El número 3.º se refiere a los procedimientos de ejecución de las sentencias firmes, y el número 2.º —aciarado por el art. 103 del Reglamento—se extiende a todo supuesto de embargo anterior a la terminación del proceso. Aquél, por tanto, pertenece a los comienzos del proceso de ejecución; éste, en cambio, se halla pendiente, aún, de la fase de cognición—plena o sumaria—del juicio. Hay, por tanto, entre ellas una diferencia igual a la que deste este punto de vista existía ya entre las dos figuras de prenda judicial que conocía el derecho romano.

Con una visión algo amplia podría decirse que ambas figuras (como las demás de los cinco primeros números del artículo en cuestión) responden al concepto de las medidas cautelares. Porque hasta en el número 3—ejecución de sentencias—la anotación protege la ejecución mediante los beneficios derivados de la publicidad positiva. Pero si el concepto de medidas cautelares debe ser interpretado técnicamente en su sentido procesal de precauciones anteriores al término de la fase de cognición, conviene excluir de él este número para dejarlo limitado solamente a los números primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 42 (L. H.).

Las medidas cautelares son ciertas garantías que durante el curso de un proceso se toman a fin de asegurar la ejecución de la sentencia posible. Son anteriores a toda declaración o condena respecto al interés o bien que se protege. Y mera consecuencia de la necesaria duración del proceso y de la protección del interés demandado (o que se piensa demandar). Implican, por tanto, la consideración de un temor o peligro a cuya posibilidad se anticipan.

El número segundo del artículo citado (completado por el artículo 103 del Reglamento) pertenece a esta categoría. Dentro de

(1) Véanse los números 99 y 100 de esta Revista.

los casos que en él se incluyen, encontramos : primero, la medida de seguridad en su forma pura, como una mera actuación judicial en el curso del proceso de cognición ; ejemplo : por rebeldía del demandado (artículos 762 y 764 Enj. civ.), y como una de las medidas posibles en la hipótesis del artículo 1.428 Enj. civ. (1); segundo, dando origen a un verdadero proceso preliminar al de cognición o incidental del mismo ; ejemplo : embargo preventivo (artículo 1.397 ss. Enj. civ.) e incidente de embargo preventivo (artículo 1.412 Enj. civ.). El proceso cautelar originado en este caso es un verdadero proceso de cognición cuya característica está dada por la finalidad limitada a la obtención de la medida de seguridad : y es de conocimiento sumario—por su carácter urgente y provisional—limitándose a la declaración de los supuestos a que la ley refiere la obtención de la medida cautelar (2).

No obstante lo dicho antes sobre el carácter procesal de las medidas del número segundo del citado artículo 42, conviene exceptuar algún caso que, cayendo dentro del ámbito de éste, se escape del concepto de medida cautelar para referirse a uno distinto : al de ejecución en base a una declaración incompleta. Así en el juicio ejecutivo y en el apremio en negocios de comercio. Aquí, aunque la ejecución se inicie antes del período de conocimiento sumario, no se trata, en verdad, de una pura medida de seguridad (3), sino del comienzo de la ejecución, de la obpignoración, de los bienes en que la fase de conocimiento limitado, sumario, aparece insertada entre dos momentos de la ejecución : la obpignoración y la venta y pago. Por ello, en su estructura procesal, estos dos supuestos del número segundo, y todos los del número tercero del artículo 42 de la ley, se escapan al concepto de medi-

(1) «Cuando se presente en juicio algún documento de los comprendidos en los tres primeros números del artículo siguiente (escritura pública, documento privado reconocido en juicio o confesión judicial), en donde aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.»

(2) V. Canelutti, *Lezioni di Dir. proces. civ.*, tomo 2.º, pág. 98 y sigs.

(3) Aunque pudiera hacerse el mismo argumento que en el número 3.º.

das cautelares, que es aplicable, en cambio, a todos los demás casos de anotaciones judiciales.

La medida cautelar (anotación) no debe ser concebida como una facultad accesoria del derecho litigioso, porque la existencia de éste no es aún cierta—pudiendo incluso ser rechazada—, y, sin embargo, puede existir aquélla. Por ello Chiovenda la estudia como una forma de acción autónoma, acción aseguradora, aunque dependiendo, finalmente, del reconocimiento del bien que garantiza. «La medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la *actuación* de otra su- puesta voluntad de ley; si después esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada como medida provisional se manifiesta como una voluntad *que no habría debido existir*. La acción aseguradora es, pues, por sí misma, una *acción provisional*: esto implica que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que, en caso de revocación o desistimiento, sea responsable de los daños causados por la resolución» (1). Son una mera aplicación de este principio los artículos 102 Reglamento Hip., 1.412 y 1.428 Enjuiciamiento civil.

El número 3 del artículo 42 presenta todavía otra característica frente a las demás anotaciones judiciales, con excepción de la de prohibición de enajenar. Es la de la certeza del gravamen. En las restantes anotaciones de este grupo encontramos, término general, una medida cautelar pendiente de una resolución judicial futura, y, por tanto, con existencia meramente posible, no cierta, mientras no se obtenga la sentencia favorable. Es decir, que la eficacia del asiento queda en el aire hasta la obtención de ésta, actuando hasta entonces como una mera amenaza. En la del número tercero (por ejecución de sentencia), en cambio, el gravamen es cierto desde su fecha, sin que su existencia dependa, en tal sentido, de elemento alguno ulterior. Al desarrollar la anotación de prohibición de enajenar—que participa de este carácter en cuanto a los efectos *actuales* de la prohibición—, volveremos a encontrar este concepto.

\* \* \*

Según el número 4.º del tantas veces citado artículo 42 de-

(1) Chiovenda, *Principios de Der proces. civil*, tomo 1.º, pág. 262, traducción española.

la Ley, podrá pedir también anotación preventiva «el que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles» (1).

Desde luego, conviene recordar que la referencia a su concesión en juicio ordinario carece totalmente de valor práctico. No sólo el artículo 105 del Reglamento la extiende a procedimientos distintos, sino que la jurisprudencia, en vista principalmente de varios textos procesales que la suponen, se ha visto forzada a ampliar su órbita. Hoy puede decirse que es posible, en virtud de cualquier proceso en que la ley la conceda, ya expresamente, ya mediante el arbitrio del Juez. Esta extensión que, superficialmente, parece contradecir nuestra afirmación de que las anotaciones, por ser medios excepcionales, son taxativas (2), está protegida por el carácter no autónomo del número 10 del artículo citado.

Si bien este punto aparece claro en los comentaristas, no sucede lo mismo, por el contrario, con la exigencia de que sea adoptada como consecuencia de la demanda del cumplimiento de cualquier obligación. Porque es demasiado frecuente en los autores, al exponer los actos judiciales que pueden originarla, incluir algunos supuestos en que, en modo alguno, puede hablarse de cumplimiento de obligación. Así el artículo 1.419 Enjuiciamiento civil sobre aseguramiento de bienes litigiosos (3), en el que existe un pleito sobre dominio que en modo alguno puede ser incluido en la figura que estudiamos. Este supuesto de litigio halla su protección registral en el número 1.º del artículo 42; pero el supuesto de intervención administrativa que plantea dicho proceso cautelar cae por completo fuera de la órbita del Registro, no sólo

(1) Al estudiar la anotación de secuestro prescindiremos de la otorgada a favor del Banco Hipotecario, que pertenece, en rigor, al número 10 del artículo 42 de la ley Hipotecaria. Aparte de que su naturaleza exige también un estudio especial.

(2) V. número de Marzo de esta Revista, pág. 198.

(3) V. Morell, tomo 3.º, pág. 55. Lo que arriba decimos puede aplicarse también a otros supuestos que se citan corrientemente, en que, o no se trata de obligaciones, o la hipótesis no interesa al Registro. La misma confusión aparece en ciertas Memorias de los Registradores (año 1922), según resulta de la lectura del resumen, inserto en el Anuario de la Dirección, año 1924, página 589 y sigs. Ambos errores coinciden en el secuestro en los juicios de

por el texto expreso del número 4.º, sino, además, por su misma naturaleza.

Según decíamos en nuestro anterior trabajo, esta anotación es, por su índole, la adecuada para el caso de demandarse el cumplimiento de alguna obligación de dar cosa determinada (inmueble). La obligación en sí es indiferente al registro. Pero si se quiere ejecutar la sentencia posible, asegurándose al actor su incierto derecho desde que con la demanda actuó por completo su voluntad de realizarlo (1), surge la necesidad de una especial medida aseguradora a ello destinada. En materia de registro inmobiliario ésta puede consistir, ya en la mera publicación registral del litigio, ya en una medida encaminada a evitar toda transmisión del bien debido. Con ello se actúa una ideal y provisoria aprehensión del inmueble en garantía de un cambio expectante de titular. La medida actúa «erga omnes» mientras existe: en cuanto que es eficaz frente a todos los que entren posteriormente en relaciones con el derecho afecto. La prelación del crédito estaría, no obstante, limitada por el art. 44 ley Hipotecaria. Y la naturaleza de la medida excluiría, por otra parte, según vimos, los efectos sustantivos derivados de la publicidad negativa.

Sin embargo, nuestra afirmación de su correspondencia a las obligaciones de dar cosa determinada debe ser restringida a la mera naturaleza teórica de la institución. Porque al recorrer el articulado de la ley de Enjuiciamiento civil, nos encontramos con un supuesto que cae fuera de lo antes dicho. Es el de los artículos 762 y 764, en que encontramos esta anotación en la forma siguiente: artículo 762, «desde el momento en que el demandado haya sido declarado en rebeldía... se decretará, si la parte contraria lo pidiere, la retención de sus bienes muebles y el embargo de los inmuebles, *en cuanto se estimen necesarios para asegurar lo que sea objeto del juicio*»; artículo 764, «el embargo de los inabintestato y testamentaria: el artículo 20 de la ley Hipotecaria y el 71 del Reglamento hipotecario son aquí las verdaderas garantías. La anotación pretendida es, en cambio, absurda, porque este secuestro es, para los inmuebles, administración; no tiene trascendencia *real*: no podría un heredero solo enajenar jurídicamente por falta de titularidad, sino todos conjuntamente. Y este supuesto último prueba la no trascendencia real de la medida de secuestro en este caso.

(1) V. anteriormente.

muebles se hará expidiendo mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad a que corresponda, para que ponga anotación preventiva sobre los bienes, *con prohibición absoluta de venderlos, gravarlos, ni obligarlos*». Si la palabra *embargo* se interpreta propiamente, tendremos una afectación del valor del bien anotado, y, por tanto, una responsabilidad cuantitativa, numérica, a la que acompaña la prohibición de enajenar. Si se interpreta ampliamente dicho término (y ésta es mi opinión), podrá abarcar por sí sola esta última medida cuando se pida el cumplimiento de una obligación de dar (1). Pero con cualquiera de las dos (2) siempre tendremos el hecho de la posibilidad de que se reúnan en una sola anotación dos de las figuras consideradas en el artículo 42 de la ley Hipotecaria. La del número 2.º, en cuanto el embargo asegura una cantidad; la del número 4.º, en cuanto prohíbe la enajenación del bien anotado.

Aunque los artículos citados de la ley de enjuiciar obliguen prácticamente a aceptar esta absurda e inútil construcción, nos vemos obligados a protestar contra tal duplicación de garantía. Por su naturaleza, las obligaciones de numerario exigen para su garantía un equivalente judicial de los «derechos al valor de una cosa», pero en modo alguno una prohibición de enajenar, que sólo le asegura la permanencia del responsable en su titularidad. Y en sus efectos, la duplicación de garantía es inútil, porque el embargo de por sí le protege suficientemente contra toda enajenación fraudulenta (artículo 71 de la ley Hipotecaria); y en punto a prelación creditual, la prohibición no añade nada, ya que también se halla sometida al antes expuesto artículo 44 de la ley (3).

Esta artificiosa regulación de los efectos registrales de la rebeldía, explicable solamente por razones históricas, debe ser, por tanto, totalmente repudiada doctrinalmente. En este como en otros pun-

(1) Es lo procedente en tal caso; además de embargo, anejos para los daños, etc.

(2) Con la primera, en todos los casos; con la segunda, en los de demanda de obligación de numerario, directa o derivada.

(3) La Res. 7-I-28 (en *Gaceta* 3 Febrero) intenta una interpretación equitativa de este caso. No obstante lo plausible del intento, hay que reconocer que está en franca contradicción con el derecho positivo.

tos el proceso en rebeldía debe ser construído con mejor lógica en la esperada reforma de la ley Procesal civil (1).

\* \* \*

En el número 4.º van comprendidas dos distintas especies de anotación: la de embargo y la de prohibición de enajenar. Ambas tienen de comunes toda una serie de características que resultan de lo ya expuesto: son medidas cautelares, anotaciones de carácter constitutivo, de prelación creditual limitada, de publicidad positiva, por obligaciones de dar cosa determinada, inmueble, etcétera, etc. Sin embargo, hay entre ellas alguna diferencia, que obliga a examinarlas separadamente.

La forma adecuada para asegurar la ejecución de un proceso que tienda a la realización de un crédito de dar cosa determinada es, indudablemente, crear una especie de afectación, ligamen o vínculo de la cosa en forma que la relación de su actual dueño con ella quede pendiente de la posible sentencia de condena. Esta sujeción de la cosa puede realizarse de varios modos. El primero y más sencillo es el de privar al dueño de la posesión; medida la más adecuada para las cosas muebles, ya que evita su desaparición, pero que por sí sola resulta insuficiente, ya que donde se admitan formas de tradición no reales, no asegura la eficacia del pago frente a los adquirentes posteriores.

La seguridad puede obtenerse también interviniendo en los negocios jurídicos de transmisión celebrados por el dueño, ya declarándolos nulos de pleno derecho, ya meramente rescindibles. Las dos construcciones son igualmente defendibles teóricamente. Pero las dos también presentan algunos inconvenientes prácticos. La primera, nulidad de pleno derecho de una enajenación realizada contra una expresa prohibición de enajenar la cosa litigiosa, protege certeramente el interés del actor; pero en cambio afecta innecesariamente el del demandado, en el caso de que la demanda sea infundada. La segunda, rescisión de un contrato válido, pero

(1) Aquí debo advertir que la elasticidad del artículo 1.428 de Enjuiciamiento civil puede hacer posible una anotación del número 4.º en garantía de una obligación de hacer o no hacer (en cosa del deudor). Lo que ya no sería tan fácil es dictarla eficazmente y con buena lógica. Sobre el artículo citado véanse las interesantes observaciones del profesor Becerra en *Magistratura y Justicia*, pág. 343 y sigs.

impugnable por consideraciones de equidad, protege al demandado en estas condiciones; pero, en cambio, obliga al actor triunfante a entablar un segundo proceso para obtener la rescisión.

Buscando conciliar estos diversos intereses, es posible formular una tercera posición, mediante la cual se obtenga una afectación de la cosa a las resultas del juicio (con desposesión o sin ella), pero respetando en el dueño la posibilidad de enajenación; la transmisión es posible, pero queda pendiente de la terminación del proceso en curso. Este es el sistema que puede obtenerse cuando se den al secuestro efectos trascendentes, cuando éste deje de ser una mera aprehensión de la cosa (el secuestro como mero depósito) para convertirse en algo más, en una vinculación, en una limitación de la relación del titular con la cosa.

La anotación de secuestro realiza, en mi opinión, esta finalidad. La publicidad que se da mediante el Registro a la resolución judicial que ordena el secuestro del bien litigioso, hace trascender los efectos del proceso más allá de la órbita de las obligaciones, dotando de trascendencia real al pago (ejecución) demandado, en el caso de sentencia favorable al actor. La anotación asegura la ejecución de la prestación debida, impidiendo que una enajenación posterior la transforme en indemnización de daños y perjuicios; da efectos trascendentes a una posible causa de transformación subjetiva del derecho (el pago) mediante los beneficios de la publicidad positiva, otorgados excepcionalmente con una medida constitutiva accesoria, en atención a la efectividad de la ejecución de las resoluciones del Poder judicial. Y respeta el interés del titular del bien litigioso (en previsión de demandas infundadas) al permitirle realizar durante el proceso toda clase de actos de transmisión o limitación, si bien éstos quedan subordinados a la posible sentencia condenatoria.

Pero aquí conviene insistir algo sobre la construcción teórica de la anotación de secuestro. Porque en ella no se anota la obligación ni el proceso, sino la medida cautelar. Y porque con ello el crédito perseguido no se transforma en real ni en *ad rem* (en el sentido de «vocación al derecho real») (1), sino que permanece como un puro derecho de crédito, *aunque reforzado con un acceso-*

(1) V. Atard, «Las llamadas vocaciones al derecho real en nuestro sistema hipotecario» (en *Rev. Der. Priv.*, 1924, pág. 278 y sigs.).



*rio de naturaleza real.* Hablar aquí de «vocaciones al derecho real» (y lo mismo en los demás supuestos de anotación constitutiva) es confundir la obligación con sus garantías accesorias. Así como el crédito garantizado hipotecariamente no adquiere naturaleza real aunque la hipoteca lo proteja *erga omnes*, tampoco la obligación protegida por una medida cautelar inscrita se transforma en nada; solamente adquiere un accesorio de naturaleza real.

A la realidad de la medida no puede objetarse nada en razón del citado artículo 44 de la ley, que sólo impele a construirla en todos los sentidos como *ex nunc*, según vimos. Ni por la restricción de la publicidad a la función positiva, que es pura limitación de sus efectos registrales. Pero tampoco por el hecho de que a esta anotación (como a la mayoría de las constitutivas judiciales) le falte para su certeza un requisito que debe ser obtenido posteriormente: la sentencia condenatoria. Lo que sí puede decirse es que hasta tanto ésta no se obtenga, la medida existe como mera amenaza de un mal posible, porque en sus efectos está subordinada por la ley a un hecho de fecha necesariamente posterior: la declaración de que la obligación es cierta y exigible. Por lo que sus efectos sólo se producirán si se obtiene una sentencia favorable al actor, actuando entonces *erga omnes*.

Una vez obtenida dicha sentencia, la anotación de secuestro produce efectos desde su fecha. Este fenómeno es bien comprensible si se considera que en ella el requisito que falta es ciertamente un acto futuro (la sentencia estimatoria), pero que viene a reconocer un hecho presente (la existencia y exigibilidad del crédito) (1).

La limitación que esta anotación produce respecto al titular del bien anotado consiste, mediante la aprehensión para pago, en someter su derecho a una posible causa de pérdida subjetiva. El derecho del titular actual queda subordinado a ella en forma análoga —en este aspecto— a la que existe en las llamadas «autolimitaciones» en los negocios reales.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS,

Abogado.

(Continuará.)

(1) El argumento es aplicable también a la del número 3.º, que es igualmente de carácter incierto, eventual. La explicación técnica es ciertamente el principio de publicidad en su función positiva; pero la explicación apuntada forma parte de la *ratio legis* de la anotación.