

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXV

Noviembre 1949

Núm. 258

## Defensa de la naturaleza real de la hipoteca

LEMA: La cavilación a que los griegos llaman sofisma es de tal naturaleza, que con pequeñas mutaciones que se hagan en la discusión, las cosas evidentemente verdaderas se convierten en evidentemente falsas. (Digesto, lib. L, tit, 17, ley 65, *De diversis regulis juris antiqui.*)

### SUMARIO

- 1.º A manera de introducción: el sorites, el sofisma y el seudógrafo.
- 2.º Consideraciones sobre las tradicionales ideas de: a) Responsabilidad. b) Derecho de crédito. c) Derecho real. d) Derecho procesal; y e) Derecho de hipoteca.
- 3.º Teorías sobre la naturaleza de la hipoteca.
- 4.º A) Los conceptos de: a) Responsabilidad; b) Derecho de crédito; y c) Derecho real en la teoría de Cámara. B) Interdependencia o inseparabilidad entre débito y responsabilidad. C) La teoría antirrealista u obligacionista de la hipoteca. D) Análisis crítico de la teoría.

### 1.º A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL SORITES, EL SOFISMA Y EL SEUDÓGRAFO.

La hipoteca, que durante siglos ha sido considerada unánimemente como un derecho real, no cuenta actualmente con ese grado de generalización conceptual y ve aparecer en su contra nuevas teorías que la localizan como un negocio procesal o como un derecho personal.

Los conceptos de las cosas o instituciones dependen principalmente de la formación cultural, que no es más que un producto de erudición. Por eso no extraña la posible diversidad de pareceres acerca de una

misma cosa. Y en buena lógica, a mayor cultura corresponde mayor erudición y una mayor probabilidad de acierto en la formación de ideas y conceptos. Pero también puede acontecer que la diversidad de conocimientos no queden bien barajados, o al menos no manejados según las reglas de los silogismos, y entonces las ideas y los conceptos no suelen responder o una exactitud o verdad científica.

Los retóricos y sofistas de la época clásica emplearon para sus ataques a la escuela dogmática un sistema de argumentaciones que consistía en enlazar entre sí una serie de silogismos no acabados, de forma que al sujeto de la primera proposición le aplicaban el predicado de la última. Los estoicos, al observar que tal procedimiento constituía una forma irregular del razonamiento, dijeron de él que era una "manera viciosa y capciosa" que da lugar a lo escurridizo y vicioso (*vitiosum et captiosum genus, lubricum et periculosum locum*). El resultado que generalmente se obtenía era una falsedad o falacia. Al conjunto de silogismos abreviados o polisilogismos no acabados se llamó sorites, y al silogismo vicioso se le llamó sofisma por haber sido empleado principalmente por los partidarios de la escuela sofista; y cuando, tanto el sorites como el sofisma, se emplean para fines científicos o jurídicos, entonces el falso silogismo se llama seudógrafo (seudo = falso; y grafo = escrito). No es la intencionalidad lo que caracteriza el seudógrafo; se puede incurrir en él de buena fe, de manera que entonces el engañado no es el público, sino el mismo autor del sofisma.

Ahora, como antaño, resulta peligroso el empleo del sorites, porque fácilmente puede caerse en el sofisma. ¡Cuántas veces los fracasos son debidos a que de una manera insensible se emplea el sorites para discutir y se acaba en el seudógrafo! Así ocurre frecuentemente, unas veces, porque nos apartamos de las reglas de la lógica aunque aparentemente se discorra según ellas; otras, porque se utiliza las diversas acepciones de una palabra dentro de un mismo raciocinio; o las variedades de un mismo género se toman en sentido idéntico; o porque de lo particular se pretende sacar una consecuencia general o esencial; o cuando de la consecuencia se pretende inferir el precedente; y en fin, otras en que, lo que no es más que la ocasión o condición *sine qua non*, lo tomamos por verdadera causa. En todos estos casos lo regular, lo que probablemente ocurre, es que el autor no se da cuenta de haberse embarcado en el eufórico velero de las cavilaciones y de que va siguiendo la derrota del seudógrafo.

Nuestro propósito al hacer esta especie de introducción a base de sorites, y con ocasión de las modernas corrientes doctrinales negatorias de la naturaleza real de la hipoteca, no es afirmar la existencia de errores en tales doctrinas, sino llamar la atención de su posibilidad (1).

2.º CONSIDERACIONES SOBRE LAS IDEAS TRADICIONALES DE: a) RESPONSABILIDAD; b) DERECHO DE CRÉDITO; c) DERECHO REAL; d) DERECHO PROCESAL, Y e) DERECHO DE HIPOTECA.

a) Muchas veces nos hemos planteado el problema de si en los tiempos vírgenes de la Humanidad el hombre estuvo encuadrado dentro del grupo de los seres disciplinados, como la hormiga y la abeja, o si, por el contrario, lo estuvo en el de los seres individualistas y de fuerza, como los pobladores de las selvas. Tanto por intuición como por el concurso de razonamientos, el ánimo se inclina del lado de la fuerza más que del de la disciplina. Por el Código de las Doce Tablas se sabe que el acreedor podía trasladar a su deudor moroso al otro lado del Tíber para darle muerte y descuartizarlo; y cuéntase que el origen de tal norma de la Ley fué debido a una revolución social motivada por las brutalidades exageradamente inhumanas de los acreedores respecto de sus deudores. Si el Código de las Doce Tablas tuvo un fin humanizador, y dentro de esa finalidad se consideró misericordioso descuartizar el cuerpo inerte de un deudor, ¿qué de crueldades no se cometerían antes de su publicación?

En la evolución de la *obligatio romana* primitiva se ve confirmada la existencia de un poder físico o corporal del acreedor sobre la persona de los deudores; poder que, previo el destierro, de la venganza y del talión, se orienta hacia el patrimonio por medio de la *composición*; además, Gayo, en su *Instituta*, y con ocasión de las *per pignoris capio*, da a conocer varios casos de un poder directo e inmediato del acreedor sobre las cosas del obligado. Evidente resulta que, en los albores de la

(1) Dentro de nuestra ciencia jurídica debe reputarse seudógrafo el siguientes sorites: la hipoteca es una forma de responsabilidad; la responsabilidad es la ejecución forzosa de la obligación; la ejecución forzosa es uno de los elementos de relación obligatoria; luego la hipoteca es una forma de los elementos de la relación personal. Se destruye haciendo ver que, como dijo D. Clemente de Diego, existen elementos del contrato y de la obligación.

vida jurídica del hombre, existió una consagración legal del poder físico del acreedor, como también queda evidente que la cultura y la civilización posteriores convirtieron aquel poder material o físico en un poder espiritual o jurídico sobre el patrimonio de los deudores.

Recientemente el ilustrado y erudito Notario Manuel de la Cámara (2) ha hecho una sucinta reseña de la evolución histórica de la *obligatio romana*, haciendo resaltar las siguientes fases: 1.<sup>a</sup> Poder material y físico del acreedor sobre el cuerpo del deudor; 2.<sup>a</sup> Orientación de aquel poder hacia el patrimonio del deudor por medio de la composición voluntaria o legal; 3.<sup>a</sup> Epoca de la *actio legis*, en que aun existiendo el poder, el acreedor actúa bajo la vigilancia del Juez, y 4.<sup>a</sup> Epoca netamente procesalista, en la que el acreedor sólo tiene la facultad o poder jurídico de promover la venta o ejecución de los bienes y en la que el poder físico o material compete a los órganos del Estado.

Esta evolución, a nuestro juicio, más que demostrar que el acreedor carece de poder directo e inmediato sobre el patrimonio, lo que realmente pone de relieve es, que el poder que en principio fué físico se convierte en jurídico con la aparición del derecho procesal, y que así como en los primeros tiempos se permitió que el acreedor se tomara la justicia por sus manos, más tarde ésa fué una función de soberanía y, por tanto, de la incumbencia exclusiva del Estado. Aquel poder físico se convierte en el *jus persequendi iudicio* de Justiniano, en un verdadero derecho subjetivo o poder jurídico, ejercitable a voluntad del acreedor.

Pero la idea de poder exige forzosamente la existencia de otra idea anterior o precedente: la de causa o razón del poder. La investigación histórica ha hecho que, en tanto unos sitúan la causa en el delito, otros la localizan en la obligación. Pero tal vez vayan mejor orientados los primeros, porque la obligación, hasta que no quede incumplida, no da lugar al poder. La violación o incumplimiento de deberes y de obligaciones son los motivos y las causas del poder del ofendido o perjudicado. La sociedad políticamente organizada impone deberes de convivencia que no deben ser infringidos; unos deberes se basan en principios éticos y de humanidad y otros en el respeto a los compromisos contraídos voluntariamente. El quebrantamiento de unos y otros coloca al infractor en la necesidad de reparar las consecuencias de su acción

(2) En su trabajo «Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real», publicado en la *Revista de Derecho Privado*, núm. 386, correspondiente al mes de mayo del presente año.

u omisión; necesidad reparadora que parece un tributo a la Justicia y que va asociada a las ideas de negligencia, culpa, dolo.

Ante la contingencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas, era frecuente en el círculo de las relaciones privadas, romanas que el obligado presentase a su acreedor otra persona encargada de realizar la prestación en defecto del obligado; a esta persona la llamaron *sponsor* (fiador); su función era la de dar seguridad de cumplimiento. Del nombre y la función nació la *sponsio* o *caución de cumplimiento*, palabra que, vertida al castellano, se empleó para la promesa del matrimonio (*sponsalia* = esponsales), y para expresar que los bienes del deudor hacen el oficio de *sponsor* o fiador o *responsable* (*sponsor* = responsable).

Como se ve, la idea de responsabilidad corresponde con la de fiador o garantía e implica la violación de un derecho, la necesidad de reparar las consecuencias de la violación, y la existencia de un patrimonio en el deudor o en quienes le abonaron. Analícese la palabra según su etimología; estúdiense su valoración estimativa o axiológica; consúltense los Diccionarios de la Lengua y Administrativos; búsquese en las Leyes penales y civiles su contenido; medítese sobre la doctrina de los autores más opuestos; háganse cuantas investigaciones sugiera la imaginación, y en todas esas búsquedas se verá flotando sobre el choque de las encontradas opiniones, como única idea digna de ser salvada, aquella que imagina la responsabilidad como una obligación reparadora por causa de culpa. La responsabilidad es un concepto que se refiere exclusivamente al deudor u obligado, y que como contrapartida normal tiene una facultad o poder jurídico del acreedor, de cuyo uso o ejercicio depende la efectividad de aquélla. El concepto y contenido de la responsabilidad es materia propia del Derecho sustantivo, y una vez proclamado por éste, necesita para su efectividad unas normas adjetivas o procesales.

Nuestro Código civil recoge las ideas apuntadas al decir en el artículo 1.911 que "del cumplimiento de las obligaciones *responde* el deudor de todos sus bienes presentes y futuros". La idea de accesoriedad o garantía la perfila el mismo Código, con ocasión de la compraventa, al decir que "el vendedor *responde* al comprador del saneamiento . . .", o que el vendedor "no será *responsable* de los defectos manifiestos" (artículos 1.485 y 1.484).

La responsabilidad ofrece modalidades. El sentido tácito de la ley

puede trocarse en expreso y puede extenderse a otros patrimonios diferentes del que corresponda al deudor. La responsabilidad puede ser expresa en virtud de la cláusula penal y por la hipoteca y la prenda; y puede extenderse sobre la totalidad de otros patrimonios o sólo sobre determinados bienes de los patrimonios ajenos, mediante la fianza personal o la hipotecaria. Esta última, o sujeción de unos bienes para responder de la deuda de una persona distinta del propietario, acusa luminosamente la existencia de dos contratos, de dos obligaciones, de dos momentos hipotecarios y de dos sujetos pasivos diferentes; la fianza hipotecaria denuncia el reconocimiento legal de la separabilidad de deudor y de responsable, de débito y responsabilidad. A su vez, esta responsabilidad hipotecaria, o relación directa entre el acreedor de una deuda y una cosa específica, ya del patrimonio del obligado o del de su fiador, constituye una modalidad de la responsabilidad que se adjetiviza con el nombre de la naturaleza de la relación que crea, o sea con el de responsabilidad real.

Como resumen, puede decirse que una cosa es la responsabilidad y otra su efectividad; que el concepto y contenido corresponden al campo del derecho material; y la efectividad al campo del derecho procesal.

b) y c) La responsabilidad presupone la preexistencia del derecho real, del derecho de crédito, del derecho procesal. El orden en que enumeramos estos derechos debió ser el de su aparición histórica. Así se infiere de las Instituciones de Gayo, del Digesto y de la Instituta de Justiniano, que unánimemente tratan, primero de las relaciones del hombre con las cosas, después de las relaciones de los hombres entre sí y luego de las acciones y modos de hacer cumplir los derechos. Justiniano, después de decir que las cosas del mundo exterior entran en el patrimonio de los particulares por derecho natural o por derecho civil, añade: "Mejor es empezar por el derecho más antiguo, y de consiguiente, por el derecho natural, que es coetáneo de la especie humana y que tiene su origen en la naturaleza de las cosas; los derechos civiles sólo tuvieron su nacimiento cuando se comenzó a fundar ciudades, a crearse magistraturas y a escribirse leyes." (3).

La clasificación de los derechos subjetivos patrimoniales en reales y personales no figura en el Derecho Romano, pero de él fué inferido por el autor o autores del *Brachilogus juris civilis* o *Corpus Legum*, y acep-

(3) Pf. 11, tít. 1º, L. 11.

tado por los glosadores. La nota distintiva de unos y otros fué deducida por el análisis de las acciones o ejecuciones de los derechos (acción viene de *agere* = ejecutar). La Instituta de Justiniano, después de dar un concepto de la acción personal (4), dice que las acciones sirven para litigar ante jueces, o ante árbitros (5), *porque* o se litiga con quien nos está obligado (qui ei obligatus est) por contrato u otra causa, en cuyo caso se otorgan al acreedor acciones personales por las cuales pretende el demandante que el contrario ha de dar o hacer alguna cosa", o se litiga con quien, aun sin estarnos obligado por algún título, le discutimos alguna cosa, en cuyo caso se dan las acciones reales.

Gayo, en su Instituta, hace igual división de las acciones y dice que "es personal, cuando la ejercitamos contra alguno que nos está obligado por razón de un contrato o de un delito; es decir, cuando sostenemos en juicio que una persona está obligada a dar, hacer o prestar alguna cosa"; y que "es real la acción cuando pretendemos que una cosa corporal nos pertenece, o que nos compete alguna servidumbre"; y aclara (en el párrafo 4.º del título 1.º, Comentario IV) que la causa de las acciones reales es un título de pertenencia *en la cosa*, y que la acción real no es para pedir que se nos dé lo que ya es nuestro de derecho, porque "nadie puede hacernos propietarios de lo que ya nos pertenece". Y Pedro Gómez de la Serna (6) decía que "esta división de las acciones se funda en que unas provienen de un derecho *en la cosa* y otras de un derecho a la cosa; división que, como está en la esencia de las cosas, se presenta siempre en todos los países, si no bajo la misma nomenclatura, con los mismos efectos al menos, y que en Roma tuvo lugar así durante el sistema de las acciones de ley, como durante el formulario y el de los juicios extraordinarios".

Según Justiniano, la causa capital o *porqué* de la división de las acciones está en la función pasiva de la relación jurídica; si ella es, un hacer o no hacer de una persona, la acción es personal; pero si consiste en la utilidad o aprovechamiento directo de una cosa, sin consideración respecto del titular de la cosa, la acción es real. En el ejercicio de acciones reales, si se pleitea con una persona, no es porque se halle obligada, sino porque ostenta algún título respecto de la cosa que se va a discutir

(4) Pf. pnto., tit. VI, L. IV. *Jus persequendi juditio, quod sibi debetur.*

(5) Pedro Gómez de la Serna, en su *Curso histórico-exegético del Derecho romano*, 1863, t. II, emplea la palabra *litigar* en su traducción del latín.

(6) O. y t. c.-pág. 548.

o porque siendo su dueño, a él compete la representación de la cosa y el poder absorbente de las facultades dominicales desintegradas. Poco importa quien sea el titular o poseedor; por eso se puede perseguir la cosa dondequiera que se halle o contra todos los que no tengan titularidad preferente. El *erga omnes* del derecho real es una función activa del titular y no un deber general pasivo. Este no es más que la consecuencia natural o contrapartida lógica de los derechos del titular. De aquí la famosa frase de Bossue de que "no hay derecho contra el derecho". En los derechos personales existe el deber general de respetar lo que no nos pertenece, y por tanto, el hacer o no hacer, o prestación del obligado; pero ni el titular tiene una acción directa y excluyente o preferente sobre la cosa de la prestación, ni la sociedad en general viene obligada a dejar de tomar respecto de la cosa las medidas o creaciones jurídicas que estime oportunas (7).

El derecho de obligación fué definido en Derecho Romano con el conocidísimo *juris vinculum, quod necessitatur adstringimur*, etc. Lo característico de la obligación es que para el caso de que el obligado deje de hacer lo que deba hacer, el Ordenamiento jurídico tiene establecido que se haga a su costa y con cargo a su patrimonio; es decir, que en la obligación existen dos formas de solución: una normal y otra anormal, bien por sustitución o por equivalencia, según la fungibilidad o infungibilidad de la prestación.

De aquí que las notas distintivas de uno y otro derecho sean: el *erga omnes* no puede darse en los casos de hacer, no hacer o dar, sino solamente en las relaciones de persona o cosa; en el derecho de obligación existe una persona individualmente vinculada, en tanto que en el real, la persona a quien se demande no puede serlo por acción personal, sino por la real y como representante de la cosa; el derecho de cré-

(7) El *erga omnes* es una actuación con perjuicio de cuantos se opongan o aleguen derechos a la cosa. Por el contrato de préstamo, por ejemplo, surge un deber general de respetar mi derecho de crédito, pero ello no impide a cualquier acreedor posterior a mi crédito constituir hipoteca sobre todos los bienes de mi deudor, con lo que él tiene un poder *erga omnes* de que yo carezco. La acción pauliana no desvirtúa esta aseveración, porque ella responde al principio de que el ordenamiento jurídico no debe sancionar lo inmoral. Ni tampoco el artículo 464 de nuestro Código civil, ya que al verdadero propietario corresponde la Publiciana para la restitución. Ni, en fin, es un argumento en contra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque responde a un principio de técnica registral (técnica = arte) casi universalmente aceptado, y que en nuestro Derecho sirve para la determinación del verdadero propietario en casos de doble venta



dito tiene una doble forma de solución, en tanto que en el derecho real en vez de pago o solución lo que hay es utilidad o servicio de una cosa; en el derecho personal hay siempre un dar, hacer o no hacer, en tanto que los derechos reales consisten en disponer, usar, disfrutar, o servirse de sus propias cosas o ajenas, aun contra la voluntad del dueño.

d) La aparición del derecho procesal se asocia con la idea de la Justicia y atributo inalienable de la soberanía del Estado. Pomponio advierte que "en los comienzos de Roma, el pueblo obraba sin ley determinada ni derecho cierto, porque todo se gobernaba según el arbitrio del Rey" (8). Cuando ya existió un Derecho Objetivo regulador de derechos subjetivos, se impuso el respeto a los compromisos contraídos en la convivencia social, ora a virtud de deberes o de relaciones contractuales y dominicales. El arbitrio del Rey fué sustituido por la decisión judicial. Y surge el Juez, artífice, según Celso, de lo bueno y de lo equitativo; y surgen los procedimientos y el Derecho Procesal. Manresa dijo a este propósito: "Si la existencia de la ley civil supone la existencia del Juez que la aplique, la existencia del Juez supone también necesariamente una *forma* a que dicho Juez se sujete para hacer dicha aplicación. Sin esa regla, sin esa forma, se entronizaría el arbitrio judicial hasta un punto que fuera funesto para los asociados." (9).

Para quienes creemos que los procedimientos nacieron para hacer posible la Justicia, y mantener aquel *constans et perpetua voluntas jus suum quique tribuendi* de Ulpiano, no hay duda que el derecho procesal es de derecho público. Pero los procedimientos vienen a ser el accesorio de derechos materiales, y por eso se le llamó derecho adjetivo (adjetivo viene de *adictus*, que quiere decir agregado a otra cosa). Para Jeremías Bentham, el derecho procesal está integrado por normas adjetivas. Pero estas leyes contienen también preceptos de indiscutible contenido material o sustantivo (10). Ya el profesor que fué de Derecho Romano en París durante el primer cuarto del siglo pasado, Juan Blondeau, insinuó que las leyes procesales tenían un carácter sustantivo en cierto modo; las analizó desde el punto de vista reparador y sancionador, y las comparó a las leyes penales de contenido material; por eso llamó a las leyes procesales, leyes sancionadoras. Pero este sentido san-

(8) Dg., l. I, tit. II, ley 2.ª, pár. 1.º.

(9) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 1855.

(10) Ejemplo: los principios de que nadie puede ser condenado sin ser oído; la prueba incumbe al que afirma; a todo derecho corresponde una acción.

cionador sólo puede ser tomado en el de aplicación de la Justicia o efectividad de los derechos violados, que es el mismo de Bentham. No cabe, por tanto, afirmar que estas leyes fueron dadas exclusivamente para la efectividad de los derechos infringidos o no cumplidos voluntariamente, sino para el *suum quique tribuere*, para dar a cada uno lo suyo, cuando alguien se sale de la ley general o particular. De aquí el que la frase "garantías procesales" lo mismo se aplica al acreedor que al deudor; y cualquier demanda que se formule ante los Tribunales termina siempre con la invocación de la Justicia.

Y como quiera que la Justicia no sólo consiste en declarar la existencia del derecho, sino en lograr la efectividad, los procedimientos, redactados a su hechura y semejanza, son de dos naturalezas: unos declarativos y otros ejecutivos. Pero hay casos en que no es necesaria la previa declaración judicial del derecho, sino que su existencia la presupone la ley, y entonces, sin necesidad del primer procedimiento, se entra en el de ejecución (11). En nuestro derecho, la hipoteca sólo da lugar a los procedimientos de ejecución, bajo diversas normas, pero todas ellas con la doble finalidad de hacer efectivo el crédito y administrar justicia, de donde los procedimientos, por su doble función y naturaleza, son normas de Derecho público en servicio de intereses privados.

e) Y entramos, por último, en la hipoteca. El primer derecho real aparecido fué la propiedad o goce de las cosas, en el conjunto de todas sus facultades; luego fué desintegrándose al hallar aplicaciones concretas de cada una de sus facultades; la propiedad se combinó con determinadas relaciones contractuales, y aparecieron modalidades: servidumbre, usufructo, hipoteca, a que llamaron *jus in ea re* o *jus in re aliena*; luego la división de dominios, censos, etc. Posiblemente en aquellos tiempo, como en los actuales, debió presentarse al jurisconsulto el problema del encuadramiento de esos nuevos derechos dentro del grupo de los reales o personales, o de formar con ellos un grupo aparte, como con respecto a alguno de ellos se ha intentado por un sector doctri-

(11) En los procedimientos de las *actio legis* se esboza esta distinción: la *sacramenti* era una especie de declarativo de mayor cuantía con gran amplitud; la *per conditionem* era una forma breve o sumaria para las reclamaciones de *certa pecunia* o de *omni certa re*; la *actio per manus iniectionem* venía a ser un procedimiento de ejecución, ya por haber precedido una expresa condenación, como en la *manus injectio judicati*, o en virtud de presunciones, como en la *manus injectio pro judicato*; y también había una ejecución sobre la cosa por la *per pignoris capio*.

nal (12). Aunque el derecho de goce de las cosas fué el primer derecho real aparecido, no quiere ello decir que fuese el goce la nota esencial del derecho real. La ocupación de lo aparentemente nullius, o la detentación, implican un goce, pero no constituye derecho real; la posesión con todos los pronunciamientos favorables, aun siendo un derecho real de goce, podía ser vencida por el dominio. No pudo servir el goce como nota característica de los derechos reales, porque además existen derechos imposibles de goce, que, sin embargo, son objeto de dominio. La nota real la daban las características ya apuntadas; y de ellas participaban todos los derechos limitativos o divisorios del dominio, por lo que se les reputó y reputa casi unánimemente como derechos reales.

Para la concepción romana, la hipoteca fué una garantía real sin desplazamiento de la cosa; surge con ocasión de garantizar al propietario de fincas rústicas el pago del arrendamiento con los *invecta et illata* del colono, para cuya efectividad se dió la acción serviana; más tarde, el Pretor admitió que cualquier clase de bienes, sin necesidad de desposesión, sirviera de garantía a cualquier clase de obligaciones, y para ello dió la acción cuasi serviana o hipotecaria. La accesoriedad, la garantía, el no desplazamiento y una acción para perseguir la cosa directamente, con indiferencia en cuanto al titular propietario de la cosa, fueron las notas características de la hipoteca romana. Pedro Gómez de la Serna, sobre este particular, dijo: "Las acciones serviana y cuasi-serviana fueron introducidas por el Pretor con el objeto de llenar el vacío que el derecho civil dejaba, no dando medio a las personas a quienes estaba *obligada en prenda o hipoteca una cosa*, para que hiciere efectivo en todo caso su derecho." (13). Ese concepto romano fué admitido en nuestro derecho histórico y en el actual positivo, aunque reducido ahora exclusivamente a los bienes inmuebles.

La hipoteca quedó encuadrada dentro de los derechos reales; pero no era un derecho excluyente o incompatible con otros, por lo que sus características fueron: el privilegio o preferencia y la persecución. La finalidad de esta última es la realización de la cosa para con su producto pagar. Se ha llamado a esto *jus distrahendi*, pero su entraña jurídica no es otra cosa que una transferencia por el propietario al acreedor de su facultad dispositiva, facultad que sólo ha de ejercitarse cuando acontezcan los casos y circunstancias previstas por los interesados. Con

(12) Zitelmann, Natoli (citas de Cámara) y Cámara.

(13) C. c., t. II, pág. 564.

la hipoteca, el propietario ha limitado su poder dominical; el derecho real de dominio se halla integrado por varias facultades, cada una de las cuales ha de participar de la naturaleza de su matriz; y si el acreedor hipotecario tiene la facultad dispositiva de la cosa hipotecada, indiscutiblemente tiene un derecho de naturaleza real en la cosa, aunque la ejecución, el *agere*, incumba a los órganos del Estado.

Aun en el supuesto de la hipoteca unilateral, su función es garantizadora y, por tanto, de carácter accesorio. El acreedor no puede proceder contra la cosa hasta que la obligación garantizada quede incumplida. De aquí el que el acreedor tenga dos acciones para la efectividad de su crédito: una, personal, contra el deudor o quien le suceda y otra, real, dirigida exclusivamente contra los bienes objeto de hipoteca. Si la finca se halla en poder de persona distinta del deudor, sin existir asunción de deuda, entonces el acreedor puede demandar al deudor por la personal, pero no así al tercer poseedor, a quien sólo se limita a requerir de pago para, en su defecto, seguir la ejecución de hipoteca sobre la cosa. Si tanto el Código civil como la Ley Hipotecaria han utilizado la frase *reclamar al tercer poseedor*, ello constituye evidentemente una deficiencia gramatical, como muchas otras, ya que de dichos cuerpos legales, bien se ve, que el tercer poseedor no es demandado por acción personal. Al tercer poseedor le compete, como dueño, la facultad liberadora de cargas y la reintegradora de las facultades dominicales disgregadas. En reconocimiento de ese señorío y de los poderes que le competen, todo aquel que intente la efectividad de algún derecho en la cosa, es al señor de la cosa a quien ha de dirigirse para que haga uso de sus poderes o deje expedito el camino de su actuación.

La aparición de nuestro sistema registral inmobiliario ha agudizado el problema de la supervivencia de la hipoteca después de extinguida la obligación garantizada. Aunque parezca ilógica esa supervivencia, realmente no es más que el resultado normal de la naturaleza consensual, de la técnica registral y del moderno concepto constitutivo de la hipoteca.

Aun en la hipoteca unilateralmente constituida hace falta una obligación a garantizar (los derechos reales no son susceptibles de garantía hipotecaria) y la aceptación de la hipoteca por el acreedor; ésta, aunque sea accesorio de aquélla, tiene su personalidad propia; tiene, independientemente de la obligación, una consideración de personalidad jurídica, y como dependiente de ella una *principalidad real*; lo que es

secundario respecto de una relación personal, se convierte a su vez como figura de relieve e interesante para el sujeto, y como figura principal para el ordenamiento hipotecario. De aquí la necesidad de la cancelación o extinción expresa de la hipoteca. La extinción de la obligación garantida no quiere decir que la hipoteca quede extinguida, sino sencillamente que ha perdido su destino o razón de ser. La hipoteca, como creación jurídica, sólo se extingue conforme a las normas legales; lo exige su naturaleza consensual, el principio registral del consentimiento y la teoría constitutiva de la hipoteca admitida por nuestro derecho. Los mismos arcos de triunfo que los pueblos levantan en honor de sus grandes acontecimientos, subsisten al fin para que fueron destinados si no se les destruye expresamente. No ocurre así respecto de la prenda, por ser contrato real, y bastar para la extinción la devolución de la cosa, salvo para la prenda sin desplazamiento con asientos registrales, que se asemeja a la hipoteca. La autorización judicial para la cancelación de hipoteca del *filius familias*, menor o incapaz, está basada principalmente en la principalidad real de la hipoteca (14).

Nacida la hipoteca, su función se desdobra en una expectativa durante la vigencia de la obligación asegurada y en unas resultas. Si el deudor paga, la resulta es la innecesariedad de la hipoteca y consiguiénte cancelación o *adfaciendum* del acreedor convertido en obligado por el hecho del pago normal; si el deudor incumplió la obligación, la resulta es la ejecución o realización del valor de la cosa. Para este supuesto, la norma no deja en libertad a las partes respecto a la forma de ejecución, sino que obliga a las partes a someterse a uno de los procedimientos prefijados por el ordenamiento hipotecario. Esta circunstancia, y la de que la ejecución sólo tenga lugar en defecto del pago normal o cumplimiento voluntario, ha inducido a afirmar que la ejecución de hipoteca (no la hipoteca) es una forma de responsabilidad; y evidentemente es una responsabilidad real, independiente en absoluto de la responsabilidad personal que actúa sobre todo el patrimonio del deudor mediante el embargo. Entre una y otra responsabilidad existe la misma diferencia que entre el cazador que dispara contra la bandada de pájaros y el que dispara contra uno solo; prácticamente, la diferencia corresponde con el refrán de que más vale pájaro en mano que varios volando. El Digesto ya dijo que la "caución real es más que la perso-

(14) La evolución histórica quedó expuesta en nuestro trabajo «Enajenación de inmuebles del *filius familias*», en R. C. D. P., núm. 211.

nal". No se olvide que los embargos, aun estando anotados en el Registro, pueden ser pospuestos a derechos reales extrarregistrales en determinados casos.

En resumen, la hipoteca, históricamente y en nuestro Derecho, es un derecho real garantizador del cumplimiento de una obligación; su función entra en acción una vez incumplida la obligación; garantiza el resultado apetecido por el acreedor, y en todo caso el no hacer del deudor (la no entrega voluntaria del dinero por el deudor). Por eso, cuando el deudor paga, la hipoteca carece de objeto y finalidad y no entra en funciones.

### 3.º TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA HIPOTECA.

Las ideas precedentemente apuntadas determinan la naturaleza real de la hipoteca, con sus cualidades de accesoriedad y de realización de valor. Hubo una corriente doctrinal que situó la hipoteca entre los derechos *propter rem* (a causa de la cosa); posteriormente se conocen otras dos teorías que niegan la naturaleza real de nuestros derecho de hipoteca para situarlo, bien en el campo de lo procesal o bien en el del derecho de obligaciones.

La teoría procesalista, mantenida principalmente por Carnelutti, se basa en que el poder de actuar sobre los bienes patrimoniales del deudor, esto es, sobre los bienes hipotecarios, radica en los órganos del Estado, por cuya razón "el acto constitutivo de la hipoteca es un negocio procesal" (15).

Ya Ascarelli (16) apunta que todo negocio jurídico puede tener una explicación procesal, con lo que desde tal punto de vista no habría más que negocios procesales. Pero la verdad es que, para quienes estén formados en la doctrina romana y tradicional española, la teoría procesalista no puede ser convincente, en tanto no quede resuelto el problema de la existencia de normas procesales sin la preexistencia de derechos subjetivos, o el de que en la hipoteca lo interesante no es su constitución, sino su ejecución. En todos los fenómenos y negocios en que existen dos o más factores aparentemente principales y encadenados entre sí de una manera sucesiva, surge el problema de cuál de esos factores

(15) La teoría de Carnelutti la reflejamos, según el citado trabajo de Cámara, en donde la frase entrecomillada figura en c. 1.º, pág. 389.

(16) Cita de Cámara.

es el verdaderamente principal. Por ejemplo: todo el mundo sabe que el viento del abanico refresca el rostro y que los botijos refrescan el agua; pero la Ciencia advierte que para ello concurren dos principios físicos: el de que el viento produce evaporación y que la evaporación produce frío. ¿Cuál de estos principios es el determinante del fresco? Otro ejemplo puede ser el del orden público: ¿existe porque lo ordena la Ley o porque lo impone la Guardia Civil? Respecto de la hipoteca ocurre análogo problema: ¿hay garantía porque existe ejecución, o ésta puede darse porque existe garantía?; ¿la hipoteca existe porque lleva aparejada la ejecución, o la ejecución puede verificarse porque hay hipoteca?; ¿puede haber ejecución de lo inexistente, o la ejecución implica forzosamente la idea de fin o remate de algo preexistente? En una palabra, ¿puede haber normas procesales adjetivas sin derechos subjetivos a que aplicarlas?

Recientemente, el culto Notario Manuel de Cámara, ya citado, ha publicado un trabajo desarrollando la tesis de que la hipoteca no es un derecho real, sino un derecho de obligación (17). El trabajo constituye una composición literario-jurídica verdaderamente digna de alabanza por su gran erudición, aunque en ocasiones la prolijidad de sus aportaciones culturales diluye el pensamiento en vez de concentrarlo en una sola idea o en un solo fin. Desde luego, aunque escribe bajo la influencia seductora de Carnelutti, no deja de advertir que es peligroso seguir la doctrina procesalista dando en absoluto la espalda al derecho material o sustantivo; y con una modestia que le honra, ofrece su trabajo como un conjunto de reflexiones y de problemas para que otros lo resuelvan. Naturalmente que, con esta digresión, no quiero que nadie pueda imputarme la osadía de resolver algunos de los problemas que Cámara plantea, sino que el propósito que me anima es el de dar pública suelta a una serie de reflexiones con ocasión de la tesis hipotecaria de Cámara, pero dejando para los más competentes la tarea de la solución.

Con el fin de que la teoría de este autor sea sucintamente conocida de quienes no tuvieron ocasión de leerla directamente, y para que pueda ser objeto de comparación con las ideas tradicionales, hacemos un resumen exponiendo los conceptos de responsabilidad, derecho de crédito y derecho real; cómo han sido elaborados tales conceptos; la insepara-

(17) Trabajo citado en nota 2.

bilidad de los conceptos de débito y responsabilidad y la tesis antirrealista u obligacionista. Luego hacemos un ensayo de aplicación de los nuevos conceptos para ver sus resultados y, por último, las observaciones personalísimas a la teoría.

4.º A) LOS CONCEPTOS DE: a) RESPONSABILIDAD; b) DERECHO DE CRÉDITO, Y c) DERECHO REAL EN LA TEORÍA DE CÁMARA.

a) Según esta teoría, la responsabilidad no tiene un contenido de derecho material, sino de derecho procesal. El concepto no implica una sujeción, por mandato legal, del patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones, como lo hace nuestro Código civil, sino que se concreta a lo que en nuestro derecho positivo llamamos ejecución de la responsabilidad. Según ella, cuando una obligación queda incumplida, el acreedor no tiene ningún poder sobre el patrimonio de su deudor, sino que tal poder compete a los órganos del Estado, aunque excepcionalmente pueda ejercitarlo el acreedor u otra persona en su nombre. Al actuar los órganos del Estado sobre el patrimonio del deudor, éste no se halla obligado respecto de ellos, sino sometido. El sometimiento y la actuación de los órganos del Estado son, para la teoría, momentos procesales y los que constituyen la esencia de la responsabilidad.

Esta teoría trata de desvirtuar la doctrina de aquellos tratadistas que dicen que el derecho real de hipoteca es una forma de la responsabilidad; para ello intenta poner de manifiesto que la responsabilidad no es un derecho real y, por tanto, la existencia de una incompatibilidad entre los conceptos de derecho real y de responsabilidad.

Para demostrar que la responsabilidad no es un derecho real emplea las siguientes argumentaciones: a) Aunque el acreedor no tenga un poder sobre los bienes, si tiene, sin embargo, la facultad de provocar la situación procesal y, por tanto, puede admitirse la existencia de "un derecho subjetivo (procesal) autónomo", pero nunca un derecho real, aunque al actuar la responsabilidad concretamente sobre los bienes, ya en forma de hipoteca o de embargo, tenga un gran parecido con el derecho real; b) "cuando al consumarse la ejecución se enajenan bienes embargados o hipotecados, objeto de aquélla, no es en sentido estricto, tanto la cosa como la situación jurídica de la cosa. Es el dominio sobre ella lo que está directamente sometido al poder de ejecución"; y c) la responsabilidad, según Von Thur., significa, o bien la obligación de



reparar un daño causado de intento o por negligencia, o bien los medios compulsorios de que se vale el acreedor cuando el deudor no cumple, y de estas dos significaciones, la segunda, que es la interesante —dice—, “constituye uno de los elementos que integran la relación obligatoria” (18).

b) y c) Los nuevos conceptos de derecho de crédito y derecho real los forma Cámara partiendo de la observación de Ihering de que en todo derecho subjetivo hay un aspecto material, consistente en un interés que el Ordenamiento Jurídico trata de proteger, y otro aspecto formal, consistente en los medios de protección de dichos intereses y de que, en consecuencia, el derecho subjetivo es siempre un interés jurídicamente protegido. El interés que el Ordenamiento trata de proteger ha de ser: a) el goce de una cosa; b) la acción u omisión de una o varias personas, y c) la modificación de una situación jurídica. Los intereses del grupo a) se protegen con una especie de permiso que concede la Norma para servirse de la cosa con exclusividad; los del grupo b) con una *obligación* de hacer o no hacer impuesta por la Norma al deudor, porque aunque el acreedor tiene la posibilidad de reclamar el cumplimiento y de pedir que los Tribunales actúen, “el centro de gravedad de la relación obligatoria no está en el comportamiento del sujeto activo de la relación, sino en la conducta del sujeto pasivo”; y los del grupo c) confiriendo al sujeto activo la facultad de modificar la situación jurídica por su sola voluntad. Los derechos subjetivos del grupo a) son los reales; los del grupo b) son los de crédito o personales; y a los del grupo c) los llama *derechos potestativos patrimoniales* (19).

Cámara concreta más su pensamiento sobre el concepto del derecho de crédito o personal diciéndonos que, a virtud de la *obligación* de hacer o no hacer impuesta por el Ordenamiento al deudor, éste se ve en el dilema o alternativa de hacer o dejar que se haga a su costa, y que en esa situación de alternativa está “la esencia de la obligación como deber jurídico. No es otra cosa lo que generalmente se llama deuda o crédito”. Para Cámara, el tercer poseedor de una finca hipotecada es deudor porque se halla en esa situación de alternativa: o paga, o deja que los órganos del Estado vendan la finca y paguen.

(18) No aclara el sentido de su frase.

(19) De los derechos potestativos patrimoniales nos ocupamos al final.

## B) INTERDEPENDENCIA O INSEPARABILIDAD DE DÉBITO Y RESPONSABILIDAD.

Sobre la base de que el débito es una situación de alternativa y de que la responsabilidad equivale a la ejecución propiamente dicha, Cámara sienta que la responsabilidad no puede concebirse sin el débito, ni éste sin aquélla. No puede haber responsabilidad sin deuda, porque para llegar a la situación de responsabilidad es preciso haber pasado antes por la alternativa de pagar o sufrir la sanción de la amenaza legal. Tampoco puede haber deuda sin responsabilidad, porque "si uno de los términos de la alternativa en que se encuentra el deudor estriba en el temor a una sanción, y ésta consiste fundamentalmente en imponerle, hasta donde sea posible, las consecuencias que se hubieren seguido de haber cumplido la prestación, este resultado no es imaginable sin admitir que, llegado el caso, el deudor quede sujeto a un poder que le imponga esas consecuencias".

## C) LA TEORÍA ANTIRREALISTA U OBLIGACIONISTA DE LA HIPOTECA.

Respecto de la hipoteca, Cámara da el siguiente concepto: "Es una institución cuya función estriba en destinar específicamente y desde el comienzo de la relación determinados bienes a ser objeto de ejecución para el caso de que una persona (deudor) no satisfaga una suma de dinero. La vinculación subsiste a pesar de los traspasos que sufra la propiedad de la finca o la titularidad de los bienes hipotecados." Después, no sólo niega la naturaleza real a la hipoteca, sino que la encuadra dentro del grupo de los derechos de crédito de su clasificación.

Niega que la hipoteca sea derecho real por las siguientes razones: primera, porque "el interés material que en la relación hipotecaria se tutela no es otro que el que se tiene en el acto de una persona, cuyo acto consiste en la *entrega*, por su parte, de cierta *suma de dinero*"; y segunda, porque "la realización del valor de la finca hipotecada no constituye el ejercicio de ningún derecho autónomo de carácter privado", sino una "actuación concreta del poder de ejecución, que funciona en este caso, como en los demás, para tutelar coactivamente el interés protegido, dado que han fallado los resortes normales o de primer grado que se establecieron para ampararle".

Argumenta también que "el interés protegido en la relación hipo-

tecaria lo constituye el que consiste en obtener la entrega de una cierta cantidad de dinero" y no la realización del valor de la finca. Para demostrarlo alega: a), que el pago de la cantidad debida impide la ejecución; b), que la hipoteca asegura el pago antes de la ejecución, por lo que la forma normal de cumplimiento es el pago voluntario y no la ejecución; y c), que aunque la finca hipotecada pase a poder de un tercer poseedor, éste es un deudor, porque se halla en la alternativa de pagar o dejar que ejecuten sus fincas hipotecadas.

En cuanto a la forma de protección que se deriva de la hipoteca, Cámara hace resaltar que sólo existe la ejecución, que no es más que "una aplicación específica del poder que sirve de instrumento para la realización coactiva de un interés insatisfecho", o lo que es lo mismo, que la hipoteca sólo tiene la forma genérica o anormal del cumplimiento.

#### D) \* ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA.

Con los nuevos conceptos se pueden formar varios silogismos que, debidamente enlazados unos con otros, dan las tres conclusiones anticipadas por Cámara, de que el concepto moderno de responsabilidad es incompatible con la naturaleza y función de los derechos reales propiamente dichos; que los conceptos de responsabilidad y débito son inseparables; y que la hipoteca no es accesorio respecto de la deuda.

Pero una cosa es el planteamiento de silogismos y otra la exactitud de las premisas. A nuestro modo de ver, los nuevos conceptos esbozados no pueden aceptarse como premisas verdaderas para inducir consecuencias respecto de figuras jurídicas de nuestro derecho positivo, porque tales premisas están en oposición a los principios que informan la ciencia jurídica de las naciones inspiradas en el Derecho Romano. Nos puede servir de ejemplo el nuevo concepto de responsabilidad. Se la reputa como uno de los elementos de la relación obligatoria; y si la hipoteca es una forma de responsabilidad, lógicamente la conclusión ha de ser que la hipoteca es un elemento de aquella relación personal, y por tanto, sin carácter accesorio. Sin embargo, la conclusión no puede ser aceptada según los principios de nuestro derecho. En efecto: la responsabilidad, que para el deudor es una amenaza, para el acreedor es una garantía, y tanto el aspecto de amenaza como el de garantía se derivan del Derecho Objetivo u Ordenamiento jurídico y no de la vo-

luntad de las partes. El agudo talento de don Felipe Clemente de Diego hizo ver que, si las obligaciones nacen de los contratos, habría que apreciar elementos integrantes de la obligación y elementos de los contratos. En el caso de hipoteca, ya sea concertada simultáneamente o con posterioridad a la obligación garantizada, existen dos contratos referentes a la obligación y a la hipoteca, respectivamente (préstamo e hipoteca; obligación y garantía). De aquí que, por razón del origen o de la fuente, ni para el caso de responsabilidad personal, ni para el caso de hipoteca, se pueda, dentro de nuestra ciencia jurídica, admitir como exacto el que la responsabilidad es un elemento de la obligación. Ni siquiera puede admitirse esto bajo el razonamiento de la tradicional doctrina que considera que el *cumplimiento*, normal o forzoso, es uno de los elementos naturales de la obligación, porque el cumplimiento anormal no depende de la voluntad de los contratantes. Y tan es así que, cuando se acude a esta forma de cumplimiento, no es el deudor quien hace, no hace o da, con lo que el concepto de obligación y deudor se esfuma para dar paso a los de responsabilidad y responsable.

Así como el *fin* perseguido, tanto en la obligación como en la responsabilidad y en la hipoteca es el cumplimiento, por el contrario, el *contenido* de la obligación es muy diferente del contenido u objeto de responsabilidad e hipoteca; el de estas dos últimas instituciones es exactamente lo opuesto al de la obligación; si el de ésta es *un hacer*, o *un dar*, el de aquéllas será un *no hacer* o un *no dar*. Obsérvese que todo contenido u objeto de una relación tiene dos aspectos o lados: uno para el acreedor y otro para el deudor, y que estos diferentes aspectos de una misma cosa, precisamente por constituir un aspecto parcial o singular, no autoriza para generalizarlo y aplicarlo a toda la relación o cosa. Recordemos los dos aspectos que Von Thur asigna a la responsabilidad, y que de ellos, el más interesante para Cámara, es el que reputa la responsabilidad como el conjunto de medios compulsorios de que se vale el acreedor para el cumplimiento. Si este aspecto singular de la responsabilidad lo elevásemos a general, resultaría correcto hablar de la responsabilidad del acreedor, o decir que el acreedor es un responsable. Igual ocurriría con la hipoteca; su objeto, del lado del acreedor, es una seguridad, una garantía; y del lado del propietario, es un gravamen. Si se generalizaran los dos aspectos referidos, resultaría correcto decir que la hipoteca es una garantía de o para el deudor, o un gravamen del acreedor.

No es posible dejar de apreciar que la obligación, respecto del deudor, es un hacer, etc., pero que para el acreedor equivale a un resultado buscado y apetecido. En el préstamo hipotecario, el deudor ha de devolver o entregar una suma de dinero, pero el acreedor sólo busca el resultado seguro del pago, importándole poco que lo efectúe el deudor u otra persona, o con cargo a cualesquiera bienes. Forzosamente existe una obligación para el deudor; y para el acreedor, a más de las consecuencias legales de la responsabilidad del obligado, existe un acto o contrato (que deriva en derecho real) completamente diferente del de la obligación garantizada. Tan diferentes son entre sí obligación asegurada e hipoteca (la accesoriedad siempre implica la existencia de un precedente), que la no aceptación de esta realidad jurídica conduce a Cámara no sólo a la consecuencia de negar el carácter accesorio a la hipoteca, sino a una flagrante contradicción en su trabajo.

Por un lado nos dice que la hipoteca se da para el caso de *no pagar* el deudor (no hacer), y por otro, que el interés que se tutela con la hipoteca es la *entrega* de una suma de dinero (un hacer). Textualmente dice, que por la hipoteca se sujetan "determinados bienes a ser objeto de ejecución *para el caso de que una persona (deudor) no satisfaga una suma de dinero.*" Hemos hecho la experiencia de formular a numerosas personas, la mayoría estudiantes de lógica, el concepto de hipoteca en los términos que lo hace Cámara, resaltando las palabras subrayadas, para que nos respondieran qué es lo que conceptúan que se asegura, si *un hacer* del deudor, o *un no hacer*; y todos, unánimemente, contestaron que si la hipoteca se establece para el caso de que el deudor *no pague*, lo que se asegura es el *no pago*, es decir, el *no hacer* del deudor. Sin embargo, para Cámara, con la hipoteca se tutela "el acto de una persona cuyo acto consiste en la entrega, por su parte, de cierta suma de dinero". Esta conclusión sólo cabe obtenerla a base de confundir el hacer del deudor (obligación) con el resultado apetecido por el acreedor (garantía del pago y efectividad del mismo), cuya confusión obedece al empleo del falso silogismo de *el padre de mi padre es mi padre*, sin advertir que entre abuelo y nieto no existe una relación de igualdad, sino de progenitura o de causa remota. Para Cámara, el objeto de un derecho es el objeto del interés protegido; "objeto de los derechos de crédito es la conducta del obligado" nos dice; y puede que haya argumentado que si el objeto del préstamo es la devolución de una suma de dinero por el deudor, y si el préstamo es el objeto de la hipo-

teca, el objeto de la hipoteca no puede ser otro que el objeto de la obligación, o sea la entrega del dinero por el deudor. Con esta argumentación se establece una relación de igualdad entre elementos que sólo están ligados por razón de parentesco o de causa a efecto.

En el punto concreto de la hipoteca, el trabajo a que nos estamos refiriendo adolece de imprecisión del concepto, ya que unas veces la hipoteca es considerada como obligación y otras como una garantía. En este sentido nos dice: "que indudablemente la finalidad que persigue la hipoteca es *asegurar* a una persona el cobro de una cantidad de dinero determinada o determinable antes de la ejecución"; y si es garantía, no puede constituir la misma obligación garantida. Pero es que, además, esto lleva a otra contradicción de la teoría; porque si la hipoteca es una *obligación aseguradora*, y toda relación de crédito se caracteriza por una protección específica o normal, en la hipoteca no existe más que la protección extraordinaria o anormal de la ejecución o responsabilidad y, en consecuencia, no procede incluirla en el grupo de las relaciones de crédito, como hace Cámara.

Con ocasión de la responsabilidad, y al aludir a Von Thur, Cámara advierte que la acepción de responsabilidad que interesa destacar es la que se refiere a los medios compulsorios del acreedor; y más adelante, al referirse al derecho de crédito y a las facultades del acreedor para impetrar la sanción ejecutiva, nos dice que "el centro de gravedad en la relación obligatoria no está en el comportamiento del sujeto activo de la relación, sino en la conducta del sujeto pasivo".

Lamenta Cámara el que algunos tratadistas formulen sus conceptos sin comprender en ellos la totalidad de elementos que integran la institución a que se refieran; y al parecer, en este vicio incurre su teoría. Así, para formar el concepto nuevo de responsabilidad, se ha prescindido de considerar el sentido y la idea de poder en el aspecto jurídico para tomarlo sólo en el aspecto físico o material, siendo así que ya Paulo había dicho que "no se debe permitir a todos lo que puede ejecutar públicamente el Magistrado para que esto no sea causa de tumulto" (20); no se hace radicar la esencia de la responsabilidad en la idea de que el deudor, con cargo a sus bienes, ha de cumplir la prestación, aunque no quiera hacerlo, sino en lo que corrientemente venimos llamando efectividad de la responsabilidad; se ha desenvuelto la idea

(20) Dg., l. 50, tít. 17, ley 176.

sobre la base de poder, en vez de hacerlo sobre la idea de pesadumbre, que es donde la cultura más generalizada encuentra la entraña de la responsabilidad; y, en fin, no se alude a la idea de garantía para el acreedor. Pero a más de estas consideraciones, la responsabilidad no puede consistir en el sometimiento y ejecución o actuación procesal, porque puede darse el caso de revocación de los procedimientos seguidos, y en tal supuesto, bien se ve que hubo sometimiento y hubo actuación procesal, pero que no había responsabilidad ni había responsable.

Al intentar la clasificación tripartita de los derechos patrimoniales, establece como bases fundamentales la del interés protegido y la forma de protegerlo; pero llama la atención que para los intereses de los grupos *a)* y *c)* la protección consiste en facultades para el acreedor, y que, en cambio, los intereses del grupo *b)* estén protegidos no con facultades concedidas al acreedor, sino con una obligación impuesta al deudor. Esta falta de pie de igualdad no parece muy científica o adecuada para una clasificación general.

La relación de crédito se hace consistir en un hacer del deudor protegido con una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico; y si bien se analiza, esa obligación no aparece impuesta por el ordenamiento, sino por la fuente de la obligación, que puede ser el contrato, y respecto de la cual, el ordenamiento se limita a exigir a quien se obliga, que cumpla.

Limitar el concepto de derecho real al goce de las cosas, protegido tal goce con exclusividad, es tanto como inducir de lo singular una regla general, y convertir lo general en particular. Caracteriza más la exclusividad o persecución que el goce. Sólo puede haber un goce protegido con exclusividad absoluta: el dominio. Y si es solo no puede constituir grupo (*cumulus* = grupo = montón). Existen, por el contrario, muchos derechos que no implican goce, pero sí exclusividad, persecución y preferencia.

Cuesta trabajo compenetrarse con el grupo de los derechos potestativos patrimoniales, a pesar del gran esfuerzo de Cámara para justificarlo (21). De las aportaciones de Cámara y del empleo de la frase derecho autónomo con independencia de la de derecho subjetivo básico, parece ser que los cambios de situación jurídica a que se refiere el

(21) Para Cámara, autónomo equivale a dependiente de la voluntad del titular; así se desprende de su alusión a la acción o «derecho subjetivo (procesal) autónomo».

tercer grupo de la clasificación no son las simples mutaciones de titularidad en una cosa o derecho, sino transformaciones del derecho en sí, porque, de lo contrario, todos los derechos comprendidos en los otros dos grupos lo estarían también en el tercero. Tanto la retroventa como el tanteo, virtualmente no son más que cambios de titularidad de la cosa o del dominio en la cosa, a pesar de que el interés protegido es la recuperación de la cosa, y la protección consiste en una facultad dependiente de la exclusiva voluntad del actor. El usufructo, que por implicar un goce debe encuadrarse en el primer grupo, también parece que pueda encajar en el tercero si se mira que por la sola voluntad del usufructuario (la renuncia, por ejemplo) se opera una verdadera modificación de la situación jurídica (absorción del usufructo en la nuda propiedad). La hipoteca que, por razón del objeto y protección no cabe en los grupos primero y segundo, podría quedar incluida en el tercero si de la voluntad del propietario dependiera el cambio de propiedad gravada en propiedad libre. Parece que, por el contrario, encaja en este grupo la enfiteusis, ya que la redención es una facultad del dueño útil, que ejecuta a su voluntad y que produce una modificación de la situación jurídica.

En resumen: el trabajo de Cámara es un intento verdaderamente laudable para encuadrar en nuevos moldes los múltiples derechos patrimoniales existentes, pero no lo suficientemente poderoso para destruir la defensa de la naturaleza real que, con la teoría romana, tiene la hipoteca.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS,  
Registrador de la Propiedad.



## El artículo 41 de la Ley Hipotecaria: carácter en que puede aparecer colocado el contradictor respecto al propietario inscrito

Nuevamente volvemos a ocuparnos de este importante artículo, animados por el afán que desde siempre venimos poniendo en que se alcanzara algún día esta reforma, cuya gestación seguimos muy de cerca en unión de dos competentísimos compañeros (si bien ellos fueron sus artífices principales, los señores Carazony, Registrador jubilado, y Obiols, Magistrado) y que cristalizó en el nuevo artículo 41. Sin embargo, se alteró en algunas palabras su redacción, a pesar de que le daban un más recto y enérgico sentido de ejecución, pero, sobre todo, se le perturbó con el injerto extraño de admitir la prescripción como una causa más de oposición a las acciones que se conceden al propietario según el Registro, contra todo perturbador de sus derechos.

Con esta reforma se pretende se respete la propiedad inscrita, imponiéndolo así a los que la perturben. Pero para ello se había de proporcionar a los dueños de las fincas o de derechos reales sobre las mismas, un medio rápido que diera efectividad a sus derechos, evitando tuviera que acudir, como hasta ahora, a largos y costosos pleitos para pedir y lograr el reintegro en la posesión y disfrute de sus fincas. Y no debiera haber sido de otro modo, ya que resultaba un contrasentido que después de hacer constar los propietarios la adquisición de sus fincas y de los derechos impuestos sobre las mismas (por compra, herencia, hipoteca, etc.), no sólo en documentos notariales, sino mediante la inscripción en un Registro público, para que tales adquisiciones de fincas y derechos fueran conocidos y respetados por todos, sin embargo se encontraban después defraudados al comprobar que de muy poco les había servido adornar de tanta formalidad legal esas adquisiciones, puesto que tenían que acudir a un pleito ordinario para defenderlas,

cuando llegaba el momento de hacer efectiva la propiedad de esos derechos y a ello se oponía el que quería aparecer con algún derecho sobre la misma finca, aunque para nada se había ocupado de acreditar su adquisición y menos de hacerla constar en el Registro.

Es decir, que al dueño, a pesar de haber creído en la fe notarial y en el Registro de la Propiedad, sin embargo no se le daban acciones sencillas por las que, efectivamente, comprobara podía, sin obstáculo, hacer respetar rápidamente la realidad de sus derechos, pero lejos de esto, la mayor parte de las veces había de acudir, para defenderla, a luchar en un largo pleito y, además, con frecuencia, con litigantes que no perseguían sino mantenerse cuanto pudieran en la posesión de la finca, sobre todo si litigaban por pobre. Por esto nos atrevimos a afirmar desde el primer momento en cuanto salió la Ley que en adelante con la aplicación del nuevo artículo 41, los juicios por precario se habían acabado y a ello pudimos agregar que también ocurriría, en general, con una buena parte de los interdictos. Ello supone, por tanto, que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria no sólo está fundado en necesarias y justas razones jurídicas, sino hasta en principios de sana y enérgica moralidad, al acabar en muchos casos con litigantes de mala fe, puesto que establece un *procedimiento rápido*, aunque, claro es, *provisional*, para reintegrar en sus derechos al propietario y, con ello, evitar la oposición caprichosa o sin razón legal, ya que si ésta surge se exigen garantías al contradictor de que ha de responder de los gastos, frutos o rentas y perjuicios que origine su oposición judicial.

Se comprenderá, por tanto, la utilidad y necesidad de esa medida, como tan ampliamente lo ha venido a confirmar su frecuente aplicación en la práctica, puesto que es raro el Juzgado de España donde no se haya utilizado este artículo para amparar los derechos del titular inscrito.

Ahora bien; a pesar de esa general difusión en la práctica judicial del artículo 41, sin embargo, para evitar confusionismos y, sobre todo, generalizar demasiado su aplicación, hemos creído conveniente debieran delimitarse los casos en que creemos resulta procedente se apoyen en él los propietarios registrales, para que sean amparados en sus derechos, de aquellos en los que no es adecuado el procedimiento sumario que en este artículo se establece. Por tanto, vamos a intentar delimitar los diferentes casos que pueden presentarse a la vista del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, según las distintas causas en que quiera apoyarse el

contradictor o poseedor de la finca para no abandonar ésta cuando la reclame su dueño según el Registro.

Examinando cada una de las causas de oposición a las acciones del titular inscrito que concreta y señala el artículo 41, podrá deducirse que algunas de ellas no se darán frecuentemente en la práctica, y así ocurrirá con la primera (falsedad de la certificación del Registro), con la tercera y con la cuarta (que la finca inscrita a favor del dueño que reclama resulte ser precisamente la misma que posee el opositor o que sea otra distinta de la que ocupa o posee el contradictor). Y no solamente no se darán con mucha frecuencia esas causas, sino, sobre todo, aunque se produzcan, no originarán probablemente larga discusión judicial, puesto que bastará probar al opositor que la finca, por ejemplo, que posee es distinta de la que reclama el titular según el Registro para que no pueda jugar la protección rápida que a favor de la propiedad registral establece el artículo 41. Pero, eso sí, para que cese la aplicación de ese artículo, han de estar *plenamente justificadas esas causas*, es decir, por ejemplo, que la certificación del Registro sea falsa o que sea finca distinta de la que reclama el dueño, la que luego resulta posea el que se opone a esa reclamación; o que los dos tengan inscrita la misma finca según las respectivas certificaciones del Registro, o sea, haya doble matriculación, y claro es no será, por tanto, este procedimiento abreviado del 41 donde se decidan estas cuestiones, sino, en su caso, lo será en juicio ordinario que termine y se resuelva por una sentencia.

De ahí, que de no resultar concreta y ciertamente probados esos hechos, habrá que rechazar la oposición y adoptar las medidas que pida el propietario para el reintegro y pleno ejercicio de sus derechos. Y así, por ejemplo, habrá de rechazarse alegar vagamente la oposición fundada en la causa de no ser la finca inscrita a favor del dueño que la reclama por el 41, la que efectivamente posee el contradictor, puesto que si ello no resulta comprobado de un modo seguro y pleno, habrá de rechazarse y seguir adelante la tramitación especial de este artículo y al final acordará el Juez las medidas solicitadas por el propietario inscrito, para tener la efectividad de sus derechos, pero sin perjuicio de reservar a las partes que en el juicio ordinario correspondiente entablen las acciones que crean les asisten. Por ello, si el dueño inscrito prueba que la finca descrita en el Registro es la que por su situación y linderos lleva el contradictor no inscrito, aunque éste funde su oposición en que su finca es otra, habrá de seguir adelante el procedimiento y efectos

que a favor del dueño le concede el nuevo artículo, fundado, además, en que mientras los asientos del Registro estén vigentes, viven bajo el amparo y protección de los Tribunales, según principio fundamental de nuestra Ley Hipotecaria, y por ello, de no aplicar el artículo 41 a favor del dueño, sería tanto como considerar que esas inscripciones no están vigentes, sino canceladas, y esto sólo se puede acordar en juicio ordinario y mediante sentencia firme, como hemos dicho, en la que se decreta su cancelación. Claro es que la resolución judicial dentro del 41 es sólo provisional y a las partes se le reserva su derecho en juicio ordinario, pero mientras tanto ha de reconocerse y ampararse judicialmente al titular registral, dando efectividad práctica a la existencia de los derechos consignados en las inscripciones no canceladas. De lo contrario, de no admitir con facilidad esas causas de oposición (no ser la misma finca sin probarlo plenamente; alegar la prescripción a favor del opositor, falsedad de la certificación, etc.), se iría precisamente contra la finalidad esencial que movió la nueva redacción de este artículo, y con ello perdería la eficacia y vigor que se le quiso dar al otorgar medidas rápidas, aunque provisionales, para la protección de la propiedad inscrita a favor del propietario que cuidó de publicar en el Registro sus derechos a fin de que se hicieran públicos para todos, previa constancia en un documento notarial. De este modo irá ganando mayor confianza la institución registral como garantía para los adquirentes en el tráfico de inmuebles y posesión de las fincas que adquieran al comprobar que es el instrumento eficaz y adecuado para proporcionar medios rápidos que le faciliten al dueño inscrito el ejercicio de sus derechos, evitando obligarle a tener un largo y costoso pleito ordinario, litigando, además, en parecido plano de igualdad, contra aquel que para nada se preocupó, en la mayor parte de los casos, de formalizar la adquisición de su derechos en documento público y, además y sobre todo, como hemos dicho, hacerlos constar y notificar su existencia por medio del Registro de la Propiedad para que así fueren conocidos y respetados esos derechos por todos los demás.

Después de este previo comentario general sobre las cuestiones a que pueden dar lugar la aplicación práctica del artículo, se deducirá que las más frecuentes a discutir serán las de oposición comprendidas en la *causa segunda*, o sea la de poder alegar el contradictor posee la finca con derecho adquirido del propio dueño que la reclama o de su causante (por ejemplo, por un contrato de arrendamiento, de habitación, por

título de usufructo, etc.), e incluso oponerse a la petición del titular inscrito como, por ejemplo, alegando haberla comprado de otra persona en documento privado, haberla adquirido por prescripción, etc.

Pero esto nos lleva a examinar y delimitar la posición o carácter en que puede aparecer colocado el contradictor y que podemos reducirlas a tres bien distintas:

1.<sup>a</sup> Oponerse al contradictor apoyando su *derecho a poseer* en un contrato u otro título jurídico que adquirió válidamente del dueño inscrito o de su causante, aunque reconociendo a éste sigue siendo dueño de la finca.

2.<sup>a</sup> Oponerse, según otra causa que no sea la anterior, para no dejar la finca a favor del dueño que la reclama, o sea situarse en *precarista*, y

3.<sup>a</sup> Oponerse por alegar que posee la finca porque es él su *dueño* y no el que la reclama como titular de ella en el Registro.

Es decir, que en las dos primeras oposiciones no se le discute al titular de la finca que no sea efectivamente el dueño de la misma, según así aparece en el Registro, sino que lo único que se le niega es que él tenga el derecho a poseerla y sí que lo tiene el contradictor (fundándose éste, por ejemplo, en un contrato de arriendo, etc.), mientras que en el tercer caso, se le llega a discutir al titular inscrito, más que la posesión, la *propiedad de la finca*, ya que en este caso el contradictor afirma que el dueño es él y no quien la reclama apoyándose en tenerla inscrita en el Registro.

Por consiguiente, vamos a examinar a continuación cada una de estas tres situaciones jurídicas del contradictor para concretar cuáles deben ser regidos por el artículo 41 y cuáles creemos no caben dentro del mismo, puesto que habrán de discutirse estas últimas cuestiones en procedimientos distintos, o sea en el juicio ordinario correspondiente.

*Primer caso de oposición:* Alegar en la demanda el contradictor que posee la finca por derecho que adquirió en virtud de un contrato u otra relación jurídica, contraída directamente del dueño inscrito o de su causante. Este caso puede darse con frecuencia en la práctica, sobre todo cuando el título o derecho a poseer por el opositor deriva o fué adquirido del propietario inscrito o de su causante, si bien esto puede ser desconocido por el dueño actual hasta el momento de presentar la demanda de contradicción por el poseedor. Es indudable que alegada y probada la existencia de tal contrato u otra causa jurídica (por ejem-

plo, legado del usufructo de la finca) por la que el opositor adquirió el derecho a poseer la finca, no cabrá ya la aplicación de las acciones y efectos del artículo 41 a favor del dueño del inmueble (que había solicitado del Juez cesara esa posesión y ejercitaba acciones reales contra el perturbador de sus derechos de propietario), sino que ha de prosperar en este abreviado procedimiento la oposición del contradictor, puesto que así le corresponderá en razón al respeto y protección judicial que debe guardarse a los derechos que legítimamente adquirió sobre la finca, convenidos en un contrato o por otro título legítimo del dueño o de su causante. Es decir, que aquí el opositor no discute ni niega sea dueño el que así aparece en el Registro y sobre tal punto no entabla discusión, puesto que tal derecho de dominio del titular inscrito lo reconoce y respeta, y sólo se opone el contradictor a que se le niegue la posesión de la finca por tener un derecho a poseerla adquirido del dueño que aparece en el Registro o de sus antecesores. En esta situación, resulta claro, por tanto, no cabe la protección y efectos del artículo 41 a favor del propietario inscrito, sino que, por el contrario, debe ser estimada la demanda del contradictor de conformidad con la causa 2.<sup>a</sup>, que así lo previno y recogió.

*Segundo caso:* Fundar el contradictor su oposición en cualquier otra causa que no sea la de tener un contrato o título jurídico derivado del dueño o de su causante, es decir, que viene a colocarse en la situación de *precarista*. Aquí, por el contrario, creemos entra de lleno en juego el mecanismo y protecciones de este artículo y además, de tal modo, que, como queda indicado, es raro ya el caso de propietarios que se encuentren con ocupantes de fincas en situación de precaristas, que no intenten llegar al lanzamiento judicial aplicando la nueva reforma contenida en este artículo. De ahí el uso tan frecuente del mismo, por las sanas previsiones, que para evitar y cortar abusos, contiene este artículo contra los poseedores que, a pesar de no tener adquirido ese derecho del dueño o de su causante, se niegan a dejar la finca, pues por ello concede al dueño *acciones rápidas* "para proteger y restablecer sus derechos" mediante un procedimiento sencillo y barato. Es un acierto el haber llevado a cabo la construcción de este adecuado mecanismo jurídico que constituye el procedimiento y contenido del artículo 41, puesto que recogiendo lo que la práctica iba demandando para que tuvieran rápida eficacia sobre las fincas los derechos consignados en las inscripciones registrales, se ha dado un golpe de muerte a estos juicios

por precario, costosa y lenta arma judicial que hasta ahora se veían obligados a utilizar los propietarios si es que querían desalojar de sus fincas a los que sin título o contrato las ocupaban y, sin embargo, resistían a dejarla a sus dueños cuando éstos así lo reclamaban. Con esos pleitos por precario y con insolventes, parecían condenar al propietario inscrito a que cayera en la maldición del gitano: "Pleitos tengas y los ganes", pero ya tal condena o nocivo deseo habrá acabado con la puesta en práctica del artículo 41, porque no es fácil pueda oponerse y litigar, dentro de este nuevo procedimiento, ningún precarista y menos cuando se le exige una fianza adecuada que responda cumplidamente de todas las responsabilidades que en esa reforma se aseguran a favor del dueño. Pero, sin embargo, no se ha tenido esto siempre en cuenta al señalar pequeña cuantía a la fianza que debe constituir el contradictor, ya que da lugar al abuso de que se mantenga en la oposición y continúe el pleito siguiendo así en la posesión de las fincas, calculando que es más provechoso continuar disfrutando de ellas que abandonar el pleito, y lejos de esto desean que se prolongue cuanto pueda el litigio. Por consiguiente, tan claras y terminantes son las acciones que en la nueva Ley se conceden al dueño de un asiento vigente, que no es fácil la resistencia de los precaristas en este especial y abreviado procedimiento del 41 sí, además, se le exige una fianza adecuada para asegurar al propietario, en todo caso, la efectividad de la sentencia.

*Tercer caso:* Fundar el opositor su demanda de contradicción alegando no ya que posee la finca o derecho con un contrato o relación jurídica con el dueño de la misma, a que se refiere el supuesto primero, sino que tiene ese derecho porque afirma en su demanda de oposición, que él es *el dueño de la finca* y no quien aparece como propietario en el Registro y por ello reclama se le entregue la posesión de la misma. Aquí no se discute ya, como en el primer caso, el derecho a poseer la finca por persona distinta del dueño, según el Registro, sino que se va más allá y por ello la discusión es más profunda, ya que se discute, incluso, la propiedad de la finca. Es decir, reclamada su posesión por el dueño, frente a la propiedad reclamada por el Registro, surge ahora un opositor que la niega y sostiene que él es el dueño de la misma y no el titular inscrito. Puede aparecer fundando su contradicción, simplemente, alegando que la adquirió por algún título, ya sea de compra, de prescripción, legado, etc., pero que no procede de un título válido del dueño inscrito o de su causante, y, además, el título que alega para opo-

nerse no ha sido inscrito, con lo que está en abierta oposición también con una inscripción vigente a favor del que reclama conforme al 41 y por ello, mientras se le cancela, se ha de respetar. Es decir, que su título, el del opositor, a pesar de vivir fuera del Registro, cuya publicidad le notifica tiene dueño la finca que posee, quiere exhibirle ahora para paralizar y dejar sin efecto los derechos que a favor del dueño inscrito proclama el Registro, los que mientras existan y no estén cancelados vienen los Tribunales obligados a ampararlos conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, desde que se dió por primera vez en España al implantar nuestro sistema registral de la propiedad inmueble. La protección del 41 es para todo titular inscrito, sea de inscripción primera o de inmatriculación, sin esperar a los dos años, por tanto, puesto que el artículo no distingue, ya que protege a todo titular inscrito, y esa fué la intención que inspiró este artículo, de acuerdo, además, de no reconocer a ningún opositor que no se apoyase en vínculo jurídico o contrato no derivado o convenido con el titular registral o con su causante.

Parece, por tanto, que resulta claro que en este caso no debe prosperar la demanda de contradicción y paralizarse las acciones que a favor del propietario se reconocen en el artículo 41. De no ser así, sería tanto como negar la finalidad de la reforma, demandada y exigida por necesidades de la realidad, que venía pidiendo se otorgasen al propietario inscrito acciones rápidas, aunque provisionales, para que sus derechos, que se habían hecho constar en el Registro, tengan efectividad y no queden consignados en las inscripciones como una mera declaración sin contenido real ni trascendencia sobre las fincas y precisamente en el atributo más esencial y real de la propiedad, cual es su ejercicio efectivo, mediante la posesión real de la finca. Pero fácilmente se alcanza, que, cuestión tan delicada como es la de negar y pretender anular la propiedad que en el Registro está inscrita y declarada a favor de su titular, no puede ser discutida sin acudir a un pleito plenario, en el que prospere y se decrete tan grave resolución mediante una sentencia favorable al opositor, previas todas las solemnidades, discusiones amplias y garantías que en esos juicios ordinarios se establecen, pero a él sólo acudirá el contradictor si efectivamente cree que pisa terreno firme, es decir, si tiene un sano título de compra, herencia, prescripción, etc. Por ello, mientras tanto, habrá que otorgar al propietario inscrito las acciones que le otorga el artículo 41, pero siempre, claro es, que demuestre



que su inscripción está vigente y, por tanto, le corresponde el derecho de estar amparada por los Tribunales. Todo esto es análogo a lo que ocurre con el procedimiento sumario del artículo 131, para que ese rápido procedimiento no se paralice y la ejecución siga adelante y se evite se burle la finalidad inmediata y urgente que tiende a alcanzar y por ello no se interrumpe su marcha, sino sólo por alguna causa taxativa, como, por ejemplo: la falsedad del título hipotecario, pero demostrada documentalmente en un procedimiento criminal, etc. Es decir, que salvo por esa o alguna de las otras causas que taxativamente se citan y limitan, se ampara siempre al titular de la hipoteca mientras se demuestre *está vigente* la inscripción a favor del actor o acreedor hipotecario.

Todo este amparo y protecciones no son más que consecuencia del objeto fundamental por el que se estableció el Registro de la Propiedad en España para que hubiera seguridad en la adquisición de fincas y de sus derechos, a través de lo que se publicara en las inscripciones, para que los adquirentes de inmuebles tuvieran confianza y tranquilidad de que si adquirían y contrataban con los titulares según el Registro, evitarían verse defraudados luego al tener que defender y hasta correr el peligro de perder su propiedad en un pleito. Si para evitar esa incertidumbre y esas amenazas se estableció nuestro sistema hipotecario, con lo que confiados los propietarios en esas seguridades, realicen sus adquisiciones—por contrato, herencia, etc.—, al contratar sobre los inmuebles y esto lo realizan no sólo mediante su formalización, en documento o título público, sino, además válido y perfecto, porque así lo confirma la calificación del Registrador, luego han de ser, por consiguiente, amparados en los derechos que han adquirido, ínterin en un pleito plenario no se declare y decrete por una sentencia la cancelación de la inscripción de los mismos. Por consiguiente y mientras tanto, habrán de concedérsele al dueño las acciones y derechos que la Ley le otorga como titular inscrito y concretamente las del artículo 41, si es que no se quiere negar no sólo las protecciones de este artículo a favor del dueño inscrito, sino principio tan básico y necesario para la existencia de nuestro sistema registral de que la vigencia y efectividad de los derechos consignados en las inscripciones hay que respetarlas, puesto que aquéllas están amparadas, mientras estén vigentes, por los Tribunales de Justicia. Y no puede ser de otro modo, porque así, además, lo exige la *seguridad* para que exista normalmente *el tráfico y la contratación sobre los inmuebles*, lo mismo que ocurre en el tráfico mer-

cantil en relación al respeto y eficacia de los derechos o crédito consignado en la letra de cambio, revelando también aquí que esa exigencia hace que el derecho se subordine y sirva a las necesidades del tráfico y no al revés.

En efecto, ya dijimos en otra ocasión, que tal exigencia de dar crédito y fortaleza a las inscripciones de inmuebles es análogo a lo que ocurre en el *tráfico mercantil*, cuando se basa este crédito en el instrumento de la letra de cambio, ya que nuestro derecho exige que una vez aceptada no se le permita al librado excusa o pretexto alguno para pagarla a su vencimiento, a no ser, claro es, alegar la falsedad de esa aceptación, pero sin perjuicio de que después—de modo análogo a lo que establece el artículo 41—pueda ser impugnada en un juicio ordinario, pero no en el ejecutivo o especial, ya que éste ha de seguir adelante para hacer efectivos con urgencia los derechos—igual que en el 41—del propietario o tenedor de la letra. Tal prevalecer de los derechos del tenedor o dueño de la letra, contra la oposición del librado a no hacer efectiva su obligación, no se ha consignado en la Ley (nuestro Código de Comercio) por razones puramente jurídicas, sino por necesidades prácticas que piden y exigen no pueda entorpecerse el desenvolvimiento normal del tráfico mercantil. Luego si esto ocurre con la letra de cambio, cuyas formalidades se reducen al mínimo, en un “cliché” común para todas, con más motivo se ha de amparar y proteger con urgencia y energía, los derechos consignados en las inscripciones del Registro, ya que están rodeadas de plena formalidad—por medio de escritura pública—y de garantía al ser calificados previamente los documentos públicos por funcionario especial y competente, quien viene también a confirmar han sido otorgados por persona con capacidad y derecho para ello. De ahí, que todo esto al reclamarlo y exigirlo así el tráfico inmobiliario, lo mismo que el mercantil, *no son, por tanto, los intereses económicos los que se ponen al servicio del derecho, sino al revés, es el derecho el que se subordina* o se somete al servicio de aquéllos para vestirlos, ampararlos y darles seguridad en su desenvolvimiento normal en la vida social, lo que así se cumple en la transmisión de inmuebles por medio de la publicidad registral que notifica *erga omnes* la existencia y adquisición de los derechos sobre las fincas, para que por todos sean respetados, mediante su amparo y efectividad (posesión real de la finca, etc.) por los Tribunales al ordenar su cumplimiento.

Por tanto, entendemos que en este procedimiento de urgencia no

cabe admitir y discutir cuestión tan trascendental y grave como es la de admitir pueda impugnarse en un procedimiento abreviado nada menos que la propiedad o derechos inscritos a favor del titular, bastando alegar documentos o medios adquisitivos que no sólo han vivido fuera del Registro, sino que, además, no han sido previamente reconocidos y declarados en un juicio plenario, por lo que no podrán paralizar los efectos de los derechos proclamados en el mismo, y menos alegando, por ejemplo, simplemente que el contradictor ha adquirido la finca por medio de la prescripción, hecho tan fácil de alegar y más basado en la cómoda y frágil prueba de testigos. Por ello, algún Código extranjero llega incluso a no admitir la prescripción contra las inscripciones del Registro, ya que, sin duda, partirá de que el que está prescribiendo en realidad es el titular registral, puesto que, sin interrupción, todos los días, todas las horas, está proclamando a todos que la finca o los derechos inscritos tienen un dueño y, por tanto, quien intente poseer contra tan clara proclamación, lo hace a sabiendas de mala fe. Por consiguiente, no debe admitirse tal causa de oposición, sino después de ser declarada y ganada, mientras la admita nuestro derecho y no llegue a esa otra perfección, y por eso, hecho o causa jurídica tan extraña a la naturaleza y fines del 41, no fué consignada como causa de contradicción en el primitivo proyecto del mismo y si después al discutirse en la Comisión que lo preparó para su envío a las Cortes, pero con ello ha venido a ser algo anómalo y hasta perturbador, puesto que desentona del inmediato fin que se propone alcanzar con el sencillo y rápido procedimiento de este nuevo artículo encaminado a dotar al propietario de acciones enérgicas que le faciliten y amparen en sus derechos y que, por ello, no puedan ser paralizadas sino por causas concretas y declaradas como son las demás y así se consignaron desde el primer momento en este artículo.

Por otra parte, téngase en cuenta que en el artículo 41 se tendía, al igual que en el 131, que sólo pudieran discutirse dentro de su contenido hechos o cuestiones plenamente probados (por ejemplo, el contrato que diera derecho a poseer la finca a persona distinta del dueño por convenio con éste o con su causante; certificación que demostrara la doble inscripción de la misma; etc.) y, por consiguiente, no cabía admitir el hecho de la prueba testifical, si éste no resultaba previamente probado, adquirido y declarado, repetimos, por una sentencia judicial.

De no interpretarse así la finalidad inmediata de este artículo de

amparo y efectividad a los derechos inscritos, dará lugar, incluso, a facilitar que los litigantes de mala fe sigan en posesión de las fincas, análogamente, muchas veces, a la situación de los precaristas mientras dura el pleito ordinario y así, sosteniendo y alargando la discusión judicial, se van aprovechando el mayor tiempo posible de los frutos y rentas, que fué precisamente lo contrario de lo que se quiere alcanzar y evitar con la reforma contenida en este artículo, puesto que si, por excepción, entre muchos, existe algún opositor que haya adquirido efectivamente la propiedad, acudirá al pleito ordinario, pero la Ley se da para el caso general—el del propietario inscrito—de protección y amparo, lo mismo que para los interdictos del derecho romano, que amparaban rápidamente al caso general del dueño y sin perjuicio de que tales medidas protectoras tuvieran carácter también provisional.

Resumen: Con lo expuesto hemos pretendido delimitar los distintos casos que con más frecuencia pueden darse en la práctica judicial, según el diferente carácter con que aparecerá colocado el contradictor (ya sea como poseedor con título adquirido del dueño; ya como dueño frente al proclamado por el Registro, o ya simplemente como precarista) cuando el dueño inscrito reclama la protección judicial para la efectividad de sus derechos y para ello acude al sumario procedimiento ejecutivo (seguimos insistiendo tiene este carácter, ya que se trata de dar realidad o efectividad al derecho de propiedad) que se establece en el artículo 41, mecanismo rápido que era necesario se implantara en nuestro sistema de publicidad registral, si es que se quería vieran los propietarios tenía utilidad práctica para ellos el hacer constar y publicar la adquisición de sus fincas y de sus derechos sobre ellas (hipotecas, servidumbre, etc.) en el Registro de la Propiedad, a fin de que comprobaran, cuando llegara el momento de tener necesidad de hacer valer sus derechos contra ocupantes y perturbadores, sin contrato con ellos o con sus causantes, no habían de verse obligados a acudir—como si de nada práctico y rápido les sirviera el Registro—a un pleito ordinario, largo y costoso, para que se les respetase y amparase en la plenitud de sus facultades dominicales, especialmente reintegrándole la posesión real de las fincas.

A la vista de esas supuestas situaciones jurídicas en que puede aparecer colocado el contradictor a la reclamación del dueño de la finca, pretendemos delimitar los casos en que el titular inscrito debe estar cubierto por las protecciones rápidas que le otorga la aplicación del pro-

cedimiento y efectos del artículo 41, de aquellos otros en que no cabe la aplicación del mismo cuando resulten probadas plenamente algunas de las causas jurídicas de oposición que *taxativamente* se concretan—análogamente a lo que ocurre en la oposición al procedimiento sumario del artículo 131 de esta misma Ley—en dicho artículo.

Por ello, no estando plenamente demostradas algunas de esas causas de oposición—falsedad de la certificación del Registro; doble inmatriculación de la finca; sentencia por la que se haya declarado la prescripción, etc.—, no cabrá discutir las y probarlas en este urgente procedimiento (el que además está dirigido a cuestiones de derecho y no de hecho) destinado esencialmente a *restablecer*, provisionalmente, la integridad de las facultades dominicales del propietario que se confió en la validez y efectividad de los derechos inscritos y notificados a todos por medio del Registro de la Propiedad.

Por otra parte, esta reciente reforma no viene sino a seguir y reformar los principios básicos que inspiraron la implantación en nuestra Patria de un seguro tráfico de inmuebles para dar así seguridades a los adquirentes y propietarios de que podían contratar confiados en lo que el Registro les manifiesta concretándoles cuáles son los verdaderos dueños de las fincas, así como si éstas están libres o gravadas, para terminar de ese modo con la incertidumbre con que vivía la propiedad.

Pues bien, este objetivo de que el Registro no sea una entelequia, sino que sirva para dar efectividad práctica a los derechos del propietario, es lo que ha venido a seguir también el contenido y procedimiento abreviado del artículo 41 de la Ley, que no viene sino a seguir y robustecer esa idea fundamental que determinó la implantación de un sistema de Registro de la Propiedad en nuestra Nación. Y al crear, por tanto, el Estado esta Institución, quiso así establecer y fundar un sólido tráfico y crédito territorial. fin esencial, insistimos, de nuestra Ley Hipotecaria, dada, por consiguiente, para que los propietarios y prestamistas tuvieran la seguridad de que contrataban con los verdaderos dueños, ateniéndose para esa seguridad a lo que así manifestase el Registro de inmuebles que a ese fin creaba y organizaba esta Ley. Y no podía ser de otro modo, porque, como ya hemos dicho, que siendo esa la finalidad de nuestro sistema inmobiliario—como lo es, en general, el de todos los países—, *el derecho viene subordinado* a ese fundamental principio de protección del crédito, al dar seguridad a los contratantes y adquirentes de inmuebles confiados en la publicidad de los derechos

de sus dueños a través del Registro de la Propiedad. Luego el Derecho inmobiliario, para que no resulte una mera abstracción jurídica o sin contenido o efectividad, ha de vestir y servir de defensa de los intereses económicos que constituyan el tráfico inmobiliario, pero no a la inversa, o sea de éstos subordinados al derecho, puesto que éste debe cooperar al desenvolvimiento normal de la vida económica. Por otro lado, la protección necesaria de esos *hechos económicos* no es, en realidad, creaciones jurídicas de la vida moderna que se desenvuelven y se realizan por medio de los sistemas registrales de la propiedad inmueble—hoy también de la mueble—, sino que ya los romanos, maestros del derecho y sobre todo de recoger y amparar con éste las realidades prácticas, establecieron, como hemos dicho, a favor del propietario, las acciones interdictales, no como meras creaciones jurídicas, sino como instrumento legal práctico y rápido al servicio de los dueños de las fincas para proteger el ejercicio y respeto de sus derechos contra los ocupantes o perturbadores de las mismas. Con esto vemos también que desde antiguo ya se estableció, aunque del mismo modo con el carácter de medidas provisionales, un procedimiento rápido, amparador y restaurador de los derechos del propietario contra los que venían a negarlos, lo que también vino a darse en el derecho que elaboró la sabiduría jurídica de aquel pueblo, no por motivos, repetimos, de mera abstracción legal, sino de verdadera efectividad práctica para proteger hechos o intereses económicos de los propietarios.

De ahí, que tal finalidad fundamental de nuestro sistema de dar la mayor seguridad y claridad al tráfico y crédito territorial no debe ser olvidado, sino que debe tenerse siempre presente, para así constituir la meta a que se debe tender y lograr más plenamente las reformas legislativas de nuestro sistema, a fin de que éste alcance el grado de seguridad que poseen otros extranjeros—Suiza, Alemania, Suecia, etc.—, lo que ha dado lugar a la gran difusión del crédito territorial, que tan completa ha sido que ha podido ayudar a desarrollarse en esos países intensamente esta rama tan importante de la economía nacional, no sólo primero su agricultura, sino después, y además extraordinariamente, su industria.

Si se tuviera siempre en cuenta esa seguridad en que ha de desenvolverse el tráfico y crédito territorial, amparando al propietario inscrito y no tanto por razones de estricto derecho, sino para facilitar el normal desenvolvimiento de la vida económica nacional, mediante su públi-

dad y conocimiento a través del Registro de la Propiedad, no llegarían quizá a plantearse cuestiones doctrinales, como la de si el derecho de hipoteca nace o se constituye cuando se verifica su inscripción, puesto que es el único medio de que efectivamente esté amparado y protegido el interés económico del acreedor, al notificar la existencia de la hipoteca y así sea siempre respetada por todos los posteriores adquirentes, como derecho real que grava y sigue unido a la finca, mientras no quede cancelada: la hipoteca representa el prototipo del crédito territorial basado en la publicidad registral.

LEONARDO CIMIANO,  
Registrador de la Propiedad.

## El castillo y el Registro

Para nuestra afición, el verano es la mejor época de lectura, ora placentera, ora estudiosa; y de meditación. Esa penumbra discreta, deleitosa, de nuestro gabinete frente al variado mar o en el ruidoso silencio de los campos es grande parte para la más propicia nutrición de las cosas amenas e incluso de las áridas polémicas—a veces bizantinas—de los temas jurídicos. Gustábamos no hace mucho con uno de los más finos y profundos análisis de autor que cala hondo en la ciencia del Derecho inmobiliario, ilustre exportador de ideas, conceptos y versiones inéditas y en justicia originales.

Avanzada la lectura cautivadora, una frase nos sorprendió... y enamoró: "El Registro no es cuna, sino castillo. En el castillo no se nace: se defiende..." Sí; esta frase es, sobre feliz, acertada. Nos gusta más que "Burladero". Tal término parécenos que es llevar a la solemnidad de las cosas que deben tratarse seriamente la trivialidad, la pernicioso agilidad huidiza que burla responsabilidad frente a la trascendencia—vigor y libertad—de un toro que se defiende acometiendo. Burladero y alevosía viene a ser la misma cosa y nos asocia a la idea de la multitud, irónica o enfurecida, denostando la pusilanimidad del refugiado. En el burladero el que lo utiliza y el de la barrera tienen la misma mentalidad de cobardía y fraude.

El ser "castillo" ya es otra cosa; con él se identifica la prestancia señorial, la nobleza protectora y la dignidad del protegido. Fortaleza y corazón. Cuna también donde nacen los que un día han de defenderlo; cuna donde nace la tradición y la gesta se perpetúa y vuela en romances. En la suavidad de la penumbra donde trazamos estos renglones intrascendentes parécenos ver, creciendo piedra a piedra, estos inmensos, estos augustos y viejos castillos de España. Suelen asentarse en los elevados riscos o en las suaves montañuelas; a sus pies van levantándose las casitas labradoras y creciendo en vigor los ruidos artesanos. Sus habitantes se sienten fuertes en presencia de la tremenda fábrica y



las tierras ganadas a la frontera inquieta van dibujando la sagrada geometría de los surcos. Sin castillos no se hubiera hecho la Historia ni se habría fundado la Patria. El símil del distinguido publicista es exacto.

Cuando surge acabado el "castillo" de 1861 la tierra que le rodea es frontera y algarada; inquieta incertidumbre. Las gentes del contorno tienen el sueño perturbado por las más terribles pesadillas: el usurero, la carga misteriosa, el privilegio fantasma, los leguleyos chantagistas toda la lepra que corroe a la propiedad aleatoria. ¡Con qué justeza descriptiva nos revelan el triste ambiente los comentaristas del 61!

Cuando aquellos "Adelantados" colocan la piedra final de la última almena pueden contemplar, con mirada llena de esperanza, el porvenir de las tierras y de la hombría circundante; y aquélla y éstos no tardan en solicitar el sagrado asilo que se les brinda. La riqueza ubérrima tiene ya su "castillo"; los pobres pedregales no lo necesitan, ni entonces, ni ahora ni nunca. Como no necesitan Notarios, ni Jueces, ni recaudadores, aunque proliferen—como la mala hierba—el zurupeto, el pica-pleitos, el curandero y el vejiguero. Desgracia sobre desgracia.

He aquí por qué nos enamora la idea, el símil de "castillo" y fervorosamente lo hacemos nuestro con la más agradecida humildad. El Registro en España es un castillo; no todas las cosas pueden alabarse de serlo. Nació para castillo y sigue siendo castillo con las piedras—ya venerables—doradas y prestigiadas por los años. Y cuando el expositor de la última Ley nos dice que en muchos lugares su presencia es estéril o inadvertida, seguramente no piensa el escenario donde se levanta. ¡Y sin embargo allí está como seguro asilo para los prudentes y avisados!

Tal vez más solitario porque parte de su guarnición coadyuvante —la fe—prefiere la concentración urbana a su misional vocación en el roquedal.

Los tiempos tienen sus necesidades, como cada día su afán. En aquellos aurales, frente a un comercio jurídico, frente a una propiedad "en estado de alarma", la Ley Hipotecaria era una Ley marcial. Lo civil y lo castrense. Lo civil, que sentía—o fingía sentir—los más jurídicos aspavientos ante la necesidad urgente y vital de dar cauces serenos y normales a la vida; que fluctuaba entre dos temores dispares: la norma y la anarquía. Lo castrense, que imponía el deslinde y el amojonamiento. Aquella lucha que respondía al estado de espíritu

del siglo con los últimos ecos cortesanos de la Fontana de Oro o de sus sucedáneos importados, había de imponer a los legisladores la cómoda mentalidad de una jurisprudencia salomónica, según frase acertadísima de Núñez-Lagos. Pero la Ley Hipotecaria había de nacer y habrá de vivir con un concepto institucional, emancipada del ordenamiento, del protectorado civil; como castillo, como Adelantado de Frontera; como Señora y no como vasalla.

Fué lástima aquella transacción en que las presuntas madres prefirieron que el infante fuera descuartizado, como fué y ha sido triste negligencia dejar abierta la poterna a principios sospechosos que tratan de enervar la defensa con fortuna y habilidosos artificios.

Pugna entre lo sustantivo y lo informativo. Un momento parece que nos decidimos por lo primero cuando se fijan los contornos de la hipoteca: la fuerte personalidad constitutiva de la inscripción que le da vida, y sin la cual era creencia que no pasaba de la modesta categoría de un préstamo, porque la afección trascendental inmobiliaria sólo podía engendrarse en la matriz del Registro, empieza a ser lapidada con forzadas interpretaciones que—a veces también parten del interior—buscando vanas raíces civiles. Ya parece que, en caso de no inscripción, no deja de ser “tal hipoteca”; si bien en expectativa de destino y con regalo: una acción para compelerse a la formalización. De eso al “papelico” rural de “hipoteca” que fabrican los palurdos usureros sólo hay un paso.

¿Y la buena fe? Cuando hablamos de la buena fe con respecto al Derecho inmobiliario sorprendemos en la mayor parte de las gentes el mismo gesto, tal vez sincero, tal vez no sincero, que a muchas solteras de piernas torcidas ante las faldas cortas de la airosa juventud. A nadie se le ocurre rasgarse las vestiduras si un Jurisconsulto de la seriedad de Gómez de la Serna, siguiendo al comentarista Martou—léase a Núñez-Lagos—la deja laxa e inoperante a los efectos de la inscripción; pues aquí, remozada, fresca y pimpante la tenemos en los artículos 34 y 36. Claro que en estos ligeros apuntes—ni nunca—tenemos pretensiones dogmáticas; ni siquiera tenemos en nuestra mesa toda la profusión de libros, revistas y notas que parecen ser necesarias a todo crítico investigador. Seamos amables con aquellos que acaso por equivocación sean nuestros lectores, para que ellos sean también indulgentes con nosotros. No obstante, preguntemos: ¿Son nítidos los contornos de la buena fe? ¿El conocimiento del inscribiente—a sus efectos—se puede limitar

a conocer en toda su extensión la exactitud de la inscripción de su cedente, en relación con los datos externos? ¿Se le ha de obligar a que, no sólo en el Registro, sino entre todos sus convecinos verifique una encuesta sobre la moral de su causante y la posibilidad de que en su juventud haya tenido relaciones ilícitas con el derecho transmitido? El conocimiento de que es "dueño" y tiene "capacidad" para transmitir, ¿qué dimensiones ha de tener? ¿Será caso de mala fe el saber la existencia de un poseedor discutido sin acusarle previamente de jactancia? Terribles interrogantes. Si todos los que diariamente contratan sobre inmuebles se contaminaran de esa enfermedad desagradable que es la aprensión, ¿qué de remilgos veríamos en Registros y Notarías! Seguramente que a ambas funciones habría que adosarlas un cuerpo de investigadores especializados y de sendas pólizas de seguros.

Porque esta necesidad de la buena fe—según el Supremo—no está limitada al momento inicial del contrato: acompañará siempre, fatalmente, al propietario y, por consiguiente, a la inscripción hasta que ésta cause usucapión o hasta el momento en que se consiga su alijo a otro desgraciado. Una nueva aplicación de la teoría del tracto.

Tranquilicemos a los concurrentes a Notarías y Registros: Toda la carga de prueba competirá al demandante y la propia ley se encarga de calmar ese tremendo tornado en los mares de un vaso. El típico caso de la doble venta está resuelto rotundamente a favor del más diligente en la inscripción. ¿Qué trascendencia puede tener el conocimiento de existir una venta simultánea o anterior? ¿Qué gravedad para un acreedor anotante el que existan otras deudas o procedimientos anteriores al suyo? La medula del problema reside en que, contra el parecer y propósito consciente de Gómez de la Serna, el imperio de la buena fe en su necesario y puro sentido civil es revivido en la esfera de la Ley Hipotecaria, cuando los poderosos argumentos de Martou no han dejado de ser lógicos con el sistema, cuando la Ley Hipotecaria es una ley de orden público, una ley marcial.

Veamos el "hecho" posesorio.

En sus comienzos, para facilitar el acceso al nuevo Registro, como medio supletorio de titulación, como un aspirantado al dominio, como un medio hermano, o más bien como un hijo natural, se admite la posesión en el Registro. Desde nuestra modestia nos atrevemos a exteriorizar asentimiento por la tendencia. Una parte importante de la propiedad carece de "documentos" justificativos del dominio, otra se está

poseyendo desde tiempo inmemorial, aunque en su origen tenga bastardía. Es un hecho en el que influyen diversas causas: la carestía de la documentación habilitante, la misma dificultad geográfica de proveer ésta, el innato deseo de eludir contribuciones e impuestos, y la buena fe, la verdadera buena fe de los contratantes que más que en la "eficacia" del Derecho creen en la mutua moralidad!

La posesión tiene que hacer antesala en el Registro antes de entrar en el salón familiar. Para la posesión basta el "tuteo"; para el dominio se requiere "tratamiento". Claro que, desde el principio, se desnaturalizó el requisito de su admisión; en vez de ser el propio Registrador el funcionario encargado de verificar sus vestiduras, éstas son confeccionadas por los Secretarios de Ayuntamientos. Ello—dicho sea con el debido respeto—era, sobre impropio, poco serio. Así resultó ello. Para la cursi multitud gregaria el almacén de ropas hechas—prontitud y economía—tenía mayores alicientes y razones que el buen sastre. Desgraciadamente no se ha enmendado el camino; con su actual desahucio—ahora que tan difíciles están los desahucios—se ha sustraído de la esfera judicial. Basta que ciertas entidades o corporaciones sustituyan en las certificaciones de acceso la palabra posesión por la de dominio para que de manera simplista y milagrosa quede salvado el principio. A lo más una pequeña acta de notoriedad nos pondrá el dominio con traje de primera comunión.

Sin embargo, la posesión marginada del Registro parece vivir su vida. La biología externa de la posesión invita a un examen cuya profundidad puede sernos desconocida. No aceptemos la invitación. Limitémonos a sugerir que, a pesar de que los artículos 35 y 36 parecen ser la Santabárbara de la Ley, la defensa arranca y se inserta en la propia Ley, entre otros, los artículos 38 y 37. La debilidad aparente de los incisos A y B del artículo 36 arranca de esa fórmula vaga de la posibilidad de conocimiento por el adquirente de una posesión contraria o de su consentimiento durante el año siguiente a la adquisición.

En cuanto al primero, la propia Jurisprudencia del Supremo—citada por Núñez-Lagos—nos persuade de la necesidad de un conocimiento evidente y asentido, no bastando la noticia más o menos exacta; el "bulo", que diríamos. La carga abrumadora de esta prueba estará a cargo del impugnante. En el apartado B se opera sobre el supuesto de la ignorancia inicial, pero del conocimiento posteriormente adquirido y consentido durante el año subsiguiente. Naturalmente que si ese

consentimiento es expreso, habrá una "dimisión dominical" para cuya calificación entrarán en juego otros principios de derecho.

Tenemos, pues, una nueva consecuencia del principio de buena fe y por ello mismo debemos redargüir que el prescribiente exterior carece de ella cuando está consintiendo una inscripción contraria que, por imperio legal y a "todos los efectos"; se presume exacta incluso en la posesión. ¿Cómo habrá de resolverse este conflicto de dos malas fes recíprocas? No nos cabe duda al inclinarnos por la virtualidad de la inscripción, pues no olvidemos que el propio Código civil respeta el ámbito de la Ley en esta materia y que la posesión que puede entrar en colisión es la gozada a título de dueño.

No cabe dudarlo. No lo dudemos. El castillo tiene solidísimas defensas. El foso del artículo 20 no se salva sin que el puente descienda con el santo y seña. Ante el amago de ataque, ante la más pequeña escaramuza, como soldados que no se rinden, fieles e insobornables, se yerguen los artículos 17, 18, 31 a 38, 41 y en fin, tantos otros infatigables en su vigilia para dar eficacia y seguridad a las relaciones jurídicas sobre inmuebles y derechos reales, bien vestidos con la etiqueta protocolaria del artículo 3.º.

Esto es lo importante. En el castillo está reservado el derecho de admisión, y si bien al documento recipiente del título se le quiere identificar con éste y hasta vincularlo a una "Auflassung" de importación, la intervención del artículo 18 restablece la verdadera personalidad del visitante.

No; no podemos estar descontentos de esta Ley, de este castillo que tiene nombre y prosapia de muchas generaciones; que fué levantado por necesidad y edificado con materiales nobles. Pronto se embotan los trabajos de zapa al llegar a sus sólidos cimientos y ni los inteligentes servicios sirven a su ruina.

Con todo, recordemos aquella escena de "¿Quo Vadis?". A la incierta luz matinal sale Pedro de Roma; teme las mortales persecuciones de los recalcitrantes a la nueva fe; sigue una senda escondida a cuyo promedio aparece con divina y refulgente transparencia la figura del Maestro, que camina ante la deserción a nuevo sacrificio. ¿A dónde vas, Señor?

No desertemos tampoco.

RAFAEL GÓMEZ PAVÓN,  
Registrador de la Propiedad.

## Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

INMATRICULACIÓN DE FINCAS.—EN TODOS LOS CASOS EN QUE EL REGISTRADOR SOSPECHE QUE LA FINCA QUE SE PRETENDA INMATRICULAR PUEDE SER OTRA INSCRITA, LO MISMO CUANDO SE TRATE DE LAS CERTIFICACIONES DE DOMINIO A QUE SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 303 AL 307 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, QUE CUANDO SE TRATE DE LOS TÍTULOS ENUMERADOS EN LOS ARTÍCULOS 298 AL 302 DE ESTE REGLAMENTO. EL PROCEDIMIENTO ESPECÍFICAMENTE ADECUADO PARA DESVANECER LA DUDA ES EL REGULADO POR EL ARTÍCULO 306, CON LA NATURAL VARIANTE DERIVADA DEL EVIDENTE INTERÉS PÚBLICO DE LAS PRIMERAS Y DEL INTERÉS GENERALMENTE PRIVADO DE LOS SEGUNDOS.

*Resolución de 29 de julio de 1949, "B. O." de 22 de septiembre.*

Doña P. C. y C. y su madre doña P. C. L., fallecieron, respectivamente, el 23 de noviembre de 1920 y el 30 de julio de 1923, siendo los únicos interesados en las herencias su viudo y los dos hijos de aquella don V. T. C. y don V. y doña I. T. C. Los tres, de común acuerdo, practicaron las operaciones de partición de los bienes relictos y las consignaron en un cuaderno en el cual convinieron en adjudicar el usufructo de todos los bienes hereditarios al viudo, quien donó la nuda propiedad de sus bienes privativos, también inventariados, a sus hijos, con reserva del usufructo. El cuaderno fué protocolizado el 19 de octubre de 1946, mediante escritura otorgada por los nombrados padre e hijos, en la cual ratificaron las operaciones divisorias; y entre las fincas inventariadas figuraban seis no inscritas y

cuya inmatriculación se solicitó con arreglo al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, cinco radicantes en el distrito de Játiva y la otra en el de Alberique, que es la número uno del segundo inventario de bienes particulares del viudo, cuya descripción, valor y título de adquisición se consignan así: "Cinco hanegadas poco más o menos, o sean cuarenta y una áreas y cincuenta y cinco centiáreas de tierra arrozal, sitas en término de Benegida, partida dels Alters, lindante, por Norte, con tierras de Salvador Benito; por Poniente, camino de Benegida, y por Levante y Mediodía, por la carretera Real. Valorado el pleno dominio en cinco mil setecientas cincuenta pesetas. Título: la adquirió don V. T. C. en estado de viudo, por compra a doña M. D. C. L., en escritura otorgada en 27 de julio de 1927 ante el Notario de Játiva don José Martínez Martín, que satisfizo el impuesto de derechos reales en 20 de agosto siguiente, según carta de pago número 1.434. No se halla inscrita en el Registro de la Propiedad."

En la escritura de protocolización se hizo constar lo siguiente: "Asimismo, yo, el Notario, doy fe que los otorgantes me exhiban el título de adquisición de la finca descrita bajo el número uno del segundo inventario y de bienes privativos de don V. T. C. en que constan los datos que en el cuaderno se consignan; así como el título de las fincas que figuran en el tercer inventario, cuyas cinco fincas las adquirieron don V. y doña I. T. C., en partes iguales en la partición de la herencia de su abuela materna, en la que constan los datos allí consignados y cuyas inscripciones solicitan al amparo del artículo doscientos cinco de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento."

Presentada primera copia parcial de la citada escritura y del cuaderno, expedida a favor del viudo y de su hija doña I. en el Registro de la Propiedad de Játiva, fué inscrita en cuanto a las fincas sitas en el respectivo distrito; y, presentada después en el Registro de la Propiedad de Alberique, no se llevó a cabo la inscripción de la descrita finca, según nota del tenor siguiente: "No admitida la inscripción a favor de doña I. T. C., de la nuda propiedad de una tierra arrozal, en término de Benegida, partida dels Alters, y que se solicita al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; porque si bien en el título de adquisición se menciona la causa y documento por que fué adquirida por el viudo de la causante, es requisito del mentado artículo y de su concordante 298 del Reglamento, párrafo cuarto del apartado quinto, que las circunstancias de la adquisición anterior se acre-

diten con la presentación del documento en que consten, bien por su transcripción o relación suficiente en virtud de exhibición de dicho documento hecha por el propio Notario autorizante. Tampoco procede su inscripción mientras no se justifique que la finca en cuestión es distinta de la que con igual cabida, término, partida y linde. Este aparece registrada a nombre de persona distinta en el tomo 19, libro 2 de Benegida, folio 203, finca 233, inscripción primera."

Interpuesto recurso por don Ulpiano Martínez Moreno, Notario de Játiva, autorizante de la escritura de protocolización de las operaciones particionales, la Dirección confirma el auto presidencial, revocatorio de la nota del Registrador, en el único extremo apelado, segundo de la misma, pues respecto al primero, que también—repetimos—fué revocado por el Presidente, no fué objeto de apelación por el Registrador, mediante las declaraciones siguientes:

"Que en casos como el discutido la legislación hipotecaria actual, lo mismo que la anterior, impone a los Registradores el deber, ineludible en un sistema registral que no se apoya en datos catastrales, de examinar minuciosamente los índices y asientos respectivos con el fin de averiguar si los inmuebles cuya inmatriculación se solicite figuran o no inscritos e impedir los inconvenientes y perjuicios de dobles inmatriculaciones; y si del examen resultare que la descripción de los inmuebles coincidiera en algunos detalles con la de otros ya registrados, tienen la obligación, según los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, de extender anotación preventiva, si la pidieren los interesados, de entregar a éstos copia del asiento aparentemente opuesto y de suspender el despacho del documento hasta que el Juez de Primera Instancia, ante quien podrán aquéllos comparecer, resuelva la duda sobre la identidad de los predios por los trámites señalados en el artículo 306, conforme a los cuales se dará vista de los antecedentes a las personas que pueden tener algún derecho sobre el inmueble registrado en el asiento reputado contradictorio y, con su audiencia, se dictará auto declarando o no inscribible el título.

Que, por consiguiente, en todos los casos en que el Registrador sospeche que la finca que se pretenda inmatricular puede ser otra inscrita, lo mismo cuando se trate de las certificaciones de dominio a que se refieren los artículos 303 al 307 del Reglamento Hipotecario, que cuando se trate de los títulos enumerados en los artículos 298 al 302 de este Reglamento, el procedimiento específicamente adecuado para



desvanecer la duda es el regulado por el citado artículo 306, con la natural variante derivada del evidente interés público de las primeras y del interés generalmente privado de los segundos, procedimiento que no cabe sustituir por una prueba que el Registrador no indica ante quién ni con qué garantías e intervenciones habría de ejecutarse, porque esto constituiría una innovación reglamentaria que implicaría la inobservancia de una norma rituarial especialmente aplicable a dichos casos.

Que de acuerdo con la Ley y el Reglamento hipotecarios vigentes, la práctica registral y las opiniones de los comentaristas, los Registradores no deben suspender automáticamente la inmatriculación de fincas por la simple coincidencia de algunos detalles descriptivos, sino que la duda sobre identidad de los predios ha de tener un fundamento racional dimanante de todas las circunstancias del caso; y esta lógica interpretación ha sido explícita y reiteradamente admitida en Resoluciones de este Centro directivo.

Que lo expuesto bastaría para justificar la devolución del expediente al Registrador con el fin de que, ejercitando su función dentro del cauce reglamentario, se acomodare a lo preceptuado en el repetido artículo 306; pero, por economía procesal, se debe prescindir de este rodeo de alcance meramente formulario y estudiar el fondo del asunto con objeto de llegar a la conclusión de si hay o no motivo en el problema debatido, de naturaleza más topográfica que jurídica, para suponer que el predio inscrito aludido por el Registrador puede ser el mismo que se intenta inmatricular.

Que, como acertadamente sostienen el recurrente y el Presidente de la Audiencia, la duda del Registrador carece de base suficiente para no efectuar la inmatriculación, porque la finca descrita en el documento calificado limita por Este, Sur y Oeste con vías públicas, es decir, que en su casi totalidad está situada entre caminos; y la finca a que hace referencia la nota impugnada solamente confina por el Este con un lindero fijo, la carretera real, que es una de las expresadas vías, lo cual no permite suponer la identidad de los predios, excluye la posibilidad racional de la existencia de perjuicios a terceras personas y no debe ser causa de dilaciones, molestias y gastos para los interesados.

Siempre que nos llevan a inmatricular fincas a virtud de documento público anterior o fehaciente privado, acuden a nuestra memoria aquellas—como apotegma—palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria primitiva: “El Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no áquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva.”

Y surge la vacilación. Y la duda. Y el escepticismo sobre el rigor de la calificación y el tracto que se debela tan fácilmente con unas simples variaciones de nombres y dejar transcurrir apenas un año (apartado 3.º, art. 298, R. H.).

¿No supone esto la quiebra de la Institución? Sea por la falta de Catastro, desidia de los interesados, pobreza de la propiedad, la realidad es que la forma amplia, generosa, conque la Ley y sobre todo el Reglamento, acogen la entrada—en aluvión diríamos—de fincas no inscritas en el Registro, tiene un aire de ligereza y frivolidad.

Acaso seamos pocos los que en este sentido nos haya decepcionado la reforma (tan loable, tan técnica y realista en casi todos). ¡Pero esas actas de notoriedad que tan fácilmente se improvisan! ¡Esos documentos privados que se dejan dormir un año para, como plataforma, crear una titulación!

Seguramente el Registrador que provocó el anterior recurso se vería acometido de aquellos escrúpulos y dudas en la inmatriculación que le solicitaban y denegó por los dos motivos transcritos, el primero de los cuales—del que desistió en alzada—hubiera sido deseable diera ocasión a pronunciarse a nuestro ilustre Centro. Sin duda que con los textos en vigor la revocación del mismo que hiciera el Presidente se habría ratificado; pero acaso envuelta en directrices y normas que frenando el radicalismo reglamentario permitiera un tantico de intervención calificadora en esos documentos que podíamos llamar *inmatriculadores*.

¡Es tan duro dar entrada en el Registro, por causa de la inmatriculación, a derechos cuya base u origen son actos o negocios de nulidad radical, absoluta!

Sí. Ya sabemos que sólo se trata de prueba de fecha, de fehaciencia. Y que como ya dijera el insigne Morell (con el tiempo se acrecenta su figura): “el Reglamento se preocupa únicamente de la autenticidad de la fecha. En cuanto a la verdad o fe que pueda merecer el acto en sí mismo o en cuanto a las personas que en el documento figu-

ran, firmas, etc., se contenta con poner en conocimiento de todos cuantos pudieran estar interesados en ese acto, el hecho de la inscripción, por medio de edictos en los sitios públicos de los pueblos en que se halle el Registro y en que estén situados los bienes, y publicación en el "Boletín Oficial" de la provincia." (Hoy ni esto último siquiera.)

\* \* \*

NOTA.—En nuestro comentario a la Resolución de 21 de abril de 1949, por defecto de expresión hubimos de afirmar que el Supremo negaba validez al "*pactum reservati dominii*" respecto a los inmuebles (página 510 del núm. 254-255, julio-agosto, del actual año de esta REVISTA).

Y como en amable carta el culto Registrador del Distrito de Oriente de Valencia, don José Martínez Santonja, nos solicitaba fecha de algunas Sentencias sobre el particular (cumplido el deber de cortesía privadamente para tan admirado compañero), nos cumple rectificar públicamente la defectuosa expresión para decir que, por las dificultades técnicas y prácticas de la figura, apenas se había presentado el caso en inmuebles, por lo que el Supremo casi no ha tenido ocasión de pronunciarse. La única Sentencia hallada respecto a inmuebles es la de 15 de marzo de 1934, por la cual y al lado o junto a las de 30 de noviembre de 1915, 10 y 14 de enero y 11 de marzo de 1929, en cuanto a muebles, el Supremo ha forjado su doctrina de la condición suspensiva sobre la tradición (tesis de Candil); solución difícil—es forzoso reconocer—, tanto en inmuebles como en muebles.

Pero oigamos a Moxó, del que hemos tomado la nota precedente:

"g) El *pactum reservati dominii*, también se usa como garantía del precio aplazado, según indican las ventas llamadas *a tempérament* en Francia, que han ocasionado la reforma del artículo 1.589 de aquel Código y han roto la línea clásica de su promesa de venta. Entre nosotros se acepta por el Supremo, y por Candil en su monografía, y es explicado por el mecanismo de la condición suspensiva en cuanto a la tradición y consumación de la venta. Las sutilezas a que se llega, sometiendo a condición la entrega ya verificada, hacen la construcción sospechosa, especialmente en una tradición, como la nuestra, de tipo facticio, de cumplimiento. En consecuencia, el Supremo y Candil reconocen el *pactum* poco usado en la venta de inmuebles y expuesto a

peligros en la de muebles, por su distinta significación posesoria, lo que conduce al barroquismo de difíciles combinaciones contractuales. En cambio, respecto a la venta de inmuebles, se conseguiría la deseada garantía del precio aplazado, con la dotación de eficacia real y mejor, con la virtualidad del cierre del Registro, pues para aquella eficacia ya existe la condición resolutoria—concedida a una plena prohibición de disponer.”

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1949.—*Técnica del recurso de casación.*

La técnica de la casación, en la que el interés privado que la promueve ocupa un secundario lugar al que no tiene acceso para discutir libremente en orden a los hechos y cuestiones que ya de este modo lo fueron en las instancias del juicio, limita los medios de los que los recurrentes pueden valerse para combatir las afirmaciones deducidas en la sentencia recurrida de las pruebas practicadas, no consintiéndoles que las censuren, contradigan y valoren más que oponiendo a la apreciación de la Sala sentenciadora un documento o acto auténticamente demostrativos por sí mismos de que fué equivocada, o un precepto legal que evidencie que se había concedido a la prueba que la sirviera de base valoración distinta de la que por aquél la estaba asignada; y bien ha de entenderse que estas dos clases de error sólo podrán producir la casación cuando afecten al fallo cometido de manera tan influyente, en todos o en alguno de los pronunciamientos que contenga, que éstos tengan en él su causa o razón única.

SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1949.—*Fallos coincidentes.*

Es reiterada la doctrina de esta Sala de que en los recursos de casación por infracción de Ley establecidos por las partes litigantes, cualquiera que sean los motivos en que se fundan, no debe ser casada la sentencia cuando la que había de dictarse en segundo término tendría que coincidir en su fallo con la recurrida, aunque fueran distintos sus fundamentos.

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1949.—*Diligencias para mejor proveer; restitución «in integrum».*

I.—No puede ponerse en duda la facultad que al juzgador de instancia, en cualquiera de sus grados, le concede el artículo 340 de la Ley Procesal para traer a los autos cuantos documentos crea convenientes al efecto de esclarecer el derecho de los litigantes, ni cabe tampoco poner en duda que a esta prueba para mejor proveer le conceda la Ley igual posibilidad de valoración que la producida a instancia de las partes.

II.—El artículo 1.304 del Código civil, con antecedentes en el antiguo privilegio de restitución «in integrum», acogido en las legislaciones romana y patria en favor de incapacitados, viene siendo interpretado por la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con nutrida doctrina científica, en el sentido de que el enriquecimiento del incapacitado, que le obliga a restituir lo que hubiese sido recibido por razón del contrato nulo que celebró, no se produce por la mera entrega de cantidad que se le haya hecho, sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades, incumbiendo la prueba del enriquecimiento así entendido al contratante capaz, como excepción de la norma general de reposición de las cosas al ser y estado que tenían antes del contrato, establecida en el artículo 1.303 del mismo Código, aunque por méritos de equidad pudiera mitigarse el rigor de la referida doctrina regulando trato jurídico distinto para la restitución al contrayente capaz, según éste haya obrado o no a sabiendas de la incapacidad de la otra parte contratante.

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1949.—*Apreciación conjunta de la prueba; valor de la confesión.*

I.—La afirmación de la Sala sentenciadora de deducir su criterio de la apreciación conjunta de la prueba podrá ser criticada doctrinalmente como amparadora de la intangibilidad del juicio propio o como expuesta a abusos en la interpretación de las probanzas; pero en la práctica habrá que reconocer que el juzgador, dentro del sistema de la libre valoración de la prueba, habrá de formar su convicción, como acontece en todo proceso lógico, no por el examen aislado de cada elemento de prueba propuesto, visto a través de la objetividad que ofrece la norma probatoria atinente, sino por la valoración y compensación conjunta de todas las probanzas articuladas en su compleja y lógica trabazón, y la indudable consistencia de este resultado del raciocinio es lo que ha inducido a la jurisprudencia, con una reiteración sobradamente conocida, a establecer el principio procesal de que no cabe combatir en casación la eficacia de una prueba determinada cuando se aprecia en combinación con otras por el Tribunal sentenciador, como asimismo que no es lícito desarticular la unidad orgánica resultante de los diversos elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal «a quo» para fundar sobre alguno o algunos de los dichos elementos aislados la impugnación de que se realice contra la resolución de que se recurre, sin que estos dos principios procesales pueda entenderse que cierran el camino de modo absoluto a los recurrentes para combatir la valoración de las pruebas, que desde luego está amparada por la soberanía de la Sala de instancia, a menos que en la apreciación hecha por ésta aparezca de manera manifiesta la existencia de un vicio lógico que envilezca la conclusión deducida o se revele de manera evidente la equivocación del juzgador, supuestos ambos a que la Ley Procesal atiende con su posibilidad de acusar los errores de hecho o de derecho cometidos por el Tribunal de instancia al en-

juiciar las pruebas, si bien con los requisitos o cautelas que la doctrina jurisprudencial repetida y uniformemente viene exigiendo para la corrección de tan específicas y discutidas infracciones.

II.—La confesión judicial no es un medio de prueba superior a los demás, sino que ha de valerse en combinación con las otras probanzas aducidas.

SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1949.—*Carga de la prueba.*

Es doctrina reiterada de esta Sala, entre otras sentencias, las de 3 de junio de 1935, 7 de noviembre de 1940, 30 de enero de 1943 y 20 de febrero de 1943, que aquel que quiera hacer valer un derecho debe demostrar los hechos normalmente constitutivos del mismo, o sea los necesarios para justificar la acción ejercitada, sin que pueda darse a la distribución del «onus probandi» una aplicación tan rígida que obstaculice el ámbito propio de la apreciación judicial de la prueba impidiendo al Tribunal tener por existentes aquellas circunstancias que por sí mismas excluyan la acción cuando resulten acreditadas por los documentos o pruebas aportados por cualquiera de los contendientes.

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1949.—*Desahucio en precario.*

El desahucio en precario, para ser eficaz en derecho, ha de apoyarse en dos fundamentos: de parte del actor, la posesión real de la finca a título de dueño, de usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla, y por parte del demandado, la condición de precarista, es decir, según doctrina muy reiterada de la jurisprudencia de esta Sala, la ocupación del inmueble sin otro título que la mera tolerancia del dueño o poseedor.

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1949.—*Arrendamientos urbanos.*

El artículo 115 de la Ley de Arrendamientos urbanos dispone que no prosperará la acción ejercitada al amparo de la causa segunda de excepción a la prórroga del artículo 76 si el Gobernador civil de la provincia no autoriza la demolición del inmueble, sin que esta autorización, cuando la conceda, prejuzgue la procedencia de aquélla.

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1949.—*Préstamos usurarios.*

La declaración de nulidad de los contratos de préstamos usurarios, que define el artículo 1.º de la Ley de 28 de junio de 1908, es aplicable tanto a los de carácter civil como a los mercantiles, no sólo porque aquél no establece distinción alguna, sino también porque la moderna jurisprudencia, aclarando el alcance y sentido de la antigua doctrina, ha proclamado ya reiteradamente — sentencias de 13 de febrero de 1941 y 3 de mayo de 1945 — que no es posible interpretarla en términos tan absolutos que queden al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales, siquiera, al

estar presididas por la idea de lucro, deba autorizarse para ellas una mayor libertad en la contratación y ajlicarlas la norma especial cuando circunstancias muy calificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso.

SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1949.—*Aplicación de normas del Derecho musulmán.*

Dado el texto de los artículos segundo, décimonoveno y vigésimo del dahir que regula la condición civil de españoles y extranjeros en la Zona del Protectorado de Marruecos, y teniendo en cuenta la nacionalidad del poderdante y del apoderado, resulta indudable que para apreciar en el caso presente la mayor o menor amplitud de las facultades conferidas por la primera al segundo son las normas del Derecho musulmán y no las del Código de Obligaciones y Contratos de dicha Zona las que deben ser tenidas en cuenta.

SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1949.—*Arrendamientos urbanos.*

El propósito del legislador no fué otro en estas disposiciones, como en la Ley de Arrendamientos Urbanos, que el de que el propietario a quien las leyes impiden la elevación de las rentas, dentro de ciertos límites, pudiera compensarse, repartiéndolo entre los inquilinos, del gravamen resultante sobre la propiedad inmueble por virtud de las nuevas contribuciones c de la elevación de los tipos contributivos de las vigentes; pero no cuando dicho aumento se produjera por consecuencia de un acto puramente voluntario del arrendador, como es el caso de que éste elevase la renta en un 40 por 100 a tenor de lo dispuesto en el artículo 118; pues, de otro modo, el aumento de renta autorizada no se limitaría a dicho 40 por 100, sino que sería extensiva al importe del aumento de contribución resultante de la elevación de dicha renta, interpretación no sólo en pugna con la letra de dicho precepto legal, sino con el espíritu de protección al inquilino que inspira toda la legislación de alquileres y con el concepto mismo del impuesto, que, recayendo sobre determinados bienes, debe afectar exclusivamente al propietario de éstos, salvo las excepciones que por razón de interés social establezca el legislador, como acontece en los casos a que se refiere el artículo 126 de la Ley.

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1949.—*Competencia de la Justicia Municipal.*

Según doctrina de esta Sala, a partir de la sentencia de 22 de abril de 1947, la Ley de 24 de junio de 1938 y su Reglamento de 28 de diciembre del mismo año regulan exclusivamente la organización y funcionamiento de las Juntas de Detasas, sin afectar a la competencia territorial de los organismos de la Justicia municipal, que se decidirá con arreglo a la Ley de 21 de mayo de 1936, por disponerlo así el artículo 2.º del Decreto de 24 de enero de 1947, siempre que se trate, como en el caso de autos, de cuestiones de competencia planteadas con anterioridad a la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1948, carente de efecto retroactivo, según doctrina juris-



prudencial establecida en sentencias de 22 y 27 de septiembre de 1948, entre otras.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1949.—*Obligaciones reciprocas.*

El deber de fidelidad o de acatamiento a la palabra dada, que informa el principio fundamental en contratación *pacta sunt servanda* y late concretamente en el artículo 1.124 del Código civil, en cuanto supone implícita a las obligaciones reciprocas la facultad de resolverlas si uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, ha dado ocasión a reiteradas declaraciones de esta Sala con marcada tendencia al mantenimiento del vínculo secuestral en tanto no se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado, o un hecho no imputable al deudor, que de modo absoluto y definitivo impida el cumplimiento de la relación contractual, de tal suerte que, en principio y a salvo los negocios a fecha fija, en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto, ni puede romperlo el contratante que primeramente abandona su reciproca prestación, como no sea por causa determinante en el aspecto jurídico de caso fortuito o fuerza mayor, con efectos restrictivos y no completamente suspensivos.

SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1949.—*Acumulación de procesos.*

De la coexistencia de pleitos que, de seguirse separadamente, puede dar lugar a resoluciones contradictorias se derivan la necesidad y el remedio a que atiende la Ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 160 y siguientes al establecer la procedencia de que cuando en aquéllos concurra alguna de las causas que precisa el artículo 161 se decrete su acumulación para que continúen como uno solo, atribuido al conocimiento del Juez o Tribunal al que corresponda por la materia litigiosa.

SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1949.—*Cosa juzgada.*

La jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de junio de 1899, 10 de diciembre de 1926 y 19 de junio de 1928, entre otras, interpretando los tres párrafos del artículo 1.252 (del Código civil), ha declarado que existe jurídicamente identidad de personas, aunque no sean físicamente las mismas las que litiguen en los dos pleitos, cuando la que litiga en el segundo pleito ejercita la misma acción, invoca iguales fundamentos y se apoya en los mismos títulos que en el primero, pues ello implica la solidaridad jurídica entre los demandantes a que se refiere el artículo 1.252.

LA REDACCIÓN

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de enero de 1949.*

LOS CONTRATOS QUE CELEBRE UNA EMPRESA SOBRE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA PARA USOS INDUSTRIALES ESTÁN SUJETOS AL IMPUESTO AUNQUE ADOPTEN LA FORMA VERBAL, PORQUE LA LEGISLACIÓN VIGENTE IMPONE FORMAS PRECISAS QUE IMPIDEN QUE PUEDAN SER CALIFICADOS DE VERBALES. ESTO APARTE DE QUE LOS DE CUANTÍA SUPERIOR A 1.500 PESETAS ESTÁN SUJETOS, SEAN VERBALES O NO, CON ARREGLO A LA LEY DE 31 DE MARZO DE 1945 Y A LA VIGENTE DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1947.

*Antecedentes.* — Determinada empresa suministradora de energía eléctrica presentó instancia acogiéndose a la Ley de 19 de septiembre de 1942, disposición final, en cuanto a los contratos de suministro otorgados con anterioridad a 1.º de enero de ese año, comprometiéndose a satisfacer el recargo a que esa Ley se refiere y declarando que en el año 1947 había realizado un suministro de energía para usos industriales por valor de varios cientos de miles de pesetas y por medio de contratos verbales, y para usos domésticos de alumbrado por una cifra mucho menor.

La Abogacía del Estado liquidó sobre la primera cifra y aplicó la exención a la segunda.

La liquidación fué recurrida con fundamento en que la exención de los contratos verbales acogida en el número 5.º del artículo 3.º de la Ley del Impuesto no fué derogada por la Ley modificativa del mismo dictada en 17 de marzo de 1945.

El recurso fué desestimado por el Tribunal provincial y también por el Central, razonando éste así: el artículo 74 del Reglamento de Verificaciones eléctricas de 5 de diciembre de 1933 dispone que cualquiera que sea la forma o modalidad de estos contratos entre abonados y productores, se adaptarán al modelo oficial de póliza anexo al Reglamento y en todo caso a condiciones generales reglamentarias que constan por escrito, y, por consiguiente, aunque los aludidos contra-

tos carezcan de forma escrita, en ellos la verbal podrá ser la petición del suministro y no el contrato regulador en conjunto, puesto que se ajusta a normas generales preestablecidas; lo cual quiere decir que el contrato, una vez acreditado el hecho del suministro, no se desenvuelve por estipulaciones verbales, ya que la característica de éstas es que la voluntad de las partes se fije por el intercambio de palabras sobre el objeto, precio, etc.

El argumento lo remacha el Tribunal diciendo que conforme a la Ley citada de 17 de marzo de 1945, el número 5.º del artículo 3.º de la Ley del Impuesto del 41 y el de la vigente, quedó modificado en el sentido de que la exención de los contratos verbales reza sólo con aquellos cuyo cumplimiento no requiere que consten por escrito. Y esto supuesto, como el Código civil en su artículo 1.280 dice que deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas, este precepto será de tener en cuenta en el caso actual, sin que a ello sea obstáculo lo dispuesto en los artículos 1.278 y 1.279 del Código civil y la jurisprudencia respecto a la validez y obligatoriedad de los contratos, cualquiera que sea su forma, ni tampoco que las formalidades extrínsecas aludidas en el artículo 1.280 citado impliquen una facultad y no una obligación para las partes, porque "es lo cierto que al quedar excluidos de la exención los contratos verbales cuyo cumplimiento deba constar por escrito y exigir el Código civil un documento aunque sea privado para hacer efectivas las obligaciones propias de los aludidos contratos, debe estarse a esa declaración legal en defecto de preceptos declaratorios o complementarios de la reforma escueta del artículo 3.º, número 5.º, y teniendo asimismo en cuenta el carácter restrictivo que debe darse a la interpretación de las exenciones".

*Comentarios.*—Estudiado el tema de la exención de los contratos verbales reiteradamente en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO por nosotros, nos limitamos a destacar que el Tribunal, muy razonadamente y con la seguridad que pone siempre en sus decisiones, reafirma el criterio de su Resolución de 9 de marzo de 1948 y dice que el verdadero sentido del debatido número 3.º del artículo 5.º del Reglamento es que los contratos verbales exentos son únicamente los de cuantía inferior a 1.500 pesetas, a falta de "preceptos declaratorios o complementarios" que otra cosa dispongan.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de enero de 1949.*

LA TRANSMISIÓN A TÍTULO DE COMPRAVENTA DE LA TOTALIDAD DE LAS MERCANCIAS Y EFECTOS DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL POR CONTRATO VERBAL, NO ES ACTO COMPRENDIDO COMO EXENTO ENTRE LOS MERAMENTE VERBALES CELEBRADOS EN ESTABLECIMIENTOS O SITIOS PÚBLICOS DE VENTA A QUE SE REFIERE EL NÚMERO 8.º DEL ARTÍCULO 6.º DEL REGLAMENTO.

*Antecedentes.*—El Servicio de Inspección de Hacienda al realizar su función en una determinada empresa individual comprobó que ésta había adquirido por compra cierto establecimiento en la cantidad de 332.000 pesetas y puso el hecho en conocimiento de la Abogacía del Estado, la cual requirió al interesado para que presentase la oportuna declaración a efectos del Impuesto de Derecho Reales.

Sobre esa relación descriptiva y valorada se giró por el concepto "muebles" la liquidación pertinente, contra la que el adquirente recurrió pretendiendo la exención del acto como comprendido en el número 8.º del artículo 6.º del Reglamento por tratarse de contrato verbal celebrado en establecimiento o sitio público de venta.

En primera y segunda instancia la teoría fué rechazada en razón de que tal exención se refiere a la que en esos lugares se adquiere aisladamente para los usos corrientes de la vida, y a fin de no entorpecerla, cosa completamente distinta de esa venta en globo de todos los géneros y mercancías del establecimiento.

A título de comentario añadiremos por nuestra parte que el caso es tan claro que parece extraño que haya podido plantearse, y que fué ya resuelto por el mismo Tribunal en Resolución de 10 de abril de 1934.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de enero de 1949.*

NO SE PUEDE EMPLEAR REGLAMENTARIAMENTE NINGÚN MEDIO DE COMPROBACIÓN DISTINTO DE LOS ESPECÍFICAMENTE DETERMINADOS EN EL REGLAMENTO Y EN TODO CASO HAN DE QUEDAR UNIDOS AL EXPEDIENTE RESPECTIVO LAS CERTIFICACIONES Y DE,

MÁS DOCUMENTOS JUSTIFICANTES DE LA COMPROBACIÓN PRÁCTICA COMO DISPONE EL ARTÍCULO 84.

*Antecedentes.*—Presentada en una Abogacía del Estado cierta testamentaria en la que figuraba, entre otros bienes, una casería en un barrio de una importante población, se comprobó esa finca asignándole 3,30 pesetas por metro cuadrado y fijando su valor sin justificación documental de tal fijación.

Enablada reclamación económico-administrativa contra esa comprobación se arguyó que la aplicación del índice de precios unitarios de valor en venta era excesivo en el caso, porque ese índice se refiere a terrenos sujetos al arbitrio de plusvalía, siendo así que la finca en cuestión es rústica y está exenta de ese impuesto municipal y por lo mismo lo acertado era aplicar la capitalización del líquido imponible amillarado.

La Oficina liquidadora informó diciendo que había aplicado los tipos unitarios del valor corriente en venta de los terrenos del término municipal, y que lo había hecho así por estimar que la capitalización del líquido imponible no revelaba el verdadero valor de la finca.

El Tribunal provincial confirmó la comprobación, entendiéndolo que el medio comprobatorio empleado estaba autorizado por el artículo 80, párrafo 2.º, y que pudo ser empleado en uso de la facultad que el párrafo 4.º del mismo artículo concede al liquidador.

El Tribunal central empieza por sentar que en el expediente de comprobación no hay antecedentes que sirvan para precisar cuál era el medio de comprobación reglamentario empleado, por cuanto únicamente se consigna el valor por metro cuadrado que corresponde al inmueble, "sin que se exprese a qué clase de documentos oficiales se refiere ese dato comprobatorio", y añade que "en el informe del Abogado del Estado liquidador se manifiesta solamente que se tomó, a tal efecto, el tipo unitario del valor en venta del terreno, sin referirse tampoco a datos de carácter oficial".

Esta premisa la completa el Tribunal diciendo que aunque la cuestión se centró en primera y segunda instancia en lo referente a haber comprobado con relación al arbitrio de plusvalía, lo cierto es que ese hecho no se deduce con claridad de los antecedentes unidos, ni tampoco existen elementos de juicio para precisar si se trata de un solar o de finca rústica; y de todo ello deduce que no se ha cumplido con

lo prevenido en cuanto a los expedientes de comprobación en el apartado 3) del artículo 84 del Reglamento, que manda que formen parte de ellos las certificaciones y demás documentos justificativos de la comprobación, y, en su consecuencia, acuerda desechar el medio de comprobación empleado y que la Oficina liquidadora acuda a los demás medios del artículo 80, incluso, en su caso, a la tasación pericial

*Comentarios.*—La consecuencia práctica que de la reseñada Resolución se desprende es que el Tribunal quiere que se aplique lo preceptuado sobre los medios de comprobación, de manera que no queda al arbitrio de los liquidadores el buscar el verdadero valor fiscal por otros caminos que los estrictamente reglamentarios, aunque parezcan razonables e incluso más enderezados que éstos para hallar el valor real. Así tiene que ser so pena de quedar el contribuyente a merced del criterio individual, muy respetable, sin duda, pero expuesto a desembocar si no en la arbitrariedad sí en un celo recaudatorio exagerado y por lo mismo dañoso para el contribuyente. Y todo ello sin dejar de reconocer que en no pocos casos podrá el liquidador tener la persuasión de que la verdad oficial a que esos medios conduzcan no está precisamente en las cercanías de la realidad que él objetivamente percibe por razones del oficio y de la convivencia.

En resumidas cuentas: la doctrina es, pese a esa consideración, que los medios comprobatorios son, exclusivamente, los reglamentarios, y que, además, el justificante documental del que se haya empleado ha de quedar unido al respectivo expediente.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de enero de 1949.*

Sienta esta Resolución la misma doctrina que la anterior en un caso casi idéntico.

El Liquidador había comprobado el valor de una finca rústica vendida, y obtenido un considerable aumento en la base liquidable, aplicando—dijo al informar en el recurso—los precios medios de venta, pero sin justificación documental alguna de tal medio comprobatorio, y el Tribunal central, después de sentar la doctrina antes dicha, añadió que el medio comprobatorio empleado “no parece ser, según el resultado del expediente, alguno de los que enumera el precepto antes transcrito—el art. 80 del Reglamento—, pues no es resultado de car-

tillas evaluatorias de riqueza rústica, ni está fijado por la Sección Agronómica por calidad de terreno y clase de cultivo, ni, como parece darse a entender por la Oficina liquidadora, se ajusta al precio medio de venta, puesto que éste debe fijarse concretamente conforme a datos existentes en el Registro de la Propiedad o en publicaciones de carácter oficial, y esas circunstancias no aparecen acreditadas en el expediente de comprobación de valores.

A ello añade que las certificaciones que acrediten esos precios medios han de quedar unidas al expediente de comprobación y que los liquidadores "no pueden exigir la presentación de las certificaciones referidas, sino que se han de expedir de oficio y en interés de la Hacienda pública, cualquiera que sea el Registro que haya de expedirlas y la Oficina liquidadora en que hayan de surtir efecto".

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de enero de 1949.*

EN EL CASO DE QUE EL LEGATARIO DÉ LUGAR A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL LEGADO POR NO HABERSE ATENIDO A LO DISPUESTO POR EL TESTADOR, TIENE DERECHO A LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO PAGADO Y LO TIENE TAMBIÉN EL TERCERO QUE LEGALMENTE SE SUBROGÓ EN ESE DERECHO DEL LEGATARIO; TODO ELLO SIN PERJUICIO DE SATISFACER EL IMPUESTO POR USUFRUCTO TEMPORAL SI SE PRODUJERON EFECTOS LUCRATIVOS.

*Antecedentes.*—El causante dispuso en su testamento, entre otras previsiones, un legado de 100.000 pesetas a favor de un primo suyo con la expresa prohibición de promover intervención judicial en la herencia en ningún caso ni por ningún motivo bajo pena de pérdida del legado y de la acción para reclamar cosa alguna que con la herencia se relacione.

El legatario satisfizo el impuesto correspondiente, que importó 33.146,20 pesetas, y promovió juicio declarativo contra la heredera reclamando cierta cantidad que, según él, le debía el causante.

La demandada opuso por vía de reconvencción que el legatario demandante había perdido su derecho al legado, y el Tribunal Supremo en definitiva declaró la pérdida del derecho y de cualquier otro que pudiera derivarse del testamento dicho.

Como derivación de estos autos el Procurador del legatario siguió

contra el procedimiento ejecutivo para hacer efectivos sus derechos y suplidos y embargó los derechos que al legatario le pudieran corresponder para percibir la cantidad ingresada como pago del impuesto de derechos reales por el legado dejado sin efecto.

Ese derecho fué tasado en 15.380 pesetas, y previas dos subastas desiertas fué adjudicado al Procurador ejecutante en 7.690 pesetas y liquidado y pagado el impuesto correspondiente a tal adjudicación.

Seguidamente el mentado Procurador solicitó del Delegado de Hacienda la devolución de las 33.146,20 pesetas antes dichas, al amparo del artículo 58 del Reglamento, toda vez que el legado había sido declarado nulo por la sentencia aludida, y justificó documentalmente lo expuesto.

El Delegado de Hacienda denegó la devolución estimando la falta de personalidad del peticionario por no ser él el legatario contribuyente ni derechohabiente del mismo, sino simple adjudicatario de un supuesto derecho a la devolución, añadiendo que, a lo sumo, podría pedir la devolución de un derecho que estuviese reconocido, pero no el reconocimiento del derecho mismo.

Recurrida esa decisión ante el Tribunal provincial, éste empezó por reconocer la personalidad del recurrente, toda vez que es innegable la amplitud del principio sustantivo civil sobre la transmisibilidad de créditos, derechos y acciones, pero negó el derecho a la devolución solicitada, fundándose en que el legatario había perdido el derecho al legado según la aludida sentencia del Tribunal Supremo, y por consiguiente, entendió que era aplicable el apartado 4) del artículo 58 del Reglamento, que niega el derecho a la devolución de las cuotas pagadas cuando la parte fiscalmente obligada al pago—en este caso el legatario—es el que con el incumplimiento de sus obligaciones da lugar a la rescisión o resolución del acto o contrato.

No se aquietó el ejecutante y adjudicatario del crédito con esa decisión y acudió al Central, el cual, después de reconocer también la personalidad del recurrente, entra en el análisis del precedente argumento a la vista del citado artículo 58.

Empieza por transcribir ese artículo y por sentar que la resolución del derecho al legado fué declarada en sentencia firme y que la devolución del impuesto fué pedida dentro del plazo de cinco años contados desde la firmeza, y eso supuesto dice que lo previsto en el apartado 4) del citado artículo sobre privación del derecho a la devolución



cuando la rescisión o resolución nace del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contribuyente obligado al pago del tributo, no es aplicable al caso discutido porque el precepto se refiere literalmente al *contratante* que haya incumplido obligaciones, lo cual quiere decir que se refiere a las que hayan nacido de la libre estipulación contractual y que, por lo mismo, no puede pensarse en aplicarlo a casos como el presente en el que se trata de un legatario privado de su derecho por incurrir en una prohibición nacida en el testamento por voluntad del causante.

Entra después el Tribunal en la posible aplicación al caso del apartado 2) del mismo artículo, o sea en la posible obtención de efectos lucrativos por el legatario, con la consiguiente liquidación por usufructo temporal a que se refiere el apartado 3) siguiente, y razona así: aquí no se trata de un caso de rescisión del artículo 1.295 del Código civil con la secuela de la recíproca devolución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses, pero esto no quiere decir que dicho apartado 2) excluya otros casos de efectos lucrativos, como los posiblemente producidos en el que se estudia, puesto que si bien en la escritura particional se transfirió a la heredera la posesión de los bienes legados para entregarlos a los legatarios cuando lo estimara procedente, también se dice que se les aseguraba el disfrute de tales bienes, de lo cual se deduce que desde la fecha de la escritura—29 de agosto de 1934—hasta la sentencia aludida—27 de diciembre de 1940—el legado produjo efectos lucrativos, por tratarse de legado genérico o de cantidad, sobre cuyos frutos nada dispuso el testador, por aplicación del artículo 884 y concordantes del Código civil.

Como consecuencia de todo ello la Resolución ordena la rectificación de la liquidación tomando por base el usufructo temporal calculado en la forma reglamentaria según el tiempo que el legado haya subsistido, lo que en todo caso podrá ser objeto de nuevas pruebas en la Oficina liquidadora ante la carencia de otras concluyentes en el expediente y con derecho en el contribuyente a la devolución de la diferencia que resulte a su favor entre la liquidación primitiva y la nueva.

*Comentarios.*—El caso propuesto plantea sin duda un especialísimo y original problema de devolución del impuesto con arreglo al artículo 58 del Reglamento, siquiera no está claramente comprendido en la letra de ese artículo.

La teoría sustentada por el Tribunal provincial de que el legata-

rio era el que con sus propios actos había dado lugar a la resolución de su derecho, esto es, a incurrir con sus actos en la pena de privación del legado prevista por el testador es, ciertamente, ingeniosa, pero está dialécticamente neutralizada y superada con la consideración del Central, cuando dice que la interpretación del apartado 4) de dicho artículo no permite aplicarlo al supuesto que se debate: el precepto estima que si la rescisión o resolución es debida al incumplimiento de sus obligaciones por el contratante obligado al pago del impuesto, no habrá lugar a la devolución, pero del propio texto se desprende que se trata de obligaciones contractuales nacidas de una convención, voluntarias y pactadas, cosa muy distinta de unas normas o condiciones impuestas unilateralmente por el instituyente del legado, las cuales atarían al legatario en cuanto expresamente las aceptase. Esto aparte de que tampoco debía estar muy clara la oposición entre la conducta del legatario y las previsiones del testador, cuando aquél discutió su derecho frente a los herederos hasta agotar la vía judicial en el Tribunal Supremo.

La previsión del Tribunal en cuanto a la posibilidad de que el legado haya podido producir efectos lucrativos es también razonable, porque en tal caso, sin perjuicio de la devolución del impuesto, el repetido artículo 58 prevé que se liquide el usufructo temporal y se compute su importe con aquella devolución.

La singularidad de instar la devolución una tercera persona distinta del contribuyente, que es otra particularidad del caso y uno de los motivos que tuvo en cuenta la Delegación de Hacienda para denegar la devolución, es a todas luces inoperante, porque está fuera de toda razonable discusión que si el derecho a la devolución existía a favor del contribuyente, pudo transmitirlo por cualquiera de los medios lícitos en derecho con todas sus consecuencias, como se transmiten los que, no siendo personalísimos, están en el comercio de los hombres.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

# V A R I A

*Las dos fases del regionalismo internacional* (lección inaugural del curso por el Ilmo. Sr. D. José Ramón de Orúe y Arregui, catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de Valencia).

En el remanso de la cotidiana labor hipotecaria, busca el ánimo el estudio de materias que, comprendidas en el ordenamiento general del Derecho, sirvan de variación al tema de nuestra especialidad, y precisamente el Dr. Orúe y Arregui, ilustre Catedrático de la Universidad valentina, nos sorprende con el abordó de un tema sugestivo de actualidad en materia de Derecho internacional. Destaca en él la personalidad del jurista que—como él mismo afirma—no hace sino continuar aquel curso por él seguido en 1935 en la Academia internacional de La Haya, sobre "El regionalismo y la organización internacional", y que fué enjuiciado, con frases encomiásticas, por el barón de Freytagh-Loringhoven.

Como premisa primera, en su nuevo trabajo el Dr. Orúe nos habla de la eterna diatriba al enjuiciar las ventajas o inconvenientes del marcado carácter político o diplomático de las organizaciones internacionales, y preponderancia que deba concederse en el campo de las diferencias internacionales a las soluciones jurídicas o diplomáticas: y no oculta el Dr. Orúe, como jurista de recia raigambre, su sentimiento por el olvido de los estudios técnicos, los intentos constructivos sobre instituciones jurídicas básicas, así como señala que escasean las obras de conjunto de los juristas internacionalistas (manuales, tratados), y aún más se oscurece el panorama si se pasa al Derecho internacional privado.

No puede reducirse a los estrechos límites de una reseña todo el contenido de la magnífica exposición del Dr. Orúe, mas hay que señalar las líneas directrices de su trabajo, que señalan, en el regionalismo internacional, dos fases: la europea, con la Sociedad de Naciones, y la americana, con la Organización de las Naciones Unidas.

En el estudio de la primera fase sienta unas cuestiones previas a estudiar: Así el universalismo y particularismo del Derecho de gentes, y reconoce que si bien en su origen y fundamento el problema es uni-

versal, forzoso es reconocer que la mayoría de sus reglas presentan un carácter marcadamente "particularista", pudiéndose así hablar de un "universalismo limitado". Al lado de las normas generales, puede decirse que el actual derecho de gentes se encuentra dominado por el particularismo, debiendo destacarse que estas reglas particulares pueden ser continentales (v. g.: Derecho internacional europeo), o regionales (ibéricas, etc.). Con clara visión del problema universalmente planteado, el Dr. Orúe, al ocuparse del universalismo o particularismo en la organización internacional, se pregunta si la organización de la paz ha de hacerse de una vez o por etapas, incluyéndose las agrupaciones parciales, paulatinamente, en un todo universalista; y añade luego que, ante la dificultad de realizar el ideal de universalidad, surge el fraccionamiento, el "particularismo", las "descentralizaciones", el "regionalismo".

Y esta descentralización se refleja bien en forma política, bien por servicios a cargo de ciertos organismos técnicos y confiada a los miembros más interesados en una cuestión y más capaces para solucionarla.

Dedica breves palabras al continentalismo como movimiento descentralizador y pasa luego a estudiar el fenómeno regionalista en el pacto de la Sociedad de Naciones. Todos recordamos la génesis de esta entidad internacional, cuya característica, en lo referente al tema, fué hostil a toda concepción regional en el orden internacional.

Mas surgió, por imperativo de los hechos, la campaña regionalista, y surge la compatibilidad con el pacto, de los tratados de arbitraje, los acuerdos regionales y la doctrina de Monroe como expresión de aquélla. Aún más, estas manifestaciones descentralizadoras, de tendencia regionalista, surgieron en la Sociedad de Naciones. Con una minuciosidad digna de toda loa, el Dr. Orúe sigue paso a paso las medidas de garantía y seguridad, ya de carácter general, ya particular, y reconoce que, tanto la garantía como la seguridad colectivas, fracasaron en Ginebra.

Pero no es ello todo; a su lado están, y así lo hacen constar, las agrupaciones regionales, expresión de las manifestaciones de tipo regionalista fuera de la Sociedad de Naciones y que inauguran la "fase institucional" en el regionalismo al crear un órgano común y permanente colocado al frente de cada agrupación.

Al estudiar las bases teóricas del fenómeno regionalista, cita el

comentario del Barón de Freytagh-Loringhoven, comentador de anteriores trabajos del Dr. Orúe, al considerar que los pactos regionales encierran una idea que debe considerarse como un complemento del principio de universalidad, base de toda la Sociedad de Naciones. Mas conviene destacar el feliz atisbo del Dr. Orúe al advertir entonces la pujanza del movimiento regionalista ante el fracaso de la seguridad colectiva.

Rápidamente citamos sólo el desenvolvimiento que hace el doctor Orúe de estas bases teóricas del regionalismo: alcance y tendencias (de Bourquin y de Orúe), el concepto de la región (concepción geográfica que para Noblemaire es un caso particular de la descentralización y solidaridad particular).

Sienta el D. Orúe, como requisitos técnicos de los acuerdos regionales internacionales: a) Su carácter variable; b) Esfera de actividad limitada a los contratantes; c) Igualdad entre ellos; d) Libertad de accesión; e) Simultaneidad.

En cuanto a las conclusiones a que debe llegar recuerda el doctor Orúe su primordial cuidado en llegar a ellas, en el curso que se le confió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en cuyo contenido detallado no podemos detenernos, pero puede consultarse el mismo. Baste saber, como última razón, que para el porvenir de los diversos "acuerdos regionales" habrá que convencer unánimemente a todos los pueblos que su creación no está inspirada en un mal deseo de supremacía o de franca hostilidad hacia determinados países, sino en el deseo de instaurar una serena atmósfera de mutua seguridad y que reflejan el más puro espíritu de solidaridad.

Esta concepción del Dr. Orúe fué comentada por el Barón de Freytagh-Loringhoven, que manifestó "no tratarse sino de consideraciones de *lege ferenda*" que no tienen posibilidad de realizarse actualmente. Más tarde, él mismo reconoce que no hay que considerar los acuerdos regionales como estudiados por un hombre político, sino como un jurista, pero que hay que reconocer que precisamente en el dominio del derecho de gentes es imposible hacer completa abstracción de la política. La política y el derecho de gentes están íntimamente ligados.

Dedica la segunda parte de su trabajo el Dr. Orúe al estudio de la Fase americana: Organización de las Naciones Unidas; y estudia previamente, en visión conjunta, la Carta de San Francisco. En ella

constan, consagrados en sus artículos 52 al 54, los acuerdos regionales. Precarias disposiciones en verdad para tan sugestivo tema, cuyo estudio hace bajo las siguientes rúbricas:

1.<sup>a</sup> Medidas para el mantenimiento de la paz: solución pacífica de diferencias internacionales.

2.<sup>a</sup> Medidas para el mantenimiento de la seguridad: A) Medidas de garantía (acción preventiva). B) Medidas de protección (acción coercitiva).

En terreno más francamente propicio al jurista, el Dr. Orúe dedica un capítulo a las manifestaciones descentralizadoras en la Carta de San Francisco.

1.º La recomendación anterior a ella del Comité jurídico interamericano (octubre 1944) para la reorganización de varias Agencias para la labor de Codificación del Derecho Internacional.

2.º La distribución geográfica equitativa (art. 23, párrafo 1.º) en la composición de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, lo que equivale al reconocimiento de una clara representación regional.

3.º El llevar a cabo, mediante la acción en los organismos internacionales apropiados que forman parte (art. 48, párrafo 2.º), las decisiones del Consejo de Seguridad.

4.º Los "organismos especializados" en materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas (art. 57) (Specialized Agencies), al descansar en una serie de acuerdos concertados con la Organización, se convierten en instituciones internacionales que para Scelle constituyen fenómenos de *federalismo especializado*. Es la más clara muestra de la "descentralización por servicios".

5.º La composición del Consejo de administración fiduciaria, dividida por igual entre los diversos miembros.

6.º En toda elección de miembros o jueces del Tribunal Internacional de Justicia, los electores tendrán en cuenta que en el conjunto estén representados las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo (art. 9.º Estatuto).

En terreno francamente de Derecho internacional público *constituido*, el Dr. Orúe, con absoluta fidelidad en la exposición, nos muestra el amplio panorama de los acuerdos y organismos regionales existentes, y estudia en primer lugar la Unión Panamericana (conferencias de Buenos Aires, 1936; Panamá, 1939; Habana, 1940; Río de Ja-

neiro, 1942; Méjico, 1945; Río de Janeiro, 1947; Bogotá, 1948). Para nosotros ha de tener especial interés esta última, que presenta la significativa novedad de titularse *Interamericana*, en vez de Panamericana. En el curso de sus sesiones se marca una señalada corriente de oposición a Norteamérica, iniciativa del Ecuador respecto a la constitución de "bloques regionales" (hispanoamericanos) compatibles con la Unión, condena de la acción comunista internacional, etc., etc.

La Liga Árabe (creada por el Pacto de El Cairo, 22 marzo 1945) firmado por Egipto, Arabia Saudita, Irak, Líbano, Siria, Transjordania y Yemen.

El Dr. Orúe, llegando a su exposición al verdadero detalle, nos expone en síntesis admirable todo el proceso del Bloque Occidental Europeo y el Pacto del Atlántico Norte, en cuyo estudio lamentamos no podernos detener. Finalmente, en exposición de otros proyectos de pactos regionales, nos habla de la Unión Europea y del Pacto Ibérico.

Como muestra de la admirable labor del ilustre catedrático de la Universidad valentina, transcribimos sus propias palabras:

"Múltiples razones—dice—, comenzando por la contigüidad geográfica, motivaron que España, con anterioridad al desencadenamiento del segundo conflicto mundial, suscribiera con Portugal, la *noble vecina peninsular*, el "Pacto Ibérico o de Lisboa" (17 marzo 1939) por un período de diez años, prorrogables tácitamente. Se completa con el protocolo adicional de 29 de julio de 1940, y el de 20 de septiembre de 1948 establece la prórroga por otros diez años, a partir del 30 de marzo de 1949. En sus cláusulas se afirma la obligación de un recíproco y absoluto respeto de sus fronteras y territorios, con la prohibición de verificar cualquier acto de agresión o invasión; no prestar auxilio ni asistencia alguna al posible agresor o agresores de la otra parte; no entrar en pactos o alianzas concertados con la otra parte encaminados a la agresión contra su suelo; salvar en lo futuro los compromisos anteriores en los pactos o tratados de alianza que pudieran concertar. Constituye un genuino tratado de amistad y no agresión, que rehuye toda obligación cercana a la alianza de tipo ofensivo."

Pone de manifiesto el Dr. Orúe su admirable preparación técnica al estudiar las Bases teóricas del fenómeno regionalista en el momento actual. Puede apreciarse dentro de la actual orientación regionalista —dice— una doble tendencia: la doctrina sociológica, propia de los países americanos, fundada en la forma *natural* de las solidaridades

particulares, y otra que denominaríamos "voluntarista", constituida por pueblos celosos de su soberanía estatal, siempre dispuestos a la adopción de medidas de seguridad que, al mismo tiempo, les independice del autoritarismo de las Naciones Unidas. Con la circunstancia de que en ocasiones ambas formas coinciden.

Frente al regionalismo tipo está el generalizado, pero teniendo en cuenta, además, que la base regionalista es no sólo asignable a los acuerdos entre naciones del mismo continente, sino a las de distinto, pero referidos a determinada región. Ello explica los esfuerzos del Dr. Orúe por fijar una noción técnica del "acuerdo regional" que, como advierte Dinh, "está lejos de ser realizada". No podemos extendernos en parte tan interesante de la monografía del ilustre catedrático de la Universidad de Valencia, y sólo haremos resaltar que el "factor geográfico" no es la única justificación del hecho regionalista.

Finaliza el Dr. Orúe su trabajo afirmando la perfecta compatibilidad de los verdaderos acuerdos regionales con la organización internacional en pro de la paz, y observa ya en el campo del Derecho la posibilidad de que una "primera instancia regional" esté falta de la necesaria objetividad en el arreglo de los problemas locales. Para final observa el paralelismo entre el fenómeno regionalista y la organización internacional y la necesidad de subordinar el primero a la segunda.

Como dice Vellas, "los acuerdos regionales son expresión jurídica de una solidaridad por similitud". Hay, pues, que volver los ojos —dice el Dr. Orúe— a los "organismos especializados" para la cooperación social y económica internacional; de su vitalidad pueden depender en gran parte los destinos de las agrupaciones regionales.

Enjuiciar la intensa labor del profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia es difícil. Ha profundizado con tal intensidad en el problema regionalista, que resultaría pálido un juicio encomiástico que de él se hiciera. Para nosotros no ha sido una sorpresa, sino una confirmación de su ya de tiempo conocida labor docente y de colaboración en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en la que figura por derecho propio como uno de los más destacados Maestros.

ANTONIO VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ.

Abogado del Colegio de Valencia y Registrador  
de la Propiedad.