

**DORAL, Jose Antonio:** «La fase de seguridad en la hipoteca». Un volumen de 390 páginas. Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.

Hay libros que son un punto de partida y otros que constituyen una meta. Este es ambas cosas.

El autor trata en él un estado de la vida de la hipoteca: el periodo de tiempo que media entre su constitución y su planteamiento agresivo como realización efectiva de la garantía. Periodo atendido en nuestra legislación con parquedad: los preceptos de la Ley Hipotecaria regulan el concepto y los elementos de la hipoteca detenidamente; su constitución (voluntaria o forzosa: hipotecas legales) y su extinción y cancelación; la fase ejecutiva; las especialidades en ciertos supuestos, pero apenas contemplan la vida de este derecho real: se interesan más por su anatomía que por su fisiología, y, dentro de ésta, más por su nacimiento y su muerte.

Y, sin embargo, el periodo de garantía eventual es el más largo de la existencia de la hipoteca, y normalmente aquélla no se llega a hacer efectiva, al cumplir voluntariamente el obligado. Por ende, un periodo importante, decisivo, para la fijación del concepto y naturaleza de la hipoteca. Así lo ha entendido el autor, que ha planteado su obra en una doble vertiente: la exposición de la problemática de la fase de seguridad y su aprovechamiento para la fijación de los conceptos fundamentales en la materia, en incluso en temas de *apicibus iuris civilis*, como el concepto de la propiedad o la distinción entre los derechos reales y los de crédito.

La obra se inicia con una exposición muy funcional de los antecedentes históricos y un análisis detallado de las diversas teorías sobre la naturaleza de la hipoteca, tema siempre actual, en el que la doctrina sigue sin ponerse de acuerdo: sobre todo, tras la irrupción de las llamadas "teorías procesalistas", que tratan de convertir el antiguo derecho de garantía o realización de valor en una simple cualificación del juicio ejecutivo. Personalmente he de confesar la extrañeza con que he visto siempre una postura de los procesalistas tan contraria a su reivindicación de la *actio* pura, desprovista de ganga material (pretensión), mero derecho a poner en movimiento la máquina estatal de la justicia. Pues me parece evidente que el ser la hipoteca de la naturaleza procesal, representaría un retorno al sistema romano de acciones nominadas. Y aun cuando, por eso y otras cosas, se ha podido decir con razón que el Derecho romano es más bien un sistema de acciones, ciertamente nadie ha querido indicar con tales palabras que el *ius civile* no sea Derecho civil, y se quede en puro proceso.

En todo caso, el autor deja claro cómo la hipoteca es algo más que una simple cualificación de la acción ejecutiva o el embargo convencional y anticipado de un inmueble; al contrario, su calidad de relación material queda patente precisamente en la existencia de la fase de seguridad, que no es un simple resorte psicológico para ejercer presión sobre el deudor o el tercer poseedor de la finca hipotecada, que, por de pronto, al tener una existencia distinta del proceso, es de Derecho material, pero que, además, comprende derechos sustanciales (como la acción de devastación, por ejemplo).

Todavía pienso yo que si el embargo obedece normalmente a una relación

de obligación (material, pues), el gravamen hipotecario, al menos, argüiría una situación obligacional distinta a la ordinaria de responsabilidad personal genérica, y, por tanto, una cualificación *material* de la relación de deuda que sirve de base a la ejecución, suficiente para conducir a ésta por derroteros distintos de las habituales.

Al mismo resultado nos conduciría la pelación insica en la hipoteca: cualquier prelación es un derecho material, que se hace efectivo mediante un instrumento procesal como la tercería de mejor derecho, de igual modo que la propiedad se reivindica, en circunstancias, mediante la tercería de dominio, sin que por ello se reduzca aquel derecho real al campo del proceso.

Por otra parte, cualquier argumentación procesalista debe prescindir de la acción ejecutiva específicamente hipotecaria, pues ésta sí que es un simple accidente en la regulación de la hipoteca, la cual seguiría siendo la misma, aunque tal acción no existiera y hubiera de hacerse efectivo el derecho creado por ella mediante un ejecutivo o un declarativo ordinario.

Mas, sin duda, la argumentación basada en la fase de seguridad es la que mejor prueba el carácter sustancial de la hipoteca. Y, como ha visto bien DORAL, la diversidad de criterios en torno a su naturaleza "es un mero exponente de la problemática general que afecta a las nociones fundamentales con que la hipoteca está íntimamente emparentada".

"Es natural que, entendida la propiedad desde una vertiente individualista, la concepción de la hipoteca difiera de la que parte de considerar el dominio desde otras perspectivas que subrayan su dimensión social. La impronta capitalista de la hipoteca se acentúa cuando prevalece una consideración económica de la propiedad. Así se explica la insalvable separación entre compartimientos estancos: se contraponen el posible valor en cambio de la cosa con la sustancia de ésta; el acreedor hipotecario enlaza su derecho con aquél, mientras el del dueño se refiere a ésta. Por eso, a fin de buscar ámbitos de poder en la esfera jurídica, se hacen separaciones formales que no pertenecen al plano de lo real. Ciertamente, es difícil fundamentar la concurrencia de dos poderes jurídicos que a la vez se entienden como excluyentes."

"El empeño en subrayar la obligación que corre a cargo del propietario de la cosa hipotecada, responde a otra concepción más comunitaria acerca de la propiedad y de los derechos reales."

"En suma, la relación del tema con otras nociones más generales es lo que le confiere realce y le hace ocupar un papel importante, también en el plano metodológico."

El desenvolvimiento doctrinal de la fase de seguridad de la hipoteca depende, por lo tanto, de la evolución experimentada por los criterios básicos en que se fundamenta. Al estudio de esta cuestión se dedica el segundo capítulo; las modernas transformaciones de la propiedad, la profusión con que se emplea el crédito hipotecario en aquellos sectores que con mayor urgencia reclaman del Derecho una recta ordenación; vivienda, agricultura, la nueva concepción orgánica y funcional de determinadas fincas, etc., exigen acoplar muchas de las nociones tradicionales a la sociedad actual."

El autor pone en relación con los criterios delimitadores del Derecho de propiedad (concebida como conjunto de facultades o unitariamente) con las

dos grandes tendencias teóricas en torno a la naturaleza de la hipoteca: la que subraya el impacto que su constitución representa en las facultades dominicales, o en su equivalente económico, y la que busca la unidad del concepto en la idea de relación jurídica de garantía.

Tras una exposición de aquellas concepciones y de su relación con las de la hipoteca, concluye que si hoy se admite comúnmente que no hay propiedad, sino propiedades, también cabe afirmar que no hay hipoteca, sino hipotecas. Por eso, las hipotecas especiales cada vez tienen mayor profusión, dependiendo su régimen jurídico de la finalidad del crédito y de la específica naturaleza del objeto sobre que se imponen.

Analiza a continuación la eficacia de la hipoteca en la fase de seguridad, poniendo de relieve cómo se trata de un poder inmediato del acreedor hipotecario que tiene contenido actual, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, y que se exterioriza con particular vigor mediante la inscripción "La cosa hipotecada, por la sujeción de la garantía, entra de alguna manera a formar parte del patrimonio del acreedor, dentro de cuyo patrimonio es un bien o un interés protegido y protegible. Por eso la transgresión de la garantía constituye un daño en el patrimonio del acreedor", como lo demuestra la acción de devastación.

No supone la hipoteca indisponibilidad absoluta del inmueble: "es más exacto entender que la hipoteca da lugar a efectivas restricciones de la facultad dispositiva en la medida en que la concurrencia en una misma cosa de dos derechos impone a sus titulares limitaciones recíprocas en atención a su aprovechamiento como propiedad y como garantía; el respeto a la integridad de la garantía es, en efecto, un límite a la disponibilidad". Fuera de ello los actos de disposición no son nulos o anulables. En definitiva, la hipoteca incide en la relación de pertenencia del propietario, alterándola: "concreta y delimita el ámbito jurídico correspondiente a los derechos de propiedad y de garantía concurrentes ambos en una misma cosa. Significa más bien una delimitación que una limitación de las facultades inherentes al dominio".

Especial interés ofrece la hipoteca como dato para valorar la distinción entre los derechos reales y de crédito, tema al que dedica el autor el capítulo cuarto de su obra. Para él, "parece más fructífero captar directamente la realidad que analizarla cuando está ya formando parte de los conceptos. De otro modo puede olvidarse que la realidad conceptual es realidad abstracta, mientras que la realidad que contempla el jurista es una parte de la vida social"; en ese plano entiende indispensable distinguir entre el derecho subjetivo y la relación jurídica; es precisamente la identificación de ambos conceptos el fallo, lo mismo de la teoría clásica o dualista que de la obligacionista. "Se identifican derecho y relación en el momento en que se considera que la relación es el vínculo que enlaza un deber y un poder correlativos. En definitiva, supone olvidar que una norma jurídica, en expresión de Federico DE CASTRO, puede crear una comunidad de deberes o una conjunción de derechos en que las facultades o limitaciones no son correlativas, sino derivadas directamente de la regla que las organiza".

"Efectivamente, el contenido de la relación jurídica no tiene que ser exclusivamente un poder y un deber correlativos". "Así se explica cómo la

obligación impuesta a un sujeto no puede configurarse en base a su correspondencia con la pretensión de otro sujeto."

En esta línea, caracteriza a la hipoteca como "una relación de garantía que sujeta directamente la finca sobre la que se impone, abarcándola en toda su dimensión; es una relación derivada que se inserta a su vez en la relación jurídica de la cual la cosa constituye el objeto (de propiedad, usufructuaria, etcétera.); por estar al servicio de un crédito al que garantiza, es subordinada; y, finalmente, forma parte de las relaciones jurídicas de tráfico".

Estudiado, particularmente en el capítulo 1.º, el concepto de *valor*, que las teorías valoristas presentan como contrario a *substancia*, el autor vuelve sobre el tema al estudiar, en el 5.º, la autonomía de la voluntad en la determinación del objeto de la hipoteca. Para él, "en definitiva, la sujeción de la finca objeto de hipoteca implica al mismo tiempo la sujeción tanto de la materia como de la forma, pues ambas condicionan su valor". Y como ejemplos demostrativos de que la hipoteca afecta tanto al valor económico como al valor jurídico, que están en la realidad tan entremezclados, estudia la hipoteca del derecho de usufructo, la de la nuda propiedad y la de la superficie, haciendo alusión a los supuestos de hipoteca del Derecho de retracto. El final de este capítulo se dedica ya a la investigación de diversos problemas legales: la autonomía de la voluntad en relación a la unidad orgánica de la explotación, la extensión de la hipoteca a la maquinaria industrial, la cuestión de las edificaciones; la de las modificaciones de cabida, el análisis de la expresión "quebranto" y "deterioro" en la Ley Hipotecaria y en el Código Civil.

Tras un capítulo sobre la hipoteca como relación jurídica de carácter patrimonial, en el que aborda el tema del objeto de la hipoteca como patrimonio separado (condición que, acertadamente, según creo, le niega), dedica DORAL los tres últimos a problemas específicos de la regulación legal de la fase de seguridad. Uno, a la conservación de la cosa hipotecada, con un análisis detenido de la acción de devastación en el Derecho comparado y en el Derecho positivo español, trayendo a colación, al comentar el artículo 219 del Reglamento hipotecario, el problema de la eficacia de la hipoteca frente a un arrendamiento notoriamente gravoso; otro, dedicado al mismo problema, tratándose arrendamientos concertados luego de constituida la hipoteca, sin que sean notoriamente gravosos, estudiándose sucesivamente los arrendamientos ordinarios, los arrendamientos urbanos y los de fincas rústicas: en principio, el autor se inclina por la resolución del arrendamiento al producirse la ejecución hipotecaria. El último capítulo versa sobre la indivisibilidad de la hipoteca como medida conservativa, y su funcionamiento en la fase de seguridad.

Nos hallamos ante una obra importante, lo mismo para la teoría general de los derechos reales que para el estudio de la hipoteca. Objeto ésta, entre nosotros, de multitud de artículos de revista abordando el tema de su naturaleza o puntos concretos de exégesis legal, no había más recopilación con altura monográfica que el tomo cuarto del ROCA SASTRE. La aportación del DORAL, abordando una parte orgánica del instituto, con método, documentación abundante y excelente criterio, es utilísima y necesaria. Pero seguramente

lo más interesante de este libro es su engarce con las teorías generales y la forma en que el autor ha sabido no sólo servirse de ellas para situar y caracterizar el instituto hipotecario, sino a su luz, y partiendo de unos principios realistas, mostrarnos aspectos inéditos (críticos o constructivos) en los temas generales del Derecho patrimonial.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

**LASERRA, G.:** «La responsabilidad patrimonial». Napoli, 1966. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Un volumen de X + 375 páginas.

El Código civil italiano dedica todo un título (el tercero del libro sexto) a la responsabilidad patrimonial, y la doctrina ha desenvuelto una amplísima literatura con las posiciones interpretativas más diversas. Entre las múltiples cuestiones que se discuten están las referentes a si la responsabilidad supone o no un derecho, si tiene naturaleza obligatoria o real, si está o no dentro de las obligaciones tuteladas, si implica o no ejecución forzosa, si está incluida o no dentro de las posiciones subjetivas procesales o si es de naturaleza sustantiva o procesal. Hasta se ha puesto en duda su misma existencia como relación jurídica en vista de que la obligación, de una parte, y la obligación forzosa, de otra, desdibujan sus confines precisos, considerándola sin personalidad propia como un *tertium quid* intercalado entre ellas.

De frente a todas estas tesis, el autor llega a la conclusión de que la responsabilidad patrimonial existe como relación jurídica y se articula en sus dos momentos de planteamiento y actualización, sin necesidad de una individualización, como han creído la mayor parte de los autores en razón de cada una de las obligaciones tuteladas (una responsabilidad patrimonial por cada obligación tutelada, objetivada sobre todos los objetos responsables), sino considerando como única la responsabilidad patrimonial respecto a todos los acreedores tutelados y a cualquier título de tutela, individualizándola en razón del objeto responsable (una responsabilidad patrimonial por cada objeto responsable, al servicio de todos los acreedores tutelados y de cualquier título de tutela).

Esta posición unitaria de la responsabilidad hace que LASERRA defienda el concurso de acreedores como cotitularidad de una misma y única relación de responsabilidad patrimonial, reduciendo la diferencia entre la universalidad del artículo 2.740 del Código civil italiano (responsabilidad patrimonial del deudor) y la localización de las varias responsabilidades patrimoniales el no deudor por la sola diferencia de sus títulos, con diferenciación secundaria del régimen, inherente a la unidad de la responsabilidad patrimonial que grava el mismo objeto.

En definitiva, este autor trata de ofrecer una posición unitaria de la responsabilidad patrimonial en cuanto contribución al orden jurídico a fin de resolver ciertas cuestiones hasta ahora por contestar, como la del objeto responsable en la mora desde el momento de su constitución hasta el de su actuación, la que se refiere a cuál es el objeto y cuál el contenido de la ejecución forzosa mediante la protección del valor pecuniario de las obliga-