

El principio de inscripción en el Derecho Hipotecario

Bajo la frase *principio de inscripción* (*Eintragungsprinzip*) suelen agrupar los juristas alemanes las cuestiones que inmediatamente se plantean al estudiar el valor de los asientos hipotecarios en relación con la adquisición, modificación, transferencia, gravamen y extinción de los derechos sobre fincas.

Aunque apenas usada la denominación por los hipotecaristas españoles, que tratan la materia de un modo empírico y fragmentario, nos servirá para condensar la doctrina relativa a las funciones de la inscripción.

Vamos, por lo tanto, a estudiar en nuestro sistema los siguientes extremos :

- A. Valor jurídico de la inscripción y sus efectos inmediatos.
- B. Ambito en que se desenvuelve.—; Abarca todos los derechos reales sobre inmuebles ?
- C. Necesidad o voluntariedad de la inscripción.
- D. Presupuestos o elementos que le sirven de base o la perfeccionan.

Intimamente unidas con estos problemas se hallan las modalidades que el régimen impone, como consecuencias lógicas del principio de inscripción, a la existencia y descripciones hipotecarias de fincas y derechos y a los títulos inscribibles.

I

VALOR JURÍDICO DE LA INSCRIPCIÓN

El más superficial examen del desarrollo de los sistemas hipotecarios (1) pone de manifiesto la gama de colores fundamentales y de variadísimos matices que presentan las legislaciones inmobiliarias de los últimos cien años.

Después de poner frente a frente en las primeras páginas, con un esquematismo simplista, los dos sistemas hipotecarios frances y prusiano, la Exposición de Motivos de la L. H. de 1861 se preguntaba: «¿Deberá adoptarse el principio de la transcripción, o el de la inscripción?» Y contestaba con la frase precisa que la caracteriza: «Nuestro Derecho, hasta ahora, ha preferido la inscripción; no hubiera esto sido motivo suficiente para decidir a la Comisión, si la inscripción no fuera bastante a fin de dar a la propiedad, a los demás derechos en la cosa, a la contratación y al crédito, toda la firmeza que se busca al reformar la legislación antigua.»

«Las legislaciones modernas no están acordes respecto a este punto: unas transcriben, otras inscriben. La transcripción tiene las ventajas de representar con toda fidelidad el documento, de constituir dobles archivos que mutuamente se fiscalicen, de evitar los errores a que pueda dar lugar un extracto mal hecho, de necesitar menos capacidad en los Registradores. Al lado de estas ventajas tiene graves inconvenientes, nacidos de la complicación y abultado volumen de las titulaciones, de la poca sencillez y precisión de los formularios de las escrituras... y, sobre todo, el de que en las enajenaciones y constitución de derechos reales de poco valor difícilmente compensaría los gastos que requiere.»

La discusión apenas si puede plantearse en la actualidad. Los desenvolvimientos del sistema germánico han ido tan lejos en orden a la substancialidad de la inscripción como resultado de un especial procedimiento hipotecario, han separado tanto la contratación de los derechos reales, han hecho de los folios registrales cuadros sinópticos de tan fácil examen, que los razonamientos contrarios resultan arcaicos e incomprendibles.

(1) Véanse los capítulos II y siguientes de mis *Estudios Hipotecarios*.

Pero aun dentro de las legislaciones modernas de inspiración germánica, no son los mismos, ni mucho menos, los efectos que la inscripción produce, y conviene echar una rápida ojeada sobre todos ellos para hacerse cargo de la posición de nuestro sistema.

La influencia de la tradición romana en las primitivas ordenanzas hipotecarias fué un poderoso obstáculo que impidió se concedieran a la inscripción los efectos de un modo absoluto de adquirir.

El dominio podía ser transferido y gravado mediante título y posesión. El asiento hipotecario garantizaba por regla general al adquirente, y las discordancias entre realidad jurídica y registro inmobiliario se salvaban admitiendo una propiedad natural frente a otra civil, u otorgando a los terceros que contrataban bajo la fe hipotecaria una protección especial contra las cargas, condiciones y derechos clandestinos.

Faltan en las leyes prusianas de 5 de Mayo de 1872 las bases generales de la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles. Particularmente se hacía depender la transferencia *inter-vivos* de la inscripción en virtud de acto jurídico (*Auflassung*), y la constitución de los gravámenes hipotecarios, del asiento practicado con el solo consentimiento del propietario; pero las servidumbres y cargas reales podían existir sin necesidad de inscripción, aunque al hacerlas efectivas contra tercero se pusiera de relieve el valor de ésta, así como la transmisión y gravamen de los derechos *limitados*, especialmente de la hipoteca, tenía lugar fuera del Registro, y las limitaciones o prohibiciones de enajenar producían efectos contra quien las conociera sin necesidad de estar inscritas.

El principio de substantividad que, reconociendo la naturaleza abstracta de los asientos y su valor de cosa juzgada, llega a la consecuencia de que la relación jurídica inscrita es independiente de sus presupuestos y causa estado, no sólo frente a terceros, sino entre los mismos contratantes, se había abierto camino en Sajonia, Hamburgo, Lubeck y Mecklemburgo.

En cambio, el Código civil alemán, como más tarde el suizo, no acepta este radical principio y distingue en la técnica de las inscripciones las que dan vida al derecho real (constitutivas) de las que únicamente le reconocen como existente (declarativas). En el primer caso nace la modificación inmobiliaria con el asiento; en

el segundo, fuera del Registro, y provoca la inexactitud del mismo.

Anque nuestra ley Hipotecaria primitiva fué denominada por Cárdenas Código de la Propiedad territorial, y aunque, según la opinión de cuantos intervinieron en su redacción y discusión, se le asignaban por fines principales asegurar el dominio y desarrollar el crédito inmobiliario, aparece incluida entre las que pudiéramos llamar leyes de protección al tercero, y ley de terceros ha sido denominada.

Sabido es por las actas de la Comisión de Códigos cómo se llegó a este resultado. La Comisión general de Codificación que desde Octubre a Diciembre de 1843 redactó las bases del Proyecto de Código civil, después de declarar que no se reconocería acción hipotecaria sino sobre fincas determinadas y en virtud de toma de razón en el Registro público, extendiendo a las cargas, salvo excepciones, esta norma, aprobó bajo las entusiastas inspiraciones de Luzuriaga (1) la base 52.^a, cuyo texto dice :

«Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código..»

En la nueva Comisión nombrada por Real decreto de 11 de Septiembre de 1846 se discutió desde el primer momento sobre los elementos esenciales de la transmisión de dominio.

García Goyena la hacía depender del consentimiento por lo que toca a los contrayentes; Luzuriaga la estimaba perfecta cuando se realizara la inscripción y la entrega (2), y como resultado de la

(1) La radical proposición de Luzuriaga fué hecha en la sesión que el 25 de Octubre de 1843 celebró la Sección de lo Civil para discutir la ponencia del Sr. Ruiz de la Vega sobre el derecho de hipoteca, y en atención a su importancia se dejó la solución del problema a la Comisión general. Esta aprobó dos bases que aparecen fundidas en la definitiva, el 5 de Diciembre del mismo año. Sin embargo, en la lista de asistentes de esta última no figura el nombre del Sr. Luzuriaga.

(2) Oliver (*Der. Inmol.* 41) dice que no estuvo feliz Luzuriaga en su tesis, que tampoco estaba de acuerdo con la ley Hipotecaria de Sajonia. Efectivamente, el artículo 2.^º de este cuerpo legal establecía: «La propiedad civil sobre inmuebles, como derecho real, se adquiere solamente por la inscrip-

discusión, la transcripción base fué modificada, introduciéndose el nuevo concepto en la siguiente forma :

«Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero* los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público.»

Por ese cauce marcharon los desenvolvimientos legislativos. La técnica de la adquisición del dominio quedó en un estado nebuloso, y mientras de los preceptos de la ley Hipotecaria la inscripción aparecía de un lado como prácticamente necesaria para ejercitar acciones procedentes del dominio y derechos reales, y de otro como condición indispensable para que se entendiesen adquiridos, transmitidos o extinguidos de un modo perfecto y absoluto, o sea en cuanto a tercero, no faltaban textos en la Exposición de Motivos que la considerasen como una operación subalterna y formal que «no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro (1).

Se conservan, por lo tanto, los modos de adquirir clásicos con el juego, decisivo en algunos momentos, de la posesión, pero subordinando la materia a las declaraciones del Registro cuando surge una persona (tercero) que por él deba ser protegida.

Como consecuencia fatal de este eclecticismo, el concepto unitario y absoluto del dominio se desintegra, y no sólo es posible, mejor dicho, frecuente, que un contratante sea dueño con relación al otro, sin que se entienda traspasado el dominio respecto a todos, sino que el goce exclusivo y la facultad de reivindicar, notas carac-

ción en el Registro. No se necesita la transferencia de la posesión para transmitir la propiedad de fincas». Pero basta leer los comentarios (V. Heyne: *Com. über das König. Sachs. Gesetz.*) para comprender la importancia de la opinión contraria.

(1) Véanse los párrafos de la citada Exposición relativos a la inscripción de las obligaciones *contraidas* y no inscritas antes de la publicación de la ley, y la crítica de Oiiver (páginas 574 y siguientes de su obra, *Dº Imm.*º).

terísticas de la propiedad, desaparecen de su definición para dejar paso franco a una cuádruple concepción :

a) La propiedad contractual del adquirente frente al transferente ; b) la propiedad natural que comprende el derecho a poseer (*jus possidendi*) y a adquirir o reivindicar la posesión de cualquier persona no favorecida como tercero por el Registro ; c) la propiedad meramente formal o del libro que facilita para enajenar y gravar, limitada por el caso a) o el caso b), y d) la propiedad perfecta por su fondo y registro, única que responderá al tipo clásico.

Para alcanzar esta última situación jurídica se necesita : 1.º un título inscribible, o sea un documento o varios de los que resulte por ministerio de la Ley o por voluntad del anterior dueño la transferencia, nacimiento, modificación o extinción de un derecho ; 2.º en ciertos casos la entrega de finca o derecho, y 3.º la inscripción en los libros principales del Registro.

¿Qué fundamentos pueden servir de apoyo a esta concepción jurídica ?

En una carta que el eminentísimo jurista D. Eduardo Pérez Pujol dirigía desde Archena al insigne hipotecario Sr. Oliver, y de que ya he hablado en esta Revista (1), en 14 de Mayo de 1893, sobre la obra del último recientemente publicada, se exponen con notable precisión.

«Yo distingo el derecho real cuando se constituye por un modo originario de adquirir de cuando procede de un modo derivativo. Primer caso : yo adquiero por la ocupación (caza en terreno abierto y tiempo legal) la pieza que he cobrado. El dominio, el derecho real que en ella tengo no supone más que estos elementos de derecho : un sujeto activo, yo ; un sujeto pasivo, todas las personas individuales y sociales y una relación jurídica que es mi simple facultad de disponer libremente, mientras no hiera el derecho ajeno, y es en el sujeto pasivo obligación general negativa de no perturbar mi derecho, de respetar su legítimo ejercicio. Segundo caso : cuando el derecho real se adquiere de otro que lo posee, de quien se deriva, los elementos jurídicos se complican : hay un sujeto activo, el adquirente, y dos sujetos pasivos, el cedente y todas las

(1) Véase el núm. 2, pág. 81.

personas individuales y sociales; hay dos relaciones jurídicas: una entre el adquirente, sujeto activo, que tiene la facultad de exigir del primer sujeto pasivo que le entregue y mantenga en la posesión del derecho real cedido; lo que constituye una obligación personal del cedente; y hay, además, otra relación jurídica entre el adquirente, que tiene la libre facultad de disponer, y la sociedad, el público, todos, que tienen la obligación de respetar el ejercicio de esa facultad. A este concepto se ajusta perfectamente la teoría latina de la distinción entre el título y el modo de adquirir. El primero engendra la obligación personal del transferente; el segundo produce la obligación general negativa de respetar el derecho constituido....»

«Analizados los elementos constitutivos de los derechos reales, ¿cómo se aplica a cada uno de ellos el principio de publicidad? La publicidad por medio del Registro tiene verdaderamente fuerza substantiva para hacer nacer la obligación general negativa de los terceros—dice muy bien nuestra ley Hipotecaria—de los no otorgantes del acto inscrito, de los no ligados con obligación personal positiva, y esto es perfectamente justo desde que el Registro es accesible al público, o por lo menos a todo interesado....»

«Pero si la publicidad germánica entraña el principio sustancial de la obligación personal de modo que el acto inscribible no sea válido sino mediante la inscripción (Permanyer), y con tal validez que haga legítimo un acto nulo, el principio de publicidad, en el sentido de obra del derecho público, de invasión del Estado en el terreno del Derecho civil, concluye con una injusticia, la de confiscar una obligación personal, justa y legítimamente constituida, sin provecho de nadie, sólo por una razón, más aparente que sólida, de orden público. El término medio propuesto por el Sr. Cárdenas, que no es componenda ecléctica, sino una síntesis atinada y completa de los elementos que entran en el derecho real, es el principio en que se funda nuestra ley Hipotecaria, que, aun cuando se ha explicado en forma casuística, obedece rígidamente a ese principio.»

«El título transmisible de un derecho real, si es válido envuelve el nacimiento de una obligación personal; si es nulo no engendra tal obligación; pero *ex post facto* pueden subvenir obligaciones personales. La inscripción no puede dar al título lo que ya tiene

ni puede alterarlo: no le da validez si la tenía, no le convalida si era nula y no anula las obligaciones que, siendo nula, pueden nacer por un hecho posterior. Sin hacer la inscripción, como después de hecha, el sujeto activo puede exigir del pasivo la prestación del hecho o entrega de la cosa, la evicción, los perjuicios por culpa o dolo, todo por acción personal...»

«Si la obligación nacida del título es nula, la inscripción no la convalida, aunque no perjudique a tercero que tiene inscrito su derecho. En tal caso el tercero conservará el derecho real inscrito, y declarada la nulidad del título, *ex post facto*, por el efecto de esta nulidad, el adquirente estará sujeto con obligación personal a indemnizar los daños y perjuicios al primer cedente o al perjudicado por el título nulo.»

«Anular todas estas obligaciones personales o subordinarlas al hecho de la inscripción, solamente para regularizar la entrada de la propiedad en los Registros para los efectos de la estadística y de la tributación, es convertir el ejercicio de los derechos civiles en medio fiscal; y demasiada ingenuidad del Fisco en nuestra ley Hipotecaria tenemos ya para aumentarla.»

Por brillante que sea este alegato, acaso el más filosófico que en castellano se haya escrito, en defensa del sistema adoptado por nuestra ley Hipotecaria, presenta confusiones que la moderna jurisprudencia ha puesto de relieve y afirmaciones que ha combatido.

Aquí tan sólo podemos aludir a la deficiente visión de la teoría del título y del modo, a la falta de diferenciación entre obligaciones y derechos reales, a la confusión del deber con el ser, de la obligación con la prestación, y al empeño de justificar con razonamientos de estadística un mecanismo de derecho privado.

Lo esencial en un sistema que intenta asegurar la propiedad y descubrir sus cargas es fijar el valor de cada uno de los momentos que concurren a modificar la situación real, y esto no en interés de la estadística oficial, sino primordialmente como base del derecho inmobiliario. En su consecuencia, los efectos característicos de la obligación deben separarse netamente de los del derecho real, como separamos la obligación de extender un cheque de la extensión y efectos del documento ya extendido. No por eso se niega la repercusión de la causa más o menos remota de la adquisición so-

bre este mismo fenómeno jurídico, pero a la técnica corresponde señalar la trascendencia y relación de los elementos con la precisión y fijeza exigidas por el tráfico y la vida jurídica.

Supongamos que el titular según el Registro vende a una persona con entrega de la finca, y el comprador, que no ha inscrito su título, a su vez cede a un tercero el inmueble sin tradición: el primero sigue siendo un dueño hipotecario *erga omnes*; el segundo tiene la propiedad respecto a todos los que no se apoyen en el Registro; el último será tan sólo dueño respecto de su cedente. ¿No parece que se juega con el concepto del dominio? ¿O significa lo mismo la palabra en todos los casos?

Y si para cohonestar esta terminología se realzan las obligaciones recíprocas que enlazan a estas tres personas, añadiremos el equívoco a la obscuridad, porque no hay campo común entre la obligación y el derecho real.

Las corrientes doctrinales a favor de la substantividad de la inscripción, cada vez más enérgicas en nuestra patria; el papel cada vez más absorbente de la posesión que desnaturalizaba el Registro; el concepto cada vez más impreciso y embrollado del tercero hipotecario, y la resistencia del Tribunal Supremo a considerar la inscripción como fuente de derechos, provocaron un movimiento legislativo de aproximación a los patrones germánicos. Ya en el artículo 35 de la ley del Catastro, de 24 de Mayo de 1906, se ordena el estudio de los medios adecuados para crear títulos reales definitivos, es decir, inatacables.

Por otro lado, la promulgación del Código civil suizo y la publicación de su exposición de motivos, fácilmente accesibles ambos en la traducción francesa a los interesados en asuntos hipotecarios, hallaron eco, sobre todo, en la Junta Central de la Asociación de Registradores y en el Director general de los Registros, D. Pablo Martínez Pardo, a quienes se deben las profundas modificaciones del sistema introducidas por los artículos 15 y 16 de la ley de 21 de Abril de 1919 (41 y 24, respectivamente, de la edición vigente de la ley Hipotecaria).

Según el primero de los citados artículos, quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por lo tanto, gozará de todos los derechos consignados

en el libro II del referido Código, a favor del propietario y del poseedor de buena fe...

Aunque la preocupación o, mejor dicho, la obsesión de los juristas que redactaron dicho artículo era la lucha entre la posesión y la propiedad inscrita (1), no cabe dudar de que, en primer término, establece una presunción legal a favor del titular, según el Registro, asimilable a la consignada en los artículos 891 del Código civil alemán y 937 del Código civil suizo.

« La inscripción—dice el citado Sr. Martínez Pardo—no debe (2) convalidar los actos nulos o falsos; pero mientras subsista, ínterin los Tribunales no la hayan anulado mediante las solemnidades de un juicio declarativo, debe surtir forzosamente todos sus efectos e imponer por sí misma el imperio del estado jurídico de que es proclama y garantía.»

En otros términos: la ley Hipotecaria, sin decidirse a conceder a la inscripción la fuerza de *cosa juzgada*, establece la presunción *juris tantum* de que quien aparece como titular en el Registro lo es de conformidad con el Derecho civil substantivo para entablar acciones o ser demandado, y para transmitir, gravar y realizar actos de dueño o titular.

Aun cuando falten los supuestos jurídicos en que toda inscripción debe fundarse, produce la inscripción sus efectos mientras que Registro y realidad no se pongan de acuerdo.

«No podrá ejercitarse—dice el segundo de los citados artículos—ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que previamente o a la vez se entable la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio.»

Ofuscados los Tribunales y comentaristas españoles con las relaciones de inscripción y posesión, ni pusieron de relieve la presunción mencionada ni examinaron su valor jurídico, ni supieron obtener del precepto legislativo los frutos que lleva en germen.

De unas y otros se tratará detenidamente en las columnas de

(1) Véase el opúsculo del Sr. Aragonés y Carsi. *Modificación de algunos artículos de la ley Hipotecaria española por la de 22 de Abril de 1909*. Madrid, Góngora, 1909.

(2) En el prólogo (pág. XXVI) a la Reforma de la Legislación Hipotecaria de D. P. Higueras. Tomo I. Madrid, *La Correspondencia Militar*, 1909.

esta Revista, y como por el momento nos vemos obligados a admitir que los artículos 15 y 16 de la ley de 1909, no han consignado una presunción *juris et de jure* que subordine la realidad jurídica a la declaración hipotecaria, nos vemos igualmente forzados a reconocer que en el conflicto entre aquélla y ésta los Tribunales pueden decretar la rectificación del Registro en virtud de la prueba aportada.

¿Cuándo, pues, estará equivocado el Registro?

La contestación a esta pregunta, que pone al descubierto el eje del sistema, depende de los que consideremos presupuestos necesarios: a) para el nacimiento de una situación real, y b) para la práctica de una inscripción legítima.

Si el derecho real surge fuera del Registro, como en el caso de un heredero único que acepta la herencia, previas las justificaciones necesarias, pero sin inscribir la sucesión, la realidad se impondrá a la inscripción antigua, el dueño (por título hereditario) podrá ejercitar la acción reivindicatoria o cualquiera otra de carácter real, aunque la inscripción siga extendida a nombre de su causante, y el poseedor demandado (1) no podrá alegar el artículo 41 de la vigente ley Hipotecaria para negar la acción del demandante.

Por el contrario, la persona que haya adquirido mi finca mediante la extralimitación de mi administrador, cuyos poderes no le autorizaban para enajenarla, se verá condenado, a pesar de la inscripción que le favorece, en el pleito que contra mí entable para entrar en posesión del inmueble.

Consecuencia natural de estos razonamientos es que algunas inscripciones sirven para reconocer o declarar un estado jurídico que de antemano parece dotado de acciones reales, mientras otras sirven de complemento a los supuestos extrahipotecarios y constituyen con ellos el derecho real.

Esta distinción de inscripciones declarativas y constitutivas, tan indispensable para decidir: primero, cuando se concede el carácter y ventajas de derecho real a una situación jurídica; segundo, cuando el Registro se ajusta a la realidad civil, y tercero, cuando existe buena fe en los terceros adquirentes, ¿puede recibir carta de naturaleza en la técnica hipotecaria española?

(1) Naturalmente, si no es el tercero a que alude el art. 389 de la ley.

Sinceramente reconocemos que no ha sido objeto de investigaciones en nuestra patria, y que aunque del examen de los textos y comentarios sobre el valor, ámbito y presupuestos de la inscripción, así como de la jurisprudencia hipotecaria, se desprende lógicamente la deducción de que la inscripción es una condición necesaria, mas no suficiente, para la modificación de una situación real inmobiliaria, *erga omnes*, en cambio, falta la base para fijar los límites de la presunción establecida por el artículo 41.

Nadie se atreve, es cierto, a sostener que este texto legal declare dueño inatacable al titular inscrito; pero tampoco nadie se ha percatado de la necesidad de señalar al juez el campo en que puede moverse para determinar el valor probatorio de la presunción. Se ha separado de un mecanismo una pieza que no puede jugar mas que en íntimo enlace con las demás que lo integran.

Es necesario, por lo tanto, revisar los modos de adquirir la propiedad y los derechos reales, así como los actos modificativos o extintivos de las situaciones reales para graduar los efectos de la inscripción.

II

INSCRIPCIONES DECLARATIVAS Y CONSTITUTIVAS.

El más somero examen de la materia pone de manifiesto un grupo de situaciones jurídicas nacidas por obra de la ley, por sentencia judicial o por decreto administrativo que llevan, desde el primer momento, características reales y se hallan garantizadas *erga omnes*, no obstante el silencio del Registro.

Entre las adquisiciones *legales* aparecen en primer término las hereditarias. Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (1), y los herederos, no sólo suceden al difunto por el hecho de su muerte (2), sino que continúan sin interrupción en la posesión de los bienes hereditarios (3). Si la partición no se inscribe o el heredero único que acepta la herencia no formaliza la descripción de bienes, y un tercero sin título trata

(1) Art. 657 del Código civil.

(2) Art. 661 del Código civil.

(3) Art. 440 del mismo Código.

de gozar o apropiarse los frutos de un inmueble, el juez no pondrá obstáculo al ejercicio de la acción negatoria por el verdadero propietario.

Las afirmaciones que Aragonés y Carsi (1) hace sobre la imposibilidad de ejercitar acciones procedentes del difunto sin inscribir el título de heredero, pecan de ligeras, y de confuso el razonamiento: «la herencia es un *título*, una *manera de adquirir*, y como *adquisición* necesita que se inscriba» (2).

Sin necesidad de profundizar la discusión de si la sucesión hereditaria es un modo por virtud del que adquiere el heredero el dominio sobre los bienes de la sucesión, como sostiene nuestro Azcárate (3), o un vínculo jurídico que reúne los caracteres de derecho real, como sostiene el eminentíssimo civilista Sr. Sánchez Román (4), o engendra una relación jurídica del heredero a una ideal unidad, como la técnica alemana admite con Helwig (5), ha de reconocerse que todas las doctrinas coinciden en no exigir la inscripción en el Registro de la Propiedad para conceder al heredero el ejercicio de las acciones reales.

De igual carácter es la adquisición de bienes en los regímenes matrimoniales que comunican a uno de los esposos las aportaciones o adquisiciones del otro, y acaso en la división pactada de cosa común se provoque el mismo fenómeno jurídico.

Como adquisiciones por decisión judicial que motivarán inscripciones declarativas tenemos las sentencias que reconozcan una situación real inmobiliaria, y las que adjudiquen bienes de esta naturaleza en procedimientos divisorios.

En fin, pertenecen a la misma categoría los decretos administrativos que terminen los expedientes de expropiación forzosa, y los que otorguen una concesión administrativa.

(1) *Compendio de Legislación Hipotecaria*. Madrid, Jaime Ratés, 1909. páginas. 152 y siguientes del Tomo primero.

(2) Es decir, causa jurídica (*título*), modo (*manera de adquirir*), y resultado (*adquisición*): madre, padre e hijo en una sola persona.

(3) *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*, Tomo III, pág. 107. Madrid. *Revista de Legislación*, MDCCCLXXXIII.

(4) *Estudios de Derecho civil* — Tomo 6.º, vol. 1º, pág. 28, 2.ª edición. Madrid. Sucesores de Rivadeneira, 1910.

(5) *Anspruch und Klagerrecht*, 2.ª ed., pág. 46. Leipzig. Deichert, 1910.

Todos los mencionados supuestos admiten desenvolvimientos *reales* fuera del Registro, y son *insolubles* en el derecho de obligaciones. Cuando el Registro no contenga los asientos correspondientes estará equivocado, y el titular no inscrito desvanecerá sin otro esfuerzo que el probatorio la presunción contenida en el artículo 41.

La finca inscrita todavía a favor del antiguo titular, si el mismo cae en quiebra, no formará parte de la masa por el solo hecho de la inscripción.

¿Qué inscripciones serán constitutivas, esto es, transformarán en real la situación jurídica que no está cualificada de ese modo?

En los Códigos alemán y suizo figuran en primer término las que acreditan adquisiciones por acto jurídico (*inter vivos*). En nuestra patria la respuesta ha de ser distinta.

Ni el Código civil ni, por de contado, las legislaciones forales, ni la ley Hipotecaria requieren la inscripción como requisito *sine qua non*, para la transferencia de la propiedad.

El párrafo segundo del artículo 609 del Código civil (1) sanciona la técnica de la tradición romana, de tanto arraigo en la península, y su concordante el artículo 1.095, después de preceptuar que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, declara netamente que no adquirirá *derecho real* sobre ella hasta que le haya sido entregada. Podrán discutirse las formas de la tradición y sus clases: natural, real, simbólica, presunta, ficta, longæ manu, brevi manu, constitutum possessorum...; pero cuando no exista, los problemas se resolverán aplicando las reglas del Derecho de obligaciones. La inscripción del título adquisitivo, sin embargo, transformará la situación obligatoria en real, aunque en este supuesto los textos citados nada digan (2), mientras en el de tradición, reconocerá el derecho real constituido. Es decir, será constitutiva o declarativa, según los casos.

Mayores son las dudas que surgen al estudiar la constitución

(1) La propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten . por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

(2) El art. 1.473, refiriéndose a la doble venta de una cosa, dice: Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito. En su final parece admitir la adquisición de la propiedad *sin tradición*, con título y buena fe.

de los derechos reales. Cierto es que el citado párrafo segundo del artículo 609 se refiere indistintamente a la propiedad y a los demás derechos sobre los bienes, de suerte que en principio a todos deben aplicarse las reglas de transferencia por medio de tradición; mas la técnica de este modo de adquirir nunca se ha extendido por nuestros jurisconsultos en tan desmedida proporción. En la definición de la *Traditio* empleaba el romanista más seguido por nuestros juristas del siglo XIX la frase transferencia de cosa corporal (1), y de la definición hacia fluir como axioma que no existe tradición de cosas incorporales, sino cuasi tradición por el consentimiento (*patientia*) del concedente y el uso o ejercicio del derecho por parte del que recibe (2). Ahora bien: para el ilustre autor, el título sin la tradición o la cuasi tradición confería un verdadero derecho real: primero, en la hipoteca; segundo, en las servidumbres negativas; tercero, en las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios (comunidad, herencia y deslinde), y cuarto, en las adquisiciones por última voluntad (3).

El Código civil, en los títulos correspondientes a los derechos reales, apenas si da luz, mejor dicho, confunde con el empleo de una terminología deficiente e inadaptada a su sistema. Según el artículo 468, el usufructo se *constituye* por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción. En los artículos 537 y 539 declara que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o por la prescripción de veinte años, y las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título. El 1.628 preceptúa que el censo enfitéutico sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública.

¿Qué valor tendrán las palabras adquirir, constituir y establecer

(1) *Heineccii Elementa Juris Civilis*, I, 147. Mauriti. Boix, 1846. De igual modo en las *Recitaciones de Derecho civil Romano*, I, 240. Trad. Collan es. 7.^a edición. Valencia. Aguilar, 1879.

(2) *Elementa*, párrafo 382. *Recitaciones*, I, 241.

(3) *Elementa*, párrafo 339 in fine. Hasta dónde llegaba la incondicional adhesión de nuestros juristas a esas afirmaciones puede apreciarse comparando este párrafo con el 739 del *Febrero novísimo*, refundido y adicionado por García Goyena y Aguirre. Madrid. Boix, 1842.

para determinar el nacimiento del derecho real? ¿Serán matices o jalones que midan el camino recorrido hacia la perfección de la situación real?

En mi modesta opinión, el legislador no se ha planteado el problema, y basta comparar los citados artículos con sus concordantes (1) del proyecto de Código civil de 1851, que no aceptaba el sistema de tradición, para convencirse de ello.

Es más, al puntualizar el momento en que surge la hipoteca, el párrafo primero del artículo 1.875 emplea el verbo constituir en dos sentidos diferentes: «es indispensable—dice—para que la hipoteca quede válidamente *constituida* (*nacimiento del derecho real*), que el documento en que se *constituya* (*formalización del título inscribible*) sea inscrito en el Registro de la Propiedad».

Desenvolviendo la doctrina común a las servidumbres personales y reales, admite el Sr. Sánchez Román (2) como maneras o modos de constituir las la voluntad, la ley y la prescripción, y con referencia a la primera precisa su pensamiento con estas palabras: «La voluntad en forma de acto jurídico—contrato, testamento—, siempre que el concedente de ella tenga derecho para hacerlo, o, lo que es lo mismo, cumpliéndose en su constitución las reglas del *título* o del *modo* de adquirir los derechos reales, puesto que la servidumbre es un derecho real.» Y como para el insigne autor la *cuasi-tradición* representa la misma esencia jurídica que la tradición, y puede ser definida, «el ejercicio del derecho por parte del adquirente y la aquiescencia por la del transmitente» (3), será necesario en cada caso concreto someter a discusión los elementos concurrentes para decidir si existió o no antes de la inscripción la servidumbre.

La materia es de difícil acoplamiento hipotecario, porque el contrato real de establecimiento de servidumbre (*pactio* y *cuasi-traditio* que inmediata y efectivamente la engendraban) se halla a

(1) Por ejemplo, los artículos 436, 537, 538.

(2) *Estudios de Derecho civil*, 3.^o, 510 de la tercera edición.

(3) Op. cit., III, 240. La doctrina se halla atenuada, sin embargo, por la tradición *ex ministerio legis*, que el autor justifica en la misma página con una teoría que ahora no podemos discutir.

veces confundido con promesas cuyo cumplimiento es necesario para pasar de la obligación al derecho (1).

En resumen, y para no hacer interminable este artículo, la inscripción de hipoteca es *constitutiva* siempre; en los demás supuestos hay que examinar a la luz de la especial técnica de la adquisición en litigio la situación jurídica extra-hipotecaria para saber si nos hallamos o no en presencia de una inscripción *declarativa* (2).

Todavía más incierta se presenta la doctrina de los modos de perderse el dominio y de extinguirse los derechos reales, y, por consiguiente, la repercusión de los mismos sobre el Registro de la Propiedad.

Con referencia al dominio, el Sr. Sánchez Román ha agrupado la materia en el capítulo XI del tratado de Derechos reales (3), distinguiendo los modos voluntarios de perderlo (abandono expreso o tácito y enajenación) de los involuntarios (extinción de la cosa, accesión, decreto judicial y ministerio de la ley); pero fuera de los casos en que, por haber adquirido otra persona lo que el dueño pierde, quepa incluir esta doctrina en la ya indicada de los modos de adquirir, el trabajo del ilustre autor sólo puede servirnos como base de investigación.

(1) En las fincas provinciales, que no eran susceptibles de *mancipatio e in jure cessio*, podían, según Gayo, ser establecidas las servidumbres *pactionibus et stipulacionibus*. La *pactio* es aquí el contrato dirigido al establecimiento de la servidumbre (por ejemplo, compra, donación de la servidumbre, etc.), mientras la *stipulatio* en esta aplicación tiene por finalidad asegurar el goce del contenido de la servidumbre. El procedimiento, en su conjunto, se reducía al establecimiento y ejercicio efectivo de la servidumbre sobre la base del citado contrato substantivo de establecimiento, y aparece, en su consecuencia, como una cuasi-tradicón de servidumbre. Czyhlarz-Lehrbuch der Institutionen des Romischen Rechtes, 17. Aufl. Leipzig, 1920. 9 Freitag., págs. 124.

(2) Aunque no carece de importancia para este análisis, pasamos por alto el art. 1.280 del mismo Código, a cuyo tono deberán constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, porque el Tribunal Supremo admite (S. 12 de Mayo de 1897 y 1 de Julio de 1901), que las partes pueden cumplir las obligaciones y crear una situación jurídica a que afecte a los extraños, sin necesidad de elevar el contrato a escritura pública.

(3) Pág. 298 y siguientes de la citada edición de los *Estudios de Derecho Civil*.

Así por ejemplo, el artículo 928 del Código civil alemán exige para que se entienda renunciada la propiedad de una finca inscrita que el propietario declare la intención de abandonar ante el Registrador y que se inscriba el abandono.

Para las leyes de Partidas (1), «desamparando algún ome alguna su cosa que fuese rayz, porque se non pagasse de ella, luego que de ella saliesse corporalmente, con intención que non quissiese que fuese suya dende adelante, quien quier que primeramente la entrasse, ganaría el señorío de ella». El Código civil, después de reconocer que el poseedor puede perder su *posesión* por el abandono de la cosa (2), declara que la posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la ley Hipotecaria (3). Dejando a un lado las cuestiones que se suscitan al comparar el texto de las Partidas que se refiere a la pérdida de la *propiedad* con los del Código civil, que se limitan al abandono de la *posesión*, ¿cuál será la posición de quien, en realidad, haya abandonado la finca con ánimo de perder el dominio y no inscribiera su renuncia? ¿Y qué condiciones habrá de tener la declaración de abandono? ¿Será unilateral o bilateral, abstracta o causal, revocable o definitiva? ¿Continuarán las servidumbres que el predio abandonado tenga sobre otros, como sirvientes, a pesar de su carácter de mostreno? ¿Y cómo se garantizarán los derechos de los terceros? ¿Se transformarán los derechos a la cosa en acciones para exigir daños y perjuicios?

Si la ley admite que la finca pase a ser *nullius* antes de que se inscriba la renuncia, la inscripción será *declarativa*, y el Registro estará equivocado mientras no se realice.

En su consecuencia, el dueño a quien se le exija responsabilidad por los daños que una finca ruinosa haya causado a un transeunte, podrá impugnar la presunción del artículo 41 de la ley Hipotecaria y demostrar que había dejado de ser dueño cuando el derrumbamiento se produjo (!).

(1) Ley 50, título 28 de la Partida III.

(2) Número primero del artículo 460.

(3) Artículo 462.

A la extinción de los derechos reales dedica el Código civil (1) mayor número de artículos, y esta circunstancia podría autorizarnos para esperar alguna regularidad en la técnica, si la de dicho Cuerpo legal no estuviese tan distante de la hipotecaria.

Prescribe el artículo 513 que el usufructo se extingue: primero, por muerte del usufructuario; segundo, por expirar el plazo o cumplirse la condición resolutoria; tercero, por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona; cuarto, por la renuncia del usufructuario; quinto, por la pérdida de la cosa; sexto, por la resolución del derecho del constituyente, y séptimo, por prescripción.

Basta echar una ojeada al artículo para adquirir inmediatamente la convicción de que las cancelaciones correspondientes a estas diversas causas de extinción no tienen igual carácter, porque algunas acreditan la muerte del derecho fuera del Registro, o *automáticamente*, en tanto que las otras responden sólo a presupuestos cuya fuerza destructiva hace explosión en el momento de extenderse el asiento hipotecario. La quiebra del usufructuario, transcurrido el plazo o cumplida la condición resolutoria, no perjudicará, naturalmente, al nudo propietario que no ha solicitado la cancelación del usufructo. ¿Podrá decirse lo mismo en el caso de cesión contractual o renuncia abstracta, si no se han presentado en el Registro los títulos correspondientes antes que el auto judicial declarando al comerciante en estado de quiebra?

A iguales consideraciones se presta el artículo 546 del mismo Código, que declara extinguidas las servidumbres: primero, por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente; segundo, por el no uso durante veinte años; tercero, cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse la servidumbre; cuarto, por llegar el día o realizarse la condición; quinto, por la renuncia del dueño del predio dominante, y sexto, por la redención.

¿Será necesario distinguir aquí causas legales de extinción y causas voluntarias, admitiendo que las primeras obran fuera del Registro, y las segundas por mediación del mismo? Llegaremos

(1) Hacemos referencia al mismo y prescindimos de las escasas variantes del Derecho foral para simplificar la argumentación.

entonces a cancelaciones declarativas y constitutivas, respectivamente.

La teoría sería aplicable a la extinción de los derechos reales, en general, y nos conduciría directamente a la solución de problemas que en la actualidad parecen insolubles.

Así en el Registro existe a mi favor un crédito hipotecario por un millón de pesetas sobre una finca que se halla en poder de tercera persona. Entre el deudor y yo existen cuentas que se traducen en un saldo variable. Es la posición a que se llega corrientemente cuando se recibe del Banco Hipotecario una cantidad a préstamo que se entrega inmediatamente en sus ventanillas para acreditarme una cuenta corriente a favor del prestatario.

Caso de caer en quiebra el acreedor, ¿se entenderá disminuído el crédito hipotecario en el saldo de la cuenta corriente favorable al deudor, que acaso cubra la total cantidad del préstamo? ¿O entenderemos que el crédito hipotecario forma parte del activo y el saldo favorable al prestatario del pasivo de la quiebra, ingresando en la masa el derecho real que garantiza un millón de pesetas y pagándose en su día el dividendo o tanto por ciento del saldo, como a los demás acreedores de la quiebra, a sueldo la libra?

Las relaciones entre el préstamo y las entregas a cuenta pueden ir estrechándose de modo que materialmente se vea bajar la cantidad asegurada con hipoteca, hasta llegar al pago de la total cantidad.

¿Sostendremos entonces que el Registro está equivocado y que no existe el derecho hipotecario por falta de contenido? ¿O tan sólo reconoceremos la existencia de una obligación de cancelar a cargo del titular inscrito?

En el primer supuesto la cancelación será *declarativa*; en el segundo, *constitutiva*.

En resumen: si queremos responder a la voluntad del legislador, tal y como se desprende de las manifestaciones de quienes introdujeron en nuestra técnica los artículos 24 y 41 de la ley Hipotecaria, negaremos que la inscripción sea inatacable fuente de derechos y desecharemos por anticuada la jurisprudencia que no ve en ella ningún apoyo nuevo cuando falta el tercero hipotecario, para sostener, como lógico término medio, que o bien *declara* la existencia, modalidad y extinción de un Derecho real pro-

vocadas fuera del Registro, o bien perfecciona como elemento indispensable las relaciones jurídicas nacidas con tendencia real.

La inscripción será, pues, *declarativa* (rectificadora), como cuando acredita una adjudicación hereditaria, y *constitutiva* (creadora) si engendra un derecho hipotecario propiamente dicho (*stricto sensu*).

En ambos casos posee una fuerza legitimadora que se exterioriza como facultad de disponer y presunción legal a favor y en contra de terceras personas. Pero no produce efectos de cosa juzgada, sino que por apoyarse en un título jurídico voluntariamente presentado en el Registro corre su suerte, y es susceptible de impugnación mientras el principio de la *fe pública* hipotecaria no entra en juego.

Para concretar sus efectos necesitaríamos examinar separadamente las inscripciones primeras de posesión, de dominio, de títulos en el sentido tradicional... y las *segundas* que colocan al tercero adquirente bajo la protección del sistema, así como tendríamos que estudiar bajo epígrafes distintos las inscripciones propiamente dichas, las cancelaciones, anotaciones preventivas, menciones, prohibiciones de enajenar...

Pero nos basta en el actual momento con dar una fórmula general que oriente al lector. La inscripción completa o declara la existencia y características de una situación jurídica de naturaleza real o asimilable, cuyo objeto mediato es una finca. Es, por lo tanto, un asiento necesario, mas no suficiente por sí solo, para la perfecta (total) adquisición, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles.

Ha evolucionado la afirmación hecha por la Comisión redactora de la ley Hipotecaria en la Exposición de motivos: «resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos y traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro (1), quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo.» Y en su lugar pondremos la pre-

(1) También dice el mismo texto: «Cuando se trate de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión y menos desde el convenio.»

sunción germánica : El Registro se supone conforme con la realidad, en tanto no se demuestre lo contrario.

Dicho se está que con esto nos alejamos de la doctrina del Tribunal Supremo que ve en la inscripción un modo de corroborar y garantizar el título inscribible, al mismo tiempo que de la teoría cuyo desenvolvimiento anunciaba el Sr. Oliver con las siguientes palabras :

“Expondré la doctrina de la ley Hipotecaria contenida principalmente en los cuatro primeros títulos de la misma y confirmada por el Código Civil, sobre la INSCRIPCIÓN considerada como único modo *absoluto* de adquirir, conservar, transmitir, gravar y perder los derechos sobre cosas inmuebles.”

Cuando tales palabras fueron escritas se hallaba en embrión el Código Civil alemán, y no se pensaba en unificar el derecho de cosas suizo. Ambos han dado un golpe de muerte a la fuerza de cosa juzgada en el régimen hipotecario para aceptar el término medio en que se inspiró nuestro legislador de 1909.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.