

¿Es constitutiva la inscripción en el Derecho real de hipoteca?

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGALES REFERENTES A LA PRENDA E HIPOTECA

Seremos muy breves en su exposición, por ser materia muy conocida para los lectores de esta Revista.

En el Derecho romano primitivo la obligación sólo nacía de la *mancipatio* y había que recurrir a sus formalidades para garantizar una obligación, vendiendo la cosa dada en garantía al acreedor (fiducia). Por influencia del Derecho de gentes se admitió que las obligaciones pudieran nacer del solo consentimiento, en los cuatro contratos de más frecuente uso (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato). Y, finalmente, en los contratos en que había que entregar una cosa, se prescindió de la *mancipatio* y bastó la entrega, con lo que nacieron los contratos reales, entre ellos, la prenda. La hipoteca surge posteriormente, por influencia del Derecho griego y se configura como un contrato de prenda, con la única y sustancial diferencia de que el objeto dado en hipoteca continúa en poder del deudor, por lo que es un contrato consensual y no real como la prenda. Y así tenemos los tres contratos de garantía real del Derecho romano: fiducia, prenda e hipoteca. En el primero, se transmite el dominio de la cosa al acreedor y es un contrato formal; en el segundo sólo se transmite al acreedor la posesión y es un contrato real, y en el tercero no se transmite al acreedor ni el dominio ni la posesión y es un contrato consensual.

En nuestra Patria, que inicialmente usó la denominación de peño o empeño, lo mismo para la prenda que para la hipoteca, se siguió prácticamente el sistema romano de la hipoteca, contrato consensual y clandestino, hasta la Pragmática-sanción de 31 de enero de 1768.

que creó los Oficios o Contadurías de Hipotecas, y que sancionó a los documentos de hipoteca y otros gravámenes, de que no se hubiera tomado razón en dichos Oficios o Contadurías, con no hacer fe en juicio ni fuera de él.

La Ley Hipotecaria de 1861 limitó el efecto de la inscripción de hipoteca, lo mismo que de los demás Derechos reales, a sus relaciones con tercero, produciendo el contrato plenos efectos entre las partes, pero sin perjudicar a tercero hasta su inscripción en el Registro.

El artículo 1.875 del Código civil estableció que para que la hipoteca quede válidamente constituida es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. La poca fortuna de su redacción salta a la vista. La reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 recogió este precepto del Código civil, y, con más fortuna en su redacción, dijo que para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere que se hayan constituido en escritura pública y que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. El mismo precepto recoge el artículo 159 de la Ley en cuanto a las hipotecas legales, si bien con el mismo defecto de redacción que el Código civil. Estos mismos preceptos son recogidos en la nueva Ley Hipotecaria, pero corrigiendo el defecto de redacción del artículo 159.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Fué opinión unánime de los comentaristas desde la publicación del Código civil, fundada en el precepto citado, que el derecho real de hipoteca no existe hasta la inscripción en el Registro o, usando la técnica moderna, que en el derecho de hipoteca la inscripción es constitutiva. Así, por ejemplo, Clemente de Diego, hablando de la publicidad de la hipoteca, dice: "La publicidad puede entenderse en un doble sentido, que son grados de la misma idea: en el sentido de que la hipoteca no inscrita (no publicada, por ende) no valga ni aun entre los interesados, o en el que, no inscrita, no valga para terceros, aunque sí entre los interesados. Este último grado era el seguido por la Ley Hipotecaria antigua. El primero es el que sigue el Código civil y la nueva Ley Hipotecaria."

Esta opinión ha sido contradicha por Angel Sanz y Núñez Lagos, a quienes siguen Rafael Ramos Folqués y también al parecer Gi-

nés Cánovas. Por lo contrario, Ramón de la Rica mantiene la opinión tradicional.

Angel Sanz expone así su opinión: "Para el derecho real de hipoteca no cabe tradición, pues la posesión es totalmente ajena a él. Por eso nuestro Código civil la sustituye por la inscripción en el Registro de la Propiedad, que es necesaria para que el derecho real de hipoteca tenga eficacia. Mas esto no quiere decir que con ello la fuerza constitutiva del título quede desplazada a la inscripción y ésta adquiera en este caso carácter constitutivo, como se afirma sin excepción por la doctrina española." "Si tratásemos—añade—de determinar los requisitos esenciales para la constitución y eficacia *erga omnes* de una hipoteca, habríamos de decir que en nuestro Derecho son tres: 1., título o contrato constitutivo del derecho real; 2., forma pública civil del contrato; escritura pública; 3., forma pública registral o hipotecaria; la inscripción. Estos elementos formales de la hipoteca actúan de diversa manera: la omisión de la escritura provoca la inexistencia (en una nota añade que eso según la opinión dominante, pero que sería muy discutible la aplicabilidad del artículo 1.279 a los casos en que el Código exige una forma especial); la falta de inscripción suspende la eficacia. A esta concepción responde con una terminología exacta el artículo 146 de la Ley Hipotecaria, según el cual, para que la Hipoteca quede *válidamente establecida*, es necesario que se haya *constituido en escritura pública* y que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad." Y en una nota añade: "Igualmente el artículo 129 y siguientes que al recoger uno de los efectos más característicos de la hipoteca, el procedimiento judicial sumario, lo atribuye, no a la inscripción en sí misma, sino el *Título inscrito*. En realidad, la inscripción en la hipoteca desempeña un papel análogo al desplazamiento de posesión en la prenda." Continúa haciendo el paralelo entre la prenda y la hipoteca, y termina: "Los requisitos formales para que la prenda o la hipoteca queden constituidas con plena eficacia son paralelos: contrato, escritura pública y desplazamiento o inscripción."

En sus *Instituciones de Derecho Inmobiliario* (libro meritísimo y digno de un cuidadoso estudio) mantiene la misma opinión, si bien se remite a otro tomo, no publicado aún.

Núñez Lagos, en su trabajo "Realidad y Registro", sostiene la misma opinión, y dice: "La inscripción es únicamente modo de ad-

quirir en las adquisiciones *a non domino*, convalidadas por la fides pública en beneficio del tercero del artículo 34 de la Ley. El que para la hipoteca se exija la inscripción es problema que pertenece al capítulo de la *forma* de los negocios jurídicos materiales y no al *principio de inscripción*. "No hay diferencia—añade—, una vez inscritos los respectivos títulos, entre la eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real, porque la eficacia se deriva en ambos supuestos del título inscrito a través del asiento, pero no directamente del asiento."

Ramos Folqués, en una serie de artículos muy bien documentados que está publicando en esta misma Revista, defiende el mismo criterio.

Ramón de la Rica, en una conferencia dada en el Colegio Notarial de Valencia, sostuvo la opinión contraria, pero no tenemos de esa conferencia otra referencia que la dada en esta Revista por Cánoyas por no haber sido publicada aún. La referencia de Cánoyas es: "Dice que así lo declaran—que la inscripción crea o hace nacer el derecho real de hipoteca—El Código civil y la Ley Hipotecaria, y unánimemente lo reconoció siempre la doctrina. Por ello, contra la nueva tendencia de que la inscripción de hipoteca no es constitutiva, sino solamente un requisito necesario *ad solemnitatem* para su eficacia, estima que, en tanto no se inscriba, el derecho real no se ve por parte alguna. Ni surgen las acciones reales, sino solamente la personal ejecutiva, ni el acreedor puede oponer su derecho a un propietario posterior de la finca hipotecada, ni siquiera gozar de preferencia sobre otro acreedor posterior que haya inscrito su derecho."

Cánoyas, comentando esa conferencia, se inclina a la opinión de Sanz y Núñez Lagos, aunque confesando su incertidumbre y vacilación.

CONCEPTO DEL DERECHO REAL DE PRENDA

Sánchez Román define el derecho real de prenda de la siguiente forma: "Un derecho real constituido, para garantía de una obligación en una cosa ajena que entra en posesión del acreedor o de un tercero y por virtud del cual el acreedor puede promover a su tiempo la venta de la cosa empeñada para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantida."

Una buena definición de un concepto cualquiera debe reunir todas las notas o caracteres esenciales del objeto definido. Pero si lo definido es una cosa específica, basta expresar el género a que pertenece y la nota esencial que la diferencia de las otras especies del mismo género.

Examinemos por partes la definición de Sánchez Román. "Un derecho real constituido en una cosa ajena", nota o carácter del género a que pertenece. "Para garantía de una obligación, y por virtud del cual el acreedor puede promover a su tiempo la venta de la cosa —empeñada—, para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantida", nota o carácter común a todos los derechos reales de garantía y que los diferencia de los demás derechos reales sobre cosa ajena. Finalmente, "que entra en posesión del acreedor o de un tercero". nota ésta que la diferencia de la hipoteca. (Prescindimos de la anticresis por no interesar especialmente a nuestro estudio.) Con todas estas notas esenciales del derecho real de prenda la definición es perfecta

LA SEGURIDAD EN EL COBRO PREFERENTE SOBRE EL VALOR DE LA COSA, NOTA ESENCIAL DE LA PREnda E HIPOTECA

Casi no parece necesario el que insistiésemos sobre la materia de este epígrafe; pero, siendo el fundamento de toda nuestra argumentación, estimamos conveniente reforzar nuestra opinión con la de los más autorizados civilistas.

Clemente de Diego dice: "Garantía es sinónimo de seguridad, y esto es lo que interesa al acreedor o sujeto activo de una obligación: que se asegure el cumplimiento para que no sea ilusorio el derecho de aquél. Prenda o seguridad de cumplimiento de una obligación son: la honradez o probidad del deudor, la posesión de bienes materiales (solvencia del deudor), el compromiso adquirido por un tercero (fiador) de pagar cuando el deudor principal no pague; mas como se fundan en cualidades personales de honradez y riqueza, aunque dan seguridad, no son más que garantías personales, y en este respecto incompletas, porque su eficacia puede desaparecer y desaparece cuando cambian, como pueden cambiar, aquellas condiciones personales. De aquí que se busque una garantía más fuerte, que se encontró en la especial afección de cosas o valores al cumplimiento de una obligación, por

cuya afección no pueden ser llamadas a cubrir preferentemente otras atenciones. Con la garantía personal la suma que se presta es confiada a la persona y se recupera cuando el deudor quiere o puede se corre el riesgo de la insolvencia y mala fe del deudor. Con la garantía real la cosa prestada se confía a la cosa misma, contra la cual, y en mados de quien se encuentre, se hará efectiva en su día, evitando aquellos riesgos. Por eso de antiguo se ha dicho: *Plus est cautionis in re quam in persona.*"

El mismo Clemente de Diego añade. "La circunstancia de consistir la prenda en sustraer del patrimonio del deudor una cosa mueble, consignándola al acreedor en garantía especial de su deuda, y con preferencia a los demás acreedores, constituye el fundamento de la relación jurídica que corre entre el acreedor pignoraticio y los demás acreedores del deudor: éstos deben respetar aquella preferencia."

Para Sánchez Román "la idea madre que los engendra y el principio cardinal que los da propia y sustantiva existencia" a los derechos reales de prenda e hipoteca es la "garantía real aquella seguridad que nos da, para la ejecución de lo pactado, la especial afección de valores que, teniendo propia existencia, no pueden ser llamados a cubrir preferentemente otras distintas responsabilidades".

Manresa, comentando el artículo 1.876 del Código civil, dice: "No hace el Código más que rendir justo y debido culto a lo que era y sigue siendo un axioma jurídico indiscutible derivado de la propia naturaleza de la hipoteca, pues, si así no fuera, no tendría ésta verdadero carácter de derecho real." Y el mismo Manresa añade: "Si la cosa dada en prenda pudiera ser aplicada a otras obligaciones preferentes al crédito a que sirve de garantía, desde ese momento, y por el solo hecho de esa aplicación, perdería el contrato de prenda la garantía que constituye su especial naturaleza."

Valverde dice: "Las garantías reales son necesarias para la efectividad de las obligaciones, pues se requiere, además de la garantía personal, que el derecho autorice determinadas instituciones encaminadas a dar seguridad absoluta para el cumplimiento de lo pactado, quedando afectos a la ejecución de tales obligaciones determinados bienes que no pueden cubrir otras responsabilidades, sino subsidiariamente, que aquellas para que fueron gravados." Y añade: "El acreedor con derecho de garantía, bien de prenda, bien de hipoteca, ha de tener la facultad de poder instar la venta de las cosas y tener un de-

recho de prelación respecto al precio de ellas." Y es que de nada le serviría el derecho de instar la venta si no tuviera el derecho de prelación en el cobro sobre el precio de la misma

EL DERECHO REAL DE HIPOTECA NACE CON LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

Por consiguiente es nota común y esencial a la prenda y a la hipoteca el que *garanticen* una obligación, garantía que consiste en poder proceder a la venta de la cosa y hacerse pago con su importe con preferencia a cualquier otro acreedor. Es esencial al concepto de prenda e hipoteca el poder cobrar sobre el precio de la cosa con preferencia a cualquier otro acreedor, pues, si no hay esa preferencia en el cobro, no hay garantía posible. Y mientras el acreedor no tenga esa garantía de la preferencia en el cobro sobre el valor de la cosa, ni hay derecho real de prenda, ni hay derecho real de hipoteca. Entre tanto habrá otro contrato obligacional, pero no un derecho real. Esa garantía de la preferencia en el cobro sobre el valor de la cosa no existe hasta la entrega de la cosa en la prenda y hasta la inscripción en el Registro en la hipoteca, luego hasta la entrega de la prenda y la inscripción en la hipoteca no existe derecho real de prenda ni derecho real de hipoteca. Ni la prenda ni la hipoteca existen hasta que el acreedor queda garantizado de cobrar sobre el importe del precio de la cosa con preferencia a cualquier otro acreedor y en el mismo momento en que surge esa garantía ha nacido el derecho real de prenda o de hipoteca. El derecho positivo podrá determinar con criterios diversos cuál es ese momento en que nace la garantía, pero el derecho positivo no puede cambiar el que, con la garantía de la preferencia en el cobro sobre el valor de la cosa, nazcan esos derechos, pues es de la esencia de los conceptos, y eso no lo puede modificar el legislador.

Hablar de la existencia de un derecho real de garantía sin que exista garantía es lo mismo que hablar de la existencia de un círculo cuadrado o de un hombre sin alma. Son ideas contradictorias y, por consiguiente, metafísicamente imposibles.

Las mismas palabras de los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria son bien expresivas "La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de

la obligación." Esa sujeción no existe hasta la inscripción, luego hasta ese momento no hay hipoteca.

DOBLE SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS CONSTITUIR Y CONSTITUTIVO

Y sin embargo, no podemos menos de estar de acuerdo con Angel Sanz, y publicistas que le siguen en que la hipoteca se constituye por escritura pública. Los Notarios rotulan sus escrituras en esta o parecida forma: Escritura de constitución de hipoteca o escritura de constitución de sociedad, y usan un correcto castellano. La misma Ley dice que la hipoteca se constituye por escritura pública, y así es.

Y es que el verbo constituir, y más aún el adjetivo constitutivo, tienen un doble significado. El gramatical, el propio de esas palabras, y el empleado en relación con el Registro de la Propiedad y el Mercantil.

En el primero, constituir significa formar, organizar, componer, contribuir a que exista una cosa. Pero siempre la palabra constituir tiene en todos estos significados una nota de definitivo y permanente, y así se dice que se constituye un pueblo o una sociedad, y, en cambio, se dice que se organiza una fiesta o un espectáculo. Se constituye un usufructo o una pensión vitalicia, pero no se constituye un arrendamiento ni un derecho de retracto o, al menos, no se usan esas expresiones. Se constituye un depósito, pero no se constituye un transporte, aun cuando éste lleve, en la mayor parte de los casos, implícito aquél. Y es que la palabra constituir lleva en sí la idea de permanencia, de cosa definitiva, y esa idea falta en el arrendamiento, en el retracto y en el contrato de transporte.

Pero lo más característico del significado de la palabra constituir es que se refiere siempre a la creación, nunca a la extinción de una cosa. Así la escritura de constitución de una sociedad tiene por objeto la creación de una sociedad, nunca su disolución. La escritura de constitución de una hipoteca o de un usufructo se refiere siempre a la creación de la hipoteca o el usufructo, nunca a su extinción. Y es que constituir es precisamente lo contrario de disolver, extinguir o cancelar. Este es el significado que tiene esa palabra en todos los diccionarios de la Lengua.

En el segundo sentido de esta misma palabra, equivale a hecho o acto que determina el nacimiento o la extinción de un derecho real o el

nacimiento o *extinción* de una personalidad jurídica. Nada hace resaltar mejor este segundo sentido de la deferida palabra que los escritos de D. Jerónimo González. En su artículo sobre el principio de inscripción dice: "¿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 entonces a cancelaciones declarativas y constitutivas, respectivamente." Y más adelante añade: "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*." Y resumiendo todo lo dicho anteriormente, dice: "La inscripción, será, pues, *declarativa* (rectificadora), como cuando acredita una adjudicación hereditaria, y *constitutiva* (creadora) si engendra un derecho hipotecario propiamente dicho (*stricto sensu*)."¹ Expresamente dice que la extinción y la cancelación pueden ser constitutivas, y esto es aplicar la palabra en el sentido más opuesto al gramatical de la misma, es decir, al verdadero significado. Pero la expresión ha adquirido carta de naturaleza en nuestro lenguaje jurídico y no seremos nosotros los que aconsejemos el abandono de este nuevo significado. Nos limitamos a consignar el hecho del doble significado que actualmente tiene (1).

Por lo tanto es correcto castellano el llamar escrituras de constitución de sociedad o escrituras de constitución de hipoteca a las es-

(1) Aclaremos más ambos significados: Son Cortes Constituyentes las que pueden legislar sobre la organización política del Estado. Las actuales Cortes españolas y las Cámaras inglesas son siempre constituyentes, como lo prueba el que las primeras han aprobado la ley de Sucesión, y las segundas, la ley que modificó las facultades de la Cámara de los Lores. Pero esas leyes no fueron tales leyes hasta que obtuvieron la sanción del Jefe del Estado. En el primer sentido de la palabra lo constituyente son las Cortes, pero en el segundo significado de la misma palabra lo constituyente es la sanción del Jefe de Estado, pues la ley no es ley hasta que obtiene dicha sanción. De igual forma, en el primer significado lo constituyente de la hipoteca es la escritura pública; pero en el segundo significado, de acto o hecho que determina el nacimiento o extinción de la hipoteca, lo constituyente es la inscripción, pues la hipoteca no existe hasta su inscripción en el Registro. Así puede decirse que la inscripción es al derecho de hipoteca lo que la sanción del Jefe del Estado es a las leyes votadas en Cortes, comparación esta que hacemos, no en rigor científico, sino para aclarar el significado de la palabra constituir y sus derivados. Ni la ley es ley hasta que obtiene la sanción del Jefe de Estado, ni la hipoteca es hipoteca hasta su inscripción en el Registro.

crituras públicas en que se pactan esos contratos; pero esto no quiere decir que las sociedades mercantiles o la hipoteca nazcan a la vida del derecho por el solo otorgamiento de la escritura. Los textos legales podrían ser más terminantes diciendo expresamente que no existe derecho real de hipoteca o sociedad mercantil hasta la inscripción en el respectivo Registro, y los Notarios podrían, en correctísimo castellano, seguir calificando a sus escrituras de constitución de hipoteca a sociedad mercantil, y no habría duda que lo constitutivo, en el segundo de los expresados sentidos, sería la inscripción.

El no haberse distinguido entre los dos significados de esas palabras ha motivado algunos equívocos, no sólo en ésta, sino también en otras materias, del que tal vez tratemos en otro artículo.

LOS ARGUMENTOS DE ANGEL SANZ

Los argumentos de Sanz son fácilmente rebatibles. Traduce la expresión de la Ley "válidamente establecida" por "eficacia" de la hipoteca, y esa expresión tiene una traducción más propia. La eficacia se refiere a los efectos del acto o contrato, mientras que la validez se refiere al acto o contrato en sí mismo y sin consideración a sus efectos. Es eficaz todo aquello que produce los efectos apetecidos e inficaz todo aquello que no produce los efectos apetecidos cualquiera que sea su causa. La no validez se puede deber lo mismo a nulidad que a inexistencia cuando hay una apariencia de acto o contrato, pues, si no hubiera esa apariencia, no habría tampoco invalidez. Un contrato con vicio de voluntad o con objeto o causa ilícita no es válido (nulidad); y un contrato sin objeto o sin causa, o sin la forma debida, cuando ésta es requerida *ad solemnitatem*, no es tampoco válido (inexistencia). El matrimonio contraído por personas que resultasen del mismo sexo no es válido porque no existe matrimonio. Un contrato nulo o inexistente puede ser eficaz si no se puede demostrar la causa de la nulidad o de la inexistencia. No son, por tanto, términos equivalentes validez y eficacia. La Ley no puede decir que sea nula la hipoteca no inscrita, lo que quiere decir es que no existe tal hipoteca, es decir, que existe un contrato de hipoteca, pero no un derecho real de hipoteca o hipoteca propiamente dicha.

Pero aunque interpretásemos la validez por eficacia, la consecuencia sería la misma, pues es nota esencial al concepto de hipoteca el

efecto de la garantía, como hemos visto, y en tanto no exista ese efecto de la garantía no existe derecho real de hipoteca.

Entendemos que la expresión de la Ley es perfectamente correcta, pero, en todo caso, repetimos lo dicho anteriormente: la Ley puede determinar libremente el momento del nacimiento de la hipoteca; pero lo que no puede hacer la Ley es que exista hipoteca sin que exista la garantía, pues esa garantía es esencia del concepto de la hipoteca, y eso no lo puede cambiar el legislador.

El segundo argumento de Sanz aún tiene menos consistencia. En efecto; el poder recurrir al procedimiento judicial sumario, dice, la Ley le atribuye al *título inscrito*, no a la inscripción en sí misma. En primer lugar, si se suprimiese ese procedimiento, la esencia de la hipoteca no variaría en nada absolutamente, y no se puede deducir de una cosa accidental una consecuencia esencial al propio concepto de la hipoteca. Pero es que, además, debe fijarse Sanz en que si la inscripción en sí misma no produce ese efecto, tampoco le produce el *solo título*. Este *recibe* de la inscripción una fuerza de que por sí solo carece y por eso tiene que estar inscrito.

El paralelo que hace entre la prenda y la hipoteca no es tan exacto como a primera vista parece. Baste decir que, si se aceptase ese paralelismo, quedaría muy mal parada la teoría de que el derecho real de hipoteca nace por el otorgamiento de la escritura. En opinión de los autores y en el derecho positivo el contrato de prenda es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa, y si esa entrega equivale a la inscripción en la hipoteca, resultará que el contrato de hipoteca no se perfecciona hasta la inscripción en el Registro. Esa era la opinión de Sánchez Rómán, y es la consecuencia más opuesta a la que se intentaba sacar. En todo caso, el argumento de analogía tiene siempre muy poco fuerza.

OPINIÓN DE NÚÑEZ LAGOS Y RAMOS FOLQUÉS

Rafael Ramos Fólqués fundamenta así su opinión: "El problema a resolver es el de si una vez practicado el asiento con todas las circunstancias exigidas por la Ley, la hipoteca nace a la vida jurídica sólo por la inscripción y en desconexión del contrato, o si, por lo contrario, tal asiento registral, en tanto no entre en juego el tercero hipotecario, tiene su vida pendiente de posibles acciones ejercitables contra

la virtud jurídica del contrato. Porque si, efectivamente, una vez admitido en las oficinas de los Registros de la Propiedad el contrato de hipoteca, y practicada la inscripción correspondiente, previa la calificación de legalidad, la hipoteca sólo puede ser atacada por las causas que resulten de la misma inscripción, entonces, indiscutiblemente, la inscripción tendrá valor constitutivo para las mismas partes; pero si tal asiento registral es atacable por acciones provenientes del contrato, resultará que realmente no tiene poder constitutivo." Este mismo concepto de lo que es una inscripción constitutiva tiene el señor Núñez Lagos, para el cual la "inscripción propiamente constitutiva no ha existido más que en algunas legislaciones alemanas—Sajonia, Hamburgo, Macklenburgo—antes de la vigencia del B. G. B.", pues "en ellas los derechos reales hacen *por* y *desde* la inscripción, rota toda relación de causalidad con los negocios jurídicos de Derecho civil", y "el B. G. B repudia y deroga este sistema de la sustantividad de la inscripción y exige un acuerdo abstracto, base y apoyo del nacimiento y validez de los derechos reales seguido de la inscripción" (1).

Hemos visto, antes los dos significados que tiene la palabra constitutivo y cuál se usa en relación con el Registro de la Propiedad. Núñez Lagos y Ramos Folqués usan esta palabra en un sentido más restringido. En su opinión, para que la inscripción sea constitutiva, no basta que sea un elemento necesario al nacimiento o extinción del derecho real, y es preciso que la inscripción desconecte totalmente al derecho real del contrato y que rompa toda relación de causalidad con los negocios jurídicos del Derecho civil que lo motivaron. Tal vez fuera más acertado llamar a estas inscripciones desconectantes, absorbentes o de valor absoluto, expresión esta última ya usada por los autores para dar a entender el valor absorbente y absoluto de la inscripción que hace que los derechos reales nazcan, vivan y mueran únicamente a través de los asientos del Registro y exclusivamente por la fuerza de los mismos.

Pero en nuestra Patria no se ha usado hasta ahora en ese sentido la expresión de inscripción constitutiva, ni eso resuelve el problema de si el derecho real de hipoteca nace desde el otorgamiento de la escritura o desde la inscripción en el Registro. Ya hemos visto cómo para don Jerónimo González la inscripción es declarativa si se limita

(1) Realidad y Registro.

a hacer constar un derecho real ya existente y constitutiva si engendra un derecho hipotecario propiamente dicho sin que exija el que la inscripción rompa toda relación de causalidad con los negocios jurídicos del Derecho civil. Para Roca Sastre son inscripciones constitutivas las que, junto con el acto jurídico, provocan el nacimiento o la transmisión de un derecho real", y declarativas las que "sólo publican la constitución o transmisión ya operada del mismo".

Pero, aceptando el concepto de inscripción constitutiva de Núñez Lagos y Ramos Folqués, en nuestro Derecho no habría ninguna inscripción constitutiva, no siquiera en las adquisiciones *a non dominio* que Núñez Lagos admite. En ellas el derecho real no queda desconectado del título ni la inscripción rompe toda relación de causalidad con los negocios jurídicos del Derecho civil que las ha producido. Si en la inscripción no se ha hecho constar una causa de anulabilidad de la transmisión, por ejemplo, la venta hecha por la mujer casada sin autorización del marido, el trasmítente *non dominus* podrá pedir la declaración de nulidad por causa que no consta en el Registro y el adquirente *a non dominio* no podrá alegar el carácter constitutivo de su inscripción para mantener su adquisición, porque entre el trasmítente *non dominus* y el adquirente *a non dominio* no juega el principio de publicidad (art. 34), pues no son terceros entre sí. Entre ellos sólo rige el título. Si un titular *non dominus* enajena el dominio directo de una finca y el Registrador por error inscribe a favor del adquirente *a non dominio* el dominio pleno de la misma, ese adquirente *a non dominio* no puede alegar su inscripción para pretender ser dueño del pleno dominio de la finca y sí sólo del dominio directo a que le da derecho el título. Creemos que sobre esto no hay discusión posible. Luego en las adquisiciones *a non dominio* el derecho real no queda desconectado del título ni la inscripción rompe toda relación de causalidad con los negocios del Derecho civil que la motivaron. Luego tampoco esas inscripciones serán constitutivas en el sentido expresado por Ramos Folqués y Núñez Lagos.

Pero, se acepte uno u otro concepto de lo que es la inscripción constitutiva, y es más cuestión de palabras que de conceptos, siempre quedará pendiente el mismo problema: ¿En qué momento ha nacido la hipoteca? ¿En el del otorgamiento de la escritura o en el de la inscripción en el Registro? Creemos que quedó bien demostrado que en el de la inscripción en el Registro, puesto que no hay garantía si no

hay inscripción y la nota de la garantía es esencial al concepto de la hipoteca.

NUEVA OPINIÓN DE NÚÑEZ LAGOS

Núñez Lagos, en su trabajo "El Registro de la Propiedad en España", interesantísimo, como todos los suyos, dice lo siguiente: "La total efectividad no se logra hasta que el último evento se cumpla. Esto quiere decir que ese último evento es *conditio sine qua non* para una determinada efectividad. Pero nunca que ese último evento sea constitutivo si en él y para él no hay un consentimiento *expreso*. Punto de consentimiento, punto de constitución." Aquí Núñez Lagos rectifica su criterio anterior. Concentra todo el valor constitutivo en el consentimiento, pero ya no exige para que la inscripción sea constitutiva el que rompa toda relación de causalidad con los negocios jurídicos del Derecho civil y le basta con 'que en la inscripción y para la inscripción haya un consentimiento expreso. No habiéndole, la inscripción puede tener, en su opinión, y tiene en la hipoteca el carácter de una *conditio sine qua non*. Esta *conditio* será una *conditio legis*, es decir, una condición impropia y propiamente un requisito legal para la existencia del derecho real. La condición, propia o impropia, es al contrato traslativo lo que la condición, propia o impropia, es al contrato obligacional. El contrato obligacional con una condición suspensiva es perfecto, pero la obligación no nace hasta que se cumple la condición. El contrato traslativo con una condición suspensiva es perfecto, pero el derecho real no se transmite hasta el cumplimiento de la condición (1). Pero esa *conditio sine qua non* no es

(1) Sohm, con referencia al Derecho romano dice lo siguiente: «Los negocios jurídicos sujetos a condición suspensiva equivalen a declaraciones de voluntad hechas de antemano, en previsión de un caso futuro e incierto. El negocio se da por celebrado, y perfecciónase y obliga inmediatamente, sin esperar a que se realice la condición, y si una de las partes impide su cumplimiento, contraviniendo a lo pactado y faltando a la buena fe, la condición se tiene por cumplida. Mientras ésta «pende»—«pendente conditione», dice: los romanos—, el negocio jurídico existe y se impone a las partes, pero sin producir todavía los efectos que le son peculiares; así, si se trata de un contrato, no engendra aún verdaderas obligaciones, sino una simple expectativa—un *spes debitum iri*—; si es un acto de disposición —por ejemplo, una enajenación condicional—, no determina de momento la consiguiente alteración de derechos patrimoniales: el traspaso de la propiedad, verbigracia. Para que surta plenamente sus efectos —nacimiento de la obligación, trasmisión de la propiedad, etc.— es necesario que se cumpla la condición —existente conditione—, con lo cual surgen epso

una condición, sino un requisito necesario al acto o negocio jurídico de que se trate. Su fuerza suspensiva es mayor que la de las condiciones propias.

Esta nueva opinión de Núñez Lagos no contradice lo anteriormente expuesto por nosotros, sino que más bien lo corrobora. Constituir hemos dicho que significa formar, organizar de modo permanente, componer, contribuir a que exista una cosa; y es evidente que la hipoteca se forma, se organiza, se compone, en la escritura pública (en las voluntarias), y es el consentimiento el requisito que en forma más esencial contribuye a que exista la hipoteca. Es elemento base, es el *jus abutendi* (derecho de disponer de la cosa misma para consumirla o enajenarla), el más característico del dominio, esencial a su concepto, y del cual no ha podido, ni puede, prescindir ninguna legislación. De los demás elementos que intervienen en la transmisión o constitución de los derechos reales, se puede prescindir. El Derecho francés ha prescindido de la tradición; y el alemán, de la causa. Pero del consentimiento no se puede prescindir sin suprimir la propiedad misma y todos los derechos reales. El consentimiento puede ser suficiente para transmitir el derecho real, como en el Derecho francés; pero el Derecho positivo puede exigir algún otro requisito más, como la tradición o la inscripción en el Registro, y mientras no se dé ese requisito, el derecho real no existe, como ocurre en nuestro Derecho con tradición en la compraventa (art. 1.095 del C. c.) y la inscripción en la hipoteca. En nuestro lenguaje jurídico, usado hasta ahora, ese último elemento se decía que era constitutivo. Con la técnica que se quie-

jure, sin más trámite, los efectos jurídicos apetecidos.» (*Instituciones de Derecho privado romano*, pág. 207 y ss.)

El artículo 1.114 del Código civil dice: «En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición.» Y el párrafo segundo del artículo 1.121 del Código civil añade que el deudor puede repetir lo que hubiere pagado antes del cumplimiento de las condiciones.

La palabra *abutere* no tenía entre los romanos el significado que tiene entre nosotros la palabra «abusar». La palabra *abutere* se compone de *utere* (usar) y el prefijo *ab*, que refuerza el significado de la palabra a que va unida. Así, *absolvere* (de *ab* y *solvare*, soltar) significa soltar por completo; *abstrahere* (de *ab* y *trahere*, traer) significa separar por completo, y así sucesivamente. *Abutere* significaba entre los romanos usar de las cosas de tal forma que termine con el uso de la misma. Cicerón, por ejemplo, decía que el usufructuario tiene el *jus utendi*, pero no el *jus abutendi*, es decir, que no puede enajenar ni consumir. Puede verse esto más ampliamente en Ortolán, *Exposición histórica de la Instituta*, tomo II, pág. 35.

re usar ahora se dice que no lo es. Pero la esencia no varía, aunque se dé distinto significado a las palabras.

Puede decirse que el consentimiento es la generación de la hipoteca, la escritura su gestación, y la inscripción su nacimiento. El hombre no nace hasta que está constituido, salvo en los alumbramientos prematuros, que no se dan en Derecho. Lo verdaderamente formativo del derecho de hipoteca, como de cualquier otro derecho real, es el consentimiento (generación), y ese consentimiento hay que expresarle en forma legal (gestación); pero el consentimiento, expresado en forma legal, no tiene el carácter de hipoteca hasta su alumbramiento mediante la inscripción en el Registro.

Son los propios interesados, acreedor y deudor, los que constituyen la hipoteca mediante su propio consentimiento. Tanto la escritura como la inscripción no son más que requisitos formales que la ley exige para que ese consentimiento produzca efectos legales, y el efecto esencial querido por interesados es la creación de la garantía real, que sólo existe desde el momento de la inscripción. Nótese bien la diferencia entre el pensamiento de Angel Sanz, expuesto anteriormente, y el nuestro. Angel Sanz opina que la hipoteca existe desde el otorgamiento de la escritura, pero que no produce efecto hasta su inscripción en el Registro; y nosotros opinamos que el contrato es perfecto desde el otorgamiento de la escritura, en que consta el consentimiento, el más fundamental elemento de la creación de los derechos reales, pero que el efecto, apetecido por los interesados, de la existencia de la hipoteca no se produce hasta la inscripción en el Registro. Dudamos si el pensamiento de Núñez Lagos coincidirá con el de Angel Sanz o con el nuestro, pues no explica ni lo que entiende por constituir, ni el alcance que da a las *condiciones sine qua non*.

CONCLUSIÓN

¿Es, por tanto, constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca? Ya hemos visto que, para contestar a esta pregunta, hay que precisar primero el significado de esa palabra. Si a la palabra constitutivo se le da el significado en que fué usada por D. Jerónimo González y es usada por Roca Sastre y la generalidad de los autores, de hecho o acto que determina el nacimiento o transmisión del derecho real, significado técnico hasta ahora, es evidente que la inscripción es

constitutiva en el derecho real de hipoteca, puesto que, según nuestro Derecho positivo, no hay garantía hasta la inscripción en el Registro y la garantía es nota esencial al concepto de hipoteca. Pero si a esa palabra se la da el significado gramatical o propio de la misma, lo verdaderamente constitutivo es la escritura (en las voluntarias), en que se contribuye en la parte más fundamental a su existencia, haciendo constar el consentimiento con todas sus modalidades. Lo que no puede aceptarse es la antigua doctrina de que entre las partes la hipoteca nace por la escritura y respecto a terceros por la inscripción. Los derechos reales o existen o no existen, y más un derecho real cuya esencia consiste en perjudicar a tercero. Entre el ser y el no ser no caben términos medios.

De intento hemos prescindido en este artículo de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General. Uno y otra dicen o dan a entender claramente en sus Sentencias y Resoluciones que la inscripción es constitutiva en el derecho de hipoteca (1). Pero esa Jurisprudencia está dictada antes de haberse discutido por la doctrina este problema. Lo verdaderamente interesante es ver si mantienen el mismo criterio tradicional y si le rectifican. Por nuestra parte esperamos con verdadero interés esa Jurisprudencia y confiamos en que, cualquiera que sean los términos o palabras que empleen, mantendrán el criterio tradicional de que la hipoteca no existe hasta su inscripción en el Registro. El tiempo lo dirá.

MARIANO HERMIDA
Registrador de la Propiedad

(1) Es muy interesante la Resolución de 29 de octubre de 1946. El Presidente de la Audiencia dice textualmente: «Como la hipoteca no se constituye hasta el momento de la inscripción, resulta indiferente que tal hipoteca, como contrato, se concertara antes de la incocación del juicio anotado, porque es lo cierto que se inscribió después que la anotación, y sólo a partir de este momento es cuando pudo surtir sus peculiares efectos.» La Dirección no entra en el problema planteado por el Presidente de la Audiencia, y se limita a decir que no se debe prescindir del otorgamiento de la escritura pública para la exacta determinación de cuándo nacen los derechos reales comprendidos en el título, y que la hipoteca alcanza plena efectividad *erga omnes* mediante su inscripción. La doctrina sentada por el Presidente de la Audiencia sería irreprochable si, para evitar el equívoco de la palabra «constituir», tomada sin duda del artículo 1.875 del Código civil, hubiera usado la expresión del artículo 145 (antes 146) de la Ley Hipotecaria, redactándose en la siguiente forma: «Como la hipoteca *no queda válidamente establecida* hasta el momento de su inscripción, etc.» Es de tener muy en cuenta que la Dirección confirmó la Resolución del Presidente de la Audiencia, lo que demuestra una vez más que la garantía real no existe hasta la inscripción en el Registro.