

# La hipoteca y la inscripción después del Código civil

## SUMARIO

1. El artículo 1.875 del Código civil.
2. La crítica de Augusto Comas.
3. Criterio de Sánchez Román.
4. Consideraciones sobre algunos preceptos civiles y penales de la hipoteca.
5. La hipoteca en la Ley de 1909.
6. La reforma de 1944 según su exposición de motivos.
7. La hipoteca en la Ley de 1946:
  - a) Características principales de la hipoteca y excepciones legales a las mismas.
  - b) Preceptos legales de valor constitutivo.
  - c) Las excepciones a tales preceptos:
    - a' Hipotecas no inscritas.
    - b' Hipotecas sobre bienes no susceptibles de inscripción.
    - c' Hipotecas inscritas:
      - 1' En que la acción real no deriva de la inscripción.
      - 2' Sobre derechos, pero en que la eficacia de la garantía depende de actuaciones extrarregistrales.
      - 3' En que la eficacia depende de la nota acreditativa de un hecho jurídico.
      - 4' En que la inscripción produce efectos, no para las partes, sino para terceros.
  - d) Preceptos de reconocimiento consensual.
  - e). La hipoteca y su inscripción como momentos diferentes, según algunos preceptos legales.
8. La hipoteca y los artículos 313 de la Ley y 586 del Reglamento.
9. La jurisprudencia.
10. El concepto constitutivo: su planteamiento.
11. Análisis crítico del contrato de hipoteca y la inscripción.

## I.—EL ARTÍCULO 1.875 DEL CÓDIGO CIVIL.

Según el Derecho positivo anterior al Código civil, la hipoteca voluntaria nacía extrarregistralmente, si bien para su efectividad *erga omnes* precisaba de la inscripción. Igual acontecía respecto de la hipoteca

legal, pero siendo obligatoria la inscripción, como excepción a la regla general de la voluntariedad, en méritos a la función tutelar que incumbe al Estado.

El artículo 1.875 del Código civil alude tanto a las hipotecas voluntarias como a las legales, reproduciendo, respecto de éstas, la doctrina de la primitiva Ley Hipotecaria.

Pero incluye entre las hipotecas legales, las que no son más que preferencias de cobro respecto de determinados impuestos y primas de seguros a favor del Estado, Provincias, Municipios y aseguradores. A estas hipotecas, evocación de las antiguas tácitas, las llamamos preferencias de cobro, para ir de acuerdo con el espíritu legislativo que quiso borrar de nuestro Derecho todas las hipotecas que no tuvieran publicidad y especialidad, cualidades ambas que, en ellas, brillan por su ausencia absoluta.

El primer párrafo de este artículo es el innovador de la doctrina de hipotecas del Derecho anterior. Según él, "es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente *constituída*, que el documento en que se *constituya* sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

El párrafo es antiacadémico y marañoso. Antiacadémico, por la repetición del constitutivo, que viene a denunciar la existencia de dos claustros alumbrando una misma cosa, desviándose con ello de la Naturaleza, que admite lo que es que de un mismo claustro nazcan dos o más seres. Es marañoso, porque estando colocado en el libro de los contratos, se escribió para el de los derechos reales, trastrueque que ha embrollado los espíritus y enredado las ideas.

Se ha llegado a dudar si esta innovación del Código civil fué querida y meditada por el legislador, o si, por el contrario, fué una defectuosa o incorrecta expresión del pensamiento. ¿Y acaso no pudiera acontecer que escrita la regla, con evidente distonía de la *mens legis*, el comentarista sacara consecuencias aprovechables, aceptadas por la crítica y corroboradas por la Jurisprudencia?

## II.—LA CRÍTICA DE AUGUSTO COMAS.

Don Augusto Comas reconoce el valor constitutivo que el Código civil confiere a la inscripción; pero no comparte la innovación, entre otras razones por las siguientes: a), porque implica una contradicción con la doctrina del mismo Código relativa a la hipoteca; b), porque la

innovación fué más allá del pensamiento legislativo que explanó el sistema registral español, y c), porque se ha infringido la Ley de Bases del Código.

En cuanto al reconocimiento del valor constitutivo, nos dice: "No hay, pues, hipoteca válida mientras no tenga lugar esta inscripción, pudiendo afirmarse, a sensu contrario, que necesariamente es *nula* la hipoteca mientras su inscripción no tenga lugar." (24).

### III.—CRITERIO DE SÁNCHEZ ROMÁN.

También Sánchez Román proclama el valor constitutivo; pero en la edición de su libro correspondiente al año en que aparece el Código, no hace comentario sobre la innovación, sino que se limita a hallar su justificación en la doctrina de las cláusulas formales, a cuyo efecto nos dice, que "se considera como elemento formal necesario para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad" (25). Pero el pensamiento no queda claro, porque en otro lugar dice que "la hipoteca nace generalmente del contrato, y que una vez consumado, cesan todas las relaciones contractuales para dar paso a las relaciones puramente reales" (26).

### IV.—CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS PRECEPTOS CIVILES Y PENALES DE LA HIPOTECA.

La mayoría de los artículos del Código civil y del Código penal no se dieron por enterados de la reforma del art. 1.875.

El 1.862 se refiere a una responsabilidad criminal y a la figura delictiva del fraude cuando se ofrece a otro "en prenda o hipoteca, como libres, las cosas que sabía estaban gravadas". Para que exista el engaño, estafa o fraude en la hipoteca, es necesario que exista la inscripción. El Tribunal Supremo, ha aclarado el art. 525 del Código penal diciendo que no comete el delito quien vende una finca como libre, habiendo otorgado antes una escritura de hipoteca que no se llegó a inscribir.

La conciencia colectiva popular no podrá comprender por qué los Tribunales absuelven a quien otorga una escritura de préstamo con

(24) *La revisión del Código civil*, parte especial, t. II, 1902, pág. 708.

(25) *Derecho civil*, t. III; 1889, pág. 948.

(26) Nota 1 de estos trabajos.

hipoteca con evidente engaño de su acreedor; en cambio, si comprenderá que está justificado que aquel acreedor que por su incuria o negligencia no acudió al Registro, se vea postergado en el cobro de su crédito respecto del de otro que fué más diligente. El concepto riguroso de la hipoteca puede traer la absolución de un indiscutible propietario desaprensivo.

Veamos otros supuestos posibles. A tiene establecida hipoteca a favor de B, que no inscribe, y prevalido de ello la ofrece a C como libre y celebra contrato de promesa. En el momento del otorgamiento de la promesa no existe delito, pero ¿y si B inscribe después su hipoteca? ¿Se comete el fraude a que alude el art. 1.862?

Si la obligación garantizada por la hipoteca fué pagada, pero la hipoteca no se canceló, ¿cometerá delito el que vende o hipoteca la finca como libre? Si se declarase que no hay delito, ¿qué valor será el que tenga la inscripción de hipoteca? (27).

Las hipotecas se clasifican en voluntarias y legales. Aunque el derecho real no ha sido definido legalmente, sabemos que se crean o se, adquieren por diversos medios y procedimientos, y es lógico que por razón de ese origen o procedencia quepa establecer clasificaciones. Pero si se dice que un determinado derecho sólo puede nacer por un único medio, como ocurre con la hipoteca, ¿cómo es posible que se establezcan clasificaciones por razón de nacimiento? La división de legales y voluntarias cuadra bien para las servidumbres que no nacen por la inscripción solamente.

## V.—LA HIPOTECA EN LA LEY DE 1909.

La publicación del Código civil hizo inexcusable la reforma de la Ley Hipotecaria de 1869; se llevó a efecto por la Ley de 21 de abril de 1909 y el subsiguiente Real decreto de 16 de diciembre de igual año en cuanto dió la nueva redacción y publicidad del texto refundido.

El concepto constitutivo de la inscripción de hipoteca se dió en el artículo 146, que en relación con igual artículo de las leyes del 61 y del 69, lo que virtualmente hizo fué suprimir la palabra tercero (28).

(27) Los artículos 1.858, 1.876, 1.923, 1.924 y 606 revelan un valor confirmatorio.

(28) Las dos primeras leyes decían: «*puedan perjudicar a tercero*...», y la de 1909 dice: «*... queden válidamente establecidas*...»

Por eso muchos de los artículos siguieron teniendo un sabor o un deje del sentido tradicional. Sólo citaremos, como ejemplos, dos de los artículos suprimidos en la ley de 1946. El 141 decía que "la hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados; pero no surtirá efecto sino desde la fecha en que por una *nueva* inscripción se subsane la falta cometida". El precepto era respetuoso con el principio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos; pero precisamente por ello denunciaba también la impotencia constitutiva de la inscripción.

Otro artículo actualmente suprimido era el 156, según el cual la hipoteca subsistía "*en cuanto a tercero*" mientras no se cancelase su inscripción. Respondía a la más pura ortodoxia, pero era negatorio de que la inscripción produjera efectos para las partes.

La verdadera reforma de la ley de 1909 fué la de explicar el principio legitimador, que a pesar de ser sentido por el legislador precedente no fué desenvuelto en precepto legal alguno. Porque si la inscripción tenía como fin principal la protección jurídica de intereses de terceros, forzosamente había de producir previamente una legitimación para las partes. Así, desde esta reforma, las partes contratantes tuvieron una declaración legal del fortalecimiento que la inscripción confería a sus derechos, con aquella fórmula del artículo 24, de que no se puede ejercitar ninguna acción contradictoria del dominio sin que previamente o a la vez fuera atacada la correspondiente inscripción.

#### VI.—LA REFORMA DE 1944 SEGÚN SU EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En la *legitimación* del derecho *creado por las partes* se ha moldeado principalmente la reforma hipotecaria más reciente. El legislador, en la exposición de motivos, confiesa que ir más allá no era conveniente ni tampoco oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de las relaciones inmobiliarias que emanan del negocio jurídico (29). Con buena lógica, por no perder de vista el espíritu romanista de nuestro derecho, se esforzó en poner de relieve la necesidad de la inscripción para toda clase de efectos jurídicos, no ya para terceros, sino para las mismas partes al otorgar a los titulares inscritos "aquellas ventajas de derecho material y procesal que lógicamente cabe

(29) Exposición de motivos de Ley 30-12-1944, párrfs. 18 y 19.

esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro" (30) y al insinuar que la misma inscripción se convierta en la *premisa ineludible* (31) para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles.

El contrato de hipoteca entra en el grupo de los negocios jurídicos de disposición; por esto, aunque la ley recoge el precepto constitutivo para la hipoteca, existen ciertos casos en que la teoría aplicable es la del negocio jurídico y su consiguiente legitimación registral. La pugna entre varios artículos de la ley, en materia de hipotecas, realmente son la consecuencia del sistema, y a *prima visus*, excepciones al principio de que no hay hipoteca sin inscripción.

## VII — LA HIPOTECA EN LA LEY DE 1946.

a) *Características principales de la hipoteca y excepciones legales a las mismas.*

Entre las características que la vigente Ley Hipotecaria asigna a la hipoteca figuran: a) Sujetar directa o inmediatamente los bienes sobre que se impone. b) Tener un carácter accesorio o de garantía. c) Constituirse sobre inmuebles susceptibles de inscripción. d) Tener que constituirse en escritura pública, y e) Que la escritura se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Todas ellas tienen excepciones legales. El carácter de inmediatividad se halla interferido por la previa reclamación personal al deudor o tercer poseedor; si la obligación principal fué pagada, aunque la inscripción subsista, nada garantiza realmente; aunque la exigencia de imponerse la hipoteca sobre inmuebles inscribibles es la confirmación del criterio constitutivo de los legisladores, no obstante, a tenor de la misma ley, resultan hipotecables bienes muebles, como ocurre respecto de las indemnizaciones por seguros o expropiación forzosa de los inmuebles hipotecados o cuando expresamente se pacta que queden hipotecados los bienes colocados, pero no adheridos, a las fincas objeto de la hipoteca (32); ni tampoco cabe decir que los inmuebles no sean susceptibles de una modalidad de prenda, ya que en los secuestros provenientes de la hipoteca existe una verdadera desposesión o desplaza-

(30) Idem id., párr. 9.

(31) Idem id., párr. 24.

(32) Artículos 110 y 111.

miento de los bienes inmuebles (33). Ni tampoco la exigencia del otorgamiento de escritura pública es de carácter absoluto porque a ello se opone: a) La formalidad administrativa de los Pósitos, cuyas hipotecas, desde la implantación del sistema, se inscriben a virtud de certificación librada por el secretario del Ayuntamiento (34). b) La fianza hipotecaria *apud-acta* en actuaciones criminales se inscribe por mandamiento judicial (35). c) La hipoteca legal por bienes reservables se constituye por acta judicial y se inscribe mediante copia de la misma  $\frac{1}{2}$  del auto de su aprobación (36). d) La hipoteca dotal, en caso de dote estimada, se constituye de oficio por el mismo Registrador en vista de la escritura de dote y siempre que de ella no resulte la renuncia de la mujer a su derecho de hipoteca (37); y, en fin, la misma ley abre las puertas a diversas formas constitutivas de hipoteca diferentes de la escritura cuando refiriéndose a las hipotecas especiales sobre bienes de los que manejen fondos públicos estatuye que la autoridad a quien corresponda exija la constitución de hipoteca en la forma que prescriben los Reglamentos administrativos (38).

b) *Preceptos legales de valor constitutivo.*

Con este carácter son fundamentales los artículos 145 y 159 relativos a la validez de las hipotecas voluntarias y legales, cualidad que sólo se adquiere mediante la inscripción de la escritura o del título de constitución.

Entre otros de tendencia constitutiva figura el 106, que no sólo limita el objeto de la hipoteca a los inmuebles y derechos reales sobre

(33) El secuestro tiene carácter judicial y se le equiparó al embargo en nuestra legislación histórica, pero su verdadera naturaleza es la de prenda judicial con desplazamiento (prenda tomada). La Partida 5.<sup>a</sup>, t. IX, ley 1.<sup>a</sup>, dice que la cosa «deve ser puesta en fíeldad a que dicen en latín *sequestratio*»; pero el principio de este título explica mejor el concepto al advertirnos que los demandantes pedían «a los Judgadores, que aquellas cosas que querían demandar, sean puestas *en manos* de omes fieles, porque sospechan que aquellos que las tienen, que las malmeteran, o que las encubriran, o las traspornan, de guisa que non parescan».

(34) Resoluciones de 1-8-1862, 23-2-1863 y 7-4-1863.

(35) Artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(36) Artículos 260 y 264 del Reglamento Hipotecario.

(37) Artículo 251 del Reglamento Hipotecario.

(38) Artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

ellos establecidos, sino que exige la inscribibilidad de los mismos, circunstancia ésta que aleja de la hipoteca aquellos bienes que por su destino o sus defectos de titularidad no pueden tener acceso al Registro.

A otros artículos, reproducidos de la ley anterior, se les da orientación constitutiva con la supresión de la palabra tercero. Pero con ello, realmente, no ha variado el espíritu que a tales artículos infundió el legislador anterior, sino simplemente la redacción, por lo que a veces semejan párrafos desbordados del auténtico cauce del sistema hipotecario.

c) *Las excepciones a tales preceptos.*

a') *Hipotecas no inscritas.*—Son las legales establecidas a favor del Estado, las Provincias y los Municipios y de los aseguradores para el cobro de dos anualidades de impuestos o de primas de seguros (39). Realmente son, como la misma ley dice, preferencias de cobro; pero, sin embargo, obsérvese que el espíritu de tales preceptos está basado en la clásica distinción de partes y terceros, de tal modo, que mientras no surja el tercero hipotecario no les hace falta concertar contratos de hipoteca e inscribirlos para asegurar sus derechos, sino que tal precaución sólo es necesaria para protegerse frente a terceros.

b') *Hipotecas sobre bienes no susceptibles de inscripción.*—Aunque los bienes muebles no son hipotecables, en algunos casos se consideran hipotecados por la misma ley. Son los casos de extensión de la hipoteca. El artículo 110 dice que “se entenderán hipotecados juntamente con la finca las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos”; y el 111 advierte que si se pacta expresamente, la hipoteca comprenderá los frutos naturales y civiles y los objetos muebles que no estando adheridos a la finca hipotecada se hallen en ella para su adorno o para el servicio de alguna industria y correspondan, naturalmente, al propietario del inmueble.

c') *Hipotecas inscritas:* 1') *En que la acción real no deriva de la inscripción.*—Para el supuesto de que una hipoteca afecte a diferentes fincas y que llegado el momento ejecutivo no quede cubierto la totalidad del crédito hipotecario, el artículo 121 establece que el acreedor



puede repetir por la diferencia *contra las demás fincas hipotecadas* que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación en cuanto a dicha diferencia sobre los que después de inscrita la hipoteca hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas".

En estos casos, *la acción real hipotecaria* ni deriva ni se ejercita en méritos de la inscripción, sino de actos extrarregistrales apoyados en la existencia de un derecho que sólo puede ser atribuido al único vínculo jurídico existente que es el contrato (40).

Otro ejemplo lo ofrece el artículo 132. En otra ocasión dijimos respecto de tal disposición legal lo siguiente (41): Según este artículo el procedimiento judicial sumario no se suspende por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la quiebra, ni por cualquier incidente que se promueva. Y, sin embargo, no ha tenido más remedio que sentar que en determinadas ocasiones la subsistencia de la inscripción y, por tanto, de la hipoteca, no depende de las circunstancias o defectos de la inscripción, sino concretamente del acto, contrato o documento que ocasionó el asiento.

Según el aludido artículo 132, el procedimiento sumario se suspende en el caso de procedimiento criminal por falsedad del título que determinó la inscripción. Con ello, aunque las razones del legislador son muy poderosas a efectos de justicia, no dejan de serlo también para atacar el valor constitutivo de la inscripción. Pues, en efecto, si a tenor del derecho vigente la escritura o documento de hipoteca viene a ser como el vehículo adecuado para la inscripción y para que por ella nazca la hipoteca, parece lógico que la inscripción deje sin efectos al contrato o los documentos. Haciendo un símil, podríamos decir que la escritura, más que un polen fecundizador, parece una crisálida que después de adornarse con la investidura sedosa del capullo se metamorfosea y da vida a un nuevo ser. Si el símil fuera exacto tendríamos que practicada la inscripción quedaba cumplida la misión jurídica del contrato y documento y sólo subsistiría con vida jurídica el asiento registral. Jamás en las metamorfosis de la Naturaleza se da el caso de que la mariposa se convierta en crisálida o que la persona que salió del vientre de la madre con figura humana retorne al claustro materno en su forma fetal. Parece lógico que los fenómenos jurídicos sigan el camino de los natura-

(40) El último párrafo del 140 de la Ley reproduce la doctrina del 121.

(41) En un trabajo para la *Revista de Derecho Cubano*.

les, y que si el contrato y escritura de hipoteca no son más que la preparación o gestación del derecho real, una vez practicada la inscripción, toda la virtud o eficacia de la hipoteca depende exclusivamente del asiento; y en consecuencia, que si la hipoteca desaparece sea a virtud de que la inscripción no exista, ya por la cancelación, ya por cualquier otra causa que la atañe en su esencia de asiento registral, pero no en su aspecto de derivación de un contrato (42).

También los artículos 146 y siguientes corroboran la trascendencia real del contrato de hipoteca. El primero de ellos emplea la frase "*acreedor hipotecario*", y el segundo la de "*acción real hipotecaria*", y ambos establecen la doctrina de que el *acreedor hipotecario* puede repetir contra los *bienes hipotecados* por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la cantidad y tiempo, siempre que no haya un tercero hipotecario, porque si lo hubiere sólo se podría ejercitar una acción personal respecto del exceso que no garantiza la inscripción.

En este supuesto legal, la acción que ejercita el acreedor para el cobro de más de tres años de intereses o de cinco, en su caso, es *real* si no surgió el tercero hipotecario y deriva del contrato a tenor de los artículos dichos, únicos en que se puede fundamentar tal acción real.

2') *Hipotecas inscritas sobre derechos, però en que la eficacia de la garantía depende de actuaciones extrarregistrales.*—Son los supuestos previstos en los números 7 y 8 del artículo 107, relativos a las hipotecas constituídas por comprador y vendedor sobre bienes transferidos con pacto de retro.

Lo hipotecado no son los mismos bienes, sino los respectivos derechos que transferente y comprador tienen sobre tal cosa. El del comprador es un derecho con cláusula resolutoria que, cumplida, retrae las cosas al estado anterior y, por tanto, resuelve cuantos derechos otorgara el comprador. Así ha de suceder según la excepción primera del artículo 37 de la ley. Por eso el acreedor, hipotecario de un adquirente con pacto de retro, corre el riesgo de quedarse sin hipoteca si el vendedor retrae desconociendo la tal hipoteca. El peligro se intenta evitarlo con un acto extrarregistral como es la notificación del *contrato* al acree-

(42) Según el primer párrafo, después del caso 4.º del artículo 132, si la falsedad prospera, el procedimiento no puede seguir y, por tanto, ¿quedarán resueltas las subhipotecas y demás derechos derivados de la inscripción de hipoteca, a pesar de que la causa de resolución no constaba en la inscripción?

dor; pero es, que ni aun en el supuesto de extenderse nota marginal acreditativa de tal notificación se evita realmente el peligro, porque puede haber una orden judicial que excuse al vendedor retrayente la retención del valor de la hipoteca. La única garantía que cabría en estos supuestos podría ser la de la previa consignación prevista para casos parecidos en el párrafo segundo del número 6 del artículo 175 del Reglamento, siempre que por nota marginal constare la notificación en forma al vendedor.

Tampoco el asegurado con hipoteca sobre el derecho de retraer queda absolutamente garantido con la inscripción, ya que no puede repetir contra los bienes sin que previamente se subrogue en los derechos del vendedor.

3') *Hipotecas inscritas en que la eficacia depende de la nota acreditativa de un hecho jurídico.*—Es el caso de las hipotecas unilaterales, en las que su eficacia depende de la nota acreditativa de la aceptación por el acreedor.

A tenor del artículo 141, la hipoteca unilateralmente constituida tiene tres valoraciones distintas: a) Es un valor adormecido o en potencia mientras, durante el plazo de sesenta días concedido al acreedor para aceptar, no conste su aceptación por nota marginal. b) Es un valor negativo o sin efectos hipotecarios cuando, transcurrido el plazo dicho, no constare la aceptación; y c) Es decididamente un valor real y de efectos *erga omnes e inter partes* a partir de la extensión de la nota acreditativa de la aceptación dentro de plazo.

La asignación de plazo para la aceptación de estas hipotecas hace recordar a Aragonés, que fué el primero en propugnar su conveniencia (43), y también trae a la memoria la doble consideración jurídica de *seguridad y forma de pago* que en otros tiempos se dió a la modalidad de hipoteca con transmisión de propiedad, y cuya doble función jurídica puede ser la clave de la verdadera estructura de este derecho real.

Con la función de seguridad, como ya hizo notar Ulpiano (44), la hipoteca no enriquece al acreedor, sino que simplemente le da más seguridad de "obtener lo que se le debe". Desde este punto de vista, la hipoteca no es más que "un negocio de disposición" proveniente de

(43) *Compendio de Legislación Hipotecaria*, 1911, t. II, pág. 129.

(44) Ley 1.<sup>a</sup>, párr. 19, D. *Si quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5; tomada ía cita de Chamorro, separata citada, págs. 32 y 72.

la única voluntad del dueño (45). En cambio, con la función de pago se entra en el campo contractual, que requiere la existencia de causa, la que, como dice Chamorro, no puede ser otra que el *animus solvendi*; de aquí la necesidad de la aceptación por parte del acreedor.

Relacionando esta doble función de la hipoteca con el derecho registral se tiene que, desde el punto de vista de *función de seguridad* en que no hay transmisión patrimonial o enriquecimiento del acreedor: la inscripción de tal negocio de disposición o hipoteca unilateral venía a constituir una figura, si no anómala, por lo menos contraria a reglas fundamentales de nuestro derecho. Porque, como imposición de derecho real, no equivale al *jus in re aliena*, a cuyo grupo pertenecen las hipotecas, ni tampoco tal negocio de disposición cabía aceptarlo como reserva de puesto registral porque es una modalidad hipotecaria no admitida en nuestro derecho. La solución más asequible y correcta frente a la hipoteca unilateral inscrita no podía ser otra que la de convertirla en derecho real, en cosa ajena mediante la aceptación del acreedor o favorecido.

He aquí cómo una inscripción de hipoteca tiene sus efectos reales adormecidos o no los tiene nunca si no la subsigue una convalidación contractual.

4') *Hipotecas inscritas en las que la inscripción produce efectos, no para las partes, sino para terceros.*—Son tantos los botones de muestra que ofrece la Ley a este propósito que más bien parece que cuando el legislador redactaba los artículos lo hizo bajo una influencia atávica o un subconsciente legislativo.

El artículo 114, en relación con los 146 y 147, establece que los intereses de los préstamos hipotecarios sólo quedan asegurados con *perjuicio de tercero*, por plazo de tres años si no hubo pacto expreso a ese fin y, caso contrario, hasta un plazo máximo de cinco años. El 120 aclara que todo acreedor hipotecario no puede, con *perjuicio de tercero*, repetir contra los bienes hipotecados por más cantidad de la fijada en la inscripción. El 142 insiste en que las hipotecas, en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condiciones suspensivas, producirán "efecto contar tercero" si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse. El 144 nos ofrece la clásica teoría de que los convenios entre las partes que puedan "destruir la eficacia de una obligación hipotecaria an-

(45) Las hipotecas legales son impuestas por la Ley.

terior no surtirán efecto *contra tercero*, sino desde el correspondiente asiento registral (46).

Respecto a las hipotecas legales, el artículo 180, por ejemplo, relativo a la hipoteca dotal, transporta al año 1863 al señalar los tres momentos integrantes de tales hipotecas: obligación legal o negocio de imposición, aceptación o aprobación en documento y la inscripción (47). Dice así el artículo: "Si el marido careciese de bienes con que constituir la hipoteca quedará *obligado a constituir la* (negocio de imposición) sobre los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera, pero sin que esta obligación pueda *perjudicar a tercero* mientras que no se *inscriba la hipoteca*."

El artículo 172, en términos contundentes, establece que la hipoteca dotal *dejará de surtir efecto* y podrá cancelarse siempre que por cualquiera causa legítima quede dispensado el marido de la obligación de restituir.

d) *Preceptos de reconocimiento consensual.*

La Ley Hipotecaria puede ser analizada desde otros puntos de vista que no sean el valorativo de la inscripción, pero que corroboran los frecuentes supuestos en que de la misma Ley puede inferirse una *mens* no constitutiva.

Los artículos 138, 139 y 141 definen las hipotecas voluntarias diciendo que son "las *convenidas* entre partes o impuestas por disposición del dueño."

En cuanto a las legales, bien puede afirmarse que nacen por un acto unilateral exigido, si bien sometida a la aceptación o generalmente a la aprobación de las personas llamadas a tutelar los intereses de los favorecidos con las hipotecas. Las reglas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del artículo 165 son bien explícitas a este propósito al preceptuar que el Juez llame "a todos los interesados en la constitución de hipoteca" para que se avengan, y que si así ocurre, ordene "constituir la hipoteca en los términos que se *hayan convenido*".

De la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 260 del Reglamento parece inferirse

(46) Este artículo es reproducción literal del 144 de la Ley anterior y, por tanto, se refiere a hipotecas ya inscritas.

(47) Virtualmente son hipotecas de constitución unilateral, seguidas de la aceptación o aprobación.

que la hipoteca legal sólo nace por la inscripción; pero pocas líneas después el artículo 263 aclara que tales hipotecas se constituyen por acta. Dice así: "*El acta de constitución de hipoteca para la seguridad de bienes reservables.*"

e) *La hipoteca y su inscripción como momentos diferentes según algunos preceptos legales.*

Si la Ley repetidamente alude a una constitución consensual de hipoteca en lógica consecuencia utiliza a veces las palabras constitución e inscripción como expresivas de diferentes momentos o valores.

Así, el artículo 141 habla de las personas "a cuyo favor se *establecieron o inscribieron*" las hipotecas unilaterales; el 154 admite que "la *constitución* de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador deberá *hacerse* por medio de escritura pública que se *inscriba* en el Registro o Registros de la propiedad a que correspondan los bienes".

En este artículo la palabra *inscribirán* tal vez aluda a la idea de que la inscripción ha de operarse en todos los Registros a que correspondan los bienes; pero precisamente tal interpretación crea un problema en el que no han solido reparar los autores. Porque cuando una hipoteca afecta a varios bienes radicantes en diferentes distritos hipotecarios, ¿en qué momento se entenderá nacida legalmente la hipoteca? ¿En el de la presentación en el primer o último Registro? ¿En el de la inscripción ya efectuada en todos ellos?

Entre otros artículos que apuntan la distinción de los dos momentos, constitutivo y de inscripción, tenemos el 161 al decir que "la hipoteca legal, una vez *constituída e inscrita*, surte los mismos efectos que la voluntaria"; el 163 y siguiente, que al aludir a "*hipotecas legales inscritas*", parece dar a entender que también las hay sin inscribir; el artículo 192, en relación con el 257 del Código civil, establece que "la fianza hipotecaria será inscrita", y, en fin, el 264 del Reglamento se refiere a la *inscripción* de hipotecas *constituídas* por acta judicial.

## VIII.—LA HIPOTECA Y LOS ARTÍCULOS 313 DE LA LEY Y 586 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

En cuanto a la aplicación a la hipoteca de la doctrina de los artículos 313 de la Ley y 586 de su Reglamento ya habíamos formulado las siguientes interrogantes y argumentaciones (48):

¿En qué momento de la gestación de una hipoteca surge la acción real? ¿Emana del contrato o emana de la inscripción? Vamos a intentar la solución a tenor del actual artículo 313 de la Ley y 586 de su Reglamento.

Según estos artículos, los Juzgados, Tribunales, centros oficiales, etc., no pueden admitir ningún *documento* de que no se haya extendido el oportuno asiento registral por los que se *constituya*, reconozca, transmita, modifique o extinga *derechos reales* sujetos a inscripción en los siguientes casos: Primero, si el objeto de la presentación fuera hacer efectivo en perjuicio de tercero un derecho que debió ser inscrito; y segundo, si se pretende hacer efectivo el derecho, no respecto de un tercero, sino respecto de una de las partes contratantes, siempre que tal derecho afecte a una propiedad o derecho real inscrito. Por el contrario, deberán admitirse los documentos que se refieren a finca no inmatriculada o a derecho real no inscrito. La razón es lógica, porque tratándose de propiedad no inscrita, no debe entrar en juego la Ley Hipotecaria.

Desde la nueva reforma, los Tribunales, a efectos de la admisión de documentos, analizarán si se trata de propiedad inscrita o no inscrita, y aun en los casos de propiedad inscrita si el derecho objeto de reclamación tiene o no precedente registral. Así, por ejemplo, la propiedad de una finca puede estar registrada, pero no el censo o la servidumbre constituidos sobre ella; y si lo que se discute es uno de estos derechos reales, que nunca tuvieron acceso al Registro, los Tribunales admitirán los documentos correspondientes, siempre que no exista un tercero hipotecario respecto de la propiedad de la finca.

Aclarado esto, pasamos a aplicar la doctrina de los artículos 313 de la Ley y 586 de su Reglamento a los dos supuestos de propiedad no inscrita y de propiedad inscrita.

(48) En el dicho trabajo para Cuba.

Imaginemos al propietario de una finca sin inmatricular, otorgando ante Notario un contrato de hipoteca sobre dicha finca. El Notario autorizará el documento, pero advertirá la exigencia del artículo 1.875 del Código civil y 145 de la Ley. El propietario, a pesar de la advertencia, no quiere o no puede inscribir. ¿Qué valor jurídico tiene este contrato? Si la obligación principal que motiva el contrato de hipoteca está garantizada con la responsabilidad general del deudor a que se refiere el artículo 1.911 del Código civil, ¿no producirá el contrato efectos distintos de los derivados de la obligación principal?

¿No habrá que admitir que existe diferencia entre una y otra responsabilidad?; pero, ¿cuál es esa diferencia?

Si tal contrato de hipoteca, en escritura pública, con la nota de liquidación del Impuesto, se presenta ante los Juzgados para perseguir la finca sobre la que se impuso por su dueño el gravamen de hipoteca. ¿será admitida o rechazada por los Tribunales? ¿Tendrán los Tribunales que rechazar tal contrato, a pesar de contener un gravamen impuesto por la voluntad del dueño, por el fundamento de que tal gravamen no es legalmente una hipoteca?

Aunque no hay hipoteca, existe manifiestamente la imposición de un gravamen aceptado por la persona favorecida, y creemos que los Tribunales admitirán la escritura porque no lo prohíbe el artículo 313 de la Ley.

Apliquemos ahora los preceptos al supuesto de hipoteca sobre finca inmatriculada, pero en el que la escritura no ha podido ser registrada por defectos que a pesar de ser subsanables no pudieron ser corregidos. Supongamos que llegado el momento de persecución, la finca sigue en poder del deudor; que sobre ella no hay terceros interesados; y que el contrato de hipoteca tiene ligados a las partes contratantes. Cuando tal escritura de hipoteca no inscrita se presente ante los Tribunales, éstos apreciarán: primero, que el objeto de la presentación del documento no es hacer efectivo un derecho en perjuicio de tercero; y segundo, que el derecho en que funda su acción el demandante jamás fué objeto de inscripción, por lo que el deudor, única parte a quien puede perjudicar la admisión del documento, no podrá formular la oposición prevista en el artículo 586 del Reglamento. El Tribunal deberá, por tanto, admitir tal documento.

En nuestro sistema no cabe en pura ortodoxia y buenos principios hacer al Registrador árbitro de los efectos de los contratos para las par-



tes; y no a otra cosa equivale el que la virtualidad del contrato de hipoteca entre las partes dependa, por ejemplo, de la falta de presentación de la escritura de poder, de un error material en la escritura, de una falta de legitimación o legalización, de algún dato de identificación, de alguna imposibilidad interna de la oficina, etc., defectos todos ellos que, sin afectar a la esencia y validez del contrato, impiden, sin embargo, la inscripción. La fortaleza de la lógica y la luz de la moral parecen aconsejar, que la trascendencia de tales defectos no deba alcanzar a las partes.

#### IX —LA JURISPRUDENCIA.

En la jurisprudencia, tanto del Supremo como de la Dirección, se encuentran sentencias y resoluciones de las que se infiere la poca seguridad que en esta materia hubo en algunos momentos.

A los cuatro años de vigencia del Código civil, la Dirección General de los Registros, refiriéndose al Código, decía que tal Cuerpo legal *no ha introducido alteración alguna en la doctrina fundamental de la Ley Hipotecaria*, según la cual las hipotecas voluntarias o *nacen* de la convención entre las partes, o *són* impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen (49).

El Tribunal Supremo en el año 1901 explicaba que "la hipoteca especial otorgada para sustituir a la general y tácita no puede producir efecto si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, porque únicamente queda constituida con validez cuando se cumple dicho requisito según el artículo 1.875 del Código civil, y *de modo análogo ordenaba para la Contaduría de Hipotecas las leyes del Título XVI, libro 10, de la Novísima Recopilación*" (50). Naturalmente que la inscripción ha sido la única manera de desterrar las hipotecas generales y tácitas; pero lo curioso de la sentencia es la equiparación con las leyes de las antiguas Contadurías, porque ello es tanto como negar el valor constitutivo de la inscripción y conferirle solamente el de publicidad y oponibilidad, o a lo sumo el de efectos *erga omnes*.

Otra sentencia dice "que la Ley Hipotecaria tampoco varía las reglas de la legislación civil (en materia de hipoteca), limitándose sólo a *agregar a ellas las derivaciones de los preceptos de la publicidad y espe-*

(49) Resolución de 31 de agosto de 1893.

(50) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1901.

*cialidad de las hipotecas* sobre las que estableció el crédito territorial, por lo que el artículo 1.875 del Código civil, para sancionar la *adición* y hacer patente la armonía entre ambas legislaciones, satisfaciendo el *objeto principal de la Ley Hipotecaria*, dispone que a los demás requisitos establecidos por la civil ha de agregarse, para que la hipoteca quede válidamente constituida, el de la inscripción del documento en el Registro de la Propiedad" (51).

Mucho después de la reforma hipotecaria de 1909, algunas sentencias, o venían a reconocer la eficacia real del contrato respecto de las partes, o para decir lo contrario, tuvieron que adoptar abultadas perifrasis y circunlocuciones. Así, la de 5 de abril de 1933 (52) dice que "no obsta a que se declare que una escritura contiene una obligación hipotecaria el que no se constituya la hipoteca en la forma exigida por el artículo 1.875 del Código civil y 146 de la Ley Hipotecaria, por ser cuestión distinta la de que tenga aquel carácter y la de que por no haberse inscrito no perjudique a tercero en el orden hipotecario".

La sentencia de 9 de febrero de 1943 parece inferir la fuerza ejecutiva de la hipoteca, no de la inscripción, sino del contrato. Parece lógico que no existiendo tercero, y aun no habiendo inscripción de hipoteca, la persecución de la finca se opere no por la responsabilidad general del artículo 1.911 del Código, sino en méritos de la concreta designación hecha en el contrato.

La de 10 de marzo de 1947, para expresar la existencia de una hipoteca, emplea el siguiente párrafo de verdadera anfibología hipotecaria: "la hipoteca establecida sobre la finca X . mediante escritura de 11 de febrero de 1928, constituyó un único gravamen, garantizador de un solo crédito "

En cambio, la de 12 de enero de 1943, con limpieza de concepto y palabras, nos dice que la circunstancia de que al tercero no le afecten más que los intereses que constan en la inscripción, "es una consecuencia no sólo de su cualidad de tercero protegido por la fe pública registral, sino además, y aun con independencia del juego propio de los principios hipotecarios, de la consideración de ser la hipoteca, por Derecho civil, un derecho cuya inscripción tiene valor constitutivo "

(51) Idem de 11 de diciembre de 1903.

(52) Tomada del t. III de *El Código civil a través de la jurisprudencia*, de José Manuel Pedreira, pág. 392.

## X.—EL CONCEPTO CONSTITUTIVO: SU PLANTEAMIENTO.

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 el 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.

Cuando D. Augusto Comas comentó el artículo 1.875 del Código, no planteó explícitamente el concepto constitutivo, pero lo dejó bien esbozado; porque para él, la reforma, arrancaba al contrato la validez y legalidad de la hipoteca, para fiarlas exclusivamente a la inscripción.

Para la doctrina, en esto estriba el poder constitutivo de la inscripción; pero no es ese el verdadero sentido que se infiere del contexto de la Ley Hipotecaria. Por el contrario, da idea de establecimiento por la voluntad; lo revela el criterio legal del *numero apertus*: "los títulos en que se constituyan derechos reales de hipoteca, censos, servidumbre, y otros cualesquiera reales", dice el artículo 2.º de la Ley; el artículo 7.º del Reglamento alude a "cualquier acto o contrato de trascendencia real" (53). Esa trascendencia real se atribuye al acto o contrato, y su apreciación queda reservada exclusivamente a la calificación registral, según ha declarado la resolución de 27 de marzo de 1947.

En cualquier acto o contrato presentado en los Registros de la Propiedad, al funcionario incumbe apreciar la existencia o inexistencia de estructuración y existencia real, pero en materia de hipotecas, y según el artículo 1.875 del Código civil y sus concordantes de la Ley Hipotecaria, lo que al Registrador compete es la creación del derecho real.

(53) Véase el fundamentado trabajo de José Servat Adua: *Derechos reales y pactos de trascendencia real*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de diciembre de 1948.

XI.—ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTRATO DE HIPOTECA  
Y LA INSCRIPCIÓN.

Si no puede haber hipoteca sin inscripción, ¿cuál es el valor del contrato de hipoteca?

No compartimos el criterio de Comas de que, según el Código, es nula la hipoteca mientras la inscripción no tenga lugar. Hay un término medio que consiste en la suspensión de efectos hasta la ejecución de un requisito legal.

Cuando me obligo, respondo con todos mis bienes presentes y futuros del cumplimiento de la obligación. Esta ilimitada responsabilidad de mis cosas no implica verdadera garantía para el acreedor. Necesita que sobre bienes concretos del deudor se establezca el gravamen asegurador. Ni aun con ello se está bien garantizado. Hace falta la tranquilidad de no ser pospuesto en la concurrencia de acreedores. Y se acude al Registro. Sin duda este es el proceso ideológico de cualquier mentalidad no hipotecaria, pero no puede serlo para los profesionales de la Ley. ¿Qué valor tiene el contrato, pues? Manresa, en sus Comentarios al Código civil, nos ha dicho que en tanto no se practique la inscripción, el contrato de hipoteca se equipara a la promesa de hipoteca. Tampoco podemos compartir este criterio, porque entonces, ¿para qué se puso en el Código el artículo 1.862?

El artículo 1.875 del Código seguramente lo que quiso decirnos es que la hipoteca configurada o establecida por el contrato no queda eficazmente establecida hasta que se opere la inscripción.

El contrato de hipoteca, como todos los contratos, para ser admitido en los Registros de la Propiedad ha de existir y ser válido. ¿Cuál es el objeto y la causa en tales contratos? ¿no es la configuración o estructuración de la hipoteca, con el fin de que en su día se solucione la obligación asegurada con el valor en venta o adjudicación de la cosa gravada? Y si el contrato es válido a tenor de las normas generales de los contratos, ¿cabrá decir que el de hipoteca no lo es mientras le falte la inscripción?

A nuestro parecer, existen fundamentalmente dos razones para abogar por la validez: una, porque de todo acto o contrato nulo no puede derivar acción para pedir su cumplimiento; y la otra, porque el artículo 4.º del Código civil, en su párrafo primero, advierte que son nulos

los actos ejecutados *contra* lo dispuesto en la Ley, a menos que la misma Ley declare su validez; y en nuestro caso, por un lado, el contrato jamás puede celebrarse en contra del 1.875 del Código civil y 145 de la Ley, ya que la inscripción es requisito *a posteriori*, que a lo sumo puede denotar una omisión más o menos diferida; y por otro lado, porque la misma Ley Hipotecaria, a veces, no hace depender la acción real hipotecaria de la inscripción.

De aquí que la palabra validez del artículo 1.875 del Código no pueda tener como contrapartida la de invalidez o nulidad, sino la de *ineficaz*, que quiere decir falta de actividad o de potencia. El mismo Código, que ha determinado cuáles son los requisitos *esenciales* a todo contrato, al referirse concretamente al de hipoteca, dice que, para él, son esenciales los relativos a la accesoriedad, capacidad y facultad dispositiva del constituyente, pero no aplica la palabra esencial para la exigencia de la inscripción, sino la palabra *indispensable* como denotando más bien un requisito obligatorio o forzoso.

Al decir el artículo 1.875 del Código que la validez de la hipoteca establecida por el contrato depende de la inscripción, más bien da idea de que la inscripción viene a ser como un bautismo purificador; de un *ratum facere*, ratificación o confirmación; de un *legitimum reddere*, legitimar o dar legitimación.

Y si la inscripción no aparece, según el mismo artículo fundador de la teoría constitutiva, exigida como requisito esencial, sino como requisito indispensable para la validez de la hipoteca contractual, su encuadramiento jurídico corresponde con las llamadas condiciones impropias o *conditio legis*. Y a veces, recordando su misión de tranquilidad social, llega a parecer no una *conditio*, sino la *condictio*, o una intimidación o denuncia, de que las partes contratantes, sin la inscripción, corren el peligro de la ineficacia de la hipoteca convenida.

Aplicando los medios interpretativos de Savigny, que acogió nuestra Dirección General en la resolución de 23 de agosto de 1894, queda robustecida esta tesis, pues a más de la interpretación hecha ya y basada en el sistema español, se llega a la misma solución con la interpretación histórica, que pone de relieve la constitución unilateral y consensual: con la interpretación lógica, según la cual no es posible admitir que el Código civil quiso reformar el sistema registral cambiando el valor convalidante, que por otro lado fué expresamente admitido en los ar-

títulos 606, 1.473 (54), 1.537 y 1.880; y con la interpretación léxico-gráfica que, a tenor de la enseñanza filosófica de Zaragüeta, nos presenta la hipoteca como un *hecho de valoración* (psicológico), o acto o contrato, y al artículo 1.875 como la estimación o valoración del hecho.

La inscripción no sólo da eficacia a la hipoteca; la da a todos los derechos reales cuyo nacimiento extrarregistral sea indiscutible. Y bien merecería, a mi juicio, en bien de la humanidad, que esa poderosa fuerza que se viene atribuyendo a la inscripción de hipoteca se hiciera comprender que es indispensable a todos los derechos reales, porque con la inscripción adquiere la más fuerte protección jurídica todo contrato de trascendencia real.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS,

Registrador de la Propiedad.

(54) El caso de la doble venta, más que resuelto por el valor constitutivo de la inscripción, debe basarse en la consideración de que los diferentes compradores son terceros entre sí, y ha de quedar protegido el que primero inscribe.