

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Febrero 1949

Núm. 249

La inscripción y la hipoteca hasta
el Código civil

SUMARIO

1. Más ideas y materiales para el valor de la inscripción.
2. Consideraciones sobre la hipoteca: A) El nombre, etimología y significados; B) Aparición histórica de la hipoteca y su concepto clásico.
3. La hipoteca en el Derecho histórico español.
4. Nacimiento y realidad de la hipoteca según Cárdenas.
5. La hipoteca en los proyectos de Código civil de 1836 y 1851.
6. La hipoteca en el proyecto de ley de 11 de febrero de 1858 y en sus discusiones parlamentarias.
7. La Ley Hipotecaria de 1861; La hipoteca unilateral; La cancelación de hipoteca; El artículo 126; Las hipotecas legales.
8. La hipoteca en la Ley de 1869.

MÁS IDEAS Y MATERIALES PARA EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN

Bajo la firme creencia de que la finalidad principal de los trabajos de Revista, no es enseñar, sino aportar inquietudes, impresiones y meditaciones privativas, para estimular el pensamiento ajeno y posibilitar el logro de una verdad, escribo las cuartillas que siguen.

Don Augusto Comas fué un docto profesor de Derecho Civil; también D. Felipe Sánchez Román fué un docto catedrático de igual rama del saber jurídico. Ninguno de ellos fué Notario ni Registrador, y ambos fueron contemporáneos de la promulgación de nuestro Código Civil. Esta coincidencia de aptitud y cronología hace que deban ser

tenidos por imparciales críticos y acertados hermeneutas del artículo 1.875 del Código Civil. No debe ponerse en duda que su labor crítica responde a la del buen *hypomnemator* griego o a la del fino *explanator* de los latinos.

Sánchez Román advierte que precisamente el contrato es el medio "más frecuente de la constitución del Derecho de hipoteca .. y que una vez consumado el contrato cesan todas las relaciones contractuales, y subsiste tan sólo, mientras el contrato no sea anulado, rescindido por causa posterior, el Derecho real de hipoteca" (1). Don Augusto Comas, refiriéndose a la distinción entre contrato e hipoteca, y a la perplejidad de los autores del Código en dicha materia, decía textualmente: "que aunque el legislador distinguió en su expresión, no distinguió en su pensamiento" (2), dando a entender que, aunque en dicho artículo se dice que la inscripción tiene valor constitutivo para la hipoteca, no fué eso lo que se quiso decir.

El aludido artículo del Código tiene, indudablemente, una deficiente redacción gramatical, subsanada en las leyes hipotecarias posteriores y que reclama a voces para aquél su inmediata rectificación a fin de evitar que pueda decírsé como se dijo con ocasión del Krausismo, que nuestro idioma es pobre de léxico, ó para evitar que surja un nuevo Juan Pablo Forner sacando a relucir dicho artículo como una justificación de las "Exequias de la Lengua Castellana".

La sospecha de Comas merece ser constatada, y se impone una excursión por los campos viejos de la hipoteca, en busca de sus tiestos reveladores, que son aquellos libros antiguos y olvidados, y aquellos artículos dispersos en las primeras Revistas hipotecarias, y aquellos discursos que la imprenta perpetúa, en todos los cuales habrá ideas, que como las tenues luces que escintilan en la oscuridad, orientaran al investigador jurídico.

Y para más afianzamiento en la tesis que se exponga, habrá que buscar también la base filosófica. Sobre las ruinas de civilizaciones que fueron, vemos alzarse nuevas culturas, y sobre el Derecho pasado, vemos cómo se elaboran nuevas normas jurídicas. Pero si la nueva cultura o el nuevo Derecho no tienen filosófica construcción, a la postre fenece.

(1) Tomo III, 1889, pág. 941.

(2) La Revisión del C. c., t. II, parte especial, 1902, pág. 705.

La Ley Hipotecaria de 1861 tiene una base filosófica en toda la intensificación de la palabra. La verdad universal en que descansa es la evidente diferencia que existe entre creación o nacimiento y subsistencia o vida. La creación de los derechos privados cuenta con una institución remota: la notarial. El taumatúrgico escribano don Diego Busto Lisares, en su *Cartilla Real*, editada en el siglo XVII, insinúa un origen divino a la función notarial. La subsistencia de los derechos creados no tuvo, hasta época relativamente moderna, su adecuada forma declaratoria; ésta fué la función registral, confiada también en sus comienzos a señores escribanos. Una y otra función, aunque independientes, son complementarias entre sí. Ambas son funciones de jurisdicción voluntaria y han estructurado dos honorables Magistraturas. La del Notariado ya tiene nombre: es la Magistratura de la paz jurídica (3). Así la ha llamado don José Castán. La otra aún no está adjetivizada. Pero ya en tiempos faraónicos hubo una Magistratura encargada de resolver los problemas de propiedad del agro egipcio. De la inscripción de un bajorrelieve de la tumba del magistrado Wizer Rekhmara (4) se infiere que la tranquilidad del propietario pendía del juicio de tal Magistratura. Bien pudiera decirse que hoy la registración inmobiliaria ha creado la Magistratura de la Tranquilidad o de la Confianza.

El registro producirá en el titular del derecho la tranquilidad de su adquisición; le protegerá frente a injustas pretensiones de su transferente, dará confianza y seguridad a quienes con él quieran contratar y amparará a quienes bajo su fiaduría contraten o inscriban.

El titular inscrito seguirá creando bajo su autonomía particular y con la fe de Notario, cuantos derechos pueda y quiera; pero en tanto no se registren subsistirá a efectos de tercero, como único, el derecho inscrito. Pretender algo más del registro tal vez fuera desorbitar su función. ¿Acaso no pasaron ya a la historia los Registros constitutivos de Sajonia, Lubeck, Baviera, etc., etc.? Nussbaum, refiriéndose a la historia de las Leyes hipotecarias, decía respecto de la prusiana de 1721 que "desde el punto de vista material se conceden a las hipo-

(3) *Función notarial y Elaboración notarial del Derecho*, vol. CXCVII de la Biblioteca Jurídica de Autores españoles y extranjeros, 1946, pág. 34.

4. *El Catastro en las antiguas civilizaciones*, por Pedro de Castañeda y Agundo, 1925, pág. 10, columna 2.º, citando a Newberry, *The Life of Rekhmara*, Londres, 1900.

tecas inscritas, al menos en principio, preferencia sobre las no inscritas..." (5). ¿Y no va quedando en desuso el abstracto acuerdo de tránsferencia, para dar paso, con pujanza de florecimiento, a la trilogía del título, modo e inscripción?

Y si la trilogía es exacta, ¿cómo admitir que la inscripción equivalga al modo o que modo y título puedan ser la misma cosa?

La tradición, en términos llanos, no es más que la toma de posesión o la posesión misma. Ocurre que algunos derechos, por ser impalpables, no pueden ser poeídos, y se dice que no tienen tradición. Heineccio afirmó la inexistencia de la tradición en la hipoteca, y don Jérónimo González nos habla de una quasi tradición. Muchas veces, con miras facilitonas o de brevedad, se presupone la tradición, ya por el simbolismo, ya por la ficción. Pero esta esfumación de la *traditio* real no nos aproxima a la espiritualista adquisición napoleónica, ni aun en el supuesto del artículo 1.462 del Código civil. La diferencia es radical, pues según el Código extranjero, jamás hay tradición, y en el nuestro, aunque disimulada, existe, y, además, resulta de esencia la presunción, dentro de la teoría genérica del Derecho real. La escritura de donación en que no conste la aceptación del donatario, ¿contiene transmisión de dominio? ¿Será inscribible? La escritura de compraventa en que se diga que el vendedor ni tiene la posesión de la cosa ni se halla en condiciones de entregarla por el momento, ¿cabrá afirmar que contiene una transmisión de propiedad y un derecho real inscribible?

Sin tradición efectiva no hay perfecto derecho real. Aunque impropriamente, acude a la imaginación, como símil, la idea del matrimonio. Imagínese lo que sería un matrimonio sin el goce de la posesión o con posesión simbólica o ficticia:

· Sin embargo, aunque la tradición no real, en bastantes ocasiones, constituya el motivo de pleitos y de amarguras, es generalmente la panacea de los Derechos reales.

· Pero no basta que la tradición exista en cualquier forma, sino que debe preceder a la inscripción. El Registro lo es de la propiedad y demás derechos reales. Si la escritura sólo confiere al comprador el derecho a reclamar la entrega, ¿podrá decirse que ese comprador es dueño? ¿O diremos que tiene derecho a la cosa? Para este último supuesto

(5) Nussbaum, *Derecho Hipotecario*, pág. 357.

existe la severa advertencia del artículo 9.º del vigente Reglamento hipotecario, del que únicamente son excepciones aquellos actos que ingresan en el Registro a virtud del consentimiento formal. Y concretándonos a la hipoteca y a su especialidad, ¿se ha pensado qué es lo que queda afectado de especialidad? ¿Es el título?, ¿es el documento?, ¿no será acaso el mismo Derecho real?, ¿y esto no ha de acontecer antes de acudir al Registro?

La tradición ficta del artículo 1.462 viene a ser la Agia Sofía (Santa Sabiduría) en la ciencia del Derecho Inmobiliario.

Si la inscripción llegara en algún momento a desempeñar el oficio de la tradición, el registro no podría ser de derechos reales, según la concepción romana y de nuestro Código civil, sino de títulos o derechos a la cosa. En cuanto a la hipoteca, y para el legislador del 61 y 69, la inscripción no fué considerada como un modo; para dichos legisladores bastó que la hipoteca fuera derecho real para que no produjera efectos respecto de terceros en tanto no fuese inscrita.

Sin embargo, el Código civil y las posteriores Leyes hipotecarias han sentado lo contrario y, sobre ellos, la doctrina ha construído la teoría del valor constitutivo de la inscripción de hipoteca. Veamos si el legislador del Código civil, cuando modificó la tradicional doctrina de la hipoteca, lo hizo por poderosas razones y sobre la base de una lógica estructuración.

CONSIDERACIONES SOBRE LA HIPOTECA

A) *El nombre.—La etimología.—Y las significaciones.*

Grecia distinguió dos clases de garantía real: una con desposesión de la cosa y otra sin desplazamiento, a que llamaron hipoteca.

Por ser esta palabra griega, se ha llegado a suponer que la hipoteca romana es de origen helénico o ático. Fehr cree que la palabra fué interpolada en las compilaciones de Justiniano; por el contrario, Kunkel considera que tiene precedente clásico, porque no es verosímil que los compiladores sustituyeran el *pignoraticia* por el *hypothecaria*, y porque, además, Gayo tiene comentarios de *fórmula hypothecaria*, y Marciiano de *ad formulae hypothecariam*. Para Jörß, la palabra fué de uso frecuente en la época postclásica, y opina que en las compilaciones jústiniáneas tuvo más bien el carácter de una enmienda, ya que con ella

se designaban indistintamente las dos clases de prenda. Probablemente este uso indistinto hizo decir a Marciano que prenda e hipoteca sólo se diferencia en el nombre o que son voces distintas de una misma cosa (6).

En España se emplea por primera vez la voz hipoteca en la Ley 63 de Toro, año 1505. Etimológicamente es la *suppositio* romana: poner debajo de una cosa para sostenerla y afirmarla. Tiene tres significaciones: *el contrato*, *el derecho real* y *la cosa hipotecada* (7).

B) *Aparición histórica de la hipoteca y su concepto clásico*.—La más remota clasificación de la prenda parece ser que está basada en la no existencia o existencia de la voluntad del dueño de la cosa o deudor. En el primer caso surge la llamada *prenda tomada* por la doctrina científica; se operaba por la autonomía individual o propia autoridad, o por la intervención de las autoridades. La prenda tomada por sí mismo es el apandamiento del vulgo, el prendamiento que nuestro derecho histórico exoneró, y lo que los alemanes llaman el *pfand*. La prenda tomada judicialmente equivale a nuestros actuales embargos, y es el probable precedente remoto de las hipotecas legales (8).

La prenda con intervención de la voluntad del dueño se llama prenda puesta o constituida. Ofrece tres modalidades: prenda con transmisión de propiedad; con simple desposesión del deudor, y sin desplazamiento.

a) La prenda con transmisión de propiedad puede ser: con condición resolutoria (venta a retro y pacto de fiducia) y con condición suspensiva (pacto comisorio).

(6) Sobre la adopción del nombre: *Derecho Romano privado*, de Paul Jörs, edición refundida de Kunkel, traducción de L. Prieto Castro, 1937, página 224. Y Digesto, párrafo 1.^o, ley 6, tit. 1.^o, libro XX.

(7) D., L. 1.^o t. XIV, lib. XI, y párrafo 2.^o L. 5.^o, t. VI, lib. XIII, para contrato; D., tomos IV y VI, lib. XX, como derecho real; Instituta de Justiniano, párrafo 7.^o t. VI, lib. 4.^o, como cosa.

(8) Brunner, *Historia del Derecho germánico*, traducción de José Luis Alvarez López, 1936, pág. 222 y s., con las citas de Eduardo Hinojosa sobre el *Elemento germánico* publicado por Galo Sánchez. Instituta de Gayo, libro 4.^o, del 26 al 31: *Per pignoris captionem*; Fuero juzgo, L. 1.^o, t. VI, libro 5.^o; Fuero viejo de Castilla, tomos IV y VII, libr. 3.^o; Fuero real, L. 2.^o, t. XX; Ordenamiento de Alcalá, que en una de sus últimas leyes se殉de a la antigua costumbre de los que «preyndaban los caballos e las armas e las vendian»; Nvm.^a R., ley 1.^o, t. XXXIV, libr. 2.^o, y L. 14, t. XIV, página 5.

Esta prenda tiene un doble objeto: garantía durante el plazo, y pago, a su vencimiento. Responde a la idea de garantía absolutamente objetiva o en la cosa, que hoy recoge la nueva Ley Hipotecaria con el nombre de hipoteca de responsabilidad limitada. El deudor quedaba desligado de toda responsabilidad personal. Por eso, el pacto comisario en sus principios respondió a un criterio de equidad y no podía tacharse de inmoral. En la garantía de responsabilidad puramente objetiva, el acreedor corre el riesgo de no cobrar su crédito si la cosa se pierde o desmerece de valor; resultaba equitativo que, en compensación a ese riesgo, hiciese suyo el mayor valor de la cosa. Pero no hubo equidad desde que a la responsabilidad de la cosa se unió la responsabilidad personal del deudor. Si el acreedor podía repetir contra el deudor cuando la cosa desmerecía, justo era que el exceso de valor perteneciera al dueño. Esta demasia de valor fué llamada por los griegos *hyperocha*, por los romanos *superflum* y por nuestros jurí-consultos, resto, sobrante, exceso, etc., etc. En derecho romano, la protección conferida a los acreedores de esta prenda fué la acción interdictal contra el deudor (interdicto Salvianum).

b) La prenda sin transferencia de dominio, sino con desposesión, tuvo las siguientes formas: a') Simple desposesión, como especie de depósito; b') Desposesión con percepción de frutos, a que llamaron los doctos alemanes prenda de disfrute; c') los frutos se aplicaban simplemente al pago de las usuras, y d') Al pago de éstas y al capital. Estas últimas modalidades c) y d) fueron el *mort gage* y *vise gage* de franceses e ingleses, y el *zatzung* y *todzatzung* de los germanos (9). La prenda debía enajenarse llegado el vencimiento y no pago, para el reintegro del crédito del acreedor.

Aquí queda esbozada una característica esencial de la hipoteca: la hipoteca subjetivamente no implica una vocación inmediata a la cosa, sino al valor de la cosa; y objetivamente implica una disminución o desmembración en el valor de la cosa.

c) Prenda sin transferencia de propiedad ni desplazamiento posesorio. Su historia es la más conocida y divulgada. Nace con los *invecta et illata*, o aquellas cosas que para la labranza traían los

(9) Colin y. Capitant, t. V, 1925, pág. 288, traducción de Demófilo de Buen; Heinrich Brunner, o. c.; Nussbaum, o. c., pág. 342, y la nota relativa a Albrecht.

catarios de fuera y metían dentro de la finca. El locador cobraría su arrendamiento con cargo a dichas *invecta et illata* sin necesidad de desposeer al locatario, sino por el simple pacto o consentimiento. La prenda, en su consideración contractual, dejaba de ser real para convertirse en consensual. Servio, el Pretor, protegió el pacto con una acción real: la acción serviana.

En el inquilinato, los muebles del inquilino respondían del pago del alquiler; era una garantía tácita, y a ella se extendió la acción serviana. Más tarde se aplica la fórmula del pretor Servio, a todo género de obligaciones y respecto de toda clase de bienes, y surge la acción quasi-serviana, serviana útil o hipotecaria.

Con esta fórmula surgen las otras características de la hipoteca: no requiere desposesión; se crea o constituye por el consentimiento del dueño y el simple pacto. La hipoteca romana surge a la vida jurídica por el consentimiento del dueño y sin tradición. Y le es indiferente la naturaleza mueble o inmueble de la cosa. La significación que Gayo da a *pignus*, para inferir que se refiere a lo mueble o que cabe en el puño (10), queda desvirtuado por el mismo Gayo y en algunos pasajes del Digesto (11).

LA HIPOTECA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Mientras España fué provincia romana se rigió por el Derecho romano, y también después de la invasión de los godos. El Pavorde Sala asegura que "permitieron a los españoles, acostumbrados ya al uso de las leyes romanas, continuar en su observancia" (12).

En Derecho indígena, en vez de hipoteca se emplearon las voces derivadas de *pignus*: peño, empeño, prenda, y prendamiento para la prenda tomada. Y no sólo recayó sobre bienes muebles e inmuebles;

(10) D., párrafo 2º, L. 238, t. XVI, lib. 50.

(11) Lo que dice Gayo es que por razón del significado *pignus* «puede parecer cierto lo que algunos juzgan de que la prenda sólo se constituye en cosa mueble». Tanto Ulpiano, en párrafo 2º, L. 9, t. VII, lib. XIII, como Gayo, en L. IV, t. I, lib. XX, diferencian prenda e hipoteca, en que en aquélla hay tradición y en la otra basta el convenio.

(12) *Ilustración del Derecho real en España*, t. I, pág. 9; 1873.

sino sobre personas (13); y también hubo la prenda sin desplazamiento (14).

En las *Partidas* la prenda era derecho de garantía: "Peños toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros que les sea mas guardado, o pagado, lo que les prometen de dar o de fazer" (15); "los peños, principalmente son dados por aver aseguransa". Su objeto era tanto los muebles como los inmuebles, con o sin desplazamiento: Mas según el largo entendimiento de la Ley, "toda cosa, quier sea mueble o rayz, que sea empeñada a otri, puede ser dicho peño, magüer no fuese entregado della, aquel a quien la empeñesen".

La acción real, por el carácter accesorio de la prenda, quedaba satisfecha a la insolvencia del deudor; no se podía perseguir la cosa si estaba en poder de un tercer poseedor, sin la previa excusión de bienes del deudor.

Constituyó, jurídicamente, un *jus distrahendi*: "si este que es tenedor della quisiere luego pagar lo que devia aver aquel que hizo la demanda, develo el otro recibir, magüer no quiera. Ca pues que le pagan aquella debda que avia sobre la cosa non le finca otço derecho alguno".

La realización de la prenda se efectuaba en almoneda pública. Si se obtenía más de lo debido, "lo demas develo dar al que era señor de la cosa"; "e si acaesciese que non saliese comprador que la comprare, por miedo o por amor del vencido, o por otra razón, entonces deve el Judgador otorgarla al vencedor, como en manera de compra (adjudicación), por tanto quanto entendiese que vale la cosa".

La constitución de la prenda se operaba: en la prenda tomada por

(13) El Fuego Juzgo, que no habla expresamente de muebles, alude a la cosa raíz (L. 3º); el Fuero Viejo de Castilla sé refiere a la cosa «ansi mueble o eredat», y a las «guertas, o casas, o viñas» (L. 3, t. IV, libr. 3º, y L. 1, t. V, libr. 3º); el Fuero Real comprende muebles e inmuebles en cuanto admite la prenda general o sobre toda la buena (L. 5, t. XIX); los Ordenamientos de Alcalá y Montalvo expresamente hablan de muebles e inmuebles o raíces (L. 2, t. XVIII de Alcalá, y L. 7, t. XII, lib. 5º de Montalvo).

(14) El no desplazamiento se impuso con la prenda general; admitida por el Fuero Real: «la buena que ha el Obispo... es empeñada a la Iglesia donde es Perlado, magüer que el Perlado no gelo empeñe nombradamente», y «si alguno metiere a otro en peños toda la buena...» (Leyes 6 y 7 del tomó XIX).

(15) Título preliminar, pág. 5.

la entrega o tradición; en la legal, por el sólo presupuesto de la Ley, y en la voluntaria, por la entrega o por el otorgamiento del contrato. Según la Ley 31, la cosa quedaba obligada si el consentimiento del deudor constaba en documento escrito "de su mano misma", o por el contrato ante escribano o ante tres testigos "que escriviesen sus nomes en ella con sus manos mismas".

NACIMIENTO Y REALIDAD DE LA HIPOTECA, SEGÚN CÁRDENAS

Hace exactamente un siglo que don Francisco de Cárdenas publicó en la *Revista de Derecho Moderno* un trabajo relativo a la hipoteca (16). Señalaba la existencia de dos momentos decisivos en la hipoteca: uno el de su nacimiento o constitución, y otro el de su efectividad *erga omnes*. Decía de ellos que uno era esencial por ser el determinante de la *naturaleza real*, y el otro accidental, mudable o de forma; pero aclaraba la idea agregando que por el primerº *aparece el gravamen* de inmuebles en garantía de obligaciones, y, por el segundo se aspira a que tal gravamen sea una *realidad práctica y no ilusoria*.

Para comprender mejor esta teoría no debe olvidarse que en la legislación histórica nacía la hipoteca principalmente, por el contrato, de forma que simultáneamente había convenio y surgía la hipoteca. Pero cuando la cosa hipotecada pasaba a un tercer poseedor, acontecía lo siguiente: el tercer poseedor venía obligado a respetar el Derecho real, pero, por otro lado, no tenía obligación de respetar el contrato de su constitución hasta que le fuese notificado o tuviese noticias de su existencia, con lo que prácticamente no se respetaba el Derecho real.

Se imponía el hallazgo de una fórmula, que, aunque no fuese una notificación personal, sin embargo, no cupiese alegar su inexistencia, ni, por tanto, ignorancia del derecho. Los antiguos Oficios de Hipotecas sólo en parte resolvían tal problema, porque la toma de razón no daba efectos *erga omnes* desde su fecha, sino que se retrotraían los efectos a la fecha del contrato, con lo que la verdadera eficacia de aquella toma de razón era la de simple oponibilidad a las hipotecas no registradas. La forma adecuada la dió la Ley del 61, con la máxima de que los derechos inscritos producen efecto respecto de terceros desde la fecha de la inscripción, cualquiera que fuese la del contrato o acto.

Aunque Cárdenas llamó a este segundo momento de la hipoteca accidental, mudable o de forma, no quiso con ello decir que la publi-

(16) *El Derecho moderno*, 1849.

cidad de la hipoteca por la registración sería un requisito formal, como actualmente han pretendido algunos autores, sino que, por el contrario, le dió el verdadero sentido de robustecimiento o confirmación del derecho, al hacer depender de tal momento la realidad práctica de la hipoteca.

Con este parecer de tan eximio hipotecarista, la inscripción se manifiesta lógica e históricamente como una necesidad para la efectividad *erga omnes*, pero no para su constitución.

LA HIPOTECA EN LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL DE 1836 Y 1851

Del artículo 1.873 del proyecto de Código civil de 1836 puede inferirse que el propósito de aquellos legisladores fué dar valor constitutivo a la inscripción. Dicho artículo dice que "si se omitiere la toma de razón, perderá el acreedor el carácter de hipotecario y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal". Sin embargo, el artículo 1.696 había dicho que la hipoteca se puede constituir "por la voluntad del dueño de la cosa, manifestándose aquélla bien sea por convenio o en disposición testamentaria".

En la Comisión de 1843 se hizo respecto de la hipoteca la siguiente proposición: "Para adquirir la hipoteca, sea legal, judicial o convencional, no basta el título adquisitivo, sino que se requiere absolutamente la toma de razón en el Registro público, desde cuya fecha data en todo caso el Derecho real de hipoteca misma. De esta regla no habrá más excepciones que las que se expresen en el Código." La propuesta es de intencionalidad constitutiva o para convertir la inscripción en modo de adquirir, pero la regla no había de ser general, puesto que admite excepciones.

Tal propuesta fué recogida por la Comisión y llevada a la base 50, que decía así: "No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de toma de razón en el Registro público."

La acción hipotecaria es la quasi-serviana para perseguir la cosa en poder de tercero, y si tal acción se hacía depender de la toma de razón, resulta evidente que hipoteca no registrada no era Derecho real. Esta Comisión aspiraba a convertir la inscripción en modo para la hipoteca.

Mas tal virtud constitutiva fué amansada por la Comisión de

1846. La habilidad política de Bravo Murillo aprovechó la polémica entre Luzuriaga y García Goyena para dar a la inscripción un valor confirmatorio en sí, o de efectos constitutivos en cuanto a tercero.

En el proyecto de Código de 1851 la idea fué que la hipoteca nace por el consentimiento y no por la inscripción registral. El artículo 1.791 dice: "la hipoteca voluntaria se constituye en testamento o en contrato"; y en el 1.792: "la validez de la hipoteca constituida en un testamento depende de la validez del testamento mismo". En estos artículos no sólo se insiste en la constitución extraregistral, sino que revelan un pensamiento contrario al valor constitutivo de la inscripción, ya que se aclara que la validez de la hipoteca testamentaria depende exclusivamente de la validez del testamento y no del asiento registral. Pero no deja lugar a duda el artículo 1.876: "La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el Registro público, y solamente desde su inscripción surten efectos contra tercero."

LA HIPOTECA EN EL PROYECTO DE LEY DE 11 DE FEBRERO DE 1858 Y EN SUS DISCUSIONES PARLAMENTARIAS

En el preámbulo de este proyecto de Ley se puede apreciar que aunque había un pensamiento claro respecto al valor de la inscripción, sin embargo, se expresaba confusamente. En el párrafo que vamos a transcribir, en su primera parte parece tener una intención constitutiva, que la desvanece el segundo párrafo, que da a entender un valor confirmatorio. Dice así: "Es necesario que la Ley declare de un modo absoluto y terminante que no se tendrá por constituido, modificado ni extinguido ningún derecho real sobre cosa inmueble sino mediante su inscripción en el Registro público y desde la fecha de ella. Sólo así los actos y contratos que modifican el estado civil de la propiedad podrán obligar justamente al que no ha intervenido en ellos."

En otro párrafo de dicho preámbulo obsérvese igual contradicción entre pensamiento y escrito, pues empieza diciendo que la finalidad de los registros es la de "dar carácter y fuerza de reales a los derechos adquiridos sobre la propiedad inmueble", e inmediatamente la aclara diciendo que es la "de consignar de un modo público, solemne el estado civil de ésta" (17).

(17) Apéndice 2.º al núm. 20 del *Diario de Sesiones*.

La Comisión del Congreso, en su dictamen, daba por sentado el nacimiento extraregistral de los derechos reales. Para esta Comisión la función registral era "hacer completamente público el estado civil de la propiedad, obligando a inscribir en los Registros los derechos de cualquiera especie que afecten a los bienes inmuebles" (18).

Durante las discusiones parlamentarias el problema lo centró Permanyer en los siguientes términos: "Una cosa es decir que la hipoteca se constituye por la simple convicción, pero que su eficacia y acción depende de la condición del registro, y otra cosa es decir que no se constituye ni llega a existir la hipoteca sino mediante la inscripción." Tan ilustrado catedrático optaba por el valor constitutivo, porque creía que de lo contrario "las hipotecas podrían producir efectos desde tiempo muy anterior a su registro; y—decía—nos hallaríamos con una gran porción de los inconvenientes que deseamos estirpar por medio de la reforma que se discute". Pero esta apreciación no era exacta dentro de la tesis de Cárdenas, según la qué los efectos se producirían desde la fecha de la inscripción. Y prosperó el criterio de Cárdenas, tan iluminosamente expresado con las siguientes palabras: "entre el sistema que declara que no debe haber absolutamente ni hipoteca ni contrato, ni para los interesados ni para tercero, sino desde el momento de la inscripción, y el sistema que establece que hay, no solamente contrato desde la inscripción, sino desde la fecha en que él se celebra, existe un término medio, que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento que firmaron la escritura".

Y bajo la antorcha gloriosa de esta concepción jurídica fué desenvelto el actual sistema hipotecario español.

LA LEY HIPOTECARIA DE 1861.—HIPOTECA UNILATERAL.—LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA.—EL ARTÍCULO 126.—LAS HIPOTECAS LEGALES

Para esta Ley la hipoteca es un derecho real de garantía sobre inmuebles (arts. 105 y 106); puede ser voluntaria y legal, y se entienden por voluntarias "las convenidas entre partes o impuestas por im-

(18) Apéndice 2.º al núm. 23 del Diario de Sesiones de 18-II-858.

posición del dueño de los bienes sobre que se constituyen" (art. 138). Pero tales hipotecas no producen efectos respecto a tercero si no constan en Escritura pública y se inscriben en el Registro de la Propiedad (artículo 146).

Según esta doctrina legal, la hipoteca nace extrarregistralmente, pero sin efectos *erga omnes* hasta el momento de la inscripción.

A parte de las novedades relativas a la publicidad y especialidad y a concentrar la hipoteca en los bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos impuestos, una de las más salientes es la relativa a la constitución unilateral de la hipoteca.

Hipoteca unilateral.—Pero la Ley, después de haber sentado el precepto no lo aclara, ni tampoco el Reglamento subsiguiente aportó luces. Había que interpretar que esa constitución unilateral lo mismo había de referirse a actos *mortis causa* que a actos *inter vivos*.

La unilateral por testamento ya fué conocida en el Derecho romano y recogida en los proyectos de Código civil de 1836 y 1851. Pero de la unilateral por actos *inter vivos* no se tiene precedentes, ni en el Derecho romano ni en el histórico patrio. Lo único que sabemos de ella es que los Registradores que actuaron en los primeros años de vigencia de la Ley se negaron a admitir tales hipotecas en tanto no fueran aceptadas. Después, el Reglamento del 69 aclaró la legalidad de tales hipotecas, aunque referido para las fianzas a favor de la Hacienda, por lo que los Registradores siguieron oponiéndose a la admisión de hipotecas unilaterales *inter vivos* en provecho de particulares, criterio seguido hasta que la Dirección declaró la naturaleza real de tales hipotecas (19). Más que su verdadera naturaleza, para cuyo estudio no debe dejar de leerse el admirable trabajo de Chamorro Piñero, hemos querido hallar la justificación de su aparición legal, y con todos los temores vamos a exponer una idea peregrina y tal vez infantil (20).

Por la prenda el dueño *da* la cosa, no en propiedad, sino para seguridad, y el acreedor *toma* la prenda. La cosa preexiste al contrato real que, como contrato, queda reducido al recíproco consentimiento y a entregar y recibir. Las Partidas contienen una fraseología unipersonal cuando a la prenda se refiere: "Peños *toman* los omes"; "los

(19) La Resolución de la Dirección de 25 de junio de 1877 hizo depender la constitución de hipoteca del consentimiento del dueño.

(20) Santiago Chamorro Piñero, «El Derecho Real de Hipoteca y su constitución por acto unilateral», *R. G. de L. y J.*, 1943, enero y febrero.

peños principalmente son *dados*". Para hipotecar las casas y las heredades bastaba la entrega al acreedor de la escritura de compra o donación. Para la constitución de la hipoteca se exigía que el consentimiento del dueño constase en el documento privado escrito de "su mano misma". La terminología doctrinal de prenda tomada y prenda puesta responde al carácter real del contrato. La hipoteca no es más que una evolución progresiva de la prenda. Si la hipoteca es una derivación de la prenda, ¿por qué no buscar en su constitución los mismos momentos de la prenda? En ésta preexiste la cosa, y el dueño, con la aceptación del acreedor, se limita a entregarla. En la hipoteca, su preexistencia será también necesaria para que el dueño de la cosa pueda ofrecerla como garantía. La única diferencia entre aquélla y ésta radica en la tradición. Ya se ha visto que tanto, según el momento de aparición romana, en la época del pretor Servio, como según la historia legislativa, la hipoteca carece de tradición. Esa preexistencia, a nuestro entender, se obtiene por el acto o negocio de disposición unilateral del dueño que crea o constituye un gravamen sobre su cosa. En las hipotecas nacidas del contrato, la preexistencia o constitución unilateral y el concierto de voluntades son simultáneas; la parte contractual propiamente dicha, no afecta a la constitución de la hipoteca, sino a la titularidad del Derecho real, que en el mismo momento acaba de imponer sobre su cosa el dueño deudor. En el Derecho real hay un elemento interno, inmediato y de poder económico, y otro externo, de persecución y exclusión de la cosa *erga omnes*. Aparecida la Ley Hipotecaria bajo el lema de que hipoteca no inscrita no perjudica a tercero, los momentos de la hipoteca para su efectividad *erga omnes* son: 1.º, constitución de la hipoteca (unilateral o en contrato); 2.º, aceptación de la hipoteca por el beneficiario, y 3.º, inscripción. El orden de estos dos momentos últimos cabe alterarlos en los casos de hipoteca unilateral.

Con la admisión de esta modalidad unilateral por la primitiva Ley Hipotecaria, lejos de quedar amilanada la constitución extrarregional quedó, por el contrario, vigorizada, y la inscripción tuvo un valor robustecedor siempre y solamente constitutivo respecto a tercero.

La cancelación de hipoteca.—"Establece el art. 156 que la hipoteca subsistirá en cuanto a tercero mientras no se cancele la inscripción" (21).

(21) Este artículo ha sido suprimido en 1946.

Este artículo puede ser interpretado en el sentido de que aun extinguida la hipoteca para las partes, seguirá subsistiendo en cuanto a tercero, hasta el momento de su cancelación registral, o en el sentido de que la pertenencia del Derecho real, interin el asiento esté vigente, equivale a proclamar el valor constitutivo de la inscripción. Pero aun en este supuesto podría afirmarse que la hipoteca sigue subsistiendo para las partes?

La jurisprudencia tiene establecido que la cancelación de hipoteca es acto de enajenación. Aplicada la doctrina a la cancelación de hipotecas del *filius familia*, podrá obtenerse el verdadero valor de la inscripción de hipoteca. Si la autorización judicial que necesitan los padres ha de preceder forzosamente al otorgamiento de escritura, en ésta radicará el nacimiento del Derecho real; si, por el contrario, no hace falta para este momento, pero sí ha de ser previa a la cancelación registral, entonces el Derecho real habrá que situarlo en la inscripción. La jurisprudencia constante exigió la autorización judicial previamente al otorgamiento de escritura; pero actualmente ha evolucionado la doctrina en el sentido de que la prioridad ha de ser respecto del Registro (22).

El artículo 126.—Decía así: “La hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla; según el Registro, no convalecerá, aunque el constituyente adquiera después dicho derecho.”

Parece que lo que se quería decir es que quien no fuera titular de una finca, según el Registro, no podía constituir hipoteca sobre la misma. Pero este valor constitutivo era aparente, pues, según los comentaristas y la Dirección de los Registros, tal artículo se refería a que no podían hipotecar quienes no fuesen dueños civiles de la finca.

Las hipotecas legales.—Con esta Ley varió el concepto tradicional de las hipotecas legales, y quedó establecido en el artículo 159 que “para que las hipotecas legales se entiendan constituidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan”.

Por su redacción recuerda el marañoso 1.875 del Código civil, pero teniendo en el presente caso una elocuente justificación.

En el *laberintus creditorum* histórico existía el *pignus quod tacite* o *pignus legale*, que fué abolido por el nuevo sistema en su forma de nacimiento; salvo para el Estado, Provincias, Municipios y asegurados.

res. Y si antes los intereses del *filius familia*—del menor, del incapaz, de la mujer casada—, estaban protegidos con las acciones y excepciones provenientes de aquellas hipotecas tácitas, después del 61, y a virtud de la Reforma, sólo tenían derecho a reclamar la constitución de una hipoteca expresa y especial, la cual, según el sistema, no podía producir efectos *erga omnes* sin la inscripción.

Se estableció también, como principio del sistema, la voluntariedad de la inscripción, y si ésta era lógica para los capaces de regirse por sí mismo, en cambio era un peligro para quien necesitaba de la tutela ajena; de aquí que si a la función tutelar del Estado incumbía la defensa de aquellos menores e incapaces, resultó lógica también que respecto de ellos viniese el Estado a hacer obligatoria la inscripción para que los intereses de todos ellos quedasen protegidos. Esta fué la razón de la redundancia gramatical y del *valor constitutivo* del artículo 159.

Respecto de este artículo, los comentaristas Galindo y Escosura se expresaron del siguiente modo: "Consecuencia del cambio que han sufrido las hipotecas legales, sustituyendo las especiales y expresas a las generales y tácitas, es que lo mismo que las demás hipotecas, han de inscribirse, pues si bien el artículo 159 y la sentencia de 11 de febrero de 1874, copiando el artículo, dicen: que para entenderse constituidas las hipotecas legales se necesita la inscripción del título, es una manera impropia de hablar: la hipoteca legal queda constituida desde que se otorga: lo que hay es que no perjudica a tercero mientras no se inscriba; pero aun no inscrita, producirá todos sus efectos entre los contrayentes" (23).

LA HIPOTECA EN LA LEY DE 1869

Sustancialmente, la Ley del 69 no varió la doctrina de la hipoteca de la Ley anterior. La mayoría de sus artículos conservó la misma redacción, salvo las palabras relativas a los nombres de los funcionarios de época; fué suprimido el número 10 del artículo 108 y el contenido del artículo 129 de la primitiva Ley; agregó nuevos conceptos, como el de hipoteca de títulos transmisibles; convierte en hipotecables los bienes vendidos a retro y los litigiosos y los afectos a condiciones resolutorias.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS,
Registrador de la Propiedad.

(23) *Comentarios*, t. III, 1891, pág. 396.