

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Junio 1948

Núm. 241

Materiales para el análisis crítico del
valor de la inscripción en la vida de los
Derechos reales

UNA TESIS, UN LEMA Y VARIOS ARGUMENTOS

En uno de mis trabajos publicado por la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en el núm. 226, apuntaba la idea del carácter nacional de nuestro Derecho registral inmobiliario; mantenía que los hipotecaristas españoles del 61 no copiaron las leyes germánicas, sino que, inspirados en ellas, hicieron una labor de compaginación entre nuestro Derecho histórico civil e hipotecario y las corrientes progresivas de los sistemas registrales publicitarios, de los cuales ostentaba la vanguardia el Derecho germánico.

Este criterio lo habíamos ido formando con la lectura de acontecimientos de época, y especialmente con el parangón entre las diferentes leyes hipotecarias de los países germánicos y las disposiciones de la Ley española de 8 de febrero de 1861. En aquellas figuran como notas características más o menos acusadas o absolutas las del valor constitutivo de la inscripción registral y la eficacia real e inmediata de la hipoteca sobre la finca gravada sin miramientos al actual poseedor, características que no figuran en nuestra primitiva Ley Hipotecaria. En cambio, lo que sí se desprende de los precedentes históricos que conocemos, es que los hipotecaristas españoles de aquella época estaban sugestionados por la perfecta técnica registral inmobiliaria alemana, especialmente aquel acabamiento respecto de la espe-

cialidad y determinación de las cosas y derechos, y el verdadero adelanto jurídico de la publicidad con sus insinuaciones legítimadoras y la fuerza de la fe pública; y que bajo tal sugerión quisieron que aquella técnica fuera desenvuelta en las leyes españolas como una continuidad de la registración que recogían las Contadurías de nuestro Derecho histórico. Pero el Derecho germánico hacía depender el nacimiento de los derechos reales de la inscripción registral, y en el Derecho español nacían tales derechos civil o extraregistralmente; por ello, si en el Derecho extranjero la efectividad real del Derecho se obtenía tanto para las partes como para todos por la inscripción, tal teoría no era admisible en España mientras subsistiera su Derecho civil. Pero el poder sugestivo de aquella técnica, tan fuertemente se había ahincado en nuestros jurisconsultos, que al fin la injertaron en nuestro Derecho con la creación del tercero hipotecario. El derecho real seguía naciendo civilmente, pero su efectividad *erga omnes* quedaba condicionada respecto de terceros. Con esto, realmente se hacia una renovación del llamado Derecho hipotecario sobre la base de unos nuevos valores de técnica registral, que nos hizo recordar las teorías de la Biología del Derecho y de la Filosofía de los Valores, que juntamente con la aparición de algunas hipérboles antirregistrales dieron ocasión a otro de mis trabajos, que con el título de "Pequeñas filosofías" apareció en el número 237 de igual revista.

Pero la Historia de nuestra primitiva Ley Hipotecaria nos enseña más todavía. Y ello es que después de haber sido elaborado nuestro actual sistema hipotecario o registral, y haber alcanzado la aprobación legislativa y la sanción real, la reforma hipotecaria fué mal recibida por un gran sector social y contó con la enemiga fuerte de un gran contorno territorial, oposiciones ambas que poco a poco han ido cediendo ante las virtudes jurídicas y prácticas a la vez del nuevo sistema. Este hecho histórico responde a otra teoría filosófica que podríamos llamar de aclimatación de los nuevos valores a las costumbres, ideas, religión, formas de gobierno, etc., del pueblo para que se dan las leyes. Esta fué la sabia filosofía de la escuela histórica del Derecho frente al racionalismo puro, y una confirmación de la biología o continuidad del Derecho. Los nuevos valores para la transformación del Derecho deben ser una continuidad histórica.

Tourtoulon, combatiendo el racionalismo, nos dice que "quienes de primera intención y sin estudio especial quisieran borrar de las le-

yes lo que consideran inútil, cometieran en nombre de la razón las mayores locuras, las más grandes crueidades en nombre de la humanidad y llegarían, de mutilación en mutilación, a desaparecer ellos mismos" (1).

La Historia corrobora la tesis de Tourtoulon. Los revolucionarios franceses de 1789, que, entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre proclamaron el de la propiedad, desdeñaron con arrogancia los precedentes históricolegales por considerarlos nocivos a las nuevas ideas y crearon un nuevo Derecho sin enlace ni tránsito con la cultura anterior. Napoleón I creyó que se bastaba él solo con las ideas nacidas de la revolución para dar un nuevo ordenamiento civil; creyó que el pasado había muerto para los franceses. Mas las nuevas doctrinas francesas tuvieron que frenar su impulso nacionalista, y los legisladores se vieron obligados a consultar y estudiar las leyes y costumbres históricas.

En el primer discurso del proyecto de Código civil presentado, "Le premier Pluviose", año IX, por la Comisión del Gobierno consular, se dijo "que es útil conservar todo lo que no es necesario destruir". "Se razona de ordinario como si el género humano concluyese y comenzase a cada instante, sin que haya comunicación alguna entre las generaciones. Estas se suceden, se mezclan, se entrelazan y se confunden. El legislador aislaría sus instituciones de todo lo que pueda naturalizarlas sobre la tierra, si no observase con cuidado las relaciones naturales que ligan siempre más o menos lo presente a lo pasado y lo porvenir a lo presente, y que contribuyen a que un pueblo, a menos que desaparezca o caiga en una degradación peor que su exterminio, no cese hasta cierto punto de parecerse a sí mismo" (2).

Blas Pascal, el matemático y filósofo francés, ya había dicho en uno de sus geniales pensamientos que "todas las generaciones de hombres que se han sucedido en el curso de tantos siglos deben ser considerados como un mismo hombre, que subsiste siempre y que aprende continuamente" (3). Pero quien mejor apunta esa idea de continuidad y de aclimatación de valores es Carlos de Sondat, que inmortalizó su título nobiliario de barón de Montesquieu con su obra "El

(1) *Los principios filosóficos de la Historia del Derecho*, 1909, pág. 39

(2) Todas estas citas fueron tomadas de los *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, de José Hernández de Ariza, tomo I, 1861, pág. 74.

(3) *Pensamientos*, primera parte.

espíritu de las leyes", a cuyo frente puso el atrevido epígrafe de "Prolem sine matre creatam", como queriendo expresar, según el parecer de Labulaye, que era el fundador de una escuela. Refiriéndose a las leyes, dice así en su inmortal obra: "He examinado cuidadosamente los hombres y me he convencido que en la infinita diversidad de sus leyes y costumbres no pueden ser conducidos solamente por su albedrío". "De tal manera deben ser (las leyes) propias y conforme a las costumbres del pueblo para el que están hechas, que es una gran casualidad que las de una nación puedan convenir a otra" (1).

La repudiación parcial y local de que fué objeto la primitiva Ley Hipotecaria muestra, como la casi unánime aceptación doctrinal de que hoy goza, pudieran presentarse como el síntoma de lo exótico, que con el tiempo se aclimata; pero también responden al criterio de Emérico Amari, creador de la ciencia de la legislación, a la que puso por nombre Nomotesia (del griego *nomoi*, o ley humana), según el cual, a más del elemento permanente de toda ley que ha de responder al principio de lo justo y del Derecho, existe otro elemento variable, según las circunstancias de lugar y de tiempo, con la necesaria flexibilidad para la adaptación del Derecho al presente y al porvenir. Esta teoría quedó desenvuelta en la "Sciencia delle legislazione comparate", obra que se publicaba en el 1857, cuando tomaban estado legislativo los prodromos de nuestro actual sistema hipotecario.

Aplicando a los precedentes históricos de la ley del 61 las teorías de biología, continuidad, aclimatación, etc., bien puede llegarse a formar el concepto de que aunque los nuevos valores de la técnica registral inmobiliaria tuvieron su cuna en el país germánico, en cambio la obra de nuestros jurisconsultos, el Derecho por ellos creado, era la renovación del Derecho histórico español en materia de registración inmobiliaria, con características propias y notas distintivas de las demás legislaciones extranjeras, que dándole el sello nacional, tenía que ofrecerse a la posteridad, no como un Derecho de importación o como la adopción de un Derecho extranjero, sino como un sistema y un Derecho netamente español.

Sin embargo, de los estudios de D. Bienvenido Oliver, como luego de muchos de los de don Jerónimo, y en los de Roca Sastre, pa-

(1) Montesquieu: *Espíritu de las leyes*, traducción de Narciso Buenaventura, 1845, tomo I.

rece inferirse que lo recibido en España no fué la técnica registral, sino el mismo Derecho germánico. Modernamente, el profesor Pascual Marín Pérez, en su "Introducción al Derecho registral", aunque alude a la inspiración, dice que la primitiva ley supuso "una nueva recepción del Derecho germánico en España..." (1), y el muy docto D. José Castán Tobeñas, en el prólogo a la edición homenaje de las obras de don Jerónimo, ha escrito que, merced al llorado maestro, "la Ley Hipotecaria, que a pesar del deseo de sus autores de respetar lo histórico y lo tradicional, suponía, con ciertas concesiones a nuestras ideas jurídicas nacionales, la introducción o recepción muy impopular, de un Derecho extranjero, ha llegado a poder adaptarse poco a poco a la vida jurídica española".

Pero don José Castán hace también la semblanza jurídica de don Jerónimo, paragonándolo con el eximio civilista D. Felipe Clemente de Diego, y dice así: "La significación de D. Jerónimo González es, en cierto modo, coincidente y paralela con la de D. Felipe Clemente de Diego, aunque le separan de éste características científicas y rasgos temperamentales muy distintos. Ambos maestros, toman a su cargo la tarea de renovar ampliamente la ciencia de nuestro Derecho privado sobre la base de la adopción de la técnica jurídica de los pueblos modernos más cultos, y especialmente de Alemania". Y en el párrafo siguiente perfila la labor de don Felipe agregando que "supo captar y aclimatar a nuestro Derecho las más nuevas y finas concepciones de Gierke, Planiol, Ferrara y muchos otros ilustres civilistas de fuera".

Las palabras *captar*, *aclimatar*, *renovar* y *adoptar*, empleadas por el maestro de maestros juristas para la labor realizada por los llorados Clemente de Diego y Jerónimo González, parece que son también las más adecuadas para significar la labor de los primitivos hipotecaristas españoles.

Aunque no hace falta, tampoco estorba apuntar ahora algunas de las significaciones corrientes y clásicas de las palabras *renovar* y *adoptar*.

Así, *renovo*, de *re* y *novo*, igual a hacer de nuevo, tiene frente a su acepción más usual de trocar una cosa vieja, ya utilizada, por otra nueva, la significación clásica de continuidad y transformación. Lucrecio Caro, alabado por Cicerón y autor del poema *Rerum Natura*,

(1) Página 133.

da ese sentido al decir que "las lanas teñidas de púrpura no recobrarián su color primitivo aunque fueran lavadas con todas las aguas de Neptuno" (*Non si Neptuni flucto renovare operam des*); y ése es también el sentido del *renovare memorium* de Cicerón (refrescar la memoria), y del *renovare annus*, de Ovidio (rejuvenecer, remozar).

Adopción, que etimológicamente quiere decir deseo (de *ad* y *opto*), cuando ya es un hecho, más que las ideas de elección, asociación, apropiación, recepción, etc., da la idea de *injerto*, de aquello que se adhiere a otra cosa para formar con ella una nueva, pero continuadora a la vez de la matriz ó recipiendaria o adoptante. Plinio decía *adoptio ramorum* (injerto de la rama), así como el gaditano Columella, que como agrónomo se distinguió en la Roma del primer siglo de nuestra era, se valía de la frase *adoptare fruges* para dar a entender que se trataba de frutas injertadas.

También ha sido esta palabra empleada frecuentemente para la metáfora. Unas veces para *sequor*, o seguimiento, o adhesión a la doctrina de otro, de donde posiblemente se formó la voz secta; otras es el *adsciso* o *acciso*, que es la apropiación de lo ajeno, por lo que Plauto empleó *accipiter* para las aves de rapiña; otras, en fin, se ha escrito *transire in leges alienas* o *in legis alienas verti* para significar la adopción de leyes extranjeras, si bien parece que este último giro resulta más adecuado para los casos bélicos con vencedores y vencidos.

Pero ya sea recepción de un Derecho extranjero o la inspiración en un Derecho de tal naturaleza, o el acoplamiento de una técnica no nacional, o llámese como se quiera a la labor efectuada por los hipotecarios de aquella época, ya que el nombre no hace las cosas, lo que sí resulta evidente es que nuestro sistema hipotecario, implantado en el año 61, no dió a la acción hipotecaria la fuerza francamente real y en desconexión con la persona del deudor y sin miramientos al tercer poseedor, ni otorgó valor constitutivo a la inscripción de cualquier derecho real, del que no quedaba excluido el de la hipoteca, ni siquiera aun tratándose de la legal, a pesar de la cacofónica redacción de su artículo 159, y que como nota característica y propia tiene la figura del tercero hipotecario.

Pedro Cabello de la Sota, con ocasión del comento a la conferencia dada por Ginés Cánovas en el Colegio Notarial de Madrid sobre el abandono en la hipoteca, pone de relieve la falta de fuerza inmediatamente real en la acción del artículo 126 de la Ley Hipotecaria.

único regulado en la primitiva ley Al hacer la discriminación de abandono y desamparo, para situar éste sólo en el procedimiento ejecutivo ordinario, hace notar la diferencia entre tal procedimiento y el judicial sumario que implantara la ley del 909, asignando a este último la característica de auténtica persecución de la finca y diciendo de aquél que los rodeos representativos que establece no pueden "obedecer más que a la incomprendión de que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, prescindiendo de quien es su titular, y a la máxima del Derecho histórico de que nadie puede ser vencido en juicio sin ser oido" (1).

Pero la nota esencialmente distintiva entre los sistemas registrales germánico y español está en el valor constitutivo de la inscripción.

Y al llegar a este punto, y a pesar del artículo 1.875 del Código civil; a pesar del 145 de la vigente Ley Hipotecaria; a pesar de las jurisprudencias del Tribunal Supremo y de la Dirección de los Registros, y a pesar de la doctrina, que todos de consuno han proclamado, del valor constitutivo de la inscripción de hipoteca, yo, con más ahínco y fervor, entronizo en mis convicciones jurídicas la idea de que la inscripción registral en España no tenía necesidad de tal declaración constitutiva, por la alta función que desempeña en la efectividad *erga omnes* de los derechos reales y por la augusta grandeza con que regenta su función. Y al hacer esta confesión íntima, obsérvese que está lejos de ser irreverencia respecto a la categoría y prestigio del sistema hipotecario español, o un regateo a lo que el Derecho positivo ha declarado, sino que es una exaltación de su superioridad, porque la inscripción registral, tal como fué concebida por el legislador español de 1861, ni fué constitutiva ni tampoco simplemente declarativa, sino que advino al mundo del Derecho con propia personalidad, con sustantividad propia, como un *finis coronat opus* o auténtica apoteosis de los derechos reales.

Paradójicamente coincido en este aspecto con quienes no se avienen a conceder a la inscripción de hipoteca el valor natio de tal derecho real, pero me separa a la vez de todos ellos un profundo abismo: Porque mi posición no tiene más fin que significar que quien está plenórico de méritos y de virtudes y tiene una fuerte personalidad, caracterizada principalmente en sus fines, no necesita de ropajes ni enco-

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 238, pág. 164.

mios ajenos. La belleza de la pintura, de la escultura, de la literatura, si efectivamente es belleza, y ése es su fin, por sí sola se hace reina y señora de quien tiene la dicha de admirarla y comprenderla.

Ramón de la Rica y Arenal, en la *Introducción* de sus "Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario", recoge el movimiento estudiioso de nuestro Derecho, y hace observar la existencia de una literatura peyorativa de la institución registral frente a otra encomiástica. Conciliador, nos dice así:

"Ni nuestro actual sistema de Registro está fracasado, ni constituye tampoco una meta irrebasable, definitiva. No defiendo las abstracciones, que, eliminando la buena fe y cualquiera motivación humana, pretenden dotar a los pronunciamientos del Registro de un irrebatible valor sustantivo, de una efectividad tajante y a ultranza; pero también estoy muy lejos de creer que la inscripción se reduzca a una mera formalidad que carezca en todo caso de eficacia constitutiva del derecho real, o que única y exclusivamente los terceros pueden saborear sus provechosos frutos. Procurando situarme en el fiel de la balanza, interpreto los textos positivos en el sentido de su eficacia, y para lograr esta eficacia concibo el Registro como un instrumento jurídico útil, ya que, hoy por hoy, se nos ofrece como insustituible para la seguridad y firmeza, estabilidad y tráfico—estática y dinámica—de la propiedad inmueble y derechos reales sobre la misma."

Si yo fuera poeta, diría que en el párrafo transcritio no sólo está el alma de La Rica, sino el alma de nuestro Derecho registral y de nuestro sistema hipotecario.

El prestigioso publicista D. Ángel Sanz Fernández, cuyas recientes obras tienen la poderosa virtud de excitar el cerebro y estimular la pluma, ha escrito en ellas su criterio sobre el valor de la inscripción de la hipoteca en nuestro Derecho y ha explanado la trilogía valorativa de la inscripción registral con la aportación del valor convalidante, en tales términos que, si no el precursor, al menos le cabe el mérito de dar impulso a su corriente doctrinal. A la inscripción de hipoteca, como al valor de la inscripción en general, que son los puntos afines a la tesis de estos trabajos, les dedico cuartillas aparte precisamente por no compartir la teoría del Sr. Sanz respecto a la inscripción de hipotecas y porque, aun reconociendo la verdadera valía de su triduo valorativo, tal vez por una exagerada influencia de su formación civilista

no llega, a mi modo de entender, a recabar para la inscripción española la cualidad de convalidante con el carácter de tipicidad.

Y vamos a concretar ahora cuál es la tesis de los materiales para el análisis crítico del valor de la inscripción en la vida de los derechos reales, cómo pudiera enunciarse el lema y algunos de los argumentos de su explicación.

Dentro de nuestro Derecho histórico existe un grupo de leyes o cuerpos legales a los que se les llama Derecho indígena español, no obstante hallarse inspirados en el germánico, y otro grupo que más parece copia que inspiración del Derecho romano. Lo cierto es que cuando en ellos mismos no se halla la adecuada interpretación, se acude al Derecho inspirador y a sus fuentes. Principalmente acontece esto con nuestro Derecho civil, para el que, sin regateos por parte de nadie, se admite su interpretación por el Derecho romano. De aquí que, como tesis de este y los sucesivos trabajos relativos a los materiales para el estudio del valor de la inscripción en la vida de los derechos reales, acepte la de los hipotecaristas del 61, según la que el Derecho civil español no sufre modificación alguna con el sistema hipotecario, salvo en las consecuencias reales frente a los terceros hipotecarios; que los derechos reales nacen extraregistralmente, pero que respecto de la propiedad inscrita no pueden desplegar su efectividad real más que por la inscripción registral previa más que por la inscripción registral, previa la constitución legal del Derecho, y con la única excepción de los casos de aparición del tercero hipotecario.

Así como de D. José Castán he subrayado determinadas palabras como expresivas de una idea y conceptos de Ramón de la Rica, subrayo también las por él empleadas de *seguridad* y *firmeza* para la función de la inscripción, porque precisamente ambas responden al concepto clásico de *confirmación* que, a mi juicio, constituye el exacto valor de la inscripción de nuestros Registros, pues, como en los argumentos oportunos diré, del mismo modo que los Registros no crean la materialidad de la cosa sobre que el derecho recae, tampoco crean el derecho, sino que recogiendo lo creado, jurídicamente lo protegen, dándole seguridad para los interesados y firmeza contra todos.

De aquí que mi tesis pueda ser enunciada en el siguiente lema: la inscripción española no crea, sino que protege jurídicamente lo creado, porque ella es la auténtica apoteosis del derecho real.

La demostración requiere varios argumentos.

Uno de ellos es el relativo a determinar si el valor constitutivo de la inscripción de hipoteca es un dogma hipotecario y la impugnación del mismo un cisma; si tanto el artículo 1.875 del Código civil como la subsiguiente doctrina se han producido dogmáticamente o en méritos del criticismo, o si, por los precedentes conocidos, en vez de dogma existe dogmática sujeta a controversia y discusión, y en vez de cisma, teorías más o menos fundamentadas y aceptables.

El problema, a su vez, requiere la solución de otros, como el del encuadramiento de la inscripción española dentro de la actual trilogía valorativa de la doctrina: Pero el caballo de batalla será la historia de la hipoteca, con la excursión arqueológica por los campos viejos de la juridicidad, removiendo los escombros hipotecarios de las postrimerías de la República romana y los del Imperio, haciendo la exégesis de un pensamiento de época que irá desde los tiempos de la codificación, pasando por los períodos legislativos de 1857 y siguientes, hasta llegar a la publicación de la primitiva Ley Hipotecaria y su reforma de 1869; analizando la crítica que con la aparición de nuestro Código civil hicieron de la hipoteca civilistas de tan acriollada solera jurídica, como Augusto Comas, Sánchez Román y Manresa.

Completarán esta labor otros trabajos hechos torturando el pensamiento en la imposible labor de armonizar los pocos artículos que el Código civil dedica a la hipoteca, meditando sobre la inscripción y la tradición o sobre el verdadero motivo de la división de las hipotecas en legales y voluntarias, o sobre la diferente apreciación de la hipoteca en el Código civil y en el Código penal; discurriendo sobre la hipoteca contrato, hipoteca derecho real y promesa de hipoteca; aportando las máximas jurídicas pertinentes y reproduciendo los párrafos más sobresalientes de algunas de las sentencias del Tribunal Supremo como colaboradores en la exégesis del concepto de la hipoteca; efectos del concepto de la hipoteca respecto de la propiedad no inscrita; el estado de todas estas cuestiones en la vigente Ley Hipotecaria, sin omitir sus frecuentes *lapsus calamis* o más bien revelaciones de un subconsciente legislativo. Y, en fin, el estudio comprenderá también una síntesis analítica del concepto de la inscripción según los autores del siglo pasado y del que estamos viviendo.

Todo esto ya está escrito en varios capítulos bajo los siguientes epígrafes:

¿Existe un dogma hipotecario y un cisma?

Trilogía valorativa de la inscripción.

Exégesis de un pensamiento de época.

La codificación civil, legislaturas hipotecarias y leyes del 61 y del 69.

La hipoteca en el Código civil.

El valor constitutivo de la hipoteca en la nueva Ley Hipotecaria, y

El valor de la inscripción registral en el sistema español.

Sin escribir, y más en la legislación que en notas y acotaciones, si bien algunas de éstas son el lánguido recuerdo o testigo imprudente de una conferencia abortada, quedan otros capítulos de los materiales que versarán sobre: la doble venta, adquisiciones *a non domino*, la opción y el arrendamiento, el objeto de la inscripción o el derecho real, y la función registral o magistratura hipotecaria.

El haber hecho esta enunciación de capítulos o materias no tiene sólo la finalidad de dar a conocer los futuros trabajos, sino dar la explicación de una conducta, pues el entrañable Pedro Cabello de la Sota me ha apremiado a entregarle de una vez todas las cuartillas de los materiales bajo la pena de no comenzar la publicación. Y esto no lo puedo hacer, no sólo porque muchas cuartillas están en blanco, como dicho queda, sino también porque alguno de los capítulos escritos, como es el de "La hipoteca en el Código civil", quedó ofrecido al dilecto amigo y compañero cubano el Dr. Mario Nin Abarca, que, aparte sus méritos juristas, tiene el de haber iniciado las fraternas relaciones entre Registradores cubanos y españoles. Y yo ni puedo ni debo hacer más, porque el *Deus ex machina*, que Eurípides inventó para satisfacer a todos los personajes de sus tragedias, no ha trascendido más allá de aquellas obras.

¿EXISTE UN DOGMA HIPOTECARIO CON SU CORRESPONDIENTE CISMA?

En España se aprecia un *noli me tangere* con caracteres de dogma o de artículo de fe. Consiste en la aseveración de que el derecho real de hipoteca nace por la inscripción registral. Lo ha formulado técnicamente la doctrina diciendo que la inscripción registral respecto de la hipoteca tiene valor constitutivo. Antes lo había proclamado el Código civil, después las leyes hipotecarias de 1909 y 1946, y lo ha consagrado la jurisprudencia del Supremo (1).

(1) Entre otras recientes, figura la Sentencia de 21 de febrero de 1947.

Actualmente, salvo raras excepciones, todos los tratadistas confieren el valor constitutivo a la inscripción de hipoteca, con lo que parece haberse desterrado de nuestro Derecho la generalidad con que se estableció la clásica distinción de partes y de terceros. Para unos y para otros, la hipoteca como derecho real sólo nace y existe por la inscripción registral (1).

Cuando por primera vez leímos en los "Comentarios" del culto Notario de Madrid D. Angel Sanz que la hipoteca se constituye y nace por el contrato, y que respecto de ella la inscripción registral tiene un valor declarativo, aunque necesario, dicha lectura nos produjo la amarga impresión de hallarnos frente a una herejía hipotecaria. Más tarde, en sus "Instituciones", pág. 242, reproduce la idea diciéndonos: "Para el derecho real de hipoteca no existe tradición, pues la posesión es totalmente ajena a él. Por ello, nuestro Código civil, con fines de publicidad, la sustituye por la inscripción en el Registro de la Propiedad, y dando a ésta el máximo valor posible en nuestro sistema, la hace necesaria para que el derecho real desenvuelva su eficacia. Mas, según se verá en el momento oportuno, esto no quiere decir que se desplace a la inscripción la fuerza constitutiva del derecho, como se afirma casi sin excepción por la doctrina española. La inscripción en este caso es declarativa y tiene simplemente el carácter de una forma de publicidad necesaria e indispensable para el ejercicio y efectividad del derecho."

Tan reiterada opinión despertó y avivó en nuestro ánimo el deseo de investigar si esa escisión del Sr. Sanz respecto de aquella corriente que por su axiomatismo hipotecario se presenta como dogma constituye o no un sacrilegio hipotecario con fuerza bastante para producir un cisma.

La cuestión, así planteada, bien pudiera tildarse de cuestión bizantina, como también todas las argumentaciones que se aporten cabría calificarlas de "verdaderas retóricas", ya que, en fin de cuentas, el aspecto positivo y práctico de la inscripción está, no en que se diga que de ella nace el derecho real de hipoteca, sino en que se diga que

(1) Alfonso de Cossío y Corral (*Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, página 85), refiriéndose a los efectos de la inscripción, dice que «no faltan casos en que sus efectos son propiamente constitutivos, no sólo frente a terceros, sino incluso interpartes; así en el caso de la hipoteca, que nace sólo como derecho real una vez que ha sido inscrita en el Registro».

por ella se producen los efectos *erga omnes*; pero es que, a más de la dialéctica, esa averiguación, o, tal vez con más propiedad, esa constatación del dogma, y en su caso el cisma, se ha de convertir en uno de los máspreciados materiales para el estudio del valor de la inscripción en la vida de los derechos reales.

Anticipadamente vamos a confesar que después de haber hecho una minuciosa investigación sobre el nacimiento y vida de la hipoteca en el Derecho romano y en el histórico patrio, como después de haber releído las teorías de los primeros hipotecaristas españoles, y los intentos legislativos de diversas épocas, y varios comentarios a la Ley Hipotecaria del 61, y los que de los artículos dedicados a la hipoteca por el Código civil hizo D. Augusto Comas, y, en fin, después de haber hecho despacioamente infinitas dicotomías sobre el dogma y sobre el cisma, hemos de confesar, repetimos, que aun no compartiendo los argumentos con que el Sr. Sanz patrocina y defiende su tesis, sí sentimos, en cambio, que en nosotros enflaquece aquella arrogancia y firmeza con que siempre mantuvimos la necesidad de conferir a la inscripción de hipoteca el poder natio de tal derecho real.

Pero hay una diferencia grande entre lo que se es y lo que se debe ser. La inscripción de hipoteca en nuestro Derecho vigente es constitutiva, y desde el punto de vista del Derecho positivo esto no es cuestionable, y ni siquiera cabe darle interpretaciones subjetivas o arbitrarias. Cosa muy distinta es si ese valor constitutivo debió dársele o no; si lo requerían o no los fines de la institución registral o las necesidades del mismo Derecho civil. Esto sí admite controversia, argumentaciones, y, naturalmente, pareceres diversos. Nuestro ánimo se inclina a creer que la inscripción no ha menester de una valoración constitutiva, porque todo derecho real, con tradición o sin ella, nace extraregistralmente, si bien su naturaleza real sólo está en potencia, al menos para la propiedad inscrita, en tanto se efectúe la inscripción en el Registro.

El actual artículo 313 de la Ley Hipotecaria, que reconoce el nacimiento extraregistral de los derechos reales, incluso—a nuestro juicio—el de la hipoteca, sin necesidad de valérnos para ello del *lapsus calami* de su primer párrafo, como expondremos en el capítulo consagrado a la vigente ley, a este artículo, que por algunos autores se le señala como determinante de la llamada inscripción obligatoria, no cabe, en puridad jurídica, considerarle contradictorio del principio de

voluntariedad registral, porque su misión no es más que una: advertir a los Tribunales y oficinas del Estado, Provincia y Municipio, que los derechos reales—que ya lo son, porque de lo contrario no se les llamaría así—no tienen su verdadera expansión *erga omnes* en tanto no estén registrados, y que, por tanto, los documentos en que se constituyeron o reconocieron no pueden ser admitidos, ni mucho menos resolver conforme a ellos las cuestiones del derecho real, hasta para las mismas partes interesadas en determinados casos, si no consta que han sido registrados.

Pero de todos modos, al reconocer que si bien, conforme al Derecho positivo, la inscripción de hipoteca es constitutiva de este derecho real y que en cambio, para nosotros, no había necesidad de conferirle tal valoración, nos preguntamos: ¿seremos nosotros los que, víctimas de una ofuscada especulación, hayamos venido a dar en la herejía? Nuestra postura, ¿implicará una inquietud espiritual de rebeldía respecto del Código civil, Ley Hipotecaria, doctrina y jurisprudencia? (1).

Viene a tranquilizarnos el recuerdo de las razones con que Kant combatía el dogmatismo cartesiano, porque ni en nuestro ánimo ni en nuestros propósitos entra ni existe la irrespetuosidad para el Derecho vigente español, sino únicamente el intento de averiguar si el enteversado artículo 1.875 del Código civil tuvo precedentes y motivos para dar a la inscripción la categoría constitutiva del derecho real de hipoteca, y si la doctrina y jurisprudencia de dicho artículo, como la de sus correlativos en las subsiguientes leyes hipotecarias, se ha producido dogmáticamente o en méritos del criticismo. Porque si ese valor constitutivo tiene como única fuente el dicho artículo del Código civil; si tal artículo, por su redacción o por sus precedentes, no fué la cristalización ponderada y reflexiva de un pensamiento legislativo, y si la doctrina y jurisprudencia que mantienen la inscripción española de la hipoteca en la categoría de constitutiva se apoyan sólo en el repetido artículo del Código civil, entonces lo probable es que no haya tal dogma sino dogmática, sujeta a toda clase de controversia y discusión y al sometimiento de una verdad en contrario, y en lógica consecuencia tampoco podrá hablarse de cisma, sino de teorías más o menos fundamentales y aceptables. Cuáles han sido los precedentes legales de la

(1) Alfredo Reza, en el número 235 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, reconoce, justamente, que donde hay inquietud espiritual no existe derrotismo.

constitución de hipoteca en Roma y en nuestro Derecho histórico; cuál el concepto o valor que los primeros hipotecaristas dieron a la inscripción de hipoteca, como también si lo que dice el artículo 1.875 del Código civil es lo que el legislador quiso que dijera, lo estudiaremos más adelante. Ahora volvamos a las palabras transcritas del señor Sanz.

Para este autor, la inscripción en nuestro Derecho, ni excluye ni suple a la tradición; y no sólo reconoce acertadamente que nuestras leyes jamás atribuyeron a la inscripción el valor de una tradición ficticia, sino que rechaza la insinuación de don Carlos López de Haro de que la tradición de la inscripción pueda inferirse de la presunción del artículo 41 de la Ley; y además, también con acierto, nos hace ver que la tradición presunta sólo "equivale a una presunción de haberse efectuado la tradición en alguna de sus formas, ya sea real, ya sea ficticia" (1).

Sin embargo, en el párrafo transscrito al principio, y aunque reduciéndolo a fines publicitarios solamente, nos dice que como la hipoteca carece de tradición, el Código civil, con fines de publicidad, la sustituye por la inscripción en el Registro de la Propiedad. No creemos acertada la expresión ni el sentido porque lo inexistente no puede tener sustituto o sucedáneo, como ahora se dice.

Desde luego, en abierta oposición con el artículo 1.875 del Código civil y 145 de la vigente Ley Hipotecaria, niega a la inscripción la fuerza constitutiva del derecho, como se afirma, casi sin excepción, por la doctrina española. Pero es que aun a fines dialécticos, su idea no resulta lo suficientemente clara, porque al mismo tiempo dice que la inscripción tiene simplemente el carácter de una forma de publicidad, y la califica de necesaria e indispensable para el ejercicio y efectividad del derecho. Decimos que no está clara la idea, porque si el ejercicio y eficacia del derecho real de hipoteca depende de la inscripción, y ésta no es constitutiva del derecho, habrá que atribuir a ese asiento registral algún valor superior al meramente declarativo de una simple forma de publicidad.

Para nosotros, prescindiendo por ahora del artículo 1.875 del Código civil y sus análogos de la Ley Hipotecaria, como también de las declaraciones jurisprudenciales, y limitándonos a los horizontes que

(1) *Instituciones*, tomo I, pág. 262.

prácticamente delimitan la hipoteca, su inscripción sirve no para declarar su existencia, sino para hacerla eficaz *erga omnes*. El resultado práctico a que llega el señor Sanz también es ése, y no cabe hablar de cismas.

TRILOGÍA VALORATIVA DE LA INSCRIPCIÓN.—PRECEDENTES PARA DETERMINAR EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL.

Desde el punto de vista analítico de los diferentes sistemas, o de cómo surgen a la vida los derechos reales, según los sistemas registrales, la doctrina puso de relieve la existencia de dos grupos diametralmente opuestos: según uno de ellos, el derecho real nace por la teoría del título y el modo, y según el otro, por la inscripción registral.

Pero también la doctrina ha hecho observar que en el juego de algún sistema, si bien los derechos nacen extraregistralmente, con tradición o sin ella, se ofrecen momentos de colisión entre idénticos derechos sobre una misma cosa, de cuyo conflicto ha de salir vencedor el derecho amparado por los Registros de la Propiedad; como también la práctica profesional enseña que determinados derechos, como los sucesorios (por lo menos fuera de los casos del heredero voluntario), deben desplegar toda su eficacia *erga omnes* sin necesidad de registración, pero que, sin embargo, no acontece así en el mundo de la seria contratación, del crédito o de las finanzas.

Estos *nascibilis* los muestra también la Historia. Cuando renacen los estudios de Derecho romano, Europa se divide topográficamente en dos grandes sectores de opuesta formación jurídica, recibiendo o inspirándose uno en el Derecho romano y otro en el germánico. España y una gran parte de Francia se inclinan por las leyes romanas, en tanto que Alemania lo hace por las suyas. En España y Francia el derecho real nace ya por la teoría del título y del modo, y últimamente en Francia por la sola virtud del contrato o consensualmente; por el contrario, los países germánicos hacen depender el nacimiento del derecho real de un asiento registral.

Por lo que a España respecta, la hipoteca siguió la senda del ocultismo y del privilegio, y los españoles viéronse envueltos por las plagas del estelionato y la doble venta, epidemias naturales de la falta de publicidad. Por eso en 1529 —los procuradores en Cortes de las Cortes castellanas suspiran por la publicidad, principalmente la de los gravá-

menes, que diez años más tarde los Reyes Don Carlos y Doña Juana otorgan con la Pragmática fundadora de los Oficios de Hipotecas. Pero tales Oficios, ni cuando así eran llamados, ni cuando se les llamó Contadurías, fueron verdaderos Registros de la Propiedad, sino simplemente de gravámenes. Su función se limitaba a la mera publicidad y a crear con ella un requisito de oponibilidad en la ejecución de las cargas reales. Ni siquiera su base fué la finca, sino los documentos y los titulares de derechos.

En cuanto a Francia, fuera de algunos países del Norte y fuera de Bretaña, del resto del territorio se enseñorea el Derecho romano con su típica clandestinidad y la teoría del título y el modo; y de tal modo se opera la invasión, que la *saisine feudal* francesa se identifica y confunde con la tradición, y ésta basta que se constituya por cláusula contractual, especie de *constitutum possessorium* para que se tenga por efectuada; y el tiempo y los hábitos escriturarios terminan por dar como establecida la cláusula, aunque no constara; y así se forma el ambiente y se crea la opinión de que la propiedad y los derechos reales se constituyen por la sola voluntad de los contratantes, sin necesidad de tradición; y ese ambiente, mantenido por los racionalismos revolucionarios, pasa al Código de Napoleón, que lo recoge para consagrar el principio espiritualista del nacimiento del derecho real.

Así se explica que para los franceses la registración de la propiedad y derechos reales no tuviera ningún valor constitutivo de los mismos, sino declarativo, aunque al mismo tiempo, como efectos de publicidad, el valor de una prioridad respecto de las que debiendo haberse transcrita no lo fueron, y también el de una oponibilidad respecto de terceros. Esta fué la esencia de los Registros creados en Francia en 1790, mantenidos luego por la ley de 11 Brumario, Código de Napoleón, y con ligeras variantes por la de 1855, modificada en el año 1935.

El asiento principal de estos registros franceses fué el de la transcripción, que es una de las diferencias que le separa del antiguo español de las Contadurías, con el que desde otros puntos tenía analogías; pero la tipicidad, como sistema, correspondió al francés.

Al contrario que España y Francia, aunque en algunas regiones tuvieran formas típicas de publicidad, Alemania contaba con precedente registral muy diferente dentro de su antigua organización feudal. El señor repartía las tierras de su feudo entre los vasallos a quienes humanamente se les ha llamado llevadores o usuarios; podían transmitir

por herencia o por contrato las tierras que llevaban; pero ni la transmisión tenía carácter legal ni el nuevo llevador era reconocido o tenido por tal legalmente, hasta que se hubiese registrado la transferencia en los libros registros del señor.

En algunos Estados alemanes, tal vez por atavismo o por una evocación de aquellos antiguos registros feudales, se crearon otros de singular importancia en la vida del derecho real. Sajonia, Hamburgo, Lubeck y Mecklemburgo, establecieron sistemas registrales de los que dependía única y exclusivamente el nacimiento del derecho real.

En este momento histórico realmente existían dos sistemas registrales de influencia opuesta en la vida de los derechos reales: el de transcripción o francés y también el español de las Contadurías, que declaraban los derechos ya nacidos, y el germánico, que los creaba o constituyía por la inscripción.

Pero si aquéllos pecaban por defecto dentro de las corrientes progresivas registrales, el otro pecaba por exceso; y comienzan las reacciones.

Los juristas alemanes descubren la existencia de un momento gestativo del derecho real al que llaman acuerdo de transferencia, recogido por el Código civil, y que, en unión de la inscripción, hará nacer el derecho real perfecto; por su parte, el Código civil suizo reconoce la necesidad del título, que también con la inscripción creará el derecho real de eficacia *erga omnes*; y el Derecho español tampoco podía dejar de evolucionar, y en 1861 sienta la doctrina legal de que si bien los derechos reales nacen extraregistralmente, sin embargo, no producen los efectos *erga omnes* respecto del tercero hipotecario sino desde la inscripción.

Ya existe una trilogía valorativa de la inscripción en el mundo del Derecho: en unos sistemas la inscripción es declarativa de los derechos creados fuera del Registro; según otros, de la inscripción depende el nacimiento de tales derechos; y hay un tercero, que es un término medio de los otros. Este sistema es el español; ni es trasunto del francés ni copia del germánico; si se quiere será una ponderación de lo bueno de aquellos dos para la continuidad histórica de nuestro derecho registral.

¿Tienen nombre propio las inscripciones de esta valoración? Y si no lo tuvieran, ¿cómo las podríamos llamar?

Prescindiendo del efecto legitimador, que no aparece desarrollado,

aunque sí sentido, por los legisladores del 61, para referirnos a la publicidad con su congénere en categoría, la fe pública registral, resultan incuestionables las cuatro siguientes conclusiones:

Primera. Mientras no se rectifique el Registro no hay más verdad jurídica real que la que allí conste.

Segunda. Quien al amparo del Registro adquiere con buena fe y a título oneroso e inscribe su derecho, queda mantenido en el derecho inscrito.

Tercera. Caso de colisión de derechos; los inscritos vencen a los no registrados; y

Cuarta. La efectividad *erga omnès* del derecho real en España depende de la inscripción.

Si el derecho real nace fuera del Registro, según las normas del Derecho civil, pero el despliegue de su efectividad depende de la inscripción, ¿qué es lo que hace la inscripción respecto de ellos? Aunque en principio se considere que el registro es una formalidad más, lo que no puede desconocerse ni negarse es que de tal formalidad depende precisamente su virtualidad real.

Entonces, ¿cuál es la verdadera función u oficio de la inscripción en la vida de los derechos reales? ¿Y cuál su nombre en el léxico castellano? La inscripción no es una mera formalidad, sino algo más, como ha dicho La Rica; es el instrumento adecuado e insuperable hoy por hoy para dar seguridad y firmeza a los derechos reales.

Esta función tiene léxicográficamente su palabra o voz. Quienes se ocuparon de esta función de la inscripción española le han asignado nombre. Y es curioso observar que las palabras elegidas tienen en el fondo o espíritu la misma significación.

Pelayo Hore ha escogido la palabra *confortativa*. Viene de *confortans*, formada por *cum* y *fortas*, igual a con fuerza; es la *roboratio*, del antiguo y clásico *robur*, que significa fortaleza, y sirvió para designar el roble. Raimundo de Miguel y el marqués de Morante, profundos humanista del pasado siglo, hacen equivalente el *confortativo* a *firma-re*, *confirmare* y *animar*. Animar, que es un activo, deriva de *animatio* o acción de dar vida. Aceptando este sentido, lo *confortativo* es lo que efectivamente da la vida.

Angel Sanz ha escogido la voz *conujalidante*. Puede derivar de *vâ-dôr* o fiador: *vadâri decem vadibus* (ser citado con diez fiadores), *va-*

dari aliquem (citar a juicio con fiador). Pero probablemente viene de *valēo*, que significa fuerte, sano, vigoroso.

El *ratum facere*, de Cicerón, que quiere decir ratificar y confirmar, fué traducido al castellano por la palabra *validar*, que es activo o un hacer.

En sentido alegórico o tropo, *convalidado* quiere significar aquello que ha sido robustecido de tal manera que ya no debe desconocerse ni negarse por nadie.

Pero jamás esta palabra convalidante debe tomarse en el sentido de una convalecencia, subsanación, o de una especie de *ratihabitio* de aquello que civilmente carecía de validez.

De aquí que tal vocablo aplicado a la inscripción denote la idea de algo que da vigor al derecho real.

También nosotros hacemos una aportación léxicográfica: la voz *confirmativo*. Algunos diccionarios la hacen sinónima de convalidar y confortar.

Entre otras muchas acepciones tiene las de asegurar, fortalecer y afirmar. Pero afirmar, no en el sentido de asentimiento o conformidad con algo previamente conocido, sino en el de fortalecer y vigorizar algo que es o está débil. Plinio la escribió para *dentes mobiles*. En la metáfora significaba infundir valor, o aumentar los hechos, o aumentar el modo de obrar o de ejecutar algo. El moralizador Salustio, el de La Conjuración de Catilina, en este sentido la utilizó (*factionis*, igual a aumentar).

Hasta hace poco la doctrina sólo estudiaba las inscripciones declarativas y las constitutivas. Es Ángel Sanz quien realmente enfoca en un libro de Derecho la valoración y estudio de la convalidante. Y a nuestro modesto entender, tal valoración responde a un rigor científico de nuestro sistema (1). Sin embargo, creemos que el señor Sanz no ha recabado con bastante energía el valor convalidante con carácter de tipicidad para nuestra inscripción, ya que admite que unos casos es meramente declarativa y en otros constitutiva (2).

(1) En el trabajo relativo al valor de la inscripción en España recogemos las curiosas apreciaciones de los comentaristas coetáneos de la primitiva Ley, como Hernández Ariza, Telesforo Gómez, Manuel Fernández Martín y Hermenegildo M. Ruiz, que ponen de relieve la importancia y controversias a que dió lugar la apreciación valorativa de la inscripción.

(2) *Instituciones*, pág. 244.

Para el señor Sanz la inscripción constitutiva es un *elemento esencial para el nacimiento del derecho real*, que "cumple la misión que en la doctrina clásica se atribuye a la tradición". La declarativa es un elemento añadido al título y modo sin alterar las bases del Derecho civil, y cuya finalidad es asegurar la preexistencia del derecho en el que transmite. Y la convalidante, "aquella que siendo en principio de simple eficacia declarativa, tiene en cierto aspecto valor para dar vida al derecho real. En esta forma de inscripción, dice, se parte como en la declarativa, de la constitución extraregistral de los derechos, y se da inicialmente a la inscripción este último carácter. Pero no se limita el Registro a fines de mera publicidad y rectificación, sino que adentrándose en el problema mismo de la existencia del derecho real, se exige la validez del mismo para sujetarle al régimen de Registro (calificación), se presume que el derecho es tal como el Registro lo manifiesta (legitimación) y se le dota de eficacia real en ciertos supuestos, aunque en sí mismo careciera de ella" (1).

Pero con más claridad nos da un concepto o idea de la convalidación, cuando al aceptar los tres elementos que don Jérónimo señala para la perfecta adquisición de la propiedad, dice que la inscripción "es el elemento convalidante de la adquisición, que presta a ésta plena eficacia *erga omnes* y absoluta seguridad jurídica" (2).

Para ir aflorando la idea de esa inscripción de tipo medio y su verdadero valor en la vida del derecho real, haremos un ligerísimo parangón entre los sistemas alemán y suizo, y traeremos a colación pensamientos de los juristas del 61, y frases de las últimas reformas hipotecarias y de la jurisprudencia del Supremo.

No sólo hay diferencias entre los sistemas alemán y suizo respecto del español, sino también con un poco de imaginación algunas semejanzas.

En todos estos sistemas se aprecian dos momentos en la vida del derecho real: el de su preparación y el de su efectividad (acuerdo o título y la inscripción). Nuestro Derecho, aceptando la evolución de los últimos tiempos del romano, no sólo admite la gran variedad de formas de tradición, sino que además admite la llamada instrumental (3), con lo que prácticamente queda tan esfumada la apreciación

(1) *Instituciones*, 241.

(2) *Idem*, 250.

(3) Código civil, artículos 1.462 y 1.464.

del título y la *traditio*, que más bien parece que el derecho real con efectos *erga omnes* se produce con sólo el título y la inscripción. Así ocurre de Derecho con la hipoteca por carecer de tradición. Pero éste es un parecido de tipo práctico, porque jurídicamente las diferencias son inquestionables. Así, en aquellos países, tanto el acuerdo de transferencia como el título, son incapaces de producir el derecho real por sí solos, y necesitan de la inscripción; en cambio, en nuestro derecho, antes en absoluto y ahora generalmente, tales derechos nacen por la teoría del título y el modo, si bien desde la implantación de nuestro sistema la fuerza real de dichos derechos queda en potencia hasta el momento de la inscripción, al menos respecto de la propiedad inscrita. Parece como si la inscripción española fuera un resorte mágico a cuyo conjuro se expandiera la potencialidad del derecho. Ese poder expansivo de la inscripción es el valor convalidante o confirmativo.

El pensamiento de los juristas del 61 quedó bien claro en la Exposición de Motivos de nuestra primitiva Ley, y por lo que respecta a la evolución jurídica registral, repitieron machaconamente que la nueva legislación no alteraba en manera alguna el Derecho civil sino en cuanto a su eficacia respecto de terceros. Y esa idea persistente de respetar lo histórico y con ello la norma civil, quedó patente con aquella floración del larguísimo período codificador que fué la ley de Bases de 1888, y cuyo fruto no fué otro que nuestro actual Código civil; allí se advertía y recomendaba a los jurisconsultos encargados de la redacción del Código civil que no dejaran de inspirarse en el Derecho histórico.

Analizado nuestro Código civil, se ve que fuera de la hipoteca y de la doble venta a que consagra sendos artículos de los que deriva el valor constitutivo de sus inscripciones registrales, los demás derechos reales o el derecho real sin adjetivos o en términos generales, tiene su nacimiento en el concurso de los requisitos exigidos por dicho Código.

La Exposición de Motivos de la reforma Hipotecaria de 1944 expresa su pensamiento respecto del valor de la inscripción en la vida de los derechos reales en términos francamente contradictorios, que dan la sensación de tiras y afloja de una dialéctica en la que por ser corteses con los contendientes, ni ellos quedan complacidos ni el público de afuera queda enterado. Para el lector despacio de esa Exposición de Motivos, la contradicción es ésta: por un lado afirma que en nuestro Derecho la inscripción continúa siendo poteestativa y de efectos declara-

tivos (1), y en consecuencia niega hasta la posibilidad de conferirla el valor constitutivo; pero, sin embargo, reconoce que por los artículos 355 y siguientes (2) se da a la inscripción "tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal".

Acudamos ahora al texto refundido de 1946 y actual Reglamento Hipotecarios; pongamos la atención en el título XIII, de él escojamos los artículos 313 y 586 de uno y otro texto.

Confesamos que ese artículo 313 no lo habíamos entendido bien hasta la aparición del Reglamento y comentario debido a la privilegiada pluma de Ramón de la Rica. Tanto el artículo legal como el reglamentario recogen la distinción apuntada en la Exposición de motivos de 1944, de que la propiedad del suelo español cabe clasificarla en dos grandes grupos: propiedad inscrita y no inscrita. Recogen la distinción a los efectos de la admisión o denegación por los Centros oficiales de los documentos relativos a una y otra clase de propiedad; y no sólo se refieren a la propiedad, sino a los derechos reales distintos del dominio.

La lectura de estos artículos confirma que nuestra inscripción no es constitutiva; y, como diremos al exponer el valor del contrato de hipoteca desde el punto de vista procesal, esta inscripción española, que debe ser constitutiva por imperativo del artículo 1.875 del Código civil y 145 de la Ley Hipotecaria, deja de serlo en algunos momentos. Pero es que, del mismo modo que de estos artículos se saca la consecuencia que acabamos de decir y apuntar, también se saca otra consecuencia, cuál es la de que la inscripción no es simplemente declarativa, sino algo más.

Según dichos artículos, los Juzgados, Tribunales, oficinas, etc., no pueden admitir ningún documento, de que no se haya extendido el oportuno asiento registral, y por virtud de los cuales se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga derechos reales sujetos a inscripción, en los siguientes casos: 1.º Si el objeto de la presentación fuera hacer efectivo en perjuicio de tercero un derecho que debió ser inscrito; y 2.º Si se pretende hacer efectivo el derecho, no ya respecto

(1) Párrafo 24.

(2) En el texto refundido, 313 y siguientes.

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, todos aquellos Centros oficiales deberán admitir los documentos que se refieran a una propiedad o derecho real no inscrito, aunque no tengan nota del Registro de la Propiedad correspondiente. La razón es lógica, porque tratándose de propiedad no inscrita, no entran en juego las disposiciones de la Ley Hipotecaria, sino las del Código civil.

Por tanto, para lo sucesivo, todo Centro oficial, a los efectos de admisión de documentos y tramitación correspondiente, analizarán si se trata de propiedad inscrita o no inscrita, y aun en el primer caso, si el derecho o reclamación en litigio 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 tuvo acceso al Registro, serán admisibles los documentos correspondientes, siempre que no surja un tercero hipotecario respecto de la propiedad de la finca. Pero tampoco esos Centros oficiales han de dejar en olvido que cuando la finca o derecho tenga, aunque remoto, un precedente registral, los documentos a ellos referentes no pueden ser admitidos, aunque la cuestión verse entre partes. Ejemplo: la propiedad se halla inscrita a favor de *A*; se interrumpió la inscripción en la adquisición de *B*; luego, *C* vende a *D*, y éstos dos contienden sobre el contrato que celebraron. El documento por el que *C* transmitió a *D* y en que éste fundamenta su acción contra *C*, no debe ser admitido por los Tribunales ni Centros oficiales.

Esa inscripción a favor de *A*, bien claro se ve que no es simplemente declarativa de su derecho, sino obstaculizadora del ejercicio de acciones civiles de sus posteriores derechohabientes, acciones que responden a una realidad jurídica. La situación de *D* es la siguiente: es dueño civilmente, y sin embargo, no puede ejercitar contra el transferente las acciones derivadas del derecho transmitido hasta que obtenga la inscripción. Esta inscripción es algo más que declarativa.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos limitamos a la Sentencia, probablemente la más moderna, sobre el valor de la inscripción. Es la de 21 de febrero de 1947. Hace resaltar que, "conforme a los principios inspiradores de nuestra legislación—y salvo las especiales normas establecidas para la hipoteca—, la inscripción en

el Registro de la Propiedad no es constitutiva, sino declarativa, o sea, que los derechos reales nacen, se transmiten y extinguen fuera del Registro, aunque mediante la *inscripción se fortalezca la posición jurídica de sus titulares*⁵.

Incuestionablemente, esta Sentencia no ha podido sustraerse a la poderosa influencia de la realidad de la vida jurídica práctica; de esa vida que son hechos palpables, y que, en fin de cuentas, han de ser el fundamento de las teorías jurídicas. Por eso reconoce que los *mismos titulares*, y no exclusivamente los terceros, se benefician con la inscripción. Hasta la palabra *fortalecer* escogida es una confirmación de nuestra tesis.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS
Registrador de la Propiedad.