

Consideraciones sobre la nueva Ley reformadora de la Ley Hipotecaria

El *Boletín Oficial del Estado* de 1 de enero del año en curso publica el texto legislativo que parcialmente reforma la Ley Hipotecaria, la cual, como es sabido, venía rigiendo desde 16 de diciembre de 1909, conforme a lo prevenido en la Ley de 21 de abril del mismo año, si bien no ha de olvidarse que esta Ley recogió fundamentalmente las orientaciones y esencias que el viejo texto de 1861 plasmó, previos los retoques y reformas fragmentarias hechas en 1869 y 1877, principalmente.

Esta Ley novísima, que lleva fecha de 30 de diciembre de 1944 (1), se limita, como queda dicho, a reformar parcial o fragmentariamente diversos artículos del ordenamiento jurídico del año 1909. Sus fines, según se deducen de la lectura de la misma, parecen ser el dar una más científica redacción a algunos de dichos artículos, a base de una sistematización lo más rigurosa posible de los llamados principios hipotecarios y, dentro de éstos, al de la *fides* pública del asiento registral de inscripción, al de prescriptibilidad de los derechos formalmente registrados, contemplados principalmente desde el ámbito de la usucapión frente a la prescripción tabular o del libro, a un nuevo toque al llamado principio de legitimación registral, caballo de batalla de la parte procesal de las situaciones jurídicas constatadas en el Registro, que ya fué modificado en 1909, volvió a serlo en 1927 y ha vuelto a sufrir otra reforma ahora—¿para mucho tiempo?—, del modo, forma y conse-

(1) Sanz Fernández — *Revista de Derecho Privado*, núm. 334, enero 1945, página 3 — señala como fecha de la Ley novísima el 29 de diciembre. Creemos que es un error, quizás involuntario. La fecha real es la del 30 de diciembre de 1944, ya que esa es la que figura en el texto publicado en el *Boletín Oficial del Estado*.

cuencias a que luego nos referiremos. Y junto a esto, una mejor y nueva sistematización del acceso al mundo registral de la finca y los derechos reales sobre ella, bajo un título y una rúbrica conjuntas y comunes, al mismo tiempo que se toman medidas efectivas para eliminar del Registro español la enorme multitud de cargas que subrepticiamente y al amparo de la mención venían arrastrándose en los folios de aquél, desde las Contadurías de Hipotecas hasta el presente, a pesar del título XV de la Ley derogada, que resultó prácticamente ineficaz, junto con el rechazo a *limine* de la absurda constancia de una mera situación de hecho, cual era la posesión, al lado de situaciones esencial y totalmente jurídicas o de Derecho. Tales son, en apretado resumen, las más destacadas reformas que trae el nuevo texto legislativo.

Las demás (supresión de la mención, que, como dice bien Roca (1), ni es asiento siquiera, posibilidad de limitar por pacto la responsabilidad hipotecaria del deudor, etc., sin olvidar el artículo 355, que está llamado, en nuestra opinión, a dar mucho que decir y nada que hacer, y sobre el que volveremos en seguida) son retoques ya de menor entidad, sin que ello quiera decir que no tengan su importancia.

Pero comentar, aunque fuere por encima, todos los aspectos y problemas que la Ley en conjunto plantea, sería labor no de un trabajo como éste, sino de una obra voluminosa, que es obvio que aquí no puede emprenderse. Y sobre todo, porque—a nuestro juicio—es preferible escoger solamente algunos de dichos aspectos en una labor de especialización que si bien amengüe el campo de examen, lo haga en cambio, más claro, más concreto y más sistemático. Precisamente por todo lo contrario de aquel refrán según el cual “quien mucho abarca, poco aprieta”.

Y ya bajo esta orientación, voy a permitirme hacer algunas sugerencias sobre ciertos aspectos de tal reforma, limitándome concretamente a los siguientes:

A) PERSISTENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO INMOBILIARIO DE LA INSCRIPCIÓN CON CARÁCTER MERAMENTE DECLARATIVO.

Es lo primero que destaca en la Ley de referencia, para desesperación de cuantos teníamos puestas nuestras mejores esperanzas en que,

(1) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, vol. II.

por fin, se implantara la inscripción con carácter constitutivo, es decir, como absolutamente necesaria, *ab substantia*, para que el derecho real surja como tal, no frente a tercero, sino *inter partes*.

En la actual etapa de la vida jurídica española significa una verdadera rémora la subsistencia de la tradición como único modo de publicar o exteriorizar el dominio y los derechos reales sobre inmuebles. La *traditio* pudo ser suficiente en un régimen como el romano, que ignoró la institución del Registro inmobiliario y cuyo carácter legitimador o de investidura nunca llegó a comprender. Mucho más técnico en este punto, el Derecho germánico supo captar en la *gewere* este carácter de investidura o legitimación, que, por sucesivas evoluciones, vino a ser sustituido por la "registro" o constancia de la transmisión verificada en el Registro, con carácter publicitario para todos, partes y extraños.

Ya D. Jerónimo González (1) se planteó, hace tiempo, el problema de las ventajas y de los inconvenientes que la sustitución de la tradición por el Registro en materia de publicidad o exteriorización de la conformación de los derechos reales sobre inmuebles pudiera traer. Y Roca (2) sostiene—con evidente acierto, a nuestro juicio—que la inscripción "debe sustituir a la tradición", puesto que, entre otras razones, si para "la adquisición de la propiedad debía concurrir un requisito plástico o formal, el cual hace tiempo que ha estado representado por la *traditio*, modernamente es lógico que haga sus veces el instrumento técnico de la registración, como medio más adaptado a las condiciones de nuestros tiempos". Y es que, en efecto, la *traditio* (sobre todo en sus formas adulteradas de *brevi* y *longa manu*, *constitutum posesorium* en instrumental o simbólica de los artículos 1.462 y 1.463 del Código civil) es algo ya pasado, incompatible con la actual evolución del derecho de cosas y, desde luego, técnicamente inferior respecto del Registro.

Por eso es también, de modo indudable, nuestro Derecho positivo en comparación con el alemán o el suizo que, como es archisabido, exigen no sólo acuerdo y tradición, sino también inscripción, registración de tal acuerdo de transmisión para que el derecho real nazca.

(1) V. su trabajo en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, titulado «La tradición de fincas en el instrumento público» (Conferencia pronunciada en la A. M. del Notariado el 11 de enero de 1943), núm. 189, febrero 1944, págs. 81 y ss.

(2) Roca Sastre, ob. cit., vol. I, pág. 163.

no frente a tercero, como nuestro ordenamiento actual establece, sino *inter partes*, haciendo una neta y acertada separación entre ambos campos: el obligacional y el dispositivo. Que si aquél puede conformarse con un "espiritualismo" pronunciado (y aun así es muy discutible si se perturba o no la conformación del derecho creado), el segundo impone una rigidez y un formalismo que, por esencia, rechazan por completo nuestra actual orientación en tal punto.

Y esto que es tan claro, que ha sido llevado ya al campo legislativo para la hipoteca, que unánimemente viene pidiendo la doctrina desde hace muchos años, y cuya necesidad tocamos todos cuantos por nuestra profesión vivimos de cerca la marcha del derecho en la vida, aún hoy, después de ochenta y un años de clamor en tal sentido, no hemos podido verlo hecho realidad, y otra vez más, como el fantasma del cuento, se nos ha esfumado cuando creímos tenerlo en las manos.

Todas aquellas razones por las que se propugnaba por la inscripción con carácter meramente declarativo (desnaturalización del Registro al convertirlo en órgano de fines fiscales o administrativos; que las partes nada ignoran y, por ello, sólo frente a terceros puede imponerse tal inscripción; que otra cosa sería hacer de mejor condición al que de mala fe se acogiese al Registro frente al que de buena fe prescindiere de él; que tal inscripción constitutiva es un formalismo que, como todos los formalismos, nunca debe llegar a hacer depender de ella la admisión o no del derecho real, que nace *per se* y no por cumplir o dejar cumplir ciertas formalidades externas que no deben afectar a su esencia: el ataque a la libertad de contratación que tal cosa entrañaría, etc., etc. (1)), no resisten un examen profundo de ellas. Sobre todo por las consecuencias absurdas a que conducen y que todos estamos palpando, a saber el hecho que el mismo preámbulo de la Ley reformadora palatinamente reconoce de que hoy día, después de más de ochenta años de la promulgación de una Ley Hipotecaria que pretendió organizar científicamente la biología de los derechos reales sobre inmuebles aniquilando la clandestinidad, más del 60 por 100 de la propiedad inmobiliaria permanece fuera del Registro, en pleno ocultismo, y lo que aún es peor, apreciándose una indudable corriente desinscribitoria que, si Dios no lo remedia—ya que, al parecer, los demás no quieren hacerlo—, dará lugar a que dentro de otros ochenta años

(1) V. un resumen de ellas en Roca Sastre, *ob. cit.*, vol. I, págs. 159 y ss.

cuando más el 90 por 100 de tal propiedad viva—vegete más bien—fuera de los libros registrales. Todo porque, como decía Morell, y recuerda Roca (1), el propietario español no ve prácticamente la ventaja de la inscripción, puesto que para él todo eso del principio de publicidad, o de legitimación, le suena a elucubraciones, *flautis vocis* que los juristas inventan para sacarle los cuartos, y que en el terreno práctico le ayudan y favorecen tan poco en relación con aquellos otros que no inscriben, que no ve las ventajas de inscribir sus derechos en los libros del Registro. Si con sólo que pague la contribución el Estado se conforma (aunque la pague a nombre de un señor que hace más de ciento cincuenta años que lleva figurando como contribuyente, lo que, entre otras cosas, significa que España es el país más sano del mundo, puesto que los españoles, según los libros oficiales de la Contribución territorial, viven, por término medio, de ciento cincuenta a doscientos años), si a la Comunidad, con tal que se posea, le es bastante, y si puede transmitirse válidamente la propiedad de una cosa, tan sólo con hacer como que se entrega, sin necesidad de escritura ni incluso de documento privado, claro está que el propietario español, sobre todo el minifundista, el labriego de España—que podrá ser inculto, pero que no es tonto—, sonreirá socarronamente ante los consejos para que inscriba, y pensará con mucha lógica que no ve para qué ni por qué hacerlo, puesto que mejora tan poco en la práctica su posición con la inscripción, que apenas le interesa, ya que, inscriba o no, sigue cultivando sus fincas, sacando sus frutos y aprovechándose de ellos. Por eso la paladina afirmación a que antes aludíamos revela que el legislador español se da cuenta de que, en la realidad y en la práctica, el Registro Inmobiliario español es un órgano inoperante, que la Ley Hipotecaria rige no para los ricos, como dijo del Código civil "Clarín", siguiendo a Menger, sino para una ínfima minoría de éstos, y que la vida real nos dice que, fuera de las páginas del *Boletín Oficial del Estado* y de esa pequeña minoría, al resto de los propietarios españoles les tiene completamente sin cuidado tal Ley y saben tanto de ella como de lo que pasa en la China.

A nuestro humilde juicio, el argumento que el legislador usa de que es imposible consagrar la inscripción constitutiva en nuestro derecho positivo precisamente por la existencia de tal absentismo regis-

(1) En ob. cit., vol. I, pág. 162.

tral es completamente equivocado. Los términos deben invertirse. No es que la causa sea ésa, sino la contraria; es decir, que no se inscribe porque no se exige, y porque, si en el fondo se es tan propietario inscribiendo como no inscribiendo, es natural se prefiera esto a aquello porque es más cómodo y, sobre todo, más barato.

Por eso ratificamos nuestra posición. Mientras la inscripción constitutiva no se implante, el Registro español será institución de lujo, más teórica que práctica (1).

No olvidamos, desde luego, que para Hegar a la inscripción constitutiva son necesarias, ante todo, reformas en materia fiscal, puesto que es necesario rebajar el impuesto de Derechos reales para estimular

(1) «Los ochenta años de vigencia de la Ley Hipotecaria — dice Ríos Mosquera—no sirvieron para que la pequeña propiedad, ni muchas fincas de gran valor de comarcas enteras, ingresasen en los libros del Registro, y la libertad concedida a los dueños para inscribir o no sus fincas, ya consten inscritas a nombre de algún titular, ya no lo hayan estado nunca, origina complicaciones de orden práctico que no acreditan nuestro sistema inmobiliario. Si a esto se añade que los titulares de fincas son árbitros de que las relaciones sobre ellas consten, no ya en documento privado, sino incluso sin documento de ninguna clase, y hasta por la mera posesión o la mera tenencia, se comprende cuán lejos de la realidad viven muchos preceptos fundamentales de nuestro viejo ordenamiento jurídico inmobiliario y la necesidad de pensar en su modificación para adaptarlo a las realidades sentidas.» Y más adelante prosigue: «¿Qué queda, pues, del Registro? Nada, o casi nada. El Registro es casi un fantasma, un ser extraordinario, que no le comprendemos, porque los supuestos en que nos movemos no guardan relación con él, porque, a pesar del artículo 389 de la Ley Hipotecaria, se admiten en todas partes documentos públicos, privados, falsos, nulos y todo, y el fantasma del Registro, ante cada ataque a su organización, sigue haciendo una mueca de indiferencia, porque sabe qué es, que existe, y no le respetan. Vive en un mundo de idealidad, y espera que todo lo que se escribió durante ochenta años se recoja en una ordenanza práctica y de contenido, porque sabe que es necesario que en la naturaleza de los bienes inmuebles, en las múltiples relaciones establecidas sobre ellos, requiere una forma de transmisión esencial que no puede ser igual a la de los bienes muebles, y espera que los litigantes, convencidos de la desgracia de serlo, se calmen, y acogiéndose a sus disposiciones, cuando se dejen a un lado parte de los instintos individuales de lucha, se sometan a las normas constructivas de orden social que cristalizan en las instituciones.» Véase «Nuevo ordenamiento hipotecario y régimen de la pequeña propiedad» en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 182, págs. 432-51. — Ante las palabras de quien, por su oficio y por los muchos años que en él lleva, conoce la realidad jurídico inmobiliaria española, ¿qué decir? Todo está dicho.

al minifundista a registrar sus títulos. Pero también hay que hacer reformas en la legislación civil sustantiva desmontando el artilugio del Código civil a base de la tradición como medio suficiente de publicitación del dominio y demás Derechos reales sobre inmuebles, borrando o dándole una nueva redacción al artículo 609 de aquél, que es la rémora que impide tal cosa. Y como, en realidad, la Ley Hipotecaria no puede enfrentarse con el Código civil mientras éste sea la vertebración de nuestro ordenamiento jurídico privado, sino que tiene que plegarse a sus normas y a su orientación, de aquí—repetimos—que tal reforma previa sea indispensable para lo que aquí propugnamos.

Así pensó también la Comisión que redactó el anteproyecto de reforma, puesto que reformaba en lo necesario el Código civil, aunque sin llegar tampoco a la inscripción constitutiva; pero todo naufragó en las Cortes que, al parecer (1), creyeron que solamente debía ser modificada la Ley Hipotecaria, pero no el Código civil que, por ahora, debía seguir como está. Sin darse cuenta de que entonces la reforma verdadera, la sustancial, eficaz y profunda debía aplazarse una vez más con todas sus consecuencias.

Es decir, que hoy, como ayer, en nuestro Derecho positivo la inscripción refuerza más o menos los derechos reales que a ella se acogen, pero jamás suple al título ni a la tradición, como lo prueba el artículo 36. Es el título con la tradición—real o simbólica—quienes crean y constituyen el derecho real, hasta el punto de que sin ellos es imposible que éste surja, y sigue vigente la posibilidad de que tal derecho nazca, viva y muera fuera y al margen del Registro, que tan sólo lo refuerza o fortifica (según la conocida terminología de Gierke (2)).

Sin embargo, la nueva Ley inserta un artículo, el 355, que—como antes decíamos—está llamado a dar mucho que decir, aunque—como también decíamos antes—poco o nada que hacer. En la Ley derogada existía el artículo 389, que obligaba a los Tribunales y Oficinas del Estado, Provincia y Municipio, a rechazar cualquier documento constitutivo, transmisivo o extintivo de derechos reales sobre inmuebles cuando fuere presentado a fin de hacer valer, en perjuicio de tercero,

(1) V. Sanz Fernández, ob. cit., REVISTA cit., pág. 18, nota.

(2) El Registro inmobiliario en España viene a ser, para los Derechos reales, algo así como la emulsión Scott o el aceite de hígado de bacalao para los niños: los fortifica, pero no los crea.

un derecho de tal clase que debió haber sido inscrito. Es decir, que dicha finalidad—perjuicio de tercero—era el quicio sobre que giraba tal artículo, y solamente cuando tal finalidad o propósito existían se rechazaba el documento no inscrito (1). Hoy, en cambio, con la nueva redacción del artículo 355, tal finalidad queda borrada, puesto que, dada su redacción, ya no es necesario que aquélla exista, bastando tan sólo que se pretenda presentar cualquier “documento o escritura” (2) en dichas Oficinas, Tribunales o Juzgados, y en las cuales se reconozca, constituya, transmita, modifique o extinga un derecho real sujeto a inscripción para que, si antes no se tomó razón de ellos en el Registro, sean rechazados. Admitiéndose sólo, como excepciones a regla tan absoluta y terminante, los casos en que tal presentación tenga una finalidad fiscal, de corroboración de otro título posterior inscrito, ejercitar una acción de rectificación registral, o pedir la anulación o cancelación de algún asiento que impida realizar la inscripción que se pretende (artículos 355, 356 y 357).

A primera vista, el artículo 355 acerca mucho nuestro sistema a la inscripción constitutiva. Parece lograr una inscripción constitutiva *sui generis*, mediante un rodeo y una coacción indirecta, puesto que sanciona nada menos que con la esterilidad a los derechos reales que vivan fuera del Registro, al privarles de la posibilidad de su ejercicio en el campo administrativo y, sobre todo, en el contencioso, al no permitirles la entrada en los Juzgados y Tribunales. Como dice Sanz Fernández (3), con el nuevo sistema “los derechos que se muevan fuera de la vida registral son derechos impotentes, desprovistos de toda acción real, que no podrá ser ejercitada conforme al artículo 355, es decir, que no serán verdaderos derechos reales. Y como en su defensa sólo podrán ser ejercitadas las acciones de protección posesoria, independientes del Registro en su desarrollo, quedarán los titulares de estos derechos reales reducidos a la condición de meros poseedores.

(1) Estó en la teoría. En la práctica, en la vida real, todo esto era letra muerta. Como acabamos de ver en Ríos Mosquera, los Juzgados y Tribunales, no sé si por desidia, o por ignorancia, o por darse cuenta de la imposibilidad práctica de tal aplicación, admitían toda clase de documentos, públicos, privados, nulos, falsos, etc. Y hasta a veces fundaban un fallo en convenios verbales, en virtud de la libre interpretación de la prueba testifical.

(2) ¿Es que las escrituras no son documentos?

(3) Ob. cit., pág. 18.

En lo sucesivo no podrá haber más derechos reales que los inscritos, con lo cual resultará la inscripción convertida en necesaria, a pesar de no ser éste el punto de vista inicial e inspirador de la reforma". Tal parece ser, en efecto, el criterio de la Ley, según se trasciende de las palabras que sobre tal punto emplea en su preámbulo. "La inscripción—afirma—, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, será, en cambio, *premisa ineludible*, con las limitaciones que se establecen, *para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles*. Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular substantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal."

Y sin embargo, si el titular de un derecho real no inscrito tiene vedado, mientras no inscriba, el acceso a los Juzgados y Tribunales para ejercitar su derecho, para hacerlo valer (1), ¿en qué situación legal queda entonces? ¿Se trata, como dice Sanz Fernández, de un mero poseedor? ¿Es que dicho artículo 355 puede derribar todo el régimen de la propiedad inmobiliaria plasmado en el Código civil, y que se refleja no sólo en el mencionado artículo 609 de éste, sino también en los 605, 606 y siguientes?

Que aquí hay un problema de más envergadura y trascendencia que el que a primera vista parece, el mismo Sanz Fernández lo comprende, cuando se pregunta no solamente si es acertado tal criterio de la Ley Hipotecaria, sino si incluso es de posible aplicación, contestándose negativamente a las dos preguntas, no sólo porque, ante la evidente antinomia señalada, el Código civil debe ser preferente a la Ley Hipotecaria, dado el carácter estrictamente formal de ésta, sino también porque no parece muy acertado el borrar de un plumazo todo un sistema legal, deficiente y absurdo, desde luego, pero que—al parecer—se quiere mantener, si bien negándolo a renglón seguido.

¿Qué porvenir le está reservado al artículo 355? La vida, como siempre, lo dirá y dará la razón a quien lá tenga. Pero somos de opinión que hay noventa probabilidades contra diez de que tal precepto, por las apuntadas razones y, sobre todo, por las mismas que hicieron inoperante en la práctica el 389 del viejo texto, bastante más moderado, no se aplicará jamás y está destinado a vivir solamente entre

(1) No debe olvidarse lo exacto de la frase de Wach, el ilustre procesalista germánico, cuando afirma que mediante el proceso el derecho «vale», es decir, se hace en la mayor parte de los casos, efectivo.

las páginas del *Boletín Oficial del Estado* del día 1 de enero de 1945.

El procedimiento debió haber sido la implantación de la inscripción constitutiva, previa la pertinente reforma de los artículos correspondientes del Código civil. Pero reforma hecha de frente y a cara descubierta, no por detrás, de modo tímido, queriendo y no queriendo y del modo subrepticio que ahora se empleó. De aquella manera se hubiera logrado, tras algunos forcejeos y dilaciones, que la propiedad española fuese ingresando en plazo breve en el Registro. De esta otra, todo seguirá como está, y el sesenta hoy, mañana el setenta y pasado el ochenta por ciento de los propietarios de bienes inmuebles, permanecerán impertérritos, fuera o al margen de la institución registral.

ENRIQUE DEL VALLE FUENTES.
Notario y Juez de Primera Instancia excedente