

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Junio de 1935

Núm. 126

## Hipoteca “a non domino”

Decían los redactores de la primitiva ley Hipotecaria que «puede ocurrir que el que no aparezca en el Registro con derecho para hipotecar *constituya* una hipoteca, y que *después* adquiera el derecho de que antes carecía». Y se preguntaban: «¿Convalecerá en este caso la hipoteca?» «La Comisión ha resuelto esta cuestión en sentido negativo; ni podría hacerlo de otro modo, a no ser inconsecuente...»

Este criterio de los autores de la Ley se plasmaba en el artículo 126 de la misma, hoy suprimido.

En nuestro derecho, con arreglo a los artículos 146 de la vigente ley Hipotecaria y 1.875, en relación con el 1.857 del Código civil, la hipoteca es un acto o contrato formal y solemne que, para que sea válido, ha de constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. No mediando estos dos requisitos es nulo *ab initium* (no simplemente anulable), y, por tanto, no puede convalecer, pues tales requisitos se exigen *ad solemnitatem*, no *ad probationem*.

El artículo 146 de la ley Hipotecaria derogada decía: «Para que las hipotecas voluntarias *puedan perjudicar a tercero* se requiere», etcétera...; pero actualmente, apartándose del sistema general, se exige forzosamente su inscripción, no tan sólo para perjudicar a tercero, sino *para que queden válidamente establecidas*. Es de notar, sin embargo, que el Código civil dice que, para que la hipoteca quede válidamente *constituída*, es necesario que el documento

en que se *constituya sea inscrito* en el Registro, y, en cambio, la ley Hipotecaria habla de que, para que queden válidamente *establecidas*, se requiere que se hayan constituido en escritura pública, y que ésta *se haya* inscrito en el Registro de la Propiedad. Prescindiendo ahora de la sustitución de la palabra *escritura pública* por la de *documento* que emplea el Código—y que para nuestro actual comentario no nos interesa—, existe una patente confusión en cuanto al momento en que la hipoteca queda válidamente *constituída o establecida*. ¿Qué sentido ha de darse a esta diferente terminología del Código y de la Ley? ¿Expresan lo mismo las palabras *constituída y establecida*? Dicen lo mismo las expresiones *sea inscrita*, del Código, y *se haya inscrito*, de la Ley. Los requisitos que una y otro exigen, ¿son *simultáneos* o son *sucesivos*? ¿Puede un Notario otorgar válidamente una escritura de hipoteca *constituída* por quien no tiene título *inscrito* en el momento del otorgamiento, o, por el contrario, deberá negarse a otorgarla, en tal supuesto, conforme al artículo 255 del Reglamento notarial?...

De aquella confusión provienen algunas otras, como la que, a nuestro juicio, padece Campuzano, quien sostiene que la hipoteca *queda constituída entre partes* sólo con el otorgamiento de la escritura; pero no surtirá sus plenos efectos *erga omnes* sino cuando se inscriba. Esta distinción nos parece absurda, aunque lleva el aval de Escosura. La Ley y el Código exigen dos requisitos esenciales para la validez de la hipoteca; si falta cualquiera de ellos, el acto, por carencia de su forma esencial, es nulo, en el sentido de inexistente (como tal hipoteca), no sólo *inter partes*, sino *erga omnes*. Desaparecido del artículo 146 el concepto de tercero, a la *hipoteca no inscrita*—como dice Beraud—le falta el *modo*; a lo sumo, será un compromiso o promesa de hipotecar.

Y es que actualmente, en nuestro sistema inmobiliario, basado en un principio ecléctico (el de beneficio o perjuicio a tercero), la inscripción de la hipoteca representa la única excepción a aquél, y es sustantiva, en el sentido de obligatoria o necesaria para la adquisición perfecta del derecho, tanto entre partes como en cuanto a terceros; o sea la inscripción de la hipoteca es—como afirma Jerónimo González—*constitutiva* de derechos, no *declarativa*. Y, por otra parte, nuestro sistema civil de contratación es espiritualista, y, aun dentro de la forma solemne exigida en determinados contratos (hi-

poteca, censo, capitulaciones, donación de inmuebles), cabe distinguir, como hace De Buen; la eficacia del contrato entre las partes o con vista de los terceros... ¡Siempre los terceros!

Tampoco nos parece admisible este criterio. La carencia de forma esencial, *ad solemnitatem*, en los contratos en que la Ley la requiere provoca su nulidad plena, y lo que es nulo (inexistente) no puede confirmarse ni convalencer. Con este principio, y con el de *sustantividad* de la inscripción de hipoteca, eran, ciertamente, *consecuentes* los redactores de la primitiva Ley.

Vimos que, según el artículo 1.875 del Código civil, es indispensable que el documento en que se constituya la hipoteca *sea inscrito*. ¿Cuándo? Siempre ha de ser, naturalmente, *a posteriori* del otorgamiento; pero, como decían los expositores de la Ley, si el que hipoteca no tiene el dominio o la posesión inscrita en el momento de constituirla, puede adquirirlo después; y, en tal caso, ¿convalencerá o no convalencerá tal acto?

Según Morell, el espíritu del suprimido artículo 126 de la primitiva Ley era el mismo del actual artículo 1.857 del Código civil; y así sostiene este tratadista que para inscribir la hipoteca será necesario que las fincas o derechos hipotecados se hallen inscritos o *puedan inscribirse* a favor de la persona que constituye el gravamen, citando en su apoyo las resoluciones de la Dirección general de los Registros de 23 de Mayo y 1.º de Octubre de 1874. Pero es el caso que posteriores resoluciones (las de 18 de Noviembre de 1876 y 25 de Febrero de 1878) establecen que «sólo pueden constituir hipoteca los que, *según el Registro*, tengan derecho para establecer esta clase de gravámenes sobre la propiedad inmueble, de tal suerte que la constituida por el que carezca de ese derecho *no convalencerá*, aunque el constituyente lo adquiriera con posterioridad»... Y, claro está, dado el contexto de los artículos 146, en relación con los 139 y 140 de la ley Hipotecaria, y 1.875, en relación con el 1.857 del Código civil, puede suscitarse, aun hoy, la duda que resolvieron los redactores de la primitiva Ley.

Mas, en contra del principio absoluto del tracto sucesivo *sustantivo*, la doctrina fué desviándose, introduciendo excepciones y alteraciones, y en nuestro actual sistema inmobiliario—como dice Jerónimo González—ni se establece de modo rotundo *quién y cuándo* puede disponer, ni se centra *exclusivamente* en el *titular*

*inscrita* el poder de disposición o poderío de disponer (*verfügungsmacht*) de los alemanes. «Yo vendo hoy—continúa el ilustre tratadista—el palacio del duque de Alba, y para inscribir este título el adquirente no necesita, en su día, más que una inscripción a mi nombre por cualquier causa y en cualquier tiempo.»

Y así surge el problema de las disposiciones *a non domino* y sus efectos retroactivos. «En la técnica alemana—sigue exponiendo el mismo tratadista—, si el que enajenó una cosa o un derecho cuando **no era dueño**, adquiere una u otro por herencia, legado, compra, donación o cualquier otra causa, se subsana la falta de facultades dispositivas y se confirma el acto jurídico defectuoso. Caso de haber enajenado sucesivamente a varias personas, solamente se confirmará la primera enajenación si reunía los elementos necesarios (fuera del poder dispositivo) para provocar la transferencia. En el momento en que el enajenante adquiere la propiedad de la cosa, ya transferida por él, pasa la totalidad del derecho al adquirente *ipso jure*. Se llega al sorprendente resultado de que el disponente *no ha sido nunca verdadero dueño* del objeto que ha enajenado; es un intermediario, según la lógica jurídica, más bien que un titular cierto y temporal.»

Afirma el mismo Jerónimo González que nuestros comentaristas «desenfocan el problema». A y B—dice Morell—convienen en la enajenación de un inmueble tomando B posesión de él y vendiendo o constituyendo un censo a favor de C. Aunque la escritura de B a C se otorgue antes que la de A a B, no hay inconveniente en que aquélla se inscriba con posterioridad, y así ha de ser con arreglo al artículo 20 (de la ley Hipotecaria), sin que en realidad se oponga a ello el 17. En el fondo del ejemplo late la presuposición de que B, en virtud del *convenio* y de la *posesión*, es un dueño extrahipotecario (o al menos tiene facultades dispositivas), porque de otro modo faltaría la preexistencia del derecho en el patrimonio del transferente, a que nuestro Sánchez Román da un valor decisivo, y el simple acreedor B tan sólo podría transmitir a C un derecho de crédito (*jus ad rem* de nuestra técnica) que se consumaría mediante la escritura de transferencia de A a C.»

Con fundamento en esta teoría, y para nuestra posición en el caso de hipoteca *a non domino*, a fin de obviar las confusiones a que antes aludimos, nacidas de los términos absolutos en que apa-

recen redactados los artículos 1.875 del Código y 146 de la Ley y de las contradictorias resoluciones antes citadas, podríamos aceptar que el *dueño* a que se refieren los artículos 138 y 139 de aquella no ha de ser, precisamente, el titular *inscrito*, sino el que tenga ese poder dispositivo *extrahipotecario*; no, como dice Morell, el *que tenga la esperanza* de adquirir un inmueble. En efecto, los distingos de Morell no nos convencen. A lo sumo puede admitirse que, en vista de la confusión que existe entre los momentos de *constitución* de la hipoteca y su *establecimiento* en el Registro, y de acuerdo con el principio general informador de nuestra legislación civil sobre adquisición y pérdida de derechos, no sólo *es dueño* el titular *inscrito*, no sólo puede disponer o gravar el titular *inscrito*, sino también el titular *no inscrito*, el dueño *extrahipotecario*, el *titular aparente civil*, ya que, si hay preexistencia del derecho en el patrimonio de un titular, título adecuado para transmitir y tradición (aunque sea simbólica), la transmisión se realiza en nuestro derecho *erga omnes*. Sólo así puede concebirse que los Notarios autoricen contratos de hipoteca otorgados por quien no aparece como titular *inscrito* o por quien no consta sea dueño *inscrito* en el momento de otorgarlos, en contra de la prohibición terminante que, en tal supuesto, establece el artículo 255 del Reglamento Notarial.

Mas si nos fijamos en que la hipoteca es un acto o contrato formal y solemne y que la inscripción de la misma es *constitutiva* (no declarativa) del derecho, la fuerza de esas premisas nos llevará a la extrema consecuencia de que, si se constituye hipoteca por quien no es dueño, será nula y no puede convalecer, conforme al pensamiento de la Comisión redactora de la Ley primitiva y al suprimido artículo 126 de la misma.

Supongamos que A, *que se titula poseedor de una finca*, la hipoteca en escritura pública a favor de B, que la acepta; pero, no constando previamente inscrita a nombre de A, solicita B, y se extiende a su favor, anotación preventiva de su título. Durante la vigencia de tal anotación, y, en su caso, de sus prórrogas, A acredita su dominio sobre la finca y lo inscribe, y B, subsanado el defecto, convierte en inscripción definitiva su anotación, con perjuicio de otro acreedor de A, que anotó preventivamente un em-

bargo *después* de la anotación de B, pero *antes* de que A inscribiese su título.

Dos cuestiones se plantean en este supuesto: ¿Debió practicarse la anotación en favor de B? ¿Puede dársele a esta anotación efecto retroactivo?

La primera cuestión podría resolverse en sentido negativo si se tienen en cuenta los términos absolutos de los artículos 146 de la Ley y 1.875 del Código y las consideraciones antes expuestas sobre el carácter de solemne que reviste el contrato de hipoteca y el de sustantiva o *constitutiva*, que por excepción tiene su inscripción en el Registro, ya que, siendo inexistente y no pudiendo convaler, y habiendo de calificar el Registrador sobre la nulidad o validez de las obligaciones, con arreglo al artículo 18, en relación con el 65 de la ley Hipotecaria, el defecto devendría insubsanable en el caso de hipoteca *a non domino* y no procedería entonces la anotación preventiva.

Sin embargo, el simple otorgamiento de la hipoteca por el no dueño puede implicar una vocación al derecho real, un *jus ad rem*, que más tarde, al ser inscrito, se convertirá en verdadero derecho real; y como, por otra parte, la falta de previa inscripción se conceptúa como defecto subsanable y en este caso la Ley autoriza se extienda, a instancia del interesado, anotación preventiva, puede sostenerse la opinión contraria y practicarse la anotación referida. A reforzar esta opinión acude el artículo 398 de la ley Hipotecaria, que permite que cualquier *poseedor* de algún derecho real solicite y obtenga anotación preventiva de su derecho en tanto no logra la previa inscripción del dominio (o de la posesión) por los trámites y en la forma que el mismo señala. Pero; si bien dicho artículo no excluye el caso de la hipoteca, es discutible también si podrá aplicarse o no en tal supuesto, porque realmente no puede afirmarse que la hipoteca *no inscrita* sea un *derecho real*, ni que el acreedor de hipoteca no inscrita *posea* un derecho real. No obstante, es práctica constante incluir la hipoteca dentro del precepto general del referido artículo 398.

También puede alegarse, en defensa de esta última opinión, el artículo 265 del Reglamento hipotecario, que prevé el caso de que el primer asiento que se pida se refiera a un derecho real (que, precisamente, y por exclusión en el caso de este artículo, ha de ser

el de hipoteca). Pero, si bien dicho precepto no exige una inscripción previa al titular del dominio—previa, se sobreentiende, al momento del otorgamiento de la hipoteca—, cuando menos, por la fuerza del principio general del artículo 228 de la ley Hipotecaria, la exige como *simultánea* de la inscripción del segundo asiento que ha de practicarse (el de hipoteca).

En cuanto a la segunda cuestión (la de los efectos retroactivos de tal anotación preventiva), creemos debe resolverse con un criterio de analogía con el precepto del artículo 141 de la ley Hipotecaria, que regula los efectos de la hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante para evitar los perjuicios a que los expositores de la antigua Ley se referían.

Así—siguiendo el ejemplo propuesto—la anotación de B, una vez subsanado dentro del plazo de su vigencia el defecto de falta de previa inscripción del dominio del hipotecante, *se convertirá* en inscripción *definitiva* de hipoteca a su favor; y si se admite la teoría general de la retroactividad de efectos establecida en el artículo 70 de la ley Hipotecaria, como los de la anotación convertida ya se logran desde el momento en que se extendió el asiento de presentación del título anotado, C saldrá perjudicado en su rango hipotecario, con perjuicio irreparable, porque si la hipoteca sin inscripción gana, *a posteriori*, los efectos del artículo 70 de la Ley, o sea si se admite que la hipoteca *a non domino* es acto confirmable, con arreglo a la doctrina civil y al artículo 1.313 del Código, C será defraudado en sus derechos, acaso por la mala fe de A y de B.

Para evitarlo, no habría inconveniente en aplicar al caso el mismo precepto del artículo 141 de la Ley, pues aunque en él supone absurdamente el legislador que una hipoteca otorgada por quien carece de poder bastante puede inscribirse, y que (aunque no se inscriba) puede solicitar el interesado, y practicar el Registrador, una anotación que aseguraría... *la nada*, tal precepto es reflejo de aquel criterio justo y equitativo de los expositores al no conceder, en este caso, efectos retroactivos a la confirmación, en contra de los citados artículos 1.313 del Código civil y 70 de la ley Hipotecaria.

SERGIO SAAVEDRA LASTRA,

Registrador de la Propiedad.