

Principios hipotecarios

Introducción (1).

Suele entenderse por *principio*, en toda investigación de tipo filosófico, el punto de partida o base discursiva que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tiene fundamento dialéctico o no lo necesita por su propia evidencia. Para los escolásticos, los *prima principia* son verdades *per se* notorias y ciertas que admiten inmediatamente todos los que razonan. No constituyen la ciencia, en verdad, como la semilla no equivale al árbol, pero se encuentran en el fondo de cada una de las conclusiones y las justifican y subordinan. Con esta característica queda separado el conocimiento científico que proyectan las cosas en la unidad superior (principio) del histórico que las estudia en su aislada existencia o circunstancial enlace.

Cualesquiera que sean las limitaciones impuestas a esta concepción absoluta por los avances filosóficos, no puede negarse que en la técnica jurídica de estos últimos cien años se ha desenvuelto una corriente metódica que busca en los grupos de preceptos de derecho privado, si no normas absolutas o axiomas que dominen la institución respectiva, por lo menos orientaciones generales o direcciones fundamentales que, jugando a modo de *principios*, informan la disciplina estudiada y sirven para resolver los problemas concretos.

Acaso en esta vía sean los primeros y hayan incurrido en exageración, por no decir que han bordeado el ridículo, los civilistas

(1) Aunque el orden lógico exigiría que la introducción precediese a la exposición de los mismos principios, me ha parecido oportuno dejarla para el final, con el objeto de poder apreciar mejor el camino recorrido.

alemanes, para los que no existe materia que pueda ser expuesta sin aludir a principios, sistemas y teorías, o sin apelar a construcciones fundamentales.

Recuérdese, por ejemplo (1), que para organizar la tutela se habla del principio de oficialidad (*Officialsprinzip*), del principio de establecimiento (*Bestellungsprinzip*) y del principio de independencia (*Selbständigungsprinzip*). En cuestión de sistemas, basta indicar que designan cierta costumbre de limitar la prole matrimonial, con la rúbrica de sistema de los dos niños (*Zweikindersystem*). Y por lo que toca a teorías, los autores de trabajos monográficos se ven ya en la precisión de clasificarlas para dar una idea cabal del asunto. Nuestros lectores habrán visto la muestra en las recensiones publicadas en estas columnas, y para los que por primera vez nos honren con su atención, citaré dos ejemplos de derecho inmobiliario. Sea el primero la naturaleza de la copropiedad. Dossman, en una tesis doctoral *defendida* el año 1908, distingue: a), las teorías que no admiten la divisibilidad de la propiedad, y b), las que arrancan de su división. Entre las primeras incluye las que propugnan la indivisibilidad absoluta (aceptando, o sin aceptar, una personalidad jurídica formada por los comuneros), las que refieren la división al valor patrimonial y las que admiten el fraccionamiento de la cosa misma, como si cada condueño tuviera la propiedad de una parte ideal. En el segundo grupo comprenden las teorías que parten de la doble división del derecho y de la cosa, o de la simple divisibilidad del derecho. Todo ello sin contar con las teorías intermedias o de mayor envergadura jurídica, como la de Sokolowsky, que considera el concepto de cosa como una verdadera idea platónica reflejada en la apariencia sensible y no encuentra dificultades en la divisibilidad de la representación.

Sea otro botón de muestra la naturaleza de la acción hipotecaria. Tres series de teorías se dividen el campo: 1.ª, las que la definen como una obligación real, negando en principio la responsabilidad personal del propietario o atribuyendo al acreedor el derecho a un pago liberatorio; 2.ª, las que rechazan el concepto de obligación real y reconocen que el propietario es deudor, bien

(1) V. mi trabajo sobre «El defensor judicial» en esta Revista. Número 64, página 265.

con responsabilidad limitada al inmueble, bien caracterizado por el deber de sufrir la ejecución; 3.^a, las que confieren al titular de la garantía solamente un derecho a la enajenación judicial del inmueble, no un derecho a la ejecución o al pago, o desenvuelven la acción hipotecaria como un instituto *procesal*.

La tendencia a colocar los problemas jurídicos en planos inaccesibles o en la atmósfera de los principios, se observa en las producciones modernas que podrían suponerse más prosaicas y de carácter más formal. En un anteproyecto de Código procesal presentado hace cinco años por el insigne profesor Canelutti, figuran como rúbricas de sendos artículos el *principio della domanda* (necesidad de la demanda para que haya *litis*), el *principio del contraddittorio* (el Juez no puede decidir si frente al demandante no hay otra parte compareciente o citada), el *principio generale della legittimazione ad agire* (libertad y justificación para actuar en juicio), y otras muchas, como el principio de la inmutabilidad de las partes y del juez, el de la disponibilidad de las pruebas, el de su libre valoración y los de notificación (que son cuatro, nada menos). No habría inconveniente en colocar en la misma línea el principio de representación, el de la defensa obligatoria, el de responsabilidad del condenado, el de competencia, el de *litis-pendencia*, etc.

Estas grandes líneas directrices orientan al juzgador, economizan preceptos, facilitan el estudio de la materia y elevan las investigaciones a la categoría de científicas.

Por eso el autor de este trabajo viene desde hace lustros preocupado con la idea y la tarea de poner de relieve los principios hipotecarios y se cree exonerado de buscar mayores justificaciones al método adoptado para hacer llegar al gran público las coordenadas del sistema.

* * *

¿Cuántos son los principios fundamentales del régimen inmobiliario?

Confieso que la pregunta me ha inquietado en los primeros tiempos, porque acostumbrado a la fraseología de los *prima principia*, que sólo reputaba tales a los axiomas clásicos (identidad, contradicción, razón suficiente), me parecía que cada nuevo paso degradaba la categoría lógica, y que si por indiscutibles teníamos

en nuestro campo a los principios de publicidad y especialidad, la admisión de otros podía ser discutida o rechazada. Sin embargo, la evolución de la doctrina me ha demostrado que la marcha del pensamiento hipotecario ha sido constante y obedece a un criterio de simplificación y a una más refinada labor técnica.

«El principio de publicidad que dejaban entrever los decretos transitorios de 1790, dice Besson (1), recibió una notable expresión en las disposiciones de dos leyes decretadas por la Convención nacional el 9 de messidor del año III, y relativas: la primera, a la organización hipotecaria; la segunda, a la forma de las declaraciones inmobiliarias.» Todas las discusiones del primer tercio del pasado siglo, sobre el sistema, si así puede llamarse, de transmisión de inmuebles y constitución de derechos reales implantado por el Código Napoleón, giran sobre los peligros de los que prestaban con garantía hipotecaria y sobre la necesidad de organizar la publicidad de la hipoteca, apoyándola en la publicidad de las transferencias de la propiedad. Más que de *publicidad* se trataba de *publicación* para hacer llegar a los interesados cuanto debiera ser tenido en cuenta al contratar con los titulares de los inmuebles. Pero en Alemania, al aceptar el *Princip der Publicität* (designación que por sus raíces latinas acaso ponga de relieve la influencia francesa) como base de un sistema hipotecario, ya se distingue el mecanismo de publicar las transferencias y cargas para facilitar su conocimiento, de la *fe pública* como concepto sustantivo. «La publicidad (*Publicität*) en las materias inmobiliarias e hipotecarias se halla subordinada a la libre inspección y comunicación (*Oeffentlichkeit*) de los registros de la propiedad y de hipotecas» (2).

Como un corolario del principio de publicidad había de consagrarse muy pronto el llamado de *especialidad*.

De muy poco serviría hacer constar en los libros del Registro las hipotecas constituidas si éstas eran generales o indeterminadas. «El crédito de la tierra, decía el Tribunal de Bastia cuando se abrió la información francesa de 1841, no puede fundarse más que sobre la notoriedad del balance de cada inmueble» y la Facultad de Derecho de París establecía la regla de la publicidad y de la

(1) Les livres fonciers, París, 1891. Delamotte.

(2) Heyne. Com. über das Röm. vom. 6 Nov. 1843. Leipzig-Tauchnitz, 1845.

especialidad absoluta de la hipoteca legal y trataba de obviar los inconvenientes de la judicial proponiendo que fuera especializada en la inscripción, es decir, inscrita sobre cada uno de los inmuebles designados. El comentarista de la citada Ley de Sajonia, de 1843, reconoce que el *Princip der Specialität* no se refiere al título adquisitivo de la garantía, que puede ser general y aun afectar a las cosas adquiribles (*rebus futuris*), sino que es una exigencia del sistema registral que cierra el paso a la hipoteca general del derecho romano y la transforma en una serie de hipotecas especiales sobre cada una de las fincas (1). Estas ideas, propagadas entre nosotros por la obra de Anthoine de Saint Joseph, a la que Oliver concede tanta importancia, sobre concordancia de las legislaciones hipotecarias, eran conocidas por los juristas españoles que a mediados de siglo formaban la Comisión de Códigos y encuentran un feliz eco en la Exposición de motivos de la Ley de 1861, que después de recordar los precedentes de las Cortes de Toledo de 1539 y discutir los inconvenientes del sistema mixto propuesto para proteger los intereses de personas desvalidas o asegurar créditos a que el derecho presta especial amparo y garantía, concluye con energía: «No hay, pues, más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas».

Menos conocido era el *principio de legalidad* que la Ley Prusiana de 20 de Diciembre de 1783 desenvolvía en el párrafo 13, capítulo primero del segundo título, imponiendo a los *Collegia* la tarea, no sólo de contrastar la licitud de la petición presentada, sino la de examinar si se habían observado las condiciones prescritas para la validez del acto inscribible, si los instrumentos habían sido redactados con claridad y exactitud, y, en fin, si se hallaban revestidos de las formalidades legales. La extensión de la responsabilidad del Registrador, por estos motivos de legalidad del negocio jurídico (*legalität des Rechtsgeschäfts*), fué elevada a principio por los especialistas germánicos, y el más afamado de los nuestros, don Bienvenido Oliver, lo ha puesto como tal en la misma línea de los dos anteriormente mencionados, llamándolo principio de legitimidad o legalidad (2).

Bajo la rúbrica *principio del consentimiento*, prescribía la ley

(1) Op. cit., pág. 238.

(2) V. «Derecho inmobiliario español», págs. 70, 107, 128.

hamburguesa de 4 de Diciembre de 1868 que la transferencia de la propiedad o de un crédito hipotecario presuponia la demanda o el consentimiento del titular inscrito o de sus representantes o causahabientes. Así entendido, el *Konsensprinzip* tenía un carácter formal, como requisito de la inscripción, mientras en la ley prusiana de 5 de Mayo de 1872 aparece como norma sustantiva, casi contractual, o al menos fundada en el asentimiento del transferente y la petición del adquirente.

En la técnica española, el principio del consentimiento viene discutiéndose desde 1918, sobre todo desde que el programa de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registros de la Propiedad, publicado en 16 de Octubre de 1919, le consagró un epígrafe.

Aunque no catalogada como principio, la *prioridad* informa de tal modo el régimen hipotecario que el *prior tempore potior jure* no es sólo un lema, sino la piedra angular del edificio, y resultarían superfluas las explicaciones con que se intentase justificar la admisión del principio de prioridad.

Ahora bien, las indicadas orientaciones o directrices estudiadas a fondo presentan un contenido complejo que puede ser distribuido en forma varia o enfocado desde ángulos distintos, y de aquí la posibilidad de divergencias en la exposición o enlace recíproco. Si destacamos del sistema cuanto se refiera al valor de los asientos registrales en el comercio de fincas, llegamos al denominado *principio de inscripción* como algo contrapuesto a la tradición romana y al contrato transmisivo francés. Y si agrupamos las consecuencias del principio de publicidad bajo dos rúbricas relativas a la legitimación o justificación del titular que trata de hacer efectivo su derecho y a las ventajas que frente a terceras personas obtiene por el hecho de figurar inscrito, llegamos al principio de legitimación como paralelo de la *fides publica*: en el primero encontraremos un reflejo de la investidura que acreditaba en forma visible la existencia del derecho real; en el segundo, nos llamará la atención el vigor con que los actuales regímenes desvirtúan el clásico apotegma *nemo dat quod non habet*.

Como ejemplo de esta variedad, más doctrinal que ontológica, citaremos el denominado casi simultáneamente por Regelsberger en Alemania, y por Sánchez Román en España, principio de *determinación*, cuyo ámbito se dibuja en el artículo 119 de la ley

Hipotecaria. Para los primeros comentaristas, era tal precepto un corolario de la *especialidad*, y los autores modernos han ampliado este principio a cuanto signifique precisión en las circunstancias descriptivas de condiciones, cargas y derechos. Es más, el señor Sánchez Román apoya su doctrina en un texto de la exposición de motivos que transcribe del modo siguiente: «Para evitar estos inconvenientes, se ha consignado el principio de *determinación* cuando la hipoteca afecta a varias fincas.» Y cotejado con el pasaje correspondiente, se nota que el ilustre autor ha copiado con alguna libertad: «A estos inconvenientes ha ocurrido el proyecto proponiendo que, cuando sean varias las fincas que por un solo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad o parte del gravamen de que cada una tiene que responder.»

Por último ha de advertirse que, como el paso de una norma general a la categoría de principio depende, a veces, de la mayor o menor impresión que la verdad produzca en el ánimo del investigador, o de la amplitud con que el tema aparezca a sus ojos, quedan justificadas las variantes, sin mengua de la evidencia interna de la orientación.

* * *

De los autores antiguos, el austriaco Exner ya distingue: primero, el principio de especialidad, y segundo, el de publicidad bajo un triple aspecto: a), necesidad de la inscripción; b), comunicabilidad de los libros (*Offenheit des Buches*), y c), credibilidad *publica fides* (1).

En los grandes comentarios al Código civil alemán, y bajo el epígrafe de observaciones preliminares, figuran con grandes diferencias los principios hipotecarios.

Así Biermann enumera como bases del derecho de cosas las siguientes: a), publicidad; b), especialidad; c), enumeración exhaustiva de los derechos reales, por ser la materia de derecho coactivo o necesario; d), adquisición de persona que no tiene la propiedad (2).

Y como principios del derecho inmobiliario: Primero, el de inscripción; segundo, el de consentimiento; tercero, el de publi-

(1) Das Oest. hyp. Leipzig-Breitkopf, 1876.

(2) Kommentar zum B. G. B., III, ed. tercera, Berlín. Heymanns, 1914.
página 5.

cidad en sentido material (1), aparte de algunas indicaciones sobre el contenido de la hoja hipotecaria.

Planck coloca como primordiales: el de publicidad, inscripción, consentimiento, especialidad y prioridad (2).

Staudinger-Kober distinguen con gran detalle: Primero, el principio del consentimiento, material y formal; segundo, el de inscripción coactiva; tercero, el de rogación o demanda (*Auftragsprinzip*); cuarto, el de la legalidad; quinto, el de publicidad; sexto, el de especialidad; séptimo, el de prioridad, y añaden que el Código no conoce la cancelación por confusión o consolidación de los derechos limitados con la propiedad (3).

Entre los especialistas, Oberueck dedica ante todo grandes desenvolvimientos a los principios del procedimiento hipotecario (legalidad, consentimiento formal y rogación), y después a los principios sustantivos (inscripción y consentimiento material, rango y publicidad). En cambio, trata de un modo indirecto el principio de especialidad (4).

En su conocida obra «Los derechos reales en el Código civil suizo», Wieland desenvuelve brevemente: a), el principio absoluto de la inscripción (5); b), el principio de la legitimidad; c), el principio de la publicidad; d), la obligación de autenticar el acto; e), la disposición material de los libros; f), plano y medida; g), procedimiento, y h), organización, como reglas que concurren a la realización de los fines perseguidos por el Registro.

Algunos autores, y no de los menos afamados, Gierke por ejemplo, no dedican a esta terminología especial atención, y la emplean muy poco.

Por otra parte, la clasificación de los principios hipotecarios en sustantivos y adjetivos no es clara. Basta detenerse unos momentos a examinar el orden con que aparecen en los textos citados y los calificativos con que se matizan, para comprender que la mez-

(1) Ibidem, pág. 38

(2) B. G. B., III, primera y segunda edición. Berlín, 1902. Guttenberg, página 65.

(3) Kommentar, 2. B. G. B., séptima y octava edición, 1912. Schweitsen, Berlín y Munich, pág. 80.

(4) Das Reichsgr., cuarta edición. Berlín. Heymanns, 1909.

(5) Así lo traduce Bovay en la edición francesa. Paris-Giard et Brière, año 1913, página 10.

ela de lo material y de lo formal, que caracteriza a los estudios hipotecarios, aflora también en las cimas doctrinales.

Fuchs, que separa en dos volúmenes el derecho hipotecario material (comentarios al Código) y el formal (comentarios a la Ordenanza), considera sustantivos los principios de inscripción, consentimiento y publicidad, como adjetivos los de consentimiento, legalidad y publicidad, y como mixto, el de especialidad.

En los comentarios de Morell a la legislación hipotecaria española también se intenta separar los principios sustantivos primarios (individualización de la finca, trascendencia de los derechos reales y prioridad o rango entre los mismos, tracto sucesivo) y secundarios o derivados (especialidad, publicidad, legalidad) de los adjetivos (normas de organización y funcionamiento) (1).

Aragónés y Carsi, con bastante anterioridad (en 1909), había señalado como principios o leyes a que debe someterse el Registro: Primero, el de unidad y variedad (Registro civil, propiedad, mercantil); segundo, el de oficialidad (organismo del Estado); tercero, el de la legalidad; cuarto, el de la sustantividad; quinto, el de la publicidad, y sexto, el de especialidad (determinación, delimitación o límite del hecho o derecho).

Para la inteligencia del derecho español me pareció necesario explicar, en unas conferencias dadas en la Academia de Jurisprudencia durante el año 1918, los principios de inscripción, consentimiento, legalidad, publicidad (legitimación y *fides publica*), fe, especialidad, prelación, rogación y coactividad. Después reputé indispensable estudiar el tracto sucesivo y las relaciones entre posesión y Registro, ya que el principio de imprescriptibilidad no ha encontrado apoyo en las Sentencias del Tribunal Supremo.

Para los que juzguen injustificadas mis vacilaciones, en otros programas, van escritas las anteriores líneas. De ellas se desprenderá que la rúbrica *principios hipotecarios* sirve, al menos, para facilitar la investigación de las radicales orientaciones del sistema.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) Tomo I, página 80 de la segunda edición. Madrid, Reus, 1925.