

I. *Sistema romano*.—Donde prevalecieron los principios romanos se transformó la *auflassung* ante el Juez en una forma judicial de enajenación, especie de *insinuatio* o prueba confirmatoria que, en algunas legislaciones, no era requisito indispensable, y cuya inscripción unas veces confirmaba el contrato hasta entonces revocable, otras confería un rango hipotecario, y en otras ocasiones se sancionaba con penas pecuniarias.

II. *Sistema romano germánico*.—En muchas regiones, se aceptaron los principios de la *traditio* romana, mezclando sus consecuencias con las derivadas del ordenamiento germánico por lo que se refería al gravamen de inmuebles. Las declaraciones causales de las partes, los contratos *obligacionales* (1) de transferencia, se formalizaban por escrito, casi siempre ante Juez o Notario, y mediante la inscripción, quedaba definitivamente fijado el tránsito de la propiedad y conferidas al adquirente facultades de disposición características.

Para conservar el paralelismo de los libros con la realidad jurídica, se otorgaba a los encargados de las oficinas registrales funciones calificadoras, y se forzaba la presentación de títulos en aquéllas por medios indirectos. La

(1) La palabra *obligacional* se emplea como contrapuesta a *real*, para indicar la generación de obligaciones contractuales.

inscripción no tenía por finalidad específica la autenticación de las relaciones dominicales, sino la determinación de los gravámenes sobre las fincas.

Como consecuencia de las dos orientaciones básicas, romana y germánica, del sistema, la propiedad se desdoblaba en verdadera o real, que se adquiría por la mera tradición con título adecuado, y en formal o registrada.

El propietario no inscrito, si era poseedor, podía transferir el dominio, pero no constituir hipotecas o gravámenes. Por el contrario, el titular según el registro, sin ser propietario, podía gravar el inmueble.

III. *Sistema germánico*.—Aunque con la marcada influencia de las legislaciones extrañas, conservaron muchas ciudades la antigua *auflassung*. Brema bajo la forma de una declaración judicial de transferencia, el derecho común de Sajonia bajo la de investidura alodial (1), Lübeck, Hamburgo, Munich y otras ciudades como precedente de la indispensable inscripción en los registros.

Frente a este ordenamiento, la tradición exteriorizaba con mayor o menor energía sus naturales efectos, y en su virtud el poseedor ejercía contra tercero la acción publiciana, oponía

(1) El enajenante transfiere su derecho al Juez y éste al adquirente.

al propietario reivindicante la *exceptio rei venditae et traditae*, se apoyaba en la prescripción para consolidar su derecho y gozaba de una especie de *dominium naturale*, al cual únicamente faltaban los privilegios que la *fe pública* judicial otorgaba al *dominium civile*.

IV. *Sistema francés*.—Como veremos con más detenimiento al estudiar los sistemas hipotecarios, el derecho francés marca una desviación del germánico, que concentra la fuerza translativa o constitutiva en el contrato, concediendo tan sólo, a la inscripción en los registros públicos, el valor de medio de prueba y de legitimación frente a tercero. Este efecto se patentiza en la constitución de gravámenes, y sobre todo en la hipoteca que adquiere eficacia y toma puesto con la inscripción. En Baden y los territorios renanos sufrió el sistema grandes modificaciones, que lo aproximaron al tipo germánico, tanto en los efectos legitimadores de la propiedad registral (*Bucheigentum*), como en la necesidad de la inscripción para constituir ciertos derechos reales y en la exigencia de formas solemnes que reproducían en cierto modo la *auflassung* tradicional.

Este desenvolvimiento histórico demuestra con cuánta razón el Sr. Oliver llamaba la atención sobre la gran diversidad que existía en las leyes alemanas anteriores al año 1855, tanto en lo relativo a los fundamentos en que descansa-

ban como en la manera de desarrollarlos y en la extensión de las materias o instituciones jurídicas (1).

Al empezar a regir el Código civil Alemán, las variantes hipotecarias eran, según Flossmann (2), las siguientes:

1.º Circunscripciones en que dominaba el régimen de *auflassung* judicial (declaración del transferente e inscripción en los libros del registro).

a) Inscripción a base de la mera *auflassung* (Prusia, Oldemburgo, Brunswick, Coburgo-Cotta, Schaumburgo-Lippe, Schwarzburgo, Sonderhausen, Hamburgo, Lübeck, Mecklemburgo y Waldeck).

b) Inscripción con calificación hipotecaria (Sajonia, Anhalt, Altemburgo, los dos Reuss, Lippe, Nassau, Hessen, en la derecha del Rin).

2.º Regiones donde imperaba el contrato judicial. Cooperación del Juez en el traspaso de la propiedad, independientemente de la inscripción (Brema, Hamburgo y Sajonia-Meiningen).

3.º Regiones en que se emplea la *tradición* para transferir la propiedad.

a) Sin necesidad de otro requisito (Frankfort sobre el Mein, Heligoland y Lauenburgo).

b) Unida a un contrato de enajenación que,

(1) Op. cit., pág. 133.

(2) *Der Begriff der auflassung*, Diss. Borna. Leipzig, 1905, página 13.

en cuanto se trata de extensiones superiores a 3,13 hectáreas, debe ser autenticado (Württemberg).

c) Unida a un contrato de enajenación autorizado por notario (Baviera en la derecha del Rin).

4.º Países en que surte tales efectos el simple contrato (territorios de derecho francés, salvo excepciones; por ejemplo, Alsacia Lorena, Baden, Baviera de la izquierda del Rin).

10.—LA HIPOTECA GERMÁNICA.

La evolución de los derechos de garantía, se halla íntimamente unida a la distinción que los modernos escritores germánicos han puesto de relieve, entre *Schuld* (débito) y *Haftung* (responsabilidad).

En la doctrina romanística que a fines del siglo XIX se creía incommovible y eterna, la obligación aparecía como un concepto inescindible, como una relación jurídica que constreñía al deudor, imponiéndole el cumplimiento de una prestación.

Las investigaciones de Puntchart y von Amira sobre el antiguo derecho del Norte, las de Schwind, Egger y Gierke relativas al Sur de Alemania, las de Partsch sobre el antiguo derecho griego y Koschaker sobre el asirio-babi-

lónico, seguidas por los trabajos de Cornil y Pachioni que discutieron la existencia en el Derecho romano de la distinción entre el *débitum* y la *obligatio*, han puesto en claro el fondo indogermánico de la misma y el carácter de universalidad que presenta en la historia del derecho.

Schuld equivale a deber jurídico. En su sentido más amplio, se encuentra en toda relación jurídica (real, de crédito o personal). En su sentido estricto y técnico, es una relación jurídica sustantiva cuyo contenido obliga recíprocamente a acreedor y deudor. Vista desde el lado del deudor, la relación se caracteriza por su fuerza determinadora, que no sólo le constriñe positivamente al cumplimiento de una prestación, sino que le prohíbe conducirse en forma que la contradiga o perjudique. Pero aquí se acaba su potencialidad coactiva. El débito, como tal, no provoca la explosión de energías ejecutivas, no faculta al acreedor para forzar la prestación ni para exigir daños y perjuicios por su incumplimiento, ni le confiere un señorío sobre la persona o el patrimonio del deudor. Estas son las funciones propias de la garantía o responsabilidad (*Haftung*).

Haftung, en el derecho germánico, indica sometimiento a la potestad de aquel a quien no se ha prestado lo debido, que le otorga la facultad de hacer efectiva la prestación en la garan-

tía constituida, o de obtener con ella satisfacción por el no cumplimiento.

Objeto de la responsabilidad puede ser una persona, su patrimonio o una cosa determinada. En el último caso, que es para nosotros el más interesante, se somete a la acción ejecutiva del acreedor una cosa, mueble en los primitivos tiempos, inmueble cuando éstos entraron a figurar en el patrimonio enajenable, bajo la forma de una investidura (*gewere*) presente o expectante, que deja libre la persona del deudor y el resto de su patrimonio.

De grandes analogías con la antigua *fiducia* romana y con nuestra venta a pacto de retro, este tipo transfería definitivamente la propiedad al acreedor, si el deudor dentro del plazo fijado no pagaba su deuda.

En el estadio llamado de economía natural, alcanzó gran desenvolvimiento la pignoración del goce (*engagement* del derecho francés) sin alterar las relaciones propiamente dominicales. El acreedor disfrutaba la finca mientras no se le devolviera su crédito, y éste permanecía inalterable e irrebajable (*mortgage, mortuum vadium*). Más frecuente era en Alemania la posibilidad de amortizar la deuda con los frutos obtenidos (*vifgage* del derecho francés, *vivum vadium* inglés).

Aprovechando después las ventajas del procedimiento ejecutivo que permitía la confisca-

ción (*missio in banum regis*) y la venta judicial de los bienes con plenos efectos tras año y día, apareció la garantía ejecutiva contractual, en cuya virtud el deudor seguía poseyendo la finca y el acreedor adquiría la facultad de instar el procedimiento de apremio, como si estuviera trabado el embargo, caso de que aquél no cumpliera la obligación. Las partes contratantes debían estipular ante el Juez o autoridades, y el convenio se inscribía en los libros públicos, originando lo que llamamos un derecho real.

También en este campo se entabló combate entre los principios germánicos y romanos con la recepción de los últimos en Alemania; y la admisión de las hipotecas clandestinas, generales, legales y accesorias, así como la posibilidad de ejecutarlas extrajudicialmente, produjo una gran confusión en los ordenamientos locales. Apenas si pudieron salvarse las antiguas exigencias del principio de publicidad en Munich, Lübeck y Brema, que conservaron la inscripción, y en otros derechos regionales que conferían prelación a las hipotecas públicas (*pignora publica*), sobre las privilegiadas y legales.

En la Edad Moderna se inició un enérgico retorno a los cánones germánicos. Sajonia, Prusia, Baviera, Württemberg y Mecklemburgo, sientan los jalones del moderno derecho hipotecario, sobre los principios de publicidad de los gravámenes y transferencias, especialidad

en la determinación de fincas y créditos, legalidad del acto y del documento, puestos fijos en la constitución de los derechos, como si los asientos hipotecarios ocupasen los estantes de un armario (1), sustantividad de la garantía (no accesoriedad del derecho real como en la hipoteca romana), venta judicial en un procedimiento ejecutivo, y, en fin, *mobilización* del suelo, es decir, transformación de la finca en *mueble* por medio de la cédula hipotecaria.

11.—ESPAÑA: DERECHO ROMANO PROVINCIAL.

Como precedentes de gran interés dentro del desenvolvimiento provincial del Derecho romano, debemos citar los párrafos 63, 60, 64 y 65 de la *Lex Malacitana*, el primero (2) de los cua-

(1) De aquí la posibilidad de que un titular se reserve un estante vacío o ponga su derecho donde lo tenía el acreedor (hipoteca del propietario), consecuencias inadmisibles en el Derecho romano, que coloca al propietario siempre en último lugar.

(2) LXIII. «El *duumvir* que tenga a su cargo la dición del derecho, arriende los vectigales, los ultratributos y cualquier otro impuesto que corresponda arrendar en nombre común de los municipes de este Municipio. Los arriendos que hiciere, las condiciones que prescribiese, la cantidad en que se hayan verificado los arriendos, los fiadores admitidos, las heredades sujetas, empeñadas y obligadas y los cognitores de los predios, quienes se hayan aceptado, haga que sean anotados en las tablas públicas de los municipes de este

les, aun limitando su alcance a la recta administración del patrimonio municipal, nos ofrece un modelo de registro de contratos, mientras los últimos nos descubren la existencia del derecho de prediatura, a que hemos hecho referencia como tipo primitivo de garantía inmobiliaria, y determinan las líneas generales del procedimiento para la venta de los bienes gravados (1).

12.—INFLUENCIAS GERMÁNICAS.

Con las invasiones de principios de la Edad Media, se entabla la lucha entre las dos orientaciones, romana y germánica, que con variable preponderancia han inspirado, hasta el día

Municipio, y téngalos fijados al público por todo el demás tiempo que continúe el *duumvir* en su dignidad, de modo que clara y sencillamente puedan leerse en el sitio en que los decuriones o conscriptos ordenaren fijarlas. (RODRIGUEZ DE BERLANGA: Monumentos Históricos del Municipio Flavio Malacitano, Málaga, 1864, pág. 92).

(1) «La rúbrica LX del bronce de Malaca contiene una disposición, cuyos detalles han sido del todo desconocidos hasta su descubrimiento.» «Viene a dar a conocer que el *praes* respondía con sus bienes habidos y por haber... de la integridad con que el *duumvir* o el *custor* manejara los fondos públicos.» (Ibid., pág. 392). Intimamente unidas a aquella rúbrica se hallan las LXIV y LXV sobre la ejecución del derecho de prediatura y los procedimientos anejos (véase ibid., págs. 95 y sigs.). Los detalles de la institución pueden verse en DERNBURG: Das Pfandrecht, párrafo 3.º, cap. I del lib. I: *Die Prädikatur*

de hoy, las legislaciones y códigos de la Península.

Ni la palabra *gewere* (1) ni el término investidura han dejado huellas claras en el ordenamiento civil visigótico; pero el concepto germánico, que yace en el fondo de ellas, se patentiza en múltiples pasajes cuya redacción nos parece enigmática.

(1) El ilustre catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, D. Laureano Díez Canseco, sospecha que el término *enguenar* que emplea la Ley 15, tít. IV, libro III del Fuero Viejo procede etimológica y jurídicamente de *gewere*. Mayer, en un erudito trabajo sobre nuestro antiguo derecho de obligaciones (*Das altspanische obligatio-nenrecht in seinen Grundzügen-Zeitsch. für vergleichende Rechtswissenschaft*, 88, 98), anota que *enguera* se encuentra en el sentido de aprovechamiento (por ejemplo, *pro enguera*, de bestia caballar, F. de Nájera). *Enguerare* (*angariare*) significando usar, aparece en los F. de Usagre, Teruel, Cuenca, Navarra. Poner en posesión se dice *enguerare* en Usagre, 16 y 63. Naturalmente, de *enguera* (utilización), viene *enguerare* (utilizar) y *pro enguera* indica a veces la multa que ha de pagarse por utilizar la cosa ajena. El término se refiere no solamente a las caballerías y animales en general, sino también a los muebles e inmuebles. Empero nada tiene que ver con la palabra alquiler, ni con *angaria*, si bien al olvidarse su significado se confundió con esta última. El primitivo valor del término pone de relieve la facultad primordial de todo poseedor (usar, utilizar) y la situación jurídica en que ha de ser restablecido el despojado. Por eso insiste en que su estirpe es germánica. Como de *wisa* y *warda* se derivan *guisa* y *guarda*, puede venir *guera* de *wera* (utilización posesoria). El prefijo *en* tiene cuño germánico *inwere* (*Eingewere*), y también se ha dicho *enguarda* por *guarda*. Puede suponerse que la prótesis *en* nasaliza la inicial *w* (*gu*). De cualquier modo, termina el citado Mayer, se halla en la palabra *enguera* la germánica (*ge*) *were*. Para el Sr. Díez Canseco la forma *enguera* corresponde a enlazar, emprestar, envolver, etc.

Por de pronto, el procedimiento germánico con el *derecho de prueba* ha dejado sus huellas en el *Liber Visigotorum* (1), a pesar del influjo romanista del clero, y Meyer cita varios pasajes del mismo (2) para mostrar su concordancia con el principio de publicidad que inspira las leyes bárbaras.

El *Liber Papiensis*, una exposición a Rotario, hacía notar que el uso de probar con juramento el que reclamaba un caballo, que no lo había donado ni vendido, sino que se lo habían sustraído, iba contra las Instituciones de Justiniano que concedían al poseedor la ventaja en el procedimiento.

En la fórmula visigótica que lleva el número 40, se consigna el esquema de un juicio que, si bien se halla ya enormemente influido por el Derecho romano y canónico, deja ver la fuerza del juramento, cuyos solemnes términos fija la fórmula 39.

(1) V. la Ley 1.^a, tit. II, del lib. II, que obliga al demandado a contestar en ciertos supuestos y la 6.^a de los mismos título y libro sobre el juramento del demandado.

(2) Leyes 1.^a y 8.^a, tit. II, lib. VII; Ley 21, tit. I del libro IX, y Ley 1.^a, tit. III del lib. XI, en *Das Publicitätsprincip*.

13.—LA RECHTE GEWERE Y EL AÑO Y DÍA.

Durante la reconquista, los precedentes germánicos hacen explosión en el Derecho procesal con el cambio de la prueba, los juramentos de mancuadra y el carácter acusatorio del juicio (1). «Si un ome, dice el Fuero Viejo (2), demanda a otro eredit de que es el otro tenedor, et diz que la faga sua, ansi como el fuero mandase, e non la puede facer sua, debe perder la eredit et pechar 60 sueldos» (3). Pero sobre todo, donde la investidura legal (*rechte gewere*) desenvuelve su potencialidad, es en la llamada prescripción de año y día (4).

Dicho queda cómo en los embargos de bienes por los Jueces reales, se concedía al ejecutado para recuperarlos el plazo de año y día, pasado el cual la confiscación adquiría carácter definitivo, y cómo se aplicó igual criterio para admitir reclamaciones en los casos de enajenación judicial o tipos de transferencia asimilados (*Auflassung*, inscripción...). Pues bien; esta institución, que se extiende (5) en virtud de las capi-

(1) Vid. Fuero de León, 11, 86.

(2) Ley 10, tít. I del lib. III.

(3) La multa de 60 solidos o sueldos aproxima el texto a otros análogos del derecho francés.

(4) Sobre las variadísimas opiniones relativas al origen de la prescripción anual, véase CHAMPEAUX: *Essai sur la vestitura*, pág. 376, nota.

(5) Vid. Champeaux, op. cit., pág. 363 y sig.

tulares de los reyes francos durante el siglo X, aparece ya en los Fueros de Santa María de Alquézar (1075) y Miranda de Ebro (1091), y se perpetúa en todos los de aquella época, concediendo al propietario que poseyese quieta y pacíficamente los bienes por año y día, el privilegio de no contestar siquiera a quien sobre ellos le demandare. Hacen notar los Sres. Alas, de Buen y Ramos (1), que los fueros municipales forman, por lo que a este particular se refiere, dos grupos: uno, en el cual figuran (2) los que no exigen título de adquisición al demandado, y así dice con toda claridad el Fuero de Usagre: «*Tod omme a quien demandasen hereditat, et pudier el firmar que mas de anno et día que la tiene con lavor quel pertenece, non responda por ella...*» (3).

Corresponden al segundo grupo, según los citados autores, los fueros que añaden la exigencia de un título de compra o de adquisición, es decir, un título hábil para transmitir la propiedad (4).

Sin negar las posibles orientaciones que los

(1) En su tratado *De la Usucapción*, Madrid, 1916, pag. 51 y siguientes, donde pueden verse los detalles históricos y bibliográficos.

(2) Santa María de Alquézar, Logroño, Miranda de Ebro, San Sebastián, Santo Domingo de la Calzada, Brihuega, Usagre, Soria.

(3) Disposición 94, edición Ureña-Bonilla.

(4) En él incluyen a los Fueros de Jaca, Estella, Molina de los Caballeros, Medinaceli, Antoñana, Bernedo, Camarón, Cuenca, Plasencia, Zorita de los Canes, Alcázar.

precedentes romanos e indígenas hayan impuesto al derecho popular, creo deficientes las investigaciones aludidas y equivocado el valor que en las mismas se concede al título adquisitivo cuando se sostiene, no sólo que los fueros del segundo grupo exigen una especie de prueba de la adquisición, sino que los del primero no autorizan para «afirmar con fundamento que se diese en ellos a la institución que nos ocupa el carácter de modo de adquirir la propiedad» (1).

Debe tenerse presente, para enfocar la materia desde un punto de vista adecuado, que así como los romanos sentaron la energía del procedimiento en los modos de adquirir y formaron con rígido tecnicismo tal doctrina, desconocían los germanos estos desenvolvimientos de la ciencia jurídica (2) y colocaban el eje de la protección a la propiedad directamente en el derecho procesal, dejando, en cierto modo, al margen los preceptos sustantivos.

Tampoco aparece preciso el concepto de la *gewere* e instituciones afines, cuando para señalar la diferencia entre los derechos germánico y español los mismos autores añaden (3): «La principal ventaja que allí como aquí proporciona la posesión de año y día, es la de dar al poseedor el papel de demandado en el jui-

(1) Loc. cit., pág. 56.

(2) Vid. DELBRUCK: Die dingliche Klage, pág. 27 y sig.

(3) Op. cit., pág. 64.

cio, facilitando así la penosa tarea de la prueba; pues bien, nuestra legislación, de acuerdo con lo que acabamos de decir, no da esa favorable posición más que al que posee en concepto de dueño.» En la lucha judicialmente entablada entre dos posesiones, la antigua podía ir acompañada de un derecho a la prueba, y el demandante, fundado en ella, se limitaba a corroborar con juramento su afirmación, presentando, si la importancia del asunto o el Juez lo exigían, *conjuratores*; pero si el actual poseedor había sucedido al antiguo o había adquirido la finca con las solemnidades que producían una investidura legítima, se defendía sin más que probar la tenencia de año y día. La carga de la prueba es un concepto desconocido para las fuentes germánicas, que constantemente hablan de la defensa del demandado, como si perpetuasen en el procedimiento las características acusatorias de los antiguos juicios. El que ha sido desposeído de una cosa mueble, reclama en primer lugar el castigo del culpable y consiguientemente la devolución o indemnización, y aun en los procesos inmobiliarios, el punto capital del ataque es la afirmación hecha por el actor de que el demandado posee injustamente (*malo ordine tenere*) (1). Esto explica la exigen-

(1) SCHRODER: *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*, 5 auf., Leipzig. V. Veit & Comp., 1907, Pág. 369.

cia de buena fe en la tenencia y las frases con que nuestros Fueros limitan la defensa del demandado (*habuissent... sine ullo malo, sine mala voce*), así como las disposiciones procesales que tanto pueden escandalizar a los oídos romanistas (1).

«Todo aquel que fuere tenedor de algún hereditat, non responda por ella, pues que anno y día fuere pasado», dice uno de los ejemplares más antiguos (2) del Fuero de Soria; y añade otra copia posterior «si la compró sin arte y sin enganno» (3). «Et si después le fuere demandada que yure con dos vecinos que compró sin arte e sin enganno y pagó aquella hereditat quel demandan y fué tenedor de ella en paz y en faz anno y día. Et atal compra como esta, magüer carta non aya hy fecha vala, salvo contra

(1) Después de estudiar detenidamente las primeras fases del procedimiento judicial en los fueros de nuestra península, Mayer (op. cit., pág. 75 y sig.) afirma que todas las acciones ejercitables proceden de delitos más que de obligaciones contractuales. Al examinar los requisitos de la transmisión de propiedad (*ibidem*, pág. 185 y sig.) toca la cuestión de año y día limitando los efectos de su transcurso a la caducidad del derecho de retracto, a la sanción de 60 sueldos contra quien demandase al tenedor, al cambio de la posición defensiva y a la fijación del derecho o facultad de disponer y litigar en el poseedor pasado aquel plazo. Para Champeaux (op. cit., pág. 419) la de año y día es una prescripción extintiva fundada sobre la publicidad de una pretensión.

(2) Fuero de Soria, ed. de Galo Sánchez. Códice A (que se supone el más antiguo), XXVII. Capítulo de las cosas que se pierden o se ganan por tiempo.

(3) Códice B, ed. Galo Sánchez.

ome que vaga en catino o que sea ydo en ro-
mería o contra ninno sin edat.»

El estrato germánico aflora en las leyes del Fuero Viejo que se refieren directamente a las demandas (1) y a las fianzas de saneamiento (2).

Por último, el principio recibe su consagra-
ción definitiva en la conocida ley 1.^a, título XI
del libro II del Fuero Real: «Todo home que
demandare heredad a otro, o otra cosa cual-
quier, si el tenedor de la heredad, o de aquella
cosa que le demandan, quisiere ampararse por
tiempo, e dixere que año y día es pasado que
lo tuvo en paz y en faz, entrando y saliendo en
la tierra o en la Villa el demandador, no le res-
ponda (3) el tenedor de la cosa...»

14.—TRIUNFO DE LA POSESIÓN ROMANA.

La enorme preponderancia que el Derecho
romano adquirió en nuestra patria durante el
siglo XII, se refleja, no sólo en las *Partidas* que

(1) Ley 2.^a, tit. IV del lib. IV.

(2) Ley 9.^a, tit. I del lib. IV y Ley 2.^a, tit. II del mismo li-
bro. El principal resultado de la prescripción de año y día
es para Champeaux (op. cit., pág. 421) el de dispensar al de-
mandado de la presentación de su garante (autor, fiador).
Por eso el vendedor garantiza solamente durante el año
(ibid., pág. 422).

(3) Las frases «no le conteste», «no le responda», «posea
sin contradicción»..., nos colocan muy lejos de los procedi-
mientos posesorios que se introdujeron más tarde.

examinaremos aparte, sino en las mismas Leyes del Estilo que interpretan los preceptos del Fuero Real. Reproduce, es cierto, la ley 211 aquella disposición de las Capitulares de los reyes franceses que confirmaba las ventas de los bienes del deudor, hechas por los Jueces reales, cuando no se hubiere reclamado contra ellas dentro de año y día; pero, en cambio, la 192 preceptúa que «si el tenedor de la cosa se defiende por tiempo de año et día, et el alcalde, por presunción derecha, sospechase contra el tenedor que non tenga la cosa derechamente, puédele preguntar et apremiar que diga el título por do ovo la tenencia de aquella cosa»; y, sobre todo, la 242 acepta, con la doctrina procesal romana, la separación del posesorio y del petitorio al indicar cómo interpretaban la citada ley del Fuero Real los Alcaldes de la corte: «Se entiende que non sea tenuto de responder este tenedor quanto *en la tenencia*, et finca el tenedor por el año et día en la verdadera tenencia desta cosa, mas la propiedad, que es el señorío de la cosa, en salvo finca a la parte que la puede demandar.» «Empero si este que tiene la cosa, mostrase que la compró, o otro título o derecho, et mostrase que la tovo año et día en faz et en paz del demandador, non será tenuto de responder sobre la posesión, nin sobre la propiedad.»

La ley 1.^a del título IX del Ordenamiento de

Alcalá todavía sostiene la doctrina que contienen los «fueros de algunas Cidades, Villas e Logares»: «El que toviere la cosa anno e día, que non se escuse de responder por ella, salvo si toviere la cosa anno et día con título e buena fée.» Aparecen terminantemente separadas la prescripción de la propiedad, y la prescripción de la posesión en la ley 65 de Toro, y a través de la Novísima Recopilación (1) llega la Institución a la ley de Enjuiciamiento civil (2) y al Código civil (3) completamente desfigurada, por la equiparación del año y día del Derecho franco al año en que debían ejercitarse los interdictos romanos.

¡Destino fatal de las instituciones jurídicas! La investidura solemne que en Alemania se perpetúa, y al contacto de los libros registrales produce el principio de legitimidad de la inscripción, deriva en España por los cauces interdictales y pierde toda relación con el Registro de la propiedad.

(1) Ley 3.ª, tit. VIII, lib. XI.

(2) Art. 1.658.

(3) Art. 460, núm. 4.º y 1.968, núm. 1.º

15.—ADQUISICIÓN DERIVATIVA DE LA PROPIEDAD.

De igual manera que en el resto de la Europa occidental, han coexistido en nuestra patria, durante la Edad Media y Moderna, múltiples sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria que han contribuído a la confusión, que todavía caracteriza a tal ordenamiento jurídico.

Insinuación.—En el Código de Alarico o Breviario de Aniano, que estuvo vigente para los hispano-romanos hasta la ley de Recesvinto (1), se encuentra reproducido el Edicto de Constantino sobre las *insinuaciones*, y aceptadas las reglas correspondientes del Código Teodosiano. La formalidad que debía practicarse ante los magistrados municipales, decuriones y defensores de la ciudad, no era obligatoria más que para las donaciones, pero también se empleaba en las ventas y testamentos (2). El Código de las *Siete Partidas* la impone cuando las donaciones pasen de 500 maravedís de oro (3). Pero donde la insinuación adquirió un carácter más en consonancia con el principio de pu-

(1) Ley 8.^a, tít. I del libro II, *Lex Visigotorum*.

(2) Ley 1.^a, tít. X. *Interpretatio* de las leyes 1.^a y 3.^a, tít. V.

(3) Ley 9.^a, tít. IV; *Partida* 5.^a

blicidad, fué en el Reino de Aragón. Un fuero dado en las Cortes de Zaragoza de 1398 ordenó que las donaciones de 500 o más sueldos jaqueses, se pusieran en conocimiento del Juez para que tomara razón en el Registro del Tribunal y confirmara el acto (1). En el Fuero de Valencia se ordena también que los pagos por razón de *dot e creix* y las donaciones se inscriban, al menos en extracto, en un *libre o registre* que llevaban las Justicias de las ciudades (2).

Tradición.— Dando un paso notable en la evolución de la *traditio*, las leyes del Código Alfonsino separan ya los dos elementos que más tarde han de cristalizar en la teoría del título y modo. La ley 46 del título XXVIII, *Partida 3.^a*, exige una derecha razón (venta, dote, permuta...) y un apoderamiento «que faga un ome a otro de su cosa» para que se verifique la transferencia del señorío. Como excepción, y siguiendo también en esto los precedentes romanos, establece que en caso de venta, no pasa el señorío de la cosa al comprador hasta que no esté pagado el precio, si no se hallaba afianzado o garantizado en forma real o simplemente aplazado.

Con análogo criterio y técnica más rigurosa, el Código de las Costumbres de Tortosa decla-

(1) Foror. Reg. Ar., tit. *De Donationibus*, 3.

(2) Ley 17, Rúbrica 5.^a, lib. V, *Fori Regni Valentiae*.

ra, de una parte, que ningún hombre adquiere el dominio de la cosa, aunque la posea *si just titol no ha*, mientras, de otra, niega fuerza real a la transferencia convenida en virtud de donación, permuta u otro título de enajenación *si la tradicio de la cosa no es feyta* (1).

Transferencia pública.—La corriente germánica que acercaba la venta de las fincas a un acto público, si bien no se exterioriza en el Fuero Juzgo, tampoco fué vencida por las orientaciones hacia la clandestinidad del Derecho romano. «No se encuentra en todo el Código visigótico, dice Oliver (2), precepto alguno favorable a la clandestinidad de los actos de transmisión y gravamen de los bienes inmuebles.» «Entre los germanos, lo mismo que en los primeros tiempos de Roma, asegura Cárdenas (3), y por iguales causas, no se trasladaba el dominio sin intervención de la autoridad pública ni sin fórmulas y solemnidades que acreditaban la autenticidad y legalidad del acto.»

Durante la Reconquista se encuentra en muchos Fueros la *robración* o ratificación solemne de las ventas: unos exigen, además de la escri-

(1) Cost. V. De reivind., lib. III; Cost. VI, De Donat, libro VIII.

(2) Op. cit., pág. 240.

(3) Propiedad territorial, pág. 67. En verdad el cap. III apenas si hace uso de las fuentes nacionales, siendo las citas de la *Lex Ripuaría, Sálica, Burgundionum, Alamanorum, Saxonum*, etc.

tura (carta), que se publique el contrato en la *colation exida* de la misa (como los Fueros de Alcalá de Henares y Molina); otros (como el de Sepúlveda) señalan los domingos y fiestas, en que viniendo a Concejo puede el vendedor robrar al comprador; algunos (como el de Plasencia) disponen que quien quisiere vender una finca *fagala pregonar por tres dias en la cibdad*; y los que seguían al Fuero de Cuenca (Alarcón, Alcázar, Consuegra, Baeza), dejan al arbitrio del comprador la elección del día en que la robración debía efectuarse (sábado a vísperas o e domingo a vísperas).

El Fuero Viejo ordena que «ninguna eredat non se deben vender de noche nin de dia a puertas cerradas» (1), y hasta obliga al labrador de behetría a otorgar el contrato «al pie de la eredat» (2).

Con reglamentación más técnica establece el Fuero de Vizcaya el sistema de pregones en la iglesia o anteiglesia, por regla general durante tres domingos, para las ventas voluntarias o forzosas de fincas, así como el Fuero general de Navarra para la venta a son de campana de los bienes raíces, con requerimiento a los tronqueros que pudieran ejercitar el retracto.

Intervención de autoridades o funcionarios es-

(1) Ley 2.^a, tít. I, libr. IV.

(2) Ley 7.^a del mismo título.

peciales.—Aparte de las múltiples formas de robración a que se ha aludido, arraigaron en algunas regiones tipos de enajenaciones que recuerdan las ventas hechas al amparo de las Capitulares de los reyes francos. El Estatuto Real que para Mallorca dió Don Sancho en 1321, declaraba firmes las ventas y adjudicaciones hechas por los Tribunales, previas las solemnidades de derecho y con justa causa, sin que contra ellas se admitiese demanda ni reclamación. Y más tarde (en 1413) los Jurados de aquel reino, con aprobación del Gobernador, dictaron un ordenamiento para dar seguridad a los adquirentes de buena fe, según cuyos preceptos, cuando se tratara de vender alguna *possessio rustica, vel urbana aut censualia* debía anunciarse por un plazo de treinta días, requiriendo a los que entendieran tener derechos sobre la misma para que los denunciasen a la curia, bajo la conminación de que, no haciéndolo así, caducarían las acciones correspondientes (1).

Tengan o no sus precedentes inmediatos en las constituciones de Zenón y Justiniano, que confiaron al Fisco el privilegio de vender con las seguridades aludidas, se encuentran estas ventas *ex plenitudine regiae potestatis* en el Sur de Italia, sobre todo en Sicilia, donde tanta in-

(3) Véase el texto completo en Oliver, op. cit., pág. 277, nota.

fluencia ha ejercido la Casa de Aragón, y liberaban a las fincas no sólo de los gravámenes hipotecarios, sino también de las acciones dominicales (1).

En el número XXIV de las costumbres de Barcelona, conocidas con la designación *Reconoverunt proceres*, se ordena «que nadie pueda reivindicar la cosa de aquel que la compró mediante corredor público y públicamente, a menos que restituyere el precio» (2).

En fin, el exuberante desarrollo de la institución notarial en los estados cristianos de la Península durante la Edad Media, influyó de un modo notable en los actos transmisivos de la propiedad. El valor de la escritura pública no es ciertamente el mismo: para la ley 56, título XVIII de la *Partida* 3.^a, «vendidas facen los omes entre sí, e porque aquello que pusiesen *sea firme* facen ende carta»; en cambio, según otra ley del mismo Código (3), «compra e vendida se puede facer en dos maneras: la una es con carta e la otra sin ella», y cuando se hiciera por carta «*non es acabada* fasta que la carta sea fecha e otorgada». Sobre estos precedentes aparece reforzado el principio de publicidad en

(1) Gianturco, op. cit., pág. 23.

(2) Vid. el texto castellano en MALUQUER: *Derecho Civil Especial de Barcelona y su término*, Barcelona, «La renaixensa» 1889, pág. 241.

(3) Ley 7.^a, tít. V de la *Partida* 6.^a

el Fuero de Vizcaya (1), que exige el otorgamiento de escritura pública en las donaciones, ventas y enajenaciones de casas, ferrerías, etc.

Las Observancias y Fueros aragoneses van tan adelante en este camino, que la mayoría de los autores atribuyen a la escritura pública el carácter de requisito necesario para la *perfección* del contrato de venta de una cosa inmueble, si bien la Jurisprudencia, inclinándose a la opinión de algunos comentaristas, declara que el otorgamiento sólo es indispensable para la *consumación* (2).

16.—EL DERECHO REAL DE HIPOTECA.

Las líneas generales de la evolución en el Derecho romano de la hipoteca son aplicables a la legislación hispano-romana, como lo prueba la institución de la *prediatura* conocida en primer lugar por las precisas disposiciones, ya citadas, de los Bronces de Málaga.

En el *Forum Judicum*, los derechos de garantía real sobre muebles e inmuebles se distinguen con el nombre de *pignus*, quizá porque la denominación de hipoteca procedente del Derecho bizantino e interpolada en el *Corpus ju-*

(1) Ley 12, tit. XX.

(2) Vid. los textos citados en BLAS Y MELENDO: *Derecho Civil Aragonés*, 2.^a edición. Zaragoza, Gasca, 1903, pág. 403.

ris, no era corriente en el romano cuando se separó del Imperio de Occidente el reino visigótico (1). Las leyes del Fuero Juzgo, propiamente dicho, no se ajustan al tipo regulado por las cinco primeras del título VI del libro V de la *Lex Wisigothorum*, que se aproxima al *Wadium*, con intervención judicial en la venta de la cosa pignorada (2). La primera de las citadas leyes, precisamente, prohíbe un procedimiento que entre los visigodos y demás pueblos germánicos era muy corriente para hacer efectiva una obligación: la prenda que el acreedor tomaba por su propia mano entre los bienes del deudor (3).

Los Fueros municipales reflejan con persistencia esta antigua costumbre, llegando los de Yanguas y San Miguel de Escalada a permitir la pignoración de las casas e inmuebles. En ninguno de ellos «eran conocidas las hipotecas u obligaciones de bienes constituídas tácita u ocultamente» (4).

(1) Si hemos de aceptar con Sohm el sorprendente resultado a que llega M. Fehr en su estudio *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*. Upsala, 1910.

(2) Vid. DERNBURG: *Das Pfandrecht*, vol. II, pág. 258.

(3) Vid. HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho Español*. Madrid, 1915, pág. 79 y sig.

(4) Oliver, op. cit., pág. 242. De los citados estudios de Mayer (*Zeitsch. für Vergl. Rechtsw.*, 39, 40) se deduce, por el contrario, que la transmisión fiduciaria (*Wadiation*) al acreedor de los bienes del deudor, se extendía en nuestros fueros al patrimonio inmobiliario; de suerte que la autoriza-

En el Fuero Viejo de Castilla, sigue la garantía real sobre inmuebles figurando entre los *peñíos*, y la reglamentación de la ley 4.^a, título V del libro III, relativa a los casos en que «un ome empeña a otro guertas o casas o viñas» nos recuerda el tipo de *mort-gage* o prenda con goce de frutos.

La hipoteca romana aparece ya, si bien bajo el concepto y nombre de *obligación de bienes*, en las leyes 6.^a y 7.^a, título XIX del Fuero Real (1), la primera de las cuales declara que la buena de los Obispos o de los que «alguna cosa tienen del Rey» «es empeñada a la Iglesia» «o al Rey»; disponiendo la segunda que el que obligare sus bienes presentes y futuros pignora lo que después ganare «mas si alguna cosa nombradamente empeñare, aquella solamente sea empeñada, e no mas».

Con el triunfo del Derecho romano en los siglos XIII y XIV, pasa la técnica del *Corpus Juris* a los fueros regionales y especialmente al Código de las *Siete Partidas*, bajo las denomi-

ción concedida por las Observancias de Aragón al deudor para que pudiera vender cualquier finca, aunque las hubiera *obligado* en general (II, 8, 9, párrafo 24), indica que se abandonaba el derecho germánico y se aceptaban los conceptos romanos.

(1) Las leyes 7.^a y 8.^a, tit. I del lib. V del Fuero Viejo que citan Galindo y Escosura (en sus conocidísimos *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, cap. I, párrafo 2.^o) para demostrar que aquel texto establece en favor de la mujer casada la hipoteca legal, no son muy convincentes.

naciones de *pinyora*, *penyo*, *penyora*, *peño* y con modalidades variadísimas, que hoy se clasifican, teniendo en cuenta su origen, en hipotecas voluntarias, legales y judiciales; por su extensión, en generales, especiales y especialísimas; por su forma, en expresas y tácitas, y por su prelación, en privilegiadas y no privilegiadas.

17.—LA CONTADURÍA DE HIPOTECAS.

Los inconvenientes de la clandestinidad en la adquisición, contratación, situación jurídica y gravamen de los inmuebles, se dejaron sentir a fines de la Edad Media, cuando fueron rompiéndose los estrechos moldes de la economía natural, y llevaron paulatinamente a un régimen de *toma de razón*, que sirvió en nuestra patria de precedente importantísimo a la introducción del sistema germánico, en la segunda mitad del pasado siglo.

Una de las más antiguas disposiciones en que suena ya la palabra Contador, para referirse al encargado de llevar libros de registros relativos a inmuebles, es la Pragmática de don Juan II, fechada en Madrid el 21 de Diciembre de 1423, ordenando la presentación de las cartas y albalaes, acreditativos de mercedes otorgadas por sus antecesores o por él mismo, para

que una vez examinados y ratificados fueren asentados «dende en adelante en los nuestros libros».

Notable es el ordenamiento de las Cortes de Zaragoza de 1442 (1) declarando la nulidad de las ventas de bienes inmuebles realizadas sin entrega «real, natural o de feyto» si los títulos no fueren presentados «devant el Judge ordinario de los ditos compradores» para que se insertaren en los libros o registros que llevaban.

Pero la orientación más decidida y la protesta más enérgica contra el régimen de clandestinidad, aparecen antes de que se iniciasen las grandes corrientes comerciales del siglo XVI, una vez terminada la reconquista y descubierta el Nuevo Mundo, con las quejas de los Procuradores que en las Cortes de Madrid de 1528 solicitaban del Emperador que se publicasen «los censos y tributos que se echasen», llevando los contratos «antel Escrivano del concejo del lugar adonde passase», a lo que se respondió imponiendo únicamente a los que «pussiesen censos y tributos sobre sus casas y heredades, la obligación de manifestar los que tuvieren sobre ellas» (2).

(1) Inserto en el Fuero 1.º, lib. IV, For. Regni Arag. El Fuero 2.º del mismo libro concede un nuevo plazo para los mismos efectos y fué estatuido por las Cortes de Zaragoza, 1495.

(2) Petición LXV. Cit. por Oliver, op. cit., pág. 244.

Con mejor éxito, las Cortes de Toledo de 1539 propusieron «que en cada ciudad, villa o lugar donde oviere cabeza de jurisdicción, aya una persona que tenga un libro en que se registren» los contratos de censos, tributos, imposiciones e hipotecas, que «no registrándose dentro de un término no hagan fe» «y que el tal Registro no se muestre a ninguna persona sino que el Registrador pueda dar fe si ay o no algún tributo o venta anterior, a pedimiento del vendedor» (1). Nuevamente insisten sobre la importancia del asunto las Cortes de Valladolid de 1548, 1555 y 1558, sin lograrse el establecimiento formal de los Registros, ni el apoyo de los Tribunales de Justicia, a pesar de las varias Reales Cédulas expedidas y de la inclusión de los indicados preceptos en la Nueva (2) y Novísima Recopilación (3) que fijaron el plazo de seis días, contados desde el otorgamiento de los contratos, para que fuesen registrados.

Por último, Carlos III aprobó en el Pardo la Pragmática de 31 de Enero de 1768 con la Instrucción redactada por Campomanes y Floridablanca (4) estableciendo el *Oficio de hipotecas*

(1) Petición XI. *Ibid.* GALINDO Y ESCOSURA: Colección completa de Leyes, etc. Madrid, Gutenberg, 1881, pág. 5, dicen *Pet. 2.ª*

(2) Ley 3.ª, tit. XV, lib. V de la Nueva Rec.

(3) Ley 1.ª, tit. XVI, lib. X de la Novísima.

(4) Ley 3.ª del título citado de la Novísima.

en las cabezas de partido a cargo de los Escribanos de los Ayuntamientos, que estaba vigente en todo el Reino cuando se promulgó la ley Hipotecaria de 1861.

Siguiendo los mencionados precedentes, ordenaba la Pragmática que por dichos funcionarios se llevasen registros separados de cada uno de los pueblos del distrito, en un libro o muchos que, precisamente, se habían de guardar en las Casas capitulares, donde se tomase razón, distribuyéndose los asientos por años de todos los instrumentos de imposiciones, ventas y redención de censos o tributos; ventas de bienes raíces, o considerados como tales, que constare estar gravados con alguna carga; fianzas en que se hipotecaren tales bienes, escrituras de mayorazgos u obra pía y, generalmente, de los que contuviesen especial y expresa hipoteca o gravamen, o de su liberación y redención.

La toma de razón, que había de practicarse normalmente en virtud de primera copia, estaba reducida a referir la fecha del instrumento, los nombres y vecindad de los otorgantes, la *calidad* del contrato, obligación o fundación y los bienes raíces gravados o hipotecados, con expresión de sus nombres, cabida, situación y linderos.

Se regulaba de un modo sencillo la publicidad, por medio de notas y certificaciones, y se

establecía un sistema de índices para facilitar el hallazgo de las cargas y liberaciones.

Las principales consecuencias de la falta de registro eran que «no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas».

El antiguo plazo de seis días para tomar la razón se conservaba, si el otorgamiento fuese en la capital, y se ampliaba a un mes en otro caso.

La institución, que representaba un avance notable en el desenvolvimiento del principio de publicidad, fué aproximándose a los tipos de registro inmobiliario con el Edicto dado en Barcelona a 11 de Julio de 1774 para facilitar la observancia de la Pragmática, que dispuso se registraran asimismo todas las escrituras de bienes raíces, constase o no que se hallasen gravados, las instituciones de herederos a quienes se diere sustituto, las donaciones en contratos matrimoniales y las instituciones de vínculos o fideicomisos.

Igualmente acusa un progreso apreciable la ley de implantación de los Oficios o Escribanías de Hipotecas en el Reino de Navarra (1) que, en algunos particulares, admitía el princi-

(1) Puede verse en GALINDO Y ESCOSURA: Colección completa de Leyes, Reales decretos, etc., pág. 19 y sig.

pio de prelación hipotecaria, otorgando un derecho de preferencia a quien primero inscribiera.

Aunque partiendo de bases rentísticas, muy diferentes de las consideraciones de orden civil en que se fundan los Registros inmobiliarios, contribuyó en gran manera a preparar el terreno para su establecimiento en España el impuesto denominado, en un principio, Derecho de Hipotecas, cuyos enérgicos preceptos en el segundo tercio del pasado siglo, al mismo tiempo que forzaban la *toma de razón* cada vez más olvidada, pretendían introducir innovaciones inspiradas en los principios germánicos, y cuyos frondosos desarrollos amenazaron la sustantividad e independencia de las Contadurías de Hipotecas, oficialmente dominadas por el Ministerio de Hacienda.
