

VII

FUENTES DEL DERECHO HIPOTECARIO ESPAÑOL

1.—EL PROBLEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

El desenvolvimiento integral del Derecho hipotecario, con armónica ponderación de sus aspectos material y formal (sustantivo y adjetivo), nos obliga a plantear el problema de las fuentes del Derecho. Pero la discusión se limitará a breves notas, para evitar incursiones dentro del sector correspondiente a la «Introducción en la Ciencia Jurídica».

Durante el siglo XIX, y como consecuencia del racionalismo jurídico que el Código Napoleón impuso en el Occidente de Europa, la voluntad del legislador fué elevada a la categoría de divinidad omnisciente, ya que no omni-

potente, cuyos mandatos debían ser obedecidos sin discusión, y cuyas intenciones debían ser deducidas en el curso de laboriosas investigaciones o adivinadas genialmente por el intérprete (1).

En los Códigos estaba condensado todo el derecho racional, con sistematización adecuada a las necesidades del país y sin dejar huecos o lagunas que permitieran vegetar extrañas instituciones. Por otra parte, la teoría de la separación orgánica de los Poderes del Estado que, bajo la lejana influencia de Aristóteles y la próxima de Montesquieu (2), avasalla a los políticos de la Revolución francesa y sirve de base a los pactos constitucionales, tendía a encerrar las facultades judiciales dentro de los cauces de la mera deducción silogística.

Los métodos de investigación que corresponden a esta intuición jurídica, aceptan como fundamentales premisas que los Códigos se bastan a sí mismos y que la jurisprudencia tan sólo

(1) «La voluntad del legislador es la más soberana mentira convencional de nuestra justicia. Es la divinidad de nuestra teología jurídica, omnisciente, providente y previosora; todas sus manifestaciones son consideradas pensamientos rígidamente lógicos y coherentes... Para los juristas, como para los Teólogos, los Códigos, como las sagradas escrituras, contienen la solución de todos los problemas» (COSENTINI, *La Riforma della legislazione civile*, Módena, Soc. tip. Mod., pág. 268, refiriéndose a Kantorowicz).

(2) Véase sobre el particular *La División de los Poderes del Estado*, por D. Emilio Miñana. Madrid, López del Horno, 1917.

ha de poner en evidencia las consecuencias naturales de sus preceptos (1).

El Juez ha de buscar en la letra de la Ley, en su espíritu, en su peculiar sistema o en los fines que persigue, la premisa mayor del silogismo, para introducir el hecho concreto o la cuestión litigiosa en la premisa menor, y obtener el fallo en la conclusión. Con tal objeto, pone a contribución la gramática, la ciencia conocida por el legislador, su presunta intención y los antecedentes de la Ley reflejados en los Proyectos, en las Exposiciones de Motivos, en los dictámenes de las Comisiones y en las discusiones parlamentarias.

La costumbre, rechazada en un principio como derecho popular carente de técnica y sospechoso por sus innovaciones, queda en los recientes Códigos castrada, sin fuerza derogatoria y al servicio de la Ley (*ancilla legis*).

Los principios generales del Derecho, eco para unos del mandato divino, reflejo para otros del Derecho natural, verdaderos sucedáneos de la

(1) Hablando de los métodos de interpretación dice Saleilles (Prólogo de la obra de GENY: *Met. de interp. y fuentes*. Trad. española. Madrid, Reus, 1902, pág. vii): «El primero se corresponde con el método clásico o tradicional. Consiste en considerar un Código como un todo que se basta a sí mismo, y que sin poseer, ni con mucho, una vida orgánica, es suficiente para que se obtenga de su ciencia consecuencias lógicas, de suerte tal, que mediante deducciones rigurosas ofrezca una serie de concepciones abstractas, emanadas de él, sin tomar nada del mundo exterior.»

equidad en unos casos, y en otros meras cristalizaciones didácticas del antiguo saber (refranes, adagios, proverbios, axiomas jurídicos, apotegmas, paromias...), entran en el último lugar y casi al amparo de los Tribunales de Justicia (1).

La ciencia jurídica adopta la forma servil del comentario, y aun con tan modestas pretensiones, suscita la desconfianza del legislador. Napoleón, como Justiniano, consideró perdida su obra predilecta, cuando tuvo noticia de los primeros ensayos de interpretación.

En fin, el libre arbitrio judicial, o en términos menos atrevidos, la jurisprudencia de los Tribunales, no obtuvo puesto en la graduación jerárquica de las fuentes, y para mayor seguridad quedó encadenada con el procedimiento de casación, verdadero pleito entre la Ley y el fallo, que en ciertas ocasiones ha de promover el mismo ministerio fiscal.

Este valor absoluto del texto legislativo no podía resistir a la evolución jurídica ni a los avances doctrinales. El santuario de la Ley va abriéndose paulatinamente a las influencias exteriores, y el precepto, intangible en la forma, se orienta según las necesidades económicas y la vida social. El intérprete se inspira, con atrevimientos de pretor romano, en los nuevos inte-

(1) Véase el párrafo 2.º del art. 6.º del Código civil español y las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1899 y 10 de Mayo de 1902.

reses que forman el medio ambiente jurídico, y coloca dentro del marco legal composiciones y matices que sólo por vía de ficción pueden ser llamados consecuencias de la norma.

Nuestro siglo plantea el problema de las fuentes en términos más amplios y liberales; al lado de la Ley, reflexiva y técnicamente promulgada, adquiere un valor sociológico trascendental la costumbre (1) y avanza también al primer término la jurisprudencia que, en vez de limitarse a interpretar o suplir el texto legal, asume las funciones del pretor romano o del cadí árabe, en el magistrado inglés o en el buen Juez Magnaud, para llenar las lagunas del ordenamiento jurídico con el derecho libre o justo. «La Ley, dice el artículo 1.º del Código civil suizo, rige todas las materias a las que se refiere la letra o el espíritu de cualquiera de sus disposiciones. A falta de disposición aplicable, el Juez fallará según el derecho consuetu-

(1) En la introducción que Saleilles ha puesto a la traducción francesa del Código civil alemán (*Intr. a l'étude du Droit Civil Allem.* Paris, Pichon, 1904, pág. 11) se pone en duda el valor progresivo del derecho consuetudinario. «Porque lo que la observación de los hechos pone de relieve es más bien la fuerza de inercia y de inmovilización casi absoluta de la costumbre y de las formas jurídicas.» Observa Geny (*L'Oeuvre juridique*, de R. Saleilles, pág. 51) que esta argumentación conduce a completar y rectificar la noción moderna de la costumbre. «Puesto que ni la doctrina de los autores, ni las decisiones judiciales pueden crear espontáneamente el derecho y tienen necesidad de ser guiadas en su acción propia, presuponen una potencia oscura que las inspira.»

dinario, y en defecto de costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que hacer de legislador. Se inspirará en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia.»

Aunque las leyes pierden su energía por los ataques de la Escuela Histórica, por la incapacidad técnica de los Cuerpos Colegisladores en la mayor parte de los Estados, por la rapidez de los cambios sociales que las envejecen prematuramente, por su creciente número y cada vez más probables contradicciones, así como por el incontrastable empuje de los grupos sociales avanzados, todavía brillan como astros de primera magnitud que orientan definitivamente la interpretación y el progreso jurídicos.

Fuera de los Códigos la ciencia del Derecho no sólo extiende su influencia con los procedimientos de análisis, concentración lógica, construcción jurídica y ordenación sistemática, que simplifican el lenguaje técnico y ordenan el empleo de los conceptos (1), sino que se convierte en la forma jurídica que rige, por vocación especial, las complejas y móviles relaciones de la vida moderna, como la costumbre las simples y estables (2).

(1) Sobre las operaciones de la técnica jurídica, v. IHERING: *El espíritu del Derecho Romano*, párrafo 44 y sig.

(2) Véase sobre estos conceptos STERNBERG: *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Sammlung Göschen, 2.^a edición, 1920, pág. 158.

Cierto es que los autores alemanes de mayor autoridad en la materia, después de dar a la costumbre un puesto principal en la jerarquía, niegan que la ciencia jurídica sea una verdadera fuente del derecho. «La ciencia jurídica, dice Kohler (1), es distinta de la técnica jurídica; es una ciencia, y como tal no pertenece al mundo del derecho, sino al del conocimiento.» Cosak, en su conocido tratado de Derecho civil, después de citar en un orden jerárquico la Ley, la costumbre, la analogía y las necesidades de la vida jurídica (o con menos colorido: la naturaleza de las cosas), añade que las dos últimas fuentes pueden comprenderse bajo la denominación *derecho de la ciencia* (*Recht der Wissenschaft*) (2).

«La teoría jurista, afirma Gierke, no tiene por finalidad aplicar ni crear el Derecho, sino conocerlo... No puede, sin embargo, denegarse su potencia generatriz. Sólo que no engendra preceptos jurídicos, sino doctrinales. Puede descubrir preceptos jurídicos; pero no para todos los casos, y nunca puede dotarlos de vigencia formal» (3).

Como se ve, la distancia que media entre las

(1) *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2.^a edición Rothschild. Berlín u. Leipzig, 1917, pág. 91.

(2) *Lehrbuch der Deutschen bürgerliches, Rechts*, 6.^a edición. Jena, Fischer, 1913, pág. 21.

(3) *Deutsches Privatrecht* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pág. 980.)

fuentes del derecho y las del conocimiento jurídico no es infranqueable. El antiguo aforismo «nada puede quererse si no se conoce» (*nihil volitum quin precognitum*) evidencia que, tanto el legislador como el particular que exteriorizan su voluntad, arrancan de conceptos elaborados y sujetos a revisión; los actos jurídicos están modelados por los apotegmas vulgares, la ley emplea un alfabeto que ha recibido con anterioridad la sanción científica, los técnicos y los magistrados reflejan las influencias universitarias, y el conocimiento del derecho se proyecta en ocasiones sobre el mundo real con tal intensidad, que la Humanidad concluye por admitir un mandamiento exterior de una potencia invisible, reflejado en la conciencia o en un orden de cosas (1) que se nos impone. Aun los autores que niegan la existencia de un estrato jurídico (2) incommovible y perpetuo, y que considerando el mundo exterior alógico y desordenado, confieren a la idea, al raciocinio y al sentimiento la facultad de distribuir y procrear, dejan la puerta abierta a la crítica jurisprudencial, a las correcciones de la equidad, a la presión unánime de los juristas (*communis opinio doctorum*) y a las elaboraciones del derecho técnico.

(1) *Lex Divina, Jus naturae, Nature des choses.*

(2) Derecho racional, Derecho científico, Derecho justo.

2.—LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.

Viniendo ya al campo propio de nuestras investigaciones debemos, en primer lugar, señalar como fuente primordial del Derecho hipotecario las leyes que imprescindiblemente han de ser estudiadas por quien desee adquirir un conocimiento rudimentario del sistema. Tales son: La ley Hipotecaria, el Código civil y el Mercantil y las disposiciones atinentes al derecho de cosas inmuebles dispersas en la llamada legislación foral.

En segundo término, figuran otras leyes íntimamente relacionadas con el régimen hipotecario formal: La ley de Enjuiciamiento civil, la Notarial, la del Timbre del Estado, la del Impuesto de derechos reales y la del Catastro.

En último lugar, han de colocarse las leyes administrativas que regulan la organización central, provincial y municipal, el desenvolvimiento de las funciones del Estado o el ordenamiento de sus medios (aguas, caminos, minas, montes, bienes nacionales, etc.), la expropiación forzosa, los servicios y obras públicas, las leyes de Hacienda y aun la del procedimiento contencioso-administrativo.

Por hallarse a veces incluidos en el concepto de Ley o asimilados a la misma, entran dentro del sector examinado múltiples Reglamentos

(Hipotecario, Notarial...), así como infinitos Reales decretos y Reales órdenes, Circulares, Instrucciones, etc.

Los preceptos de todos estos textos se encuentran mezclados en los comentarios a la Ley fundamental, como natural consecuencia de un sistema que lleva la calificación hipotecaria a los más minuciosos detalles del derecho material.

La ley Hipotecaria, fruto de un período de formación que principia en el Real decreto de 8 de Agosto de 1855 y termina con la promulgación del texto primitivo en 8 de Febrero de 1861 (1), venía a estar constituida por cuatro secciones: la primera, que trataba de la forma y efectos de la inscripción; la segunda, del derecho hipotecario en su sentido estricto, estudiando las hipotecas voluntarias y legales; la tercera, dedicada a la organización de los Registros, y la última, al derecho transitorio que, por desgracia, se ha convertido en permanente.

Sin ánimo de penetrar en el análisis de las profundas innovaciones que produjo en la legislación española, baste para la orientación de estos estudios indicar que la ley Hipotecaria,

(1) Sobre los antecedentes, redacción, discusión, aprobación, promulgación y naturaleza de la ley Hipotecaria, merecen ser estudiados los nueve primeros capítulos (tít. I) de la obra de D. Bienvenido Oliver: **Derecho Inmobiliario**, I. Madrid, Rivadeneyra, 1892.

recogiendo las enseñanzas de los ordenamientos germánicos más notables de su tiempo, se ha colocado a su altura: en primer lugar, por haber subordinado, no sólo la adquisición en cuanto a tercero de la propiedad inmobiliaria, sino también la existencia de sus cargas y limitaciones a la inscripción en una oficina pública; en segundo término, por haber desarrollado el mecanismo de las anotaciones preventivas de conformidad con las exigencias de la equidad; en tercer lugar, por haber dado el golpe de muerte a las hipotecas clandestinas, generales e indeterminadas; y, en fin, por haber desenvuelto el Registro de la propiedad sobre los principios de publicidad de los asientos, especialidad en los gravámenes y legalidad en los documentos inscribibles.

Apenas publicada dicha Ley, surgieron imponentes dificultades para formalizar la titulación, inmatricular las fincas, inscribir los derechos reales que las gravaban y conseguir el planteamiento parcial del sistema, que provocaron la adopción de importantes medidas de Gobierno encaminadas a facilitar la inscripción, la redacción de proyectos modificando las disposiciones fundamentales de la Ley y hasta la presentación de proposiciones para suspender su vigencia en todo el Reino.

Algunas de estas ideas cristalizaron, al lado de otras que tendían a fomentar el crédito te-

territorial, en la Ley de 3 de Diciembre de 1869, cuyas principales innovaciones fueron las siguientes:

a) Modificar la doctrina de la primitiva sobre el valor sustantivo de las inscripciones.

b) Dar carta de naturaleza a las hipotecas constituidas en garantía de títulos endosables o al portador, si bien estos últimos ya circulaban al amparo de la Real orden de 26 de Febrero de 1867.

c) Ampliar el concepto de finca con la *sustantivación* de innumerables derechos reales, a los cuales se podía abrir folio separado.

d) Suprimir los libros de la sección de Hipotecas, dejando tan sólo un libro principal de Inscripciones.

e) Dictar disposiciones dirigidas a completar la titulación primordial, auténtica o quirografaria, y a facilitar la supletoria (informaciones de posesión y de dominio).

f) Desenvolver sobre nuevas bases el derecho transitorio.

Tras esta ley vinieron otras muchas que modificaron directamente la Hipotecaria o alteraron por incidencia alguno de sus preceptos sin introducir variaciones radicales en el sistema (1).

(1) Tales son:

1.ª La ley de Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1870 que alteró el régimen económico familiar.

3.—EL DERECHO HIPOTECARIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

Las deficiencias de nuestro sistema hipotecario y las dificultades con que su planteamiento había tropezado, se agravaron con la publicación del Código civil. El primer Proyecto de Ley de Bases, a que debía sujetarse su redacción, presentado por el Sr. Alonso Martínez al Senado en 22 de Octubre de 1881, proponía que la ley Hipotecaria continuase vigente del mismo mo-

2.^a La de Julio de 1871 con el Real decreto del 21 del mismo mes que regula la inscripción de censos, foros, subforos, servidumbres y demás derechos de naturaleza real.

3.^a La de 2 de Diciembre de 1872 creando el Banco Hipotecario que dió a las cédulas hipotecarias por garantía directa las hipotecas constituidas a favor del mismo, y reglamentó especialmente el procedimiento ejecutivo por créditos de tal naturaleza.

4.^a La de 15 de Agosto de 1873 sobre reconstrucción de los Registros.

5.^a La de 21 de Julio de 1876 que modificó la distribución territorial de las oficinas y el estatuto personal de los Registradores.

6.^a La de 17 de Julio de 1877 relativa a la inscripción de sucesiones intestadas, restricción de la protección hipotecaria al tercero que haya adquirido a título oneroso, y renuncia de hipoteca legal por las mujeres que hubieren contraído matrimonio antes de empezar a regir la ley Hipotecaria.

7.^a La de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881.

8.^a La de 11 de Julio de 1887 autorizando la reforma del Arancel de los Registradores.

9.^a La de 29 de Julio de 1892 sobre jubilación forzosa de dichos funcionarios.

do que la del Registro civil, Minas, Aguas y cualesquiera otras especiales (1), aunque al Código civil debiera llevar el Gobierno los preceptos sustantivos correspondientes, en la medida que la estructura de aquel Cuerpo legal lo exigiera. En el texto de los dos libros que, en su consecuencia, redactó la Comisión de Códigos, ni siquiera se colocó a la ley Hipotecaria al nivel de la relativa al Registro civil, pues mientras se incluyeron las disposiciones de esta última en el articulado, apenas contiene más que una alusión oscura al Registro de la propiedad.

Con ello, se abandonó el criterio que habían sustentado los eminentes juristas a quienes se debe la elaboración de la ley Hipotecaria, de considerarla parte integrante del Derecho civil, y en vez de aproximarse al camino seguido por los redactores del Código germánico, se retrocedió a una anticuada posición jurídica.

En el segundo Proyecto de Ley de Bases, leído el 12 de Enero de 1885 por el Sr. Silvela, no se menciona como especial a la Hipotecaria, y aunque sin dedicarla un apartado especial, se hacen repetidas alusiones a sus principios, doctrinas y reformas.

Disueltas las Cortes por el fallecimiento de D. Alfonso XII, este mismo Proyecto de Bases

(1) Base 2.^a que considera a la ley Hipotecaria de naturaleza *mixta*, de derecho privado y administrativo.

fué presentado repetidas veces a las llamadas de la Regencia, y sancionado, por fin, en 11 de Mayo de 1888.

Siendo este mandato de límites ambiguos, se encomendó al Sr. Oliver la redacción de los títulos del Código correspondientes al Registro de la propiedad y al derecho y contrato de hipoteca; pero la ponencia en que el ilustre autor incorporaba al Código civil los principios y preceptos sustantivos referentes a la inscripción, a las hipotecas y a la organización del Registro, no obstante haber sido aprobada con ligeras modificaciones por la Sección de lo civil de la Comisión de codificación, no pasó al texto definitivo, sin duda por su profundidad y tecnicismo (1).

El Código civil aborda directamente la cuestión de la vigencia de la ley Hipotecaria en dos lugares diferentes: en el Título VIII del libro II, bajo el epígrafe *Del Registro de la propiedad*, y en uno de los artículos del Título XV del libro IV, que se ocupa *De los contratos de hipoteca, prenda y anticresis*.

El aludido Título VIII fija el objeto del Registro, el valor de la inscripción, el principio de

(1) La razón dada por el Sr. Gamazo, Presidente de la Comisión parlamentaria, de que la reforma «iba a crear entre el derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el derecho hipotecario de las provincias aforradas antagonismos» no es muy convincente.

la publicidad formal y los límites de la vigencia de la ley Hipotecaria, en los siguientes términos:

«Art. 605. El Registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Art. 606. Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la propiedad, no perjudican a tercero.

Art. 607. El Registro de la propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos.

Art. 608. Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la ley Hipotecaria.»

El primero encierra una noción vulgar e inútil de la institución, tan poco aprovechable para la técnica como la célebre definición del testamento (art. 607).

El segundo reproduce el precepto del primer párrafo del artículo 23 de la ley Hipotecaria, con variantes que no lo completan, ni precisan los efectos positivos de la inscripción.

El tercero es una copia del artículo 279 de la

repetida ley fundamental, con ligeros retoques que en nada modifican su alcance.

El último parece estar redactado teniendo a la vista los epígrafes de algunos títulos de la Ley (1), aunque con una interpretación honrada debe suponerse que no se limitaba al contenido de los mismos.

Precisamente por no estar incluido en esta enumeración el Título V de la ley que trataba «De las hipotecas», vuelve el Código a la brecha en el aludido artículo 1.880, a cuyo tenor: «La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extensión y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo (2), queda sometido a las prescripciones de la ley Hipotecaria, que continúa vigente.»

Fuera de estas referencias directas, nos encontramos en el Código con múltiples artículos que contienen materia hipotecaria, transcritos de la Ley unos literalmente, otros con ligeras variantes de fondo o gramaticales; con algunos enteramente nuevos, y con una serie de

(1) El 1.º «De los títulos sujetos a inscripción»; el 2.º «De la forma y efectos de la inscripción»; el 3.º «De las anotaciones preventivas»; el 4.º «De la extinción de la inscripción y anotación preventiva», y el 6.º «Del modo de llevar los Registros.»

(2) El III del Título y Libro citados, que lleva por epígrafe «De la hipoteca.»

citas y alusiones que por su ambigüedad no es fácil evacuar o precisar.

En el desarrollo de nuestro Derecho hipotecario, el Código, si no significa un paso atrás, tampoco ha salvado ningún obstáculo de los que se oponían al planteamiento del sistema.

Por de pronto, no separa con energía los derechos reales de los personales, ni tiene cabal idea del distinto papel que la voluntad juega en la constitución de los mismos. El libro II, que trata «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones», no agota ni mucho menos la materia propia de los derechos reales, que nuevamente aparecen en el libro IV al reglamentar los contratos constitutivos de los censos y derechos de garantía sobre muebles e inmuebles.

Ni aun en el mismo articulado se encuentran palabras o frases que puedan guiarnos en la determinación de la naturaleza de los derechos subjetivos. Se emplea, es cierto, la designación *derechos reales* en general (1), pero no para cualificar a cada uno particularmente. Así, el artículo 348 dice que «la propiedad es el *derecho de gozar y disponer* de una cosa»; el 467, que «*el usufructo da derecho*»; el 524, que el uso *da derecho*, y la habitación *da la facultad*; el

(1) Por ejemplo, en el núm. 10 del art. 384, en el 462, en los citados 605, 606 y 607, y en el 1.095; en el 609, se usa la designación «derechos sobre los bienes» como sinónimo.

530 define la servidumbre como un gravamen; el 1.507, equipara el retracto convencional a un *derecho de recuperar*, así como el 1.521 define el retracto legal como el *derecho de subrogarse*; los artículos 1.604 y siguientes emplean para caracterizar los censos frases oscuras: «sujetan algunos bienes inmuebles», «derecho a percibir», «se obliga a pagar»; y en fin, en el citado título XV del libro IV, no se indica la naturaleza de la hipoteca, prenda y anticresis, a pesar de que el artículo 2.114 del Código Napoleón, tan tenido a la vista en otras ocasiones, principia: «La hipoteca es un *derecho real* sobre los inmuebles.»

La entidad *finca*, base del Derecho hipotecario, no es conocida por el Código civil, que desenvuelve detenidamente la distinción de las cosas en muebles e inmuebles y emplea la palabra *finca* en su sentido vulgar (1).

Con igual imprecisión aparecen regulados los modos de adquirir por acto jurídico *inter vivos*. Ciertamente es que el artículo 609, separándose del modelo francés, prescribe que «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación... y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», y con igual criterio declara el

(1) Véanse, por ejemplo, los arts. 1.523, el epígrafe del capítulo II, tít. VI del lib. IV, el art. 1.605...

1.095 que el acreedor no adquirirá derecho real sobre la cosa «hasta que le haya sido entregada»; pero en ninguna parte dibuja el Código las líneas generales de tal figura, ni los elementos jurídicos que la constituyen, ni la influencia de la voluntad abstracta o causal sobre sus desarrollos, ni los tipos formales que admite, ni la repercusión sobre el *acto transmisivo* de los vicios del consentimiento o de la condición y el término. Más bien que un contrato real (en el sentido germánico) correspondiente al término técnico romano, la tradición es en el texto estudiado una «puesta en posesión» como consecuencia de la obligación contraída, y se sobrentiende que la facultad adquirida por el acreedor (*jus ad rem*) pasa a la categoría de derecho real (*jus in re*) mediante la simple entrega.

Cómo se engrana este mecanismo con los principios hipotecarios, no se dice claramente, aunque la intención de aplicarlos para proteger al tercero se vislumbra en el fondo, y de vez en cuando aflora a la superficie del articulado (1). Momentos hay, sin embargo, en que puede creerse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o

(1) Así, en el art. 1.537 con que termina el título «Del Contrato de compra y venta»: «Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la ley Hipotecaria.»

mejor dicho, en que se le atribuye valor constitutivo, por ejemplo, en el artículo 1.473 que, caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, y con más energía en el 1.875 que exige igual requisito para que la hipoteca *quede válidamente constituida*.

Respecto de la cesión de derechos inscribibles, tampoco se descubre con claridad el sistema del Código, pues mientras de un lado con-
signa (art. 1.526²) que producirá efecto contra tercero desde la fecha de su inscripción en el Registro, preceptúa inmediatamente (art. 1.527) que el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación, y más adelante (art. 1.878) permite la cesión del crédito hipotecario con las formalidades exigidas por la Ley. Todo ello sin contar las complicaciones que la oposición, el mero conocimiento o la ignorancia del deudor provocará, en el caso de que tuviere créditos contra el cedente que pudieran ser objeto de compensación (art. 1.198).

En varias ocasiones, se refiere el mismo texto a la extinción de los derechos inscribibles (1); pero en forma tan general y con tal olvido del Registro, que para determinar los efectos de

(1) Por ejemplo, en el art. 513 (extinción del usufructo) y 546 (modo de extinguirse las servidumbres)...

cada supuesto, es necesario contrastarlo con los principios del régimen hipotecario.

Los delicados problemas que plantean las relaciones e interferencias de la posesión con el sistema hipotecario, han motivado artículos de difícil concordancia o contradictorios. En un principio, la pérdida y transferencia de la posesión para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, se sujeta a lo dispuesto en la ley Hipotecaria (art. 462 del Código), y al regular la prescripción ordinaria se reproduce parcialmente el precepto del artículo 35 de la ley Hipotecaria, pero, en cambio, se olvida esta orientación en el artículo 1.959 que se refiere a la llamada prescripción extraordinaria. De aquí surge la duda relativa a si se necesita la inscripción de la posesión en este último caso por aplicar el antiguo criterio (1), o si por el contrario, se prescribe el dominio y los demás derechos reales por la mera posesión durante treinta años.

Nada concreto contiene el Cuerpo legal estudiado, sobre la influencia de la buena fe en las adquisiciones hipotecarias, ni sobre el concepto de tercero. Sin embargo, la doctrina de la ley Hipotecaria referente a las adquisiciones en fraude de acreedores, sufre una violenta modificación en el capítulo «De la rescisión de los

(1) Art. 85, párrafo 1.º de la ley Hipotecaria, que pudiera considerarse vigente en virtud de la disposición general del art. 1.988 del Código.

contratos» (1), cuyas disposiciones protegen a las terceras personas que no hubiesen procedido de *mala fe*, y establecen presunciones que se distinguen notablemente de las fijadas en los artículos 40 y 41 de aquélla.

En fin, el principio de prioridad y los datos formales en que se apoya, son tratados en forma vulgar, sin consideración a la técnica especial de nuestro sistema (2). Cuando el Código habla de inscripción en el retracto legal (artículo 1.524), o en el enfitéutico (art. 1.638 y 1.639), o para declarar la prescripción del laudemio (art. 1.646) se usan frases que lo mismo pueden aludir a los asientos de presentación que a las inscripciones definitivas.

4.—REFORMAS POSTERIORES.

Dejando a un lado, por carecer de interés práctico para nosotros, la redacción de la ley Hipotecaria de Ultramar, promulgada en 14 de Julio de 1893, que dió el primer paso en la concordancia del Código civil y de la ley Hipotecaria, así como el Proyecto aprobado por el Senado en 23 de Abril de 1890, «cuyas disposiciones, en su mayoría de iniciativa parlamenta-

(1) Cap. V, tit. II del lib. IV.

(2) El párrafo 2.º del ya citado art. 1.478 sólo tiene sentido si el adverbio *antes* se refiere al asiento de presentación.

ria, se hallan inspiradas en una marcada hostilidad a los principios sustantivos de la Inscripción» (1), ha tenido alguna resonancia en los estudios hipotecarios el Proyecto de Ley presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, en virtud del Real decreto de 3 de Abril de 1894, al Senado, para introducir en la Ley peninsular las reformas contenidas en la ultramarina, que fué aprobado por dicho Cuerpo Colegislador, y enviado al Congreso, donde llegó a formularse, aunque no a discutirse, el dictamen de la Comisión correspondiente.

Con posterioridad, se proyectó la reforma general de la Ley por el Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Marqués de Teverga, y se intentó una modificación parcial por los Sres. Santos Guzmán, Sánchez de Toca y López Puigcerver, Ministros del mismo departamento, sin obtener ningún resultado práctico.

Mayor fortuna tuvo el Proyecto presentado al Senado por el Marqués de Figueroa, el 24 de Febrero de 1908, y cuyos principales objetivos eran:

a) Fijar un procedimiento sencillo para el cobro de los derechos hipotecarios.

b) Autorizar la conversión de las inscripciones posesorias en inscripciones de dominio por el transcurso del tiempo.

(1) Véase Oliver, op. cit., pág. 867.

c) Archivar los libros de la antigua Contaduría de Hipotecas.

d) Reducir el término designado para que las adquisiciones de bienes por herencia voluntaria o legado pudiesen perjudicar a tercero.

e) Negar el carácter de derecho real establecido en favor de los acreedores, a la simple adjudicación de bienes en pago de deudas.

f) Limitar la extensión de la hipoteca a los muebles, frutos o rentas.

g) Introducir la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, y reglamentar detenidamente la constituida en garantía de títulos endosables o al portador.

h) Modificar los desenvolvimientos del principio de tracto sucesivo.

i) Sustantivar algunos derechos reales, permitiendo la apertura de hojas (o folios registrales) dedicadas especialmente a los mismos.

j) Reformar la tramitación e inscripción de los expedientes posesivos.

k) Dictar algunas disposiciones relativas al personal y a la llamada pequeña propiedad.

l) Dar las bases para la publicación de una nueva edición de la ley Hipotecaria, armonizada con el Código civil y otras leyes que habían modificado la materia.

Después de una detenida discusión y algún retoque en el Senado, y de otra menos intere-

sante en el Congreso, donde se agregaron al texto varios artículos de excepcional importancia sobre el valor de las inscripciones, fué sancionada la Ley en 21 de Abril de 1909.

De conformidad con lo establecido en la sexta Disposición transitoria, que imponía al Ministerio de Gracia y Justicia la obligación de hacer en el término de ocho meses una nueva edición oficial de la ley Hipotecaria, suprimiendo los artículos derogados por el Código civil y por la misma Ley del 1909, armonizando los textos restantes que resultaren contradictorios e incluyendo en el lugar oportuno las disposiciones de esta Ley y de las vigentes que modificasen a la Hipotecaria, procedió la Dirección General de los Registros a la revisión de ésta, y aunque la crisis ministerial de Octubre de 1909 trastornó la marcha de los trabajos, pudo publicarse en la *Gaceta de Madrid*, dentro del plazo fijado, la nueva edición aprobada por Real decreto de 16 de Diciembre del mismo año 1909 (1).

Como la citada Disposición adicional ordenaba que el Gobierno diera cuenta a las Cortes

(1) En la redacción del nuevo texto desempeñaron un principal papel los Sres. Gómez de la Serna (D. Javier) y Brú del Hierro (D. Carlos M.^o) que, como funcionarios del suprimido Ministerio de Ultramar, habían tomado parte y conocían detalladamente el texto de la ley Hipotecaria armonizada con el Código civil, que se había promulgado para aquellos dominios.

del cumplimiento del mandato legislativo, fué remitido el nuevo texto a los Cuerpos Colegisladores, y el Senado, sujetándose a lo que prevenía su Reglamento interior, nombró una Comisión para que examinara el uso que se había hecho de las extraordinarias facultades concedidas por la Ley citada.

Resultado del dictamen emitido por dicha Comisión y de la discusión a que dió lugar, fué el acuerdo de la Alta Cámara aprobando los trabajos efectuados por el Ministerio de Gracia y Justicia, pero indicando al propio tiempo la conveniencia de modificar nueve artículos de la nueva edición de la ley Hipotecaria.

En su consecuencia, se redactó por el mismo Ministerio un Proyecto de Ley reformando los artículos relativos a la inscripción de condiciones, límites de la calificación hipotecaria, enajenación de fincas hipotecadas para pagar algún plazo o los intereses del capital, hipoteca legal a favor de los hijos por los bienes de los mismos que los padres administran, inscripción forzosa de la hipoteca dotal, personas que pueden pedir la constitución de la correspondiente a los hijos, excedencia forzosa de Registradores y honorarios en caso de negativa infundada a inscribir (1). Este Proyecto no tuvo otra tras-

(1) Arts. 16, 18, 127, 168, 172, 201, 204, 297 y 341 de la ley Hipotecaria vigente.

endencia que la de aumentar los archivos del Senado.

Por Real decreto de 6 de Agosto de 1915 fué aprobado con carácter provisional el Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria reformada, y tras él se publicaron múltiples disposiciones relacionadas directamente con el régimen, sobre fianzas de Registradores (1), cambios de nomenclatura y numeración de calles y plazas (2), conversión de Obligaciones hipotecarias (3), reglamentación de hipotecas legales (4), reconocimiento de la unidad ferroviaria (5), certificaciones relativas a gravámenes procedentes de las antiguas Contadurías de hipotecas (6), tramitación de recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores (7),

(1) Real orden de 2 de Diciembre de 1915 desenvolviendo el sistema de fianzas establecido por el Reglamento Hipotecario.

(2) Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de Junio de 1917.

(3) Real orden de 14 de Julio de 1917 dictando reglas para la conversión de las Obligaciones hipotecarias emitidas por las Sociedades poseedoras de negocios en España.

(4) Circulares de la Dirección General de los Registros de 10 de Enero de 1918, 18 de Octubre y 19 de Diciembre de 1919.

(5) Real decreto de 27 de Junio de 1918 dando instrucciones para realizar la inscripción de terrenos innecesarios para la explotación de ferrocarriles.

(6) Real orden de 22 de Febrero de 1919 dictando reglas para obtener la cancelación de cargas o gravámenes procedentes de las antiguas Contadurías, que se hubiesen incluido como existentes en las certificaciones expedidas por los Registradores.

(7) Real orden de 8 de Marzo de 1919 sobre la forma en

arancel de honorarios (1) de los mismos funcionarios, concursos, residencia (2), jubilaciones, suministros de libros, oposiciones, subvenciones, etc. (3).

5.—VALOR Y VIGENCIA DE LA NUEVA EDICIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA.

Dada la forma en que se ha promulgado, puede preguntarse el intérprete si es una Ley votada en Cortes, o un Real decreto elaborado por el Ministerio de Gracia y Justicia.

Ya el Sr. Sánchez Román había hecho presente al Senado con ocasión semejante (4) los peligros de poner «en manos del Gobierno o de sus funcionarios de la Administración Central,

que han de dictar sus resoluciones los Presidentes de las Audiencias Territoriales y han de tramitarse las apelaciones contra las mismas.

(1) Ley de 31 de Mayo de 1920 y Real decreto de 5 de Julio del mismo año.

(2) Véase sobre todo el Real decreto de 12 de Julio de 1922.

(3) Aparte de otras leyes, Reales decretos y Reales órdenes que afectan al Registro de la Propiedad y a los funcionarios encargados del mismo, como el Reglamento Mercantil de 26 de Septiembre de 1919 y el Notarial de 7 de Noviembre de 1921.

(4) Al formular, como miembro de la Comisión parlamentaria del Senado su *Voto particular* sobre la reforma de la ley Hipotecaria proyectada en 1904 (la fecha del Voto es de 6 de Julio y su discusión tuvo lugar los días 6, 7 y 8 de Octubre del mismo año.)

arbitrios excesivos y facilidades peligrosísimas para la integridad misma de las leyes, sometidas de esta suerte en la *determinación de su propio contenido*, no ya en el acierto o error de su aplicación, al mero influjo de apreciaciones administrativas, sin las garantías, constitucionalmente necesarias para la fijación de sus textos y poco respetuosas, por tanto, con las inalienables prerrogativas del Poder legislativo».

Sobre las mismas ideas volvió el citado jurisconsulto al discutirse la base 6.^a del Proyecto del Sr. Figueroa; y en los Apéndices a sus *Estudios de Derecho civil* (1), refiriéndose a varios artículos del nuevo texto, sostiene «que estas disposiciones introducidas en la edición de la Ley, no se han meditado y carecen de constitucionalidad, en cuanto que el Ministerio de Gracia y Justicia no tiene facultad para derogar o innovar los preceptos legislativos vigentes».

Sin negar la posibilidad de que los Tribunales discutan el uso que el Poder ejecutivo ha hecho de las autorizaciones legislativas, como lo prueba la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1878, relativa al valor legal de la publicación de la ley de Enjuiciamiento criminal, realizada por el Gobierno con posible extralimitación, y el voto particular en la actualidad formulado por un Magistrado del

(1) Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1911.

mismo Tribunal con motivo de la vigencia y aplicación del Real decreto de alquileres de 21 de Junio de 1920, puede asegurarse que ha transcurrido ya, sin oposición o declaración contradictoria, el tiempo suficiente para que en cierto modo se repute firme y *prescrita* la redacción aludida, en cuanto no choque claramente contra otros textos vigentes (1).

De mayor importancia y más fundadas, son las dudas que pueden surgir al determinar el territorio en que la ley Hipotecaria rige. No cabe aplicar para resolver el problema el precepto general que somete al imperio de la ley la parte española de la Península, las islas adyacentes y Canarias y los territorios de Africa (Ceuta, Melilla...), sujetos a la legislación peninsular, porque la vigencia del régimen hipotecario ha sido objeto de repetidas suspensiones que enervaron su fuerza obligatoria.

La Ley de 3 de Julio de 1871, prescribió en su artículo 1.º que las constituciones y adquisiciones de censos, foros, subforos, servidumbres y demás derechos de naturaleza real, verificadas antes de 1.º de Enero de 1863 y no registradas todavía, podrían inscribirse hasta fin de Diciembre de 1872 con beneficios especiales de retroactividad, y para facilitar estos asientos se pu-

(1) En los respectivos lugares se estudiará el alcance y valor de las variantes.

blicó el Real decreto de 21 de Julio de 1871.

El artículo 2.º de la Ley de 29 de Agosto de 1873, después de declarar vigentes las citadas disposiciones, concedió un nuevo plazo para verificar las inscripciones correspondientes, que debía terminar el 31 de Diciembre de 1874.

Por último, el artículo 1.º del Real decreto de 8 de Noviembre de 1875, que casi tiene fuerza de ley (1), prescribió que *por ahora*, y hasta que se dicte una Ley general sobre foros, se regirán los que se hayan constituido en fincas rústicas por la legislación vigente al tiempo en que se hubiesen establecido, sometiendo el artículo 2.º del mismo texto a las disposiciones de la ley Hipotecaria, solamente los foros que a instancia de los dueños directos se hubieren inscrito o se inscribiesen en el Registro de la propiedad.

Y como la base 26.ª de las fijadas por la Ley de 11 de Marzo de 1889, para la redacción del Código civil, se limitó a prometer que una Ley especial desarrollaría el principio de la *reunión* de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble, así como el Código reiteró en su artículo 1.611 la promesa de que el principio de

(1) Como el célebre Decreto de 9 de Febrero del mismo año, relativo a los efectos civiles del Matrimonio Canónico, y otros que se incluyeron en un Proyecto presentado a las Cortes (Congreso) en la Legislatura de 1876-1877.

redención sería regulado por una Ley especial, cabe sostener, con gran fundamento jurídico, que la nueva edición de la ley Hipotecaria, aun después de haber introducido las disposiciones de los artículos 39 y 40 (1), directamente relacionados con la materia, no puede considerarse *por completo* vigente, sobre todo en los territorios del Noroeste de España (2).

Por otra parte, es muy difícil sostener *a priori* que la nueva edición de la ley Hipotecaria es general para toda España, y rige totalmente en los territorios sujetos al Derecho foral. Al publicar el Código civil, y ante la previsión de

(1) En que se ha descompuesto el art. 19 de la Ley de 21 de Abril de 1909. El preámbulo del Proyecto del Sr. Marqués de Figueroa también hacía referencia al favor que, con los preceptos sobre inscripción separada de derechos reales, se otorgaba al actual régimen de los dominios forales de Galicia y Asturias «hasta tanto que se legisle sobre materia tan complicada y difícil».

(2) Aparte de la argumentación desenvuelta por el señor Oliver (op. cit., págs. 729 y sigs.) para demostrar la no vigencia, puede verse en la discusión del Senado el discurso en el mismo sentido, que pronunció el Sr. Conde de Torrealanz sobre los arts. 16 y 17 del Dictamen de la Comisión modificado en virtud de una enmienda del Sr. Blanco Rajoy. El pensamiento de la misma Comisión no aparece, por esta razón, muy claro. Así decía el Sr. Alvarez Guijarro: «No cree la Comisión que necesita justificar ninguno de los procedimientos que contiene el nuevo art. 17 (hoy el 39 y 40 de la ley Hipotecaria) porque ellos son la sustancia y síntesis de la actual manera, no legislativa, sino decretal, con que está regida la inscripción de estos derechos. Lo único que se ha hecho es, descartando lo que podría ser necesario, tomar lo sustancial y convertirlo en Ley...» (HIGUERAS: Reforma de la ley Hipotecaria, pág. 425).

que por virtud de sus disposiciones resultaren vigentes varias legislaciones hipotecarias, se prometió (1) que la Comisión de Codificación llevaría las declaraciones oportunas al articulado, de modo que no quedase duda acerca de lo que se derogaba y de lo que subsistiría; pero en el texto vigente no se encuentra ninguna alusión especial a la materia, ni estamos autorizados para resolver tales problemas con un criterio independiente del que se forme a la vista del título preliminar y de las disposiciones final y transitorias del mismo Código. ¿Ha de entenderse que las diferencias, grandes o pequeñas, entre las distintas redacciones de la ley Hipotecaria, se entienden salvadas de un golpe, con la aludida autorización de la sexta disposición transitoria de la Ley de 21 de Abril de 1909? Ni de los términos en que ésta aparece redactada, ni de la discusión parlamentaria, ni de otras consideraciones de política legislativa podemos deducir esta conclusión.

No reviste en la actualidad tanta importancia, el problema de la determinación concreta de la fecha en que empezó a regir la repetida Ley de 21 de Abril. De algunas indicaciones hechas por el senador Sr. Lastres (2) y por el

(1) Véase las pruebas en la citada obra del Sr. Oliver (página 781 y 792).

(2) En una conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia.

Sr. Sánchez Román (1) sobre la ultimación de la misma por la edición oficial, se desprende que, al menos para algunos efectos, sería lícito extender los plazos concedidos por aquélla, relacionándolos con la fecha de publicación del texto reformado, en Diciembre de 1909. No obstante, la intención del legislador ha sido poner en vigor inmediatamente las reformas votadas en Cortes, y lo demuestra así la circunstancia de que el Proyecto primitivo fué adicionado en estos particulares por la Comisión del Senado con el siguiente párrafo: «Sin embargo de lo que se dispone en los dos anteriores párrafos sobre la nueva edición oficial de la ley Hipotecaria, la presente Ley comenzará a regir *en la forma ordinaria* desde su promulgación.» Y para remachar el precepto se suprimieron las palabras subrayadas, que figuraban también en el Dictamen del Congreso, al fijar el texto definitivo.

Como disposición sistemática del derecho inmobiliario, influida en sus desenvolvimientos y estructura por una serie de principios especiales, la ley Hipotecaria es un verdadero Código de la propiedad inmueble, cuya interpretación debe buscarse preferentemente en los mismos

(1) Apéndice citado (pág. 97): «En realidad la Ley no estuvo *ultimada* hasta que se publicó la edición oficial.»

elementos y orientaciones que han servido para redactarla.

Cualquiera que sea el valor concedido a la costumbre, en el Código civil, no puede aplicarse por extensión igual criterio al derecho hipotecario formal. La costumbre del lugar, a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 6.º de aquel Cuerpo legal, carece de trascendencia ante los desarrollos prácticos que los Registradores de la propiedad, Jueces, Notarios y Abogados imponen diariamente.

Por otra parte, los principios generales de Derecho quedan en nuestro campo oscurecidos por los llamados principios hipotecarios de derecho material y formal, que son verdaderas orientaciones jurídico-sociales, cuyos técnicos desarrollos serán objeto de particular estudio.

6.—JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS.

El esfuerzo de la Ley para fijar la doctrina de las fuentes y el orden jerárquico o de prelación en que se encuentra respecto de las demás, resulta infructuoso, y hace recordar a Geny la frase evangélica: «Nadie puede añadir a su estatura una pulgada.» De nada sirve que el Código civil haya olvidado la función y valor

de la Jurisprudencia. La decisión razonada de un Tribunal o autoridad, sobre todo cuando se publica en la *Gaceta de Madrid*, une a la influencia de todo razonamiento jurídico, la seguridad de que el Juez consecuente fallará del mismo modo en lo sucesivo, la esperanza de que el órgano judicial de categoría inferior se someterá a los dictados del superior, y la probabilidad de que se elabore, a modo de costumbre científica, un derecho aplicable a los casos análogos.

La importancia de los fallos en materia hipotecaria, se pone de relieve en el indiscutible valor atribuído a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la doctrina de la Dirección General de los Registros.

En la discusión del Proyecto que fué Ley el 21 de Abril de 1909, el senador Sr. Tormos atacó enérgicamente la existencia de la que estimaba doble soberanía judicial (1), y el Sr. Lavín creyó que sólo era posible desvirtuar los

(1) «Pues qué, ¿acaso no debe preocupar a los que se ocupan de la vida jurídica la esencial contradicción que existe, única España entre todas las naciones que yo conozco, entre una jurisdicción con todos los prestigios de la ley de Enjuiciamiento civil establecidos en los Tribunales ordinarios que llega en alto grado hasta la Sala del Tribunal Supremo, que sienta jurisprudencia, que es el representante en los efectos civiles del Poder judicial de la Monarquía, y que al lado de esa jurisdicción, frente a esa jurisdicción, exista, inconfesada, la jurisdicción, no por negativa menos jurisdiccional, del Registrador de la propiedad para calificar los

ataques de su compañero, privando (1) a la Dirección General del carácter de Tribunal o Centro Superior encargado de interpretar la ley Hipotecaria, que la Exposición de Motivos de la primitiva (2) y de la promulgada en 1869 le habían conferido expresamente (3).

títulos y por encima de él, arriba, la jurisdicción suprema sentando jurisprudencia, llevándola a la *Gaceta*, de la Dirección General de los Registros, nueva Sala del Tribunal Supremo de España cuya autoridad no es menor que la que pueda tener el Consejo Supremo de Guerra y Marina en asunto de su competencia? ¿En qué Nación puede decirse que existe este dualismo? (Sesión de 2 de Junio de 1908, HIGUERAS: Reforma de la ley Hipotecaria, pág. 835.)

(1) «No es exacto tampoco, como decía el Sr. Tormos, que la Dirección General de los Registros desempeñe una verdadera jurisdicción. No; esa Dirección General es puramente un centro gubernativo, un centro administrativo, y resuelve los recursos que las partes interponen contra las resoluciones de los Registradores... Pero son absolutamente resoluciones de carácter administrativo...» (Ibid., pág. 242.)

(2) «Estas consideraciones han movido a la Comisión a proponer que bajo la dependencia inmediata del Ministro de Gracia y Justicia, se establezca una Dirección General del Registro de la propiedad, fijando las atribuciones necesarias para que se llene cumplidamente el objeto de su creación. Así se formará prontamente y conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley, que será el complemento necesario del precepto escrito por el legislador, y habrá un depósito de tradiciones y doctrinas de que, aún más que la generación actual, se aprovecharán las venideras.» (Exposición de la Comisión de Códigos sobre los Motivos y fundamentos de la ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861.)

(3) «Una de las cosas que más contribuye al desprestigio de las leyes y de los funcionarios encargados de su aplicación, es la falta de uniformidad en ésta, resultando que lo que en un punto se estima legal, en otro no lo es. Esto se evita cuando hay un Tribunal o Centro superior, cuyas resolu-

Para resolver este aparente conflicto, es necesario partir de la distinción tradicional de la jurisdicción en voluntaria (1) y contenciosa, y dar una idea de las posibles relaciones entre ambas esferas. Sin detenernos a investigar los fundamentos de esta distinción, que las teorías *formales* encuentran en la ausencia de contradictor (2), y las *sustantivas* en la naturaleza administrativa del acto, podemos afirmar que la jurisdicción voluntaria implica una cooperación de los órganos oficiales para fijar auténticamente un derecho subjetivo de carácter privado, mira a las futuras relaciones jurídicas, tiende a establecer situaciones claras, es por su esencia constitutiva y busca en un procedimiento solemne, y no en la discusión con un con-

ciones aclaran y fijan la verdadera interpretación de las leyes. Los asuntos contenciosos a que dé lugar la Hipotecaria están sometidos, como todos los de su clase, a la jurisprudencia admitida por los Tribunales de justicia; pero los que se resuelven gubernativamente necesitan también su jurisprudencia, y cuanto mejor sea ésta, más se evitará el que lleguen a ser contenciosos.» (Exposición presentada por el Ministro de Gracia y Justicia, D. Antonio Romero Ortiz, a las Cortes constituyentes con el Proyecto de reforma de la ley Hipotecaria, 18 de Marzo de 1869.)

(1) Téngase presente que según el Derecho procesal moderno, entran dentro de la jurisdicción voluntaria los actos concernientes a los Registros del Estado civil, de la propiedad, mercantil, tutelas, testamentos, etc... Vid. por ejemplo: STEIN, *Grundriss des ZPR, Erste Lieferung*, pág. 64. Tübingen, Mohr, 1920.

(2) Vid. HENRY: *De la nature et de la portée des Décisions judiciaires en matière gracieuse*. Paris, Rosseau, 1913.

trádictor particular, la energía con que impondrá sus declaraciones *erga omnes*. Mientras que la jurisdicción contenciosa, decide la controversia entablada ante los Tribunales para conservar el derecho violado o amenazado, mira preferentemente a las relaciones jurídicas ya creadas, aclara las situaciones constituídas en lo pasado, tiene una función por excelencia declarativa y, como si fuera un pacto judicial entre los litigantes, limita a los mismos sus efectos (*inter partes*). Puede decirse que el acto de jurisdicción voluntaria gana en extensión lo que pierde en intensidad, porque contra sus pronunciamientos se darán pruebas y recursos que, en el caso de sentencia firme, se estrellarían contra la presunción de cosa juzgada; pero en cambio, la orientación de aquél hacia el cumplimiento voluntario del Derecho, le pone más en contacto con la vida normal de las sociedades y la evolución jurídica de los pueblos.

En términos generales, el Tribunal Supremo, que debe su organización al recelo con que el legislador quiso conservar incólume el precepto legal, como si fuera la palabra divina, ha de moverse en los cauces de la casación, bajo el impulso de los litigantes, y necesita extralimitarse en sus funciones si quiere abandonar el papel de eunuco guardián del texto codificado, que la caduca doctrina de la división de los poderes del Estado le ha atribuído.

Dentro de un ambiente más propicio al progreso jurídico, la Dirección General de los Registros, sin definir irrevocablemente una relación *inter partes*, protege las situaciones que estima legitimadas, impone *erga omnes* una solución autenticada y abre indirectamente los caminos por donde ha de marchar la actividad de la Nación. Se ha comparado frecuentemente tal función con la del Pretor romano, y aunque la expresada Dirección no goza del *imperium* o delegación de soberanía, ni del poder creador o de promulgación (*edictum*) con que aquel Magistrado adaptaba la antigua letra al nuevo espíritu, puede inclinar con sus decisiones la balanza de la prueba, y conferir, suspender o denegar inscripciones o asientos, que equivalen en la práctica a seguros medios de defensa y a situaciones definitivamente protegidas (1), resolviendo en forma indirecta cuestiones de gran trascendencia jurídica.

Dados estos supuestos, debemos plantear el problema de las relaciones entre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Dirección General de los Registros, como un caso particular del estudio de las relaciones entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa.

(1) Sobre los medios indirectos (excepciones, interdictos, pactos) que el Pretor ponía en juego para proteger una situación jurídica, véase por ejemplo: Sohm, op. cit., párrafo 15.

Todos están conformes en que la primera influye poderosamente en el desenvolvimiento de la segunda, desde el momento en que autentica hechos, define situaciones y sienta presunciones sobre los que se apoya la legitimación activa y pasiva de los litigantes, el derecho alegado por el demandante y las contestaciones opuestas por el demandado, así como la prueba que incumba a cada uno. Por lo que se refiere a la materia propia de nuestras investigaciones, la publicidad hipotecaria conduce directamente a la legitimación por medio del Registro, y en su consecuencia el juicio contradictorio será a veces una especie de procedimiento ejecutivo basado en la inscripción, otras pondrá de relieve la ficción incontrovertible que protege al tercero adquirente, y en ocasiones, se limitará a desarrollar el predominante efecto probatorio de la inscripción, frente a otros medios de prueba.

Pero, yendo a la pregunta recíproca, ¿cómo influirá el acto de jurisdicción contenciosa en la esfera de la jurisdicción voluntaria?

El tema ha adquirido gran interés en Alemania, con la promulgación de la Ley relativa a los actos de jurisdicción voluntaria de 1898 (1), y ha dado lugar a profundos estudios que han cristali-

(1) Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vom 17 Mai 1898.

zado en opiniones autorizadas, más que en teorías concretas.

Dernburg, a quien sigue Kuttner (1), llega a imponer al Juez, o funcionario competente para autorizar un acto de jurisdicción voluntaria, las decisiones del fallo contradictorio con él relacionadas, cuando no se haya opuesto a tal fin un tercero contra el que no produzcan aquéllas los efectos de cosa juzgada. La ignorancia oficial de una sentencia firme o la falta de trascendencia de sus pronunciamientos, alegada por un órgano del Estado, constituirían un verdadero delito de denegación de auxilio, cuando no de desobediencia, y provocarían una anarquía jurídica.

Fundándose en que las sentencias no producen efectos, normalmente, más que entre las partes litigantes, sostiene Unger que, por regla general, carecen de significación para el encargado de la jurisdicción voluntaria, exceptuados los casos en que, por disposición legal, el fallo produce efectos en favor y en contra de todos (*erga omnes*), y aquellos en que el acto de jurisdicción voluntaria haya de apoyarse en relaciones jurídicas entre las personas que han litigado.

(1) Estos datos se han tomado de varios artículos publicados en el Anuario de Ihering, especialmente del titulado *Die Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Entscheidungen des Gericht des freiwilligen Gerichtsbarkeit...* Von Dr. Eugen Josef, 61 (1912), pág. 197 y sigs.

También reconoce Kipp la independencia entre ambas esferas jurisdiccionales, pero admite, como excepción, el caso en que el derecho del solicitante haya sido negado por sentencia firme y, en su virtud, no deba ser atendido por el autorizante del acto de jurisdicción voluntaria.

En fin, Josef insiste en que esta jurisdicción tiene como principal misión constituir o modificar derechos, no por las solas declaraciones y pruebas de los interesados, sino en vista de la situación real de las cosas, para deducir que la sentencia, obligatoria únicamente para el condenado, no puede imponerse al Juez encargado de la jurisdicción voluntaria más que como un elemento de prueba, excepto si este mismo Juez se ha referido a la decisión contradictoria, o cuando ésta produce peculiares efectos (como en el caso de una inscripción ordenada al Registrador judicialmente), y claro está, si los produce *erga omnes*, debiendo en los demás supuestos buscarse la unidad jurídica, y evitarse los pronunciamientos discordes no impuestos por la fuerza de las cosas.

El legislador presupone que todos los órganos del Estado han de contribuir en forma armónica al desarrollo del Derecho, y las influencias efectivas del juicio contradictorio sobre el funcionario a quien compete el acto de jurisdicción voluntaria, hacen inútiles los artificios legales para ponerlos a tono. Por otra parte,

aunque falte la subordinación disciplinaria del órgano de jurisdicción voluntaria al de la contenciosa, siempre subsiste el deber de ajustarse, en los casos corrientes, a la jurisprudencia admitida, y, sobre todo, a la interpretación sancionada. El funcionario que, por excesivo apego a las propias opiniones, vaya contra la práctica autorizada (*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*), o contra la opinión común de los técnicos (*communis virorum doctorum opinio*) y lesione los derechos de quienes solicitan su ministerio, puede incurrir en responsabilidad, así como queda exento sujetándose a ellas. Y, por último, los peligros teóricos que la coexistencia independiente de ambas jurisdicciones pudiera provocar, resultan amortiguados o desvanecidos por la inercia burocrática, por la fuerza de la sacrosanta rutina, que sólo en ocasiones solemnes o en virtud de razonamientos incontrovertibles, dejará los surcos trazados para abrir nuevos cauces al progreso jurídico.

La aplicación de estos argumentos al sistema hipotecario español, permite conservar en sus tradicionales puestos a la Dirección General de los Registros y al Tribunal Supremo (1) y da como resultado inmediato que, aun las sentencias pronunciadas en casación, han de ser cali-

(1) Con esto no se niega la posibilidad de conflictos que la Dirección termina buscando una fórmula apropiada. Véase, como muestra, la Resolución de 27 de Octubre de 1917.

ficadas antes de ser inscritas. Para dominar al Registro de la propiedad, según Bacon ha dicho de la Naturaleza, es necesario someterse a sus propias leyes.

De lo expuesto se deduce el carácter y valor de las Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros, en los recursos gubernativos contra la decisión de los Registradores de la propiedad. Dentro del campo correspondiente, son firmes y definitivas, sin que contra ellas se admita el recurso de apelación ante el Ministerio, ni el contencioso-administrativo. Pero únicamente, con gran impropiedad, pueden ser denominadas ley (1) del caso particular resuelto, porque carecen de los elementos de fondo (obligatoriedad general) y de forma (promulgación) que caracterizan a aquella fuente de derecho. Por regla general, son actos imperativos (recuérdese el *imperium* del Pretor) que tienden a modificar o dejar subsistente una situación de naturaleza real, aunque a veces se limitan a declarar bien extendido un documento, sin posible trascendencia hipotecaria (2). En

(1) «Lo mismo puede decirse respecto a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros; leyes en los casos que deciden, no obligan como precepto general.» Galindo y Escosura, op. cit., pág. 60. La palabra ley se emplea aquí como cuando se afirma que los contratos son ley entre los contratantes.

(2) Vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 10 de Mayo de 1878 y de 19 de Septiembre de 1895.

múltiples ocasiones, a pesar de que la existencia de defectos reconocidos por las partes, o fijados por el mismo Centro Directivo, podría excusar la resolución de otros puntos cuestionables, puestos de relieve en la calificación recurrida, la indicada Dirección continúa su examen, no como si se tratara de conclusiones académicas (1), sino para sentar los jalones de la futura titulación.

Es indiscutible, por lo tanto, que al proceder en esa forma, el órgano supremo del sistema garantiza los intereses análogos y se compromete, en cierto modo, a decidir consecuentemente con el mismo criterio, mientras los dictados de la vida jurídica no impongan una nueva orientación.

7.—DERECHO HIPOTECARIO CIENTÍFICO.

El valor relativo de las fuentes de derecho depende, más que de las declaraciones de los mismos Códigos, de las especiales circunstancias de la evolución jurídica en un momento histórico. Por eso tiene para nosotros, en la actualidad, una excepcional importancia, el Derecho elaborado científicamente por los especialistas en la materia hipotecaria. Aunque,

(1) En tal sentido, los tres últimos *Considerandos* de la Resolución de 31 de Julio de 1917.

como hace notar Gierke (1), la teoría no tiene por objeto crear ni aplicar el Derecho, sino conocerlo, se eleva en nuestra patria por encima de la inarmónica y descuidada legislación inmobiliaria, aclarando los textos confusos, desvaneciendo las contradicciones y llenando las innumerables lagunas del ordenamiento. Su carácter eminentemente técnico la ha separado de las concepciones jurídicas vulgares, y la priva de la inmediata inspiración que, en otros órdenes, puede recibir el jurisconsulto de la opinión pública, sentimiento general, voluntad común o voz del pueblo.

El análisis de los elementos jurídicos que integran el Derecho de cosas, el estudio de sus agrupaciones naturales y lógicas, la formación de figuras jurídicas de naturaleza real, la construcción dogmática con arreglo a los cánones inmobiliarios, la trascendencia de los principios básicos del sistema y el encadenamiento racional de las consecuencias, caen fuera del alcance de la instrucción popular, y aun no son apreciados en sus matices por la inmensa mayoría de los letrados que, ni en las Aulas Universitarias, ni en los Tribunales, ni en los diarios accidentes de la vida jurídica, han encontrado otra enseñanza hipotecaria que un respeto supersticioso a la Ley Fundamental.

(1) Op. cit., I, 180.

Por estas razones se ha concedido a los Comentaristas una importancia exagerada, y se ha *enquistado* el sistema como una producción patológica de la vida jurídica nacional. El Derecho Científico debe quebrantar, en primer término, las barreras levantadas por la ignorancia hipotecaria (1), presentar el sistema como mantenido por las columnas de la justicia y de la utilidad, y llevar al fondo de la conciencia popular la idea de que sus principios y deducciones atienden a la triple finalidad de asegurar la propiedad y los derechos reales, publicar los gravámenes que ligan a las fincas y movilizar el valor del suelo.

De otro lado, corresponde a la técnica hipotecaria la augusta misión de coordinar los preceptos del Código civil, extraordinariamente influido por el de Napoleón, con los principios germánicos de la Ley Especial; simplificar la materia mediante concepciones generales que ordenen y fundan el contenido de los miles de artículos y disposiciones, que tan antipático hacen su estudio; buscar en la analogía y en la triple finalidad señalada, las normas que hayan de llenar las lagunas legales, y sistematizar en forma sencilla el total ordenamiento de los valores inmobiliarios.

(1) Véase el extracto de las Memorias de los Registradores de la propiedad, publicado en el Anuario de la Dirección de 1921, pág. 10.