

Fuerza codificadora y doctrina codificada en el artículo 1.875 del Código Civil: La inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: INCERTIDUMBRE EN EL ORIGEN Y CERTEZA EN LA APARICIÓN DEL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA.—2. EL MARCO DOCTRINAL DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA: 2.1. LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA FRENTE A LA SITUACIÓN DE LA PROPIEDAD. 2.2. LA PRESENCIA DE AZCÁRATE EN LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 1.875 DEL CÓDIGO CIVIL. 2.3. AZCÁRATE FRENTE A LA INSCRIPCIÓN: TEORÍA Y PRINCIPIOS.—3. EL ARTÍCULO 1.875 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU APARICIÓN, ACOGIDA Y CONSOLIDACIÓN EN LA CIVILÍSTICA: 3.1. LA APARICIÓN DEL PRECEPTO. 3.2. LA ACOGIDA DE LA NOVEDAD. 3.3. VIGOR CODIFICADOR Y CONSOLIDACIÓN DOCTRINAL: LA FUERZA DE UN PRECEPTO.—4. CONCLUSIÓN: DEL FINAL DE LA INCOMPREENSIÓN DE LA NOVEDAD AL PRINCIPIO DE LA INCOMPREENSIÓN DE LO PREEXISTENTE

1. INTRODUCCIÓN

INCERTIDUMBRE EN EL ORIGEN Y CERTEZA EN LA APARICIÓN DEL CARÁCTER
CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA

Corría en España el mes de noviembre del año 1886 cuando uno de los más prestigiosos hipotecaristas del momento, don BIENVENIDO OLIVER (1), «por

(*) Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del proyecto de investigación «Historia institucional y cultural de la justicia hispana (siglos XIII-XIX)», con referencia BHA2000-0195, del Programa Nacional de Promoción General del Conocimiento.

(1) Don BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER era, en aquel momento y desde 1874, subdirector general de los Registros y del Notariado. Recibía constantes encargos por

sus muchos y buenos conocimientos en la materia», recibe el mandato de «redactar los títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca», que se incorporarían al Código Civil, por aquel entonces en su fase final de elaboración (2).

parte de los ministros de Gracia y Justicia y trabajaba activamente en la Comisión General de Codificación; no obstante, no era OLIVER vocal de esa Comisión, sino que fue nombrado con posterioridad a la promulgación del Código Civil, el 18 de abril de 1899, el mismo año en que llegaría a ser director general de los Registros y del Notariado (vid. y, en general, sobre toda la vida y obra de don BIENVENIDO OLIVER, ANTONIO PAU PEDRÓN, *Bienvenido Oliver en el pensamiento español del siglo XIX*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997, págs. 28 a 30).

(2) Por Real Decreto de 11 de noviembre de 1886, que refrenda ALONSO MARTÍNEZ, se «encarga a BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, por sus muchos y buenos conocimientos en la materia, redactar los títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca (...) con el criterio de continuar vigente la actual Ley (...)», procurando aclarar las dudas y completar y desenvolver los principios de la Base 26 del proyecto de la entonces vigente Ley de Bases para la redacción del Código Civil. En efecto, tras haber retomado el impulso codificador en esta última fase de elaboración del Código «propiamente codificadora», que PAU PEDRÓN fecha entre un primer proyecto de Ley de Bases en 1881 y la promulgación de la segunda edición del Código Civil por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (ANTONIO PAU PEDRÓN, *Estructura y fuentes del Derecho Civil español*, Fundación Matritense del Notariado, cuadernos notariales, núm. 11, Madrid, 1980, pág. 32), se opera a través de una nueva Ley de Bases, tal y como ya se había hecho en un momento anterior, en 1881. Así pues, el 7 de enero de 1885 se dicta un decreto autorizando al ministro de Gracia y Justicia a presentar a las Cortes un proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código Civil, encargo que lleva a cabo FRANCISCO SILVELA (vid. JUAN FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, tomo IV, vol. 1, págs. 426 y sigs., y JUAN BARÓ PAZOS, *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993, págs. 246 a 257). Para OLIVER esta Ley de Bases es distinta a la anterior, puesto que al enumerar las leyes que como especiales debían continuar vigentes, esta vez no se cita la Ley Hipotecaria (Base 9.^a), con lo que, a su juicio, la Ley Hipotecaria no tendría el carácter de especial, dando a entender, según OLIVER, que su autor se hallaba de acuerdo con los juristas que redactaron la Ley, al considerarla de naturaleza civil y, por tanto, que debía formar parte del Código. En efecto, la naturaleza de la Ley Hipotecaria había recibido grandes críticas por parte de OLIVER en el proyecto de Ley de Bases que ALONSO MARTÍNEZ había presentado a las Cortes el 22 de octubre de 1881. En él, la Base 2.^a establecía que «quedarán en vigor la Ley Hipotecaria, la del Registro Civil, la de Minas, la de Aguas y cualesquiera otras especiales que contengan disposiciones de carácter civil. El Gobierno, sin embargo, llevará al Código los preceptos sustantivos que haya en ellas, en la medida que la estructura del Código lo exija» (vid. LASSO GAITE, «Crónica...», *op. cit.*, y BARÓ PAZOS, «La codificación...», *op. cit.*, pág. 231. Las bases se encuentran, además, recogidas por el propio ALONSO MARTÍNEZ en *El Código Civil en su relación con las legislaciones forales*, tomo I, Madrid, 1884-85, págs. 279 a 284). Esta equiparación de la Ley Hipotecaria con las leyes especiales merece una grave censura por parte de OLIVER, quien estima que la Ley Hipotecaria era esencialmente civil, por lo que debería ser sencillamente incluida en el Código Civil, mientras que las otras citadas tenían un carácter público y privado que sí aconsejaba el tratamiento recomendado en las bases. Criticaba, además, el «concepto secundario» en que el Código tenía al Registro de la Propiedad, «cuando es precisamente el organismo en que descansa toda la propiedad

Cuenta OLIVER en su *Derecho Inmobiliario Español* (3) que optó por llevar al Código no el texto de la Ley Hipotecaria, sino «sólo las disposiciones sustantivas y orgánicas o propiamente legislativas —no reglamentarias—» de la citada ley, para que su contenido resultase armónico en su conjunto (4).

territorial» (vid. LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, págs. 415 y sigs.). Respecto a las Bases de 1888, considera, además, que hubiera sido preferible a estas indicaciones aisladas una base destinada a expresar con más claridad el modo de llevar al Código los artículos de la Ley Hipotecaria, máxime después de consagrar una base especial al Registro Civil (vid. LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, págs. 426 y sigs.). Finalmente, la Ley de Bases fue sancionada por la reina María Cristina, el 11 de mayo de 1888. Esta Ley de Bases se aparta del proyecto de 1851 en algunos puntos en la medida en que, tal y como la Base 26 establece, recoge principios sustantivos de la legislación especial posterior, como la materia hipotecaria (LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, pág. 541. Vid. también, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte general*. Tomo I, Madrid, 1949, págs. 198 y sigs.). Con independencia de la evolución seguida por los distintos proyectos de Ley de Bases, la Comisión General de Codificación continuó con su tarea de avanzar en la codificación del derecho civil. A partir del 7 de marzo de 1884, la Sección Civil de la Comisión se dividió en dos subsecciones, ambas presididas por ALONSO MARTÍNEZ. La compuesta por GAMAZO, IGÓN y ALBACETE se encargaría de la redacción del Libro IV (vid. COMAS, Sesión del Senado de 8 de febrero de 1889, «Debates parlamentarios...», *op. cit.*, II, pág. 594). Y ALONSO MARTÍNEZ fue encargado por la Sección de la redacción de la ponencia sobre la materia hipotecaria, pero declinó la tarea en beneficio de OLIVER. Señala BARÓ que era extraño que no hubiese sido CÁRDENAS, que formaba parte de la Sección, quien hubiese sido encargado de su redacción como ponente y autor de la Ley de 1861, cuyo tenor era respetado por la Sección, según las Bases aprobadas. Opina este autor que probablemente la razón de no haberle sido atribuida tal ponencia, se explicase por las diferencias que pudo tener con el presidente de la Comisión, que le mantuvieron al margen de las tareas de la Sección (vid. BARÓ PAZOS, «La codificación...», *op. cit.*, pág. 260).

(3) BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundada y sistemática de la Ley Hipotecaria vigente en la Península, islas adyacentes, Canarias, territorios de África, Cuba, Puerto Rico y Filipinas*, Madrid 1892, pág. 775.

(4) Expone OLIVER SUS razonamientos (vid. OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario...», op. cit.*, págs. 770 y sigs.), entendiendo que así como en el Proyecto de Ley de Bases de 1882 proponía la Base 2.^a dejar vigente la Ley Hipotecaria (vid. nota 2), el proyecto de Bases que SILVELA presentó omitió la Ley Hipotecaria entre las especiales que continuarían en vigor después del Código, queriendo, pues, decir su autor que la Ley Hipotecaria de 1861 debía formar parte del Código, tal y como ya figuraba en el proyecto del 51. Expone OLIVER que, ante esta situación y entre las distintas soluciones, optó por incorporar no el texto de la ley, sino «sólo de las disposiciones sustantivas y orgánicas o propiamente legislativas —no reglamentarias— que contiene» la Ley citada, para que el contenido resultase armónico dentro del Código, de acuerdo con la Base 26. En este sentido, puesto que el proyecto del 51 no podía recoger todos los principios hipotecarios que desarrollaba la Ley de 1861, decidió OLIVER traer lo relativo a la organización del Registro de la Propiedad, como ya había hecho la Comisión con el Registro Civil de las personas. Por otra parte, respecto a la parte sustantiva, consideró OLIVER demasiado casuística y analítica la Ley como para transcribir sus textos, por lo que optó por «reproducir su doctrina en una forma sintética y concentrada, y bajo un orden más lógico y natural»; y aunque ello le reportaría más trabajo, lo haría «aprovechando los estudios a que desde muchos años vengo dedicado

De los trabajos de OLIVER al respecto hay conocida constancia en la Comisión General de Codificación (5). Su ponencia la había dividido en tres títulos: de la inscripción, de las hipotecas y de la organización del Registro de la Propiedad (6). Al título segundo corresponde un artícu-

para publicar la presente obra» (se está refiriendo a su *Derecho Inmobiliario...*, del que sólo apareció un tomo).

(5) La ponencia de OLIVER se encuentra en el Archivo de la Comisión General de Codificación (ACGC), legajo 18, de Código Civil, carpeta 4, I y II. En la cubierta de la primera de las dos subcarpetas, dice ANTEQUERA: «Legislación hipotecaria (Ponencia señor OLIVER). Artículos aprobados por la subsección (1887)»; y más abajo: «este trabajo quedó completamente sin efecto, acordando el señor ministro que se redactase en otra forma, trayéndose al Código puramente lo sustancial de la materia de hipotecas y dejando intacta la Ley Hipotecaria». En la cubierta de la segunda subcarpeta dice el Secretario: «Artículos aprobados por la Comisión. 1888». Contiene los títulos II y III, que constan respectivamente de 18 y 17 artículos, más otros cuatro de hipotecas legales. En los demás artículos pone al margen: «aprobado», sin que por la mera colocación de los títulos en una u otra carpeta podamos aseverar que los aprobó la subsección o la Comisión, que para el resultado práctico fue lo mismo. Todos los artículos llevan al pie la indicación de su origen, generalmente la «Ley Hipotecaria», o «nuevo». El artículo 9 presentado por OLIVER establece que «deben inscribirse, para que produzcan efectos en cuanto a tercero: 2.º La constitución, reconocimiento, transmisión o extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 2 de la Ley Hipotecaria, núm. 2)». El artículo 15, al lado del cual se abre una llave indicando que fue aprobado, establece que «son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyan». El artículo siguiente, con la misma llave, sostiene que «los créditos hipotecarios inscritos pueden cederse, gravarse, posponerse y subrogarse por el acreedor. La cesión o gravamen de un crédito hipotecario surtirá efecto en cuanto al deudor desde que se le dé conocimiento en debida forma y en cuanto a tercero desde su inscripción (...)». Respecto a las hipotecas legales, el artículo 1 tiene una llave que dice que «este artículo y los siguientes se leyeron, pero no recayó sobre ellos acuerdo alguno; así pues, el artículo 2 recogía que «las personas a quienes se confiere hipoteca legal no tienen otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de un crédito. Y para que se entiendan constituidas las hipotecas legales se necesita la inscripción del documento en cuya virtud se constituyan (158 y 159 de la Ley Hipotecaria mod.)». Tanto al final del índice como en la portada del último cuaderno del Libro IV, consta que el título de hipotecas se dará por apéndice a este cuaderno, lo que parece indicar el propósito de una mayor extensión que los trece artículos de que consta la hoja, con que se resolvió después el problema, según estima LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, pág. 562. En las galeradas de los cuadernos 1.º y 2.º del Libro IV, las correcciones, puestas por ANTEQUERA, carecen de relieve y son pocas; así, no hay pruebas del título de hipotecas (ACGC, legajo 18, carpeta 5). Respecto a todo este tema, vid. LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, págs. 560 a 562, o BARÓ PAZOS, «La Codificación...», *op. cit.*, págs. 260 a 261.

(6) El primer título contenía cuatro capítulos: bienes que son objeto de inscripción y de los terceros; actos y contratos inscribibles; efectos de la inscripción, y extinción de los derechos inscritos. Sostiene OLIVER (*Derecho Inmobiliario...*, *op. cit.*, pág. 778) que «terminada esta primera parte de mi ponencia, la sometí a la aprobación de la Sección de lo Civil de la Comisión de Codificación, y después de discutir muy detenidamente cada uno de los cincuenta y seis artículos de que consta en diferentes sesiones, tuve la satisfacción de que fuesen aprobados con algunas modificaciones de escasa

lo que, según consta, fue aprobado por la Comisión, y que reza como sigue: «deben inscribirse, *para que produzcan efectos en cuanto a terce-*

importancia. Así resulta de los Libros de actas de aquella docta Corporación y así lo afirmó en el Congreso uno de los dignos vocales de la misma». Y, en efecto, en la sesión en el Congreso del 22 de marzo de 1889 (intervención del diputado MANUEL DANVILA, *Diario de Sesiones del Congreso*, 1889, núm. 90, pág. 2405), afirma DANVILA que «las actas revelan que, en la última época de la elaboración de la obra codificadora, se llamó al seno de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación al subdirector general del Registro de la Propiedad, para que formulase una ponencia referente a las bases fundamentales de la Ley Hipotecaria y al Registro de la Propiedad. Las actas descubren que, después de varias sesiones luminosas en que esta materia se discutió con gran detenimiento, se llegaron a aprobar cincuenta artículos que no han venido al Código, y hasta se indicó que el trabajo de la ponencia se componía de más de cien artículos y que existía el propósito de traer al Código los principios fundamentales de la Ley Hipotecaria, y reservar para una ley de procedimiento, a semejanza de lo que había hecho el imperio alemán, la organización del Registro de la Propiedad. Lo que después pasó no consta en las actas; pero el trabajo votado por la Comisión no es el que aparece en el Código Civil español; por el contrario, no hace más que trasladar algunos artículos de la Ley Hipotecaria allá a lo último del Código, y traer por toda solución, como organización del Registro de la Propiedad, cuatro artículos, para concluir diciendo lo que dice en la mayor parte de los casos: "en todo lo demás se regirá por la ley especial de donde se han transportado dichos artículos"». Prosigue OLIVER alegando que en esas actas «no constan los motivos que hubo para dejar de incluir en el Código la parte de mi proyecto que había sido aprobada, ni para que dejasen de discutirse las partes restantes (...)» (BIENVENIDO OLIVER, «Derecho Inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 779). En la sesión del Congreso del 9 de abril de 1889 (intervención del diputado GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Diario de Sesiones del Congreso*, 1889, núm. 90, pág. 2405), AZCÁRATE interviene diciendo: «(...) al ocuparnos en la hipoteca, no sé por qué decís que, para que exista, es requisito esencial que exista una obligación principal. Yo quisiera conocer en este punto de la hipoteca las reformas que propuso el señor OLIVER, a quien considero como la persona más competente de España en materia hipotecaria. Me figuro que serían trascendentales, a la vez que prácticas, y probablemente sería una de ellas la creación de la hipoteca independiente (...)». Requerido por AZCÁRATE, explica GAMAZO en la sesión de 10 de abril de 1889 (intervención del señor GERMÁN GAMAZO, *Diario de Sesiones del Congreso*, 1889, núm. 92, pág. 2455) lo siguiente: «Tratóse en la Comisión de Códigos de redactar el título correspondiente a la hipoteca, y fue encomendada esta tarea, que asumió el mismo señor presidente y ministro de Gracia y Justicia a la sazón, delegándola en el señor OLIVER. El señor OLIVER, que es, como con justicia ha dicho el señor AZCÁRATE, una de las personas más competentes, si no la más competente en esta clase de estudios en España, presentó a la Comisión un trabajo notabilísimo, digno de competencia, pero que envolvía la reforma de preceptos importantes de la Ley Hipotecaria y, por tanto, iba a crear entre el Derecho Hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el Derecho Hipotecario de las provincias aforadas, antagonismos que entendía la Comisión que no se conciliaban con la Base de la Ley de 1888, ni tampoco podían admitirse sin detrimento de la potestad que el Estado tiene, y sin menoscabo de la unidad en ciertas materias. No es que la Comisión creyera que debían retirarse muchas de las cosas sabiamente discurridas y propuestas por el señor OLIVER, no; que reformarla sólo para el Código Civil era crear una disparidad de derecho; y que esa reforma, que se recomendaba por algunas circunstancias dignas de ser tenidas en cuenta, debería venir en una ley especial que mantendría el *statu quo* y sería igualmente aplicable a los que gozan de fuero especial y a los que están sometidos

ro (7): (...) 2.º La constitución, reconocimiento, transmisión o extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles».

El 14 de junio de 1888 uno de los vocales de la Comisión firma y fecha la portada de su cuaderno de observaciones hechas al proyecto de Código Civil, y en el artículo 6 de los trece referentes a la hipoteca que el proyecto recoge se puede leer lo siguiente: «*Para que la hipoteca pueda perjudicar a terceros se requiere* (8): 1.º Que se haya convenido o mandado constituir en escritura pública o documento susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. 2.º Que la escritura o documento se haya inscrito (arts. 146 y 159 de la Ley Hipotecaria)» (9).

Pocos meses más tarde, el 7 de diciembre de ese mismo año, aparece publicado en la *Gaceta de Madrid* el artículo del Código que iba a configurar definitivamente el carácter de la inscripción de la hipoteca. El 1.875 de los preceptos codificados comenzaba disponiendo lo siguiente: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, *es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida* (10), que el documento en el que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (11).

a la legislación común. He aquí por qué la Comisión se encerró dentro de las Bases de 1888 y se contentó con consignar aquellos principios cardinales de la legislación hipotecaria en los distintos títulos del Código que eran adecuados al caso, manteniendo (y así lo declaró, como le estaba mandado), manteniendo la Ley Hipotecaria en toda su integridad, y poniendo un especial cuidado en no alterar los preceptos que contenía, para que no surgieran complicaciones ni divergencias». Argumenta a este propósito OLIVER (*Derecho Inmobiliario...*, op. cit., págs. 779 a 781) que las modificaciones que él proponía no podían producir esos antagonismos, pero que, además, según había dicho el ministro SILVELA, publicado el Código se entendería modificado el Derecho Hipotecario en todas las provincias españolas (intervención de FRANCISCO SILVELA, *Diario de Sesiones del Congreso*, 1885, núm. 176, pág. 5173). LATOUR BROTONS refiere que, efectivamente, la Comisión no tuvo en cuenta los trabajos de OLIVER, «tal vez por las prisas que ALONSO MARTÍNEZ tenía en presentar a la sanción real el Código Civil, malogrando nuestra reforma hipotecaria» (LATOUR BROTONS, «Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria; su génesis, circunstancias y efectos de la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1962, págs. 433 a 506 y 737 a 811). Por su parte, entiende BARÓ (*La codificación...*, op. cit., pág. 261) que «(...) se desprende de la ponencia de OLIVER su intención de reformar la Ley Hipotecaria, lo que no era conciliable con las Bases aprobadas. Esa fue la razón de su no incorporación al Código».

(7) La cursiva es mía.

(8) La cursiva es mía.

(9) Se trata del cuaderno de «observaciones que don MANUEL DANVILA, individuo de la Comisión de Codificación, hace al proyecto de Código Civil en cumplimiento de lo mencionado en la Real Orden de 30 de abril del corriente año. Madrid, 14 de junio de 1888» (ACGC, legajo 19, de Código Civil, carpeta 3).

(10) La cursiva es mía.

(11) Este artículo se inserta en el capítulo III, «de la hipoteca», del título XV, «de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis», del Libro IV, «de las obligaciones y contratos» del Código Civil y dispone, literalmente, lo siguiente: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.875, es indispensable, para que la hipoteca quede

Así comienza la historia del tema que ahora nos ocupa. Es la historia de la implantación definitiva en nuestro país de la inscripción constitutiva de la hipoteca (12). Se trata de una historia importante. Todo lo relacionado con la propiedad en este momento lo es. Y, sin embargo, es una historia demasiado breve. De ella sabemos no mucho más de lo que acaba de contarse: su principio y su final. Conocemos, ciertamente, su inicio, marcado por

válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria a favor del Estado, las provincias y los pueblos por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro».

(12) El contenido del artículo 1875 del Código Civil y la inscripción constitutiva de la hipoteca, especialmente analizada desde sus antecedentes, ha sido un tema ampliamente estudiado por la civilística actual. Vid. entre otros, a estos efectos, los antecedentes históricos de la regulación de la figura de la garantía hipotecaria en RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ, *La hipoteca. Génesis de su estructura y función*, Madrid, 1980; MARGARITA SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, págs. 335-451; FERNANDO CANALS BRAGE, «El valor de la inscripción en la hipoteca», en *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (ciclo de conferencias)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989, págs. 321-341; MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica. Conferencias del seminario sobre hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, págs. 13 a 36; «¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?», «Inscripción constitutiva», «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles», todos en MARIANO HERMIDA LINARES, *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1973, págs. 7 a 23, 77 a 87, 161a 255, respectivamente; el primero de los artículos citados también se encuentra en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, núm. 253, págs. 378 y sigs. SANTIAGO CHAMORRO PIÑEIRO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1943 (págs. 3 a 48), y febrero, 1943 (págs. 123 a 166); ANTONIO PAU PEDRÓN, *La hipoteca unilateral, constitución, aceptación, cancelación*, Madrid, 1996; RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, «La hipoteca y la inscripción después del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, febrero 1949, núm. 249, págs. 172 y sigs. y, del mismo autor, «La inscripción y la hipoteca hasta el Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, separata*, 1949; MANUEL VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, núm. 259, págs. 289 y sigs.; en el mismo número, MANUEL GÓMEZ GÓMEZ, «¿Inscripción no constitutiva o constitutiva?», págs. 787 y sigs.; GORDILLO, «Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y la determinación de su momento constitutivo», en *Academia Sevillana del Notariado*, IV, Madrid, 1991, págs. 319 y sigs. y, del mismo autor, «Excerpta en tema de constitución de hipoteca voluntaria», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1992, págs. 427 y sigs., y FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada, 1999.

una fecha en la que los redactores del Código coincidían en ratificar lo que la Ley Hipotecaria decía hasta el momento, que la inscripción de la hipoteca sólo afectaba a terceros; pero también, y sobre todo, conocemos su final. Un final que, a su vez, coincide con otro principio, el de la vigencia del Código Civil, en el que claramente se proclama el carácter constitutivo de la inscripción. Curiosamente, aparte de esto, de lo que pasó entre medias, de los argumentos y de los motivos, nada sabemos.

Tal y como hemos relatado, hasta al menos el 14 de junio de 1888, la inscripción de la hipoteca se concebía como no constitutiva. Esto significa que el artículo 1.875 del Código procede del período comprendido entre ese momento y el 29 de noviembre de 1888, fecha de la última de las sesiones celebradas por la Sección Civil de la Comisión (13); y, en todo caso, seguro que de antes del 7 de diciembre del mismo año, cuando ya se publicó como tal en la Gaceta (14). Sea como fuere, las actas

(13) Después de la publicación del Decreto de 6 de octubre, desde esa fecha hasta el 29 de noviembre, la Sección celebró, según el testimonio de DANVILA, veinticuatro sesiones dedicadas a la corrección e incluso modificación de los dos últimos Libros, «Debates Parlamentarios...», *op. cit.* Congreso, pág. 2189. Esto también es destacado por Luis SILVELA quien, en la sesión del Senado del 16 de febrero de 1889, denunció la supresión de algunos artículos, *ibidem*, II, pág. 755.

(14) A estos efectos estima CANALS BRAGE (FERNANDO CANALS BRAGE, *El valor de la inscripción...*, cit., pág. 328), que «la redacción del artículo 1.875 del Código Civil procede de ese período oscuro que una cierta mala conciencia mantiene en la nebulosa, de las sesiones de la Comisión desde esa fecha hasta el decreto de 6 de octubre autorizando la publicación del Código Civil, o de las veinte celebradas con escasa asistencia de individuos —parece seguro que abandonados de CÁRDENAS, quien defiende el sistema ecléctico—, entre esa fecha de 6 de octubre y el 29 de noviembre, que fueron reformando al ritmo de su publicación un Código aprobado como anexo pero no suscrito por la reina regente —el art. 1.875 vio la luz en la Gaceta de 7 de diciembre—. O incluso pudiera haber sido aquel precepto introducido de contrabando, sin pasar por la Comisión codificadora, como ocurrió nada menos que con los artículos relativos al Registro de la Propiedad al final del Libro II, según decía el vocal DANVILA en la posterior discusión en el Congreso sobre si el Gobierno había o no cumplido la Ley de Bases». En efecto, las revisiones que se introdujeron fueron acordadas por la Sección Civil, y no por el pleno de la Comisión, incluso después de la publicación del Decreto de 6 de octubre de 1888, que ordenaba publicar en la *Gaceta de Madrid* la edición oficial del Código Civil; desde esa fecha, y hasta el 29 de noviembre, como ya se ha señalado, la Sección celebró, tal y como cuenta DANVILA, veinticuatro sesiones dedicadas a corregir e incluso modificar los dos últimos Libros. En este sentido, relata LASSO (vid. LASSO GAITE, *Crónica...*, tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, pág. 566. Vid. también, a estos efectos, BARÓ PAZOS, *La Codificación...*, *op. cit.*, págs. 274 a 280) que, respecto al Libro IV, refunde el Código en el título de XV los títulos de prenda e hipoteca con profundas modificaciones, reduciendo aún más la extensión del título de hipoteca del anteproyecto, si bien dedica al Registro de la Propiedad un título nuevo, el último del Libro II, que no figuraba en el proyecto de Libros I y II de 1882. Se completa el título de la prenda e hipoteca introduciendo la anticresis. Así pues, son nuevos los artículos del Libro IV, 1.858, 1.860, 1.861 y 1.862 sobre prenda e hipoteca y los artículos 1.874 a 1.879 sobre hipoteca. Como hemos visto, OLIVER censura el sistema del

de este período no se encuentran en el archivo de la Comisión General de Codificación (15).

Don BIENVENIDO OLIVER, a la vista del resultado final del Código, se pronuncia en su obra antes citada en los siguientes términos: «Por más que he meditado mucho, no me ha sido posible descubrir el criterio en que se han inspirado los redactores del Código a llevar al mismo las doctrinas de la Ley Hipotecaria (...)» (16). SÁNCHEZ ROMÁN, sin duda uno de los mejores civilistas de la época, tras analizar la nueva regulación acaba concluyendo que el párrafo primero del artículo 1.875 es «más de origen casual que intencional» (17). En nuestros días, CANALS BRAGE, uno de los autores que ha sacado a relucir el tema de la introducción del nuevo artículo, finaliza su estudio al respecto afirmando que no ha encontrado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia ni en la legislación ninguna razón que justificara la quiebra de lo que, a su juicio, era una «meditada progresión histórica» (18). Así pues, no sólo desconocemos el desenvolvimiento de esta historia, sino que ni siquiera parece que se pueda llegar a conocer.

Y, sin embargo, los pocos detalles de los que disponemos son suficientes para que el episodio incremente el interés que su propia oscuridad ya le atribuye. En efecto, hay algo que llama más la atención que la carencia de datos acerca de la introducción de un cambio tan sustancial en una materia indiscutiblemente relevante como es el derecho de hipoteca, y eso es, pre-

Código para la regulación de la hipoteca por falta de unidad en los dispersos preceptos de Derecho Inmobiliario, presentando algunos secundarios y omitiendo otros fundamentales, y en algún caso, modificando la Ley (vid. OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario...*, op. cit., págs. 782 a 786). LASSO refiere las novedades observadas entre los Libros del anteproyecto y la primera edición del Código Civil, «unas veces por supresión de requisitos, otras por adición en los artículos nuevos, favoreciendo, en definitiva, la redacción del Código Civil» (LASSO GAITE, *Crónica...*, tomo IV, vol. 1, op. cit., pág. 566). PEÑA (MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, vol. I, Madrid, 1965) destaca que el resultado de las modificaciones introducidas fue «un texto más condensado y elegante que el del anteproyecto, pero en el que éste aparece siendo el elemento básico y un antecedente inmediato y fundamental, por su significado y contenido».

(15) Faljan las Actas de la Comisión desde la última conservada, de 25 de octubre de 1882. Vid. el exhaustivo seguimiento de las Actas de BARÓ PAZOS, *La Codificación...*, op. cit., pág. 259, nota 231. En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto del Código Civil...*, op. cit.

(16) BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario...*, op. cit., pág. 782.

(17) Vid. FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil e historia general de la legislación española*, tomo III: Derechos de obligaciones, Madrid, 1888-89, pág. 870.

(18) Vid. CANALS BRAGE, *El valor de la inscripción...*, cit., pág. 328.

cisamente, lo que sí conocemos, el momento definitivo del cambio, es decir, el final de esta historia.

Vayamos de nuevo a la conclusión. Por mandato del Real Decreto de 6 de octubre de 1888, se ordena publicar en la *Gaceta de Madrid* la primera edición oficial del Código Civil (19). Iniciada la publicación el 9 de ese mismo mes, el 7 de diciembre le llega el turno al artícu-

(19) Comunicada a las Cámaras esta publicación, empieza a deliberarse sobre si el Gobierno había o no cumplido con los términos que le imponía la Ley de Bases. Mientras tanto, puesto que estaba muy cercano el plazo de sesenta días (contados desde que se comunicó a las Cortes su publicación) para que empezara a regir como Ley el Código Civil, éste es prorrogado hasta el 1 de mayo de 1889, por Real Decreto de 11 de febrero de 1889. En la deliberación parlamentaria en las Cámaras se hicieron numerosas críticas contra el Código Civil. Resultado de estos debates fue que la propuesta hecha por representantes de los dos cuerpos colegisladores de hacer una edición corregida del Código Civil fuera aceptada por el Gobierno. Así, por Ley de 26 de mayo de 1889, se ordena que el Gobierno haga «una edición del Código Civil con las enmiendas y adiciones que, a juicio de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación sean necesarias o convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos cuerpos colegisladores» dentro del plazo máximo de dos meses. La Comisión hace las reformas que cree oportunas en el texto, y el 24 de julio de 1889 se promulga la nueva y definitiva edición del Código Civil (vid. *Gacetas* del 25 de julio al 27 de julio de 1889. La primera edición del Código Civil, pues, se aplicó desde el 1 de mayo al 27 de julio de 1889, y la revisada, desde el 27 de julio hasta la actualidad. Vid., a este respecto, LASSO GAITE, *Crónica...*, tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, pág. 626; BARÓ PAZOS, *La Codificación...*, *op. cit.*, págs. 280 a 284, o FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte general*, tomo I, Madrid, 1949, pág. 198). No obstante, como hemos expuesto, el artículo 1.875 ya aparecía en la primera edición del Código Civil tal y como se encuentra en vigor en la actualidad. A estos efectos, FALCÓN, que hace un estudio comparativo de los artículos del Código Civil modificados por la segunda edición, no contempla ninguna clase de modificación sufrida por el artículo 1.875 desde la primera edición. El único artículo que, íntimamente relacionado con éste, sufre alguna alteración es el 1.857, que establecía en la primera edición del Código que «son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1.º Que exista una obligación principal válida (...)» y se modifica el apartado 1.º para venir a decir en la segunda edición: «1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (...)». Este autor, al hablar de la Base 26, afirma que, a su juicio, «el crédito territorial, a pesar de la Base, fue pasado por ojo en el Código», MODESTO FALCÓN, *Código Civil español, redactado en cumplimiento de la Ley de 11 de mayo de 1888 y publicado a virtud del derecho de autorización concedido al mismo por Real Decreto de 6 de octubre del mismo año*, tomo V, apéndice, Madrid, 1890, pág. 169. Respecto a cómo se han llevado las doctrinas de la Ley Hipotecaria al Código Civil, expone este autor que «nunca lamentaremos bastante el sistema seguido por el Código de dejar fuera de él leyes tan esencialmente civiles como la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro. Por este procedimiento no puede afirmarse con verdad que el Derecho Civil esté codificado todavía. Para estarlo, debería reunir en un solo cuerpo legal toda la legislación civil general de España, y ya vemos por el funesto sistema adoptado que no es así. Una ley exclusivamente civil y de una importancia tan excepcional como la Hipotecaria, vive fuera del Código, y vive con existencia independiente del mismo, como si fuera de un orden distinto» (MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo IV, *op. cit.*, pág. 414).

lo 1.875 (20). Y el cambio ya es irreversible. La inscripción constitutiva ha irrumpido en el panorama de la gran obra legislativa hipotecaria de 1861, «ley de terceros», como todos los juristas recordaban incansablemente en sus escritos. Se produce una llamativa ruptura. Y definitiva.

Destaca, en primer lugar, que el cambio se realice en un Código, en el Civil. Al margen de la reforma queda la anterior Ley Hipotecaria, que hasta la fecha había recogido monopolísticamente lo concerniente al derecho de hipoteca. El Código Civil viene así a alterar toda una trayectoria legislativa ratificada por la inmensa generalidad de una doctrina que veía en la inscripción de la hipoteca un instrumento de oponibilidad exclusivamente contra tercero, pero sin valor entre las partes (21).

Y, en segundo lugar, y derivado de lo anterior, llama la atención la fuerza con que la modificación irrumpe en el terreno del Derecho Hipotecario vigente. Una fuerza legislativa que no sólo altera la regulación anterior, sino que obliga a que todo ese bagaje legislativo se adecúe, un poco más tarde, en 1909, a los nuevos preceptos codificados. Entre ellos al 1.875. Es la misma fuerza codificadora que atraerá hacia sí a la doctrina y que comenzará a convertirla en comentarista de su propia letra. Una fuerza que, en fin, ha hecho que el artículo permanezca, a pesar de todo, codificado e inmutable.

Es en este punto donde merece la pena detenerse y reflexionar, aunque sea muy escuetamente. La falta de información reduce las dimensiones y los planteamientos del trabajo. No se tratará, pues, de explicar ni de dar razones de la introducción de ese artículo, porque el escaso material convertiría las afirmaciones en meras conjeturas y especulaciones sin fundamento, y porque

(20) *Gaceta de Madrid*, núm. 342. Esta primera edición del Código comenzó a publicarse el 9 de octubre de 1888 y finalizó el 8 de diciembre de ese mismo año.

(21) El artículo 146 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1861, que se encontraba en vigor, establecía que «para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública; 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley». En este mismo año de 1882 escriben GALINDO Y DE VERA y DE LA ESCOSURA, manteniendo sin ningún género de dudas la doctrina así establecida desde 1861, que «siendo la hipoteca un derecho real, por fuerza ha de inscribirse para que produzca efectos contra terceros. Si no se inscribe, el contrato valdrá respecto a los dos otorgantes, que dirimirán sus cuestiones con arreglo al Derecho Civil, siendo la inscripción indiferente para su validez y firmeza» (LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo III, Madrid, 1882, pág. 291). Las citas en el mismo sentido a lo largo de estos años son innumerables. Valga por toda la doctrina vigente el *Tratado de legislación hipotecaria y de inscripción del dominio*, Valencia, 1875, pág. 110, del hipotecarista JOAQUÍN Moscoso DEL PRADO, quien remite, al hablar de la hipoteca voluntaria, al artículo 146 de la Ley Hipotecaria en vigor, y afirma, sobre los efectos de la inscripción, que los principios fundamentales de ésta son dos: que la inscripción es sólo necesaria con respecto a tercero, y que el tercero, por lo tanto, no puede ser perjudicado más que en virtud de títulos inscritos o de causas que resulten claramente del Registro.

siempre cabría la posibilidad de estimar que realmente se trató de un error, más o menos afortunado; y, sobre todo, porque ello implicaría adentrarse en profundidad en el intrincado mundo de la propiedad y del Derecho Inmobiliario Registral en la España del siglo xix, algo que desbordaría con creces las expectativas de este estudio.

La misma ausencia de datos no sólo limita la amplitud de los objetivos, sino que además condiciona la manera de abordar también los menos ambiciosos. La carencia de otro tipo de fuentes más adecuadas sobre este aspecto concreto convierte, por ello, a la doctrina coetánea a la aparición del cambio en una de las perspectivas más interesantes al respecto.

Y, pese a todo lo anterior, es este mismo silencio el que pone de relieve lo que más interesa. El momento de cierre de un sistema y la apertura de un régimen hipotecario que resulta ser ya el nuestro. Quizá sin todas las explicaciones, razonamientos y motivaciones deseables a nuestro alcance, pero sí con una realidad: la del artículo 1.875 del Código Civil, la de la inscripción constitutiva de la hipoteca y el peso de la casi totalidad de la doctrina actual, que ha entendido como prácticamente incuestionable un modo de constituir el derecho de hipoteca que hasta un momento anterior, no muy lejano en el tiempo, era concebido precisamente al contrario.

Acudamos, pues, al observatorio privilegiado que los autores de aquel entonces nos proporcionan de ese momento de ruptura, y veamos qué es aquello que el hecho mismo y el contenido de sus observaciones, como detractores o como partidarios, o incluso su silencio, nos permite percibir de ese cambio. Y acerquémonos con la cautela que debe preceder a toda aproximación desde nuestro mundo a uno de sus momentos de fundación, cuando muchos elementos parecen reconocibles pero todavía pertenecen a una realidad ajena. La vuelta a los orígenes quizá siga teniendo algo que decir.

2. EL MARCO DOCTRINAL DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA

2.1. LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA FRENTE A LA SITUACIÓN DE LA PROPIEDAD

El carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca no era en absoluto desconocido en España por aquel entonces. Expone MARGARITA SERNA que, de hecho, la Ley Hipotecaria de 1861 vino a desterrar toda una tradición legislativa que, hasta el siglo xix, había concebido la inscripción como constitutiva (22). A estos efectos, tal y como hemos visto, el artículo 146 de

(22) En efecto, respecto a la publicidad registral en la Ley Hipotecaria de 1861, MARGARITA SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario*

la Ley de 8 de febrero de 1861, que se mantuvo tras la reforma a la que en 1869 fue sometido, afirmaba lo siguiente: «*Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero* (23) se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública; 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley».

El artículo, a juicio de esta autora, trataba de dar respuesta a una serie de realidades problemáticas que rodeaban la inscripción hipotecaria. Al parecer, la publicidad de la situación real de las fincas perjudicaba, en primer lugar, a los vendedores de censos, puesto que si sobre el inmueble recaían numerosas cargas, el conocimiento de la existencia de éstas disuadiría a los posibles compradores. Del mismo modo, beneficiaba a aquéllos la clandestinidad de una venta de un censo, que les eximía de pagar alcabalas. Por otra parte, las deficiencias del sistema de publicidad registral suscitaban la desconfianza de los prestamistas, que no se arriesgaban a ofrecer el capital en buenas condiciones por la venta de un censo, cuando existía gran incertidumbre sobre las cargas existentes realmente sobre el inmueble. A todo ello se añadió la creación durante este siglo de un impuesto, denominado «medio por ciento de hipotecas» o «derecho de hipotecas» que gravaba la inscripción de determinados actos sobre la propiedad (24).

La desconfianza general hacia el registro de las hipotecas alimentaba su clandestinidad. La apuesta en 1861 por la publicidad registral requería, según expone SERNA VALLEJO, demostrar los beneficios que de ella se derivaban, demostración que pasaba por desvincular la inscripción de la percepción de cualquier tipo de impuesto y establecer su carácter voluntario, de modo que ésta sólo fuera necesaria en el caso de que se

histórico español, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pág. 451, señala lo siguiente: «En la legislación hipotecaria española se había establecido siempre un plazo para que las partes, antes de su cumplimiento, procedieran al registro de los títulos y, además, se había atribuido carácter constitutivo a la inscripción, de tal manera que, en teoría, ésta era necesaria para que los títulos sujetos a inscripción causaran efectos entre las partes y respecto de terceros. Separándose de esta tradición, la Comisión suprime cualquier tipo de plazo y otorgar a la inscripción el carácter de voluntaria, piénsese en la importancia que tiene esta decisión de la Comisión cuando incluso en las Bases que se habían aprobado en el Congreso en 1858 se preveía el carácter obligatorio de la inscripción (Base 1.ª)». Vid., también, en el mismo sentido, MARGARITA SERNA VALLEJO, «La protección registral de la propiedad: especial referencia a las Resoluciones de la Dirección General del Registro de la Propiedad y a la Doctrina del Tribunal Supremo», en SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO, coords., *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX. Encuentro interdisciplinar*, Salamanca, 3-6 de junio de 1998, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 542.

(23) La cursiva es mía.

(24) Vid. MARGARITA SERNA VALLEJO, *La protección registral...*, cit., págs. 540-542.

pretendiera que el acto jurídico sobre la propiedad pudiera oponerse a terceros (25).

A finales del siglo, y durante la fase final de elaboración del Código Civil, es la de 1861, aun modificada en el 69, la Ley Hipotecaria que se encuentra vigente. Sin embargo, a estas alturas, la regulación que esta Ley ofrecía no acababa de dar respuesta a la que se había convertido en una demanda constante por parte de los hipotecaristas de la época: la pro-

(25) Afirma textualmente la autora que «en esta situación, cuando en el siglo xix el legislador apuesta decididamente por la institución registral va a ser necesario convencer a los hipotéticos beneficiarios de la publicidad registral de las ventajas derivadas de la misma, para lo que fue indispensable, como finalmente se recoge en el texto de 1861, desvincular la institución registral de la percepción de cualquier tipo de impuesto, establecer el carácter voluntario de la inscripción en la inmensa mayoría de los casos y suprimir, como consecuencia de esto, los plazos dentro de los cuales habría de inscribirse. De este modo, mientras que en la legislación relativa a la publicidad inmobiliaria del antiguo régimen y en alguno de los proyectos del xix se había establecido un plazo para que las partes, antes de su cumplimiento, procedieran al registro de los títulos y, además, se había otorgado carácter constitutivo a la inscripción, de modo que, en teoría, ésta era necesaria para que los títulos sujetos a inscripción causaran efectos entre las partes y respecto de terceros, en la reforma de 1861 se suprime cualquier tipo de plazo y se otorga a la inscripción carácter voluntario de manera que aquella sólo es necesaria para que los efectos de los actos jurídicos sobre la propiedad afecten a terceros pero no a las partes intervinientes» (MARGARITA SERNA VALLEJO, *La protección registral...*, cit., pág. 542). Así pues, los efectos derivados de la inscripción benefician al que inscribe sus derechos, ya que «los títulos que dejan de inscribirse no perjudican a terceros (art. 23); los títulos inscritos surten sus efectos incluso contra los acreedores singularmente privilegiados (art. 24); los títulos inscritos afectan a terceros desde la fecha de la inscripción (art. 25); las acciones rescisorias y resolutorias no pueden darse contra el tercero que ha inscrito sus derechos, salvo cuando estas acciones deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro de la Propiedad y en los casos de acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, cuando la segunda enajenación haya sido hecha a título gratuito o cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude (arts. 36 y 37). Respecto al impuesto, la inscripción se constituye con el carácter de voluntaria y, por consiguiente, la falta de inscripción y del pago del tributo no puede suponer ya la nulidad del acto o contrato no registrado» (MARGARITA SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria...*, op. cit., págs. 451 y 476). En el mismo sentido, AMORÓS GUARDIOLA estima que la preocupación de los legisladores por la implantación del principio de publicidad de las hipotecas y de especialidad de las mismas impidió que se impusiera el carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria: «(...) parece razonable pensar que en la Ley Hipotecaria no se había llegado a establecer este criterio de la inscripción constitutiva (...) porque los legisladores que introdujeron el nuevo sistema de Registro tuvieron principalmente la preocupación de establecer los principios de publicidad de las hipotecas —para excluir las antiguas hipotecas tácitas— y de especialidad de las mismas —para impedir las hipotecas generales—. Para conseguir la seguridad del tráfico inmobiliario y del crédito territorial inicialmente se pudo pensar que bastaba con la publicidad de la garantía hipotecaria, que estuviera aparente en el Registro, ya que no tenía exteriorización posesoria, aún sin llegar a la inscripción constitutiva, sino meramente de oponibilidad o eficacia frente a terceros como en los demás derechos reales» (MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios...*, cit., págs. 25-26).

no disponemos de documentación en la que se justifique el cambio. Por ello seguimos hablando de un cambio, en su sentido más literal, injustificado.

De ahí que resulte muy ilustrativo atender a lo que los juristas puedan decirnos de algunas de las concepciones que se aceptaban en ese momento de cierre; o, en otros términos, acudir a lo que la doctrina que se lleva a ese

para aplaudirlas, tan sólo hago mías aquellas sintéticas y persuasivas razones aducidas por el señor ROMERO GIRÓN al explicar por qué deficiencias legales no se han podido aclimatar y generalizar en las comarcas agrícolas un sistema de institución de crédito territorial, y sigue en tan precario estado la pequeña propiedad, presa obligada de la usura del prestamista o de la codicia del rico propietario». La preocupación por el crédito agrícola ya era y sigue siendo, con una importancia creciente, muy notable. Así, en la Gaceta de 26 de agosto de 1888, se publica la convocatoria de un concurso organizado por el Ministerio de Fomento sobre el crédito agrícola en España. El mismo año publica, por ejemplo, la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 36, tomo 72, primer semestre, págs. 331 a 448, «El crédito agrícola», de MONTERO RÍOS. EUSEBIO ROLDAN publica en 1891 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 39, tomo 79, pág. 105, un artículo titulado «Crédito agrícola», en el que afirma que debe crearse el crédito agrícola, que no se había logrado en veintiocho años, entre otras causas porque la inscripción no es obligatoria. «La inscripción debe ser obligatoria porque no hay iniciativa privada; ha pasado más de medio siglo, y sólo lo que hace falta en el momento se inscribe; aquello de que no hay que echar mano continúa y continuará sin venir al Registro». Un poco después, escribe BUENAVENTURA AGULLÓ Y PRATS, *El crédito territorial. Tratado científico-legal de la legislación hipotecaria de España*, Barcelona, 1892 (este mismo autor publicaría en 1896 su obra *Sistemas hipotecarios*). La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* publica en 1893 el discurso leído por el ministro de Gracia y Justicia, TRINITARIO RUIZ CAPDEPÓN, en la solemne apertura de los tribunales el 15 de septiembre de 1893. El discurso lleva por título «Reformas que exige el Estado de nuestra legislación penal, hipotecaria y notarial y penitenciaria, y organización judicial»; respecto a los problemas hipotecarios, señala el ministro el hecho de tener un verdadero catastro como la «gran deficiencia que ya notaron dos de mis ilustres predecesores, señores ROMERO GIRÓN y CANALEJAS (...)». Mientras se carezca de él, serán estériles e infructuosas cuantas reformas se intenten para acallar aquellas censuras y, desde luego, será preciso renunciar al pensamiento tan seductor de movilizar el crédito territorial mediante la emisión por el propietario de cédulas hipotecarias para transmitir las por endoso al portador, fundándose en la admirable teoría de la hipoteca independiente o sustantiva, que con tan excelentes resultados existe en Prusia, y cuya legislación sirvió, hace más de treinta años, de tipo o patrón a nuestra Ley Hipotecaria. Por eso, entiendo que debe completarse ésta de acuerdo y en armonía con la legislación modelo, en vez de derogarla, como algunos pretenden, y sustituirla por el sistema australiano, conocido también con el nombre de Acta TORRENS, el cual, prescindiendo de los grandes inconvenientes que ofrece en algunos puntos, exige necesariamente la formación previa de un catastro de la propiedad territorial» (en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1893, año 41, tomo 83, págs. 211 y sigs.). Ya en 1895, en *Observaciones al proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de la Península*, mantiene MORELL lo siguiente: «(...) El sistema escogido por la Ley de 1861, muy bueno en teoría, muy científico, no produce resultados en la práctica (...) y es claro; nuestro sistema hipotecario es un sistema de excepción, y como tal, en circunstancias normales, para nada sirve. La necesidad de inscripción no se siente; la utilidad no se ve ni se aprecia en las relaciones normales de la vida (...)» (en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1895, año 43, tomo 86, pág. 82).

artículo quizá nos pueda revelar de la clausura de toda la etapa anterior. En este caso surgiría una dificultad: ¿a qué doctrina debemos referirnos?

2.2. LA PRESENCIA DE AZCÁRATE EN LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 1.875 DEL CÓDIGO CIVIL

No se han encontrado escritos previos al artículo definitivo del Código que justifiquen el cambio de rumbo que respecto a la inscripción hipotecaria éste representa; no obstante, nos disponemos a traer a colación un pequeño episodio, que no pasaría de ser pura anécdota si no fuera porque nos aporta un dato que no hemos podido conocer por otros medios: quién intervino en la elaboración del artículo 1.875 del Código Civil.

Vayamos al 26 de mayo de 1909. Veinte años después de la promulgación del Código, se está debatiendo en el Senado la totalidad de un proyecto de ley de reforma de la Ley Hipotecaria, entonces vigente, para adaptarla al Código Civil. Este debate nos interesará en un momento posterior por otros aspectos. Ahora sólo nos importa un pequeño detalle de la intervención de uno de los senadores, de SÁNCHEZ ROMÁN, quien, hablando de la sustancialidad de algunas de las reformas hechas por el Código Civil en la Ley Hipotecaria, afirma lo siguiente: «El Código Civil ha hecho modificaciones en la Ley Hipotecaria y ha dejado subsistente en ésta aquello en que la modifica. Para que vea la Comisión que no se trata de una imaginación visionaria, citaré un caso, porque los hay tan fundamentales como, por ejemplo, el del artículo 1.875, *que vino a variar el concepto de la hipoteca, y lo hizo, por cierto, en compañía de persona muy querida para el señor Alvarez Guijarro y muy perita en Derecho*, de quien recibí el honor de que aceptara una indicación mía en un trabajo profesional. Ya sabe S. S. a quién me refiero (27). Digo esto para que sirva de prenda de que no digo una cosa que no tenga el contraste de esta garantía de verdad» (28).

(27) Está aludiendo aquí a ALVAREZ GUIJARRO. La cursiva es mía.

(28) Vid. intervención del señor SÁNCHEZ ROMÁN en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria. Interpretación auténtica de la Ley de 21 de abril de 1909*, tomo I, Madrid, 1909, págs. 157 y 158. En la edición más frecuentemente consultada de estos debates, la de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1989, tomo II, vol. 1, págs. 311 y sigs., se pueden leer las siguientes palabras de SÁNCHEZ ROMÁN, respecto a la misma intervención a la que nos estamos refiriendo: «(...) el Código Civil ha hecho modificaciones en la Ley Hipotecaria y ha dejado subsistente en esta materia aquello en que no la modifica. Para que vea la Comisión que no se trata de una suposición gratuita, citaré un caso, porque los hay tan fundamentales como, por ejemplo, el del artículo 1.875, *que vino a citar el concepto de la hipoteca*». No se recogen ninguna de las frases que hemos transcrito en la parte superior dirigidas a ALVAREZ GUIJARRO. LO que

La mención a esta «persona perita en Derecho» que intervino en la «variación del concepto de la hipoteca» no acaba aquí. En una réplica de ALVAREZ GUIJARRO, al que SÁNCHEZ ROMÁN había hecho alusión, aquél le dirige a este último las siguientes palabras: «Hay otra persona a quien S. S. aludía la otra tarde (29), a la cual me unen lazos fraternales de cariño y de consideración, y esa persona, estimada en mucho por S. S., hasta el punto que yo no creo que S. S. desdeñe la lectura de sus obras, en un libro que publicó hace lo menos veinte años, suspiraba por la introducción de este precepto (30) en la institución hipotecaria española» (31).

La autoridad del argumento se revela definitivamente en una intervención posterior de SÁNCHEZ ROMÁN dirigida, de nuevo, a ALVAREZ GUIJARRO: «Aludía S. S. (...) al libro del señor Azcárate sobre la historia del derecho de propiedad (...)» (32).

Tenemos un nombre. El nombre del o al menos de uno de los intervinientes en la elaboración del artículo 1.875 del Código Civil. Don GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ (33), jurista autor de numerosas obras y escritos y, entre ellos, de su famoso *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad* en tres tomos, publicados, respectivamente, en 1879, 1880 y 1883.

El episodio, meras referencias colaterales en un debate del calado del que se estaba manteniendo, ha resultado verdaderamente revelador. Ha desvelado, en efecto, la presencia de AZCÁRATE en la elaboración del artículo 1.875

se pretende poner de manifiesto es que hay una diferencia muy sustancial a nuestros efectos entre ambas ediciones. La versión de la *Reforma de la legislación hipotecaria. Interpretación auténtica de la Ley de 21 de abril de 1909*, pese a tratarse de una edición no oficial de los debates parlamentarios, aporta más datos interesantes para el objeto de este estudio que la moderna edición. La cursiva es mía.

(29) En el discurso de SÁNCHEZ ROMÁN sólo se hace alusión a la «persona» a la que nos estamos refiriendo, a ninguna otra; de tal manera que la referencia que ALVAREZ GUIJARRO no puede sino referirse a ésta misma.

(30) El debate giraba en torno a los artículos 12 y 13 del citado proyecto de ley de reforma que se estaba discutiendo.

(31) Vid. intervención del señor ALVAREZ GUIJARRO, en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, op. cit., pág. 177.

(32) Vid. intervención del señor SÁNCHEZ ROMÁN, en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, op. cit., pág. 204. La cursiva es mía.

(33) Añadamos una mera curiosidad. El senador Alvarez Guijarro habla de Azcárate como de alguien a quien le unían «lazos fraternales de cariño y consideración» y, posteriormente, se refiere a él como a su «hermano» (vid., intervención del señor Alvarez Guijarro, en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, op. cit., pág. 211); y, en efecto, entre ellos existía un vínculo familiar, puesto que éste se había casado en segundas nupcias con la hermana de aquél, M.^a Benita Alvarez y Guijarro, en 1882, habiendo fallecido ésta veinte años después. Respecto a la biografía de Azcárate y su trayectoria profesional, vid. CARLOS VATTIER FUENZALIDA, *Gumersindo de Azcárate y la renovación de la ciencia del derecho en el siglo XIX*, Seminario Jerónimo González, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998.

del Código. El hecho de que a este precepto se llevaran las doctrinas de AZCÁRATE nos dice, por de pronto, dos cosas: que los redactores del Código consideraron oportuno aceptar su pensamiento en la medida en que lo compartían; y que en su teoría deben encontrarse elementos suficientes que sean congruentes con la sustantividad que se le otorga a la inscripción. Y nos conduce a una primordial: a saber en qué consistía en este punto el pensamiento de AZCÁRATE.

2.3. AZCÁRATE FRENTE A LA INSCRIPCIÓN: TEORÍA Y PRINCIPIOS

La obra de AZCÁRATE es muy extensa. Gran jurista de su época, abarcó numerosos campos de estudio, pero parte de él lo dedicó a la propiedad y al registro. El *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*, ya citado, es probablemente, la obra más gráfica y completa a nuestros efectos. Su contenido es harto conocido y el tratamiento que al derecho de propiedad le da su autor muy amplio; sin embargo, aquí nos interesa retomar algunas ideas que, aun sabidas, se encuentran presentes, expresa o implícitamente, a lo largo de ese ensayo. Ideas que eran compartidas en el momento de aceptar su participación en la elaboración del Código y que debían existir en los redactores de los libros II y III, «sobre la propiedad».

Debemos comenzar para ello enmarcando el planteamiento de este autor, para quien la propiedad de «los tiempos actuales» es obra clara de la revolución liberal (34). Es ahí donde AZCÁRATE considera que están viviendo, en el producto revolucionario. La revolución produce un corte radical y marca un antes y un después en el terreno de la propiedad: a los privilegios, la vinculación y la amortización de «los tiempos primitivos» (35), la revolución opone «los principios de igualdad cristiana en cuanto al derecho de la

(34) Azcárate se está refiriendo a las medidas liberales que comienzan a adoptarse por las Cortes de Cádiz y que acaban desembocando en la Constitución de 1812. A partir de ahí, entiende que de un modo progresivo y a lo largo de todo el siglo se han ido llevando a cabo «de un modo completo y definitivo la desamortización civil y eclesiástica, la desvinculación de los bienes amayorazgados y la destrucción de los vestigios que quedaban del régimen feudal» (GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo I, pág. 343).

(35) Respecto al estado de la propiedad en España a finales del antiguo régimen y tras la revolución liberal, vid., entre otras muchas, la célebre obra de FRANCISCO DE CÁRDENAS Y ESPEJO, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Madrid, probablemente de 1873; PEDRO RUIZ TORRES, «Señorío y propiedad en la crisis del antiguo régimen», en *Historia de la propiedad...*, op. cit., págs. 329-347; en la misma obra, ALBERTO MARCOS MARTÍN, «Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares», págs. 113-162; MARIANO PESET, «Derecho y propiedad en la España liberal», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núms. 5-6 (1976-1977), págs. 509-548; id. «Dos ensayos sobre la

personalidad, y los del dominio absoluto y unitario de Roma en cuanto al derecho de propiedad» (36).

La enunciación de estos principios, igualdad y dominio absoluto y unitario resultan, no por asumidos, menos reveladores del entramado teórico que sustenta la propiedad en este momento. Atendamos primero al último de ellos, al dominio. Y reparemos precisamente en el término que AZCÁRATE emplea. Dominio y no dominios. No puede ser de otra manera si es absoluto. Y unitario. Esto es algo que se entiende y se comprende en este momento. Pero contrasta con una realidad no tan pretérita. Con la de los dominios, en plural. En una cultura prerrevolucionaria, previa a una cultura revolucionaria «constituyente de ordenamiento», hay una pluralidad de dominios jerarquizados respecto a las cosas, respecto a la misma cosa. No había un derecho de propiedad sobre las cosas, sino derechos concurrentes, propiedades (37).

historia de la propiedad de la tierra», Madrid, 1988; *id.* «Propiedad y crédito agrario», en CARLOS PETIT, coord., *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, 1990, págs. 157-185; BARTOLOMÉ CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1699-1836*, Madrid, 1989; FERNANDO MARTÍNEZ, MARTA LORENTE, REINALDO LÓPEZ, «Amparos posesorios y presentación de títulos. La abolición del señorío jurisdiccional Casa-Aranda Hjar (1811-1854)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVII (1997), II, págs. 1449-1466.

(36) «(...) Fue negativa, esencialmente negativa, la solución dada al problema de entonces. Se repararon injusticias y se removieron obstáculos creados por la ley y acumulados por el tiempo; pero dejando en cierto modo intacto el fondo sobre el que se asentaba todo cuanto se quería destruir. Se *desvinculó* la propiedad de la nobleza, y se *desamortizó* la de la Iglesia; pero no se creó un nuevo derecho de bienes, sino que se redujo todo a someter aquélla en masa al derecho común, como lo está mostrando la misma construcción gramatical de las dos palabras que sintetizaban las aspiraciones de aquellos tiempos: *des-vinculación*, *des-amortización*. Por esta razón juegan tan importante papel en las reformas de esa revolución elementos puramente tradicionales, cuales son: los principios de igualdad cristiana en cuanto al derecho de la personalidad, y los del dominio absoluto y unitario de Roma en cuanto al derecho de propiedad (...). Había, es verdad, un partido y una clase que tenazmente se oponían a las reformas; pero enfrente estaban todas las demás con un sentido unánime y con una bandera común, en la que se leía un lema por todos aceptado: *abolición de los privilegios*, *desvinculación*, *desamortización*. Así las instituciones antiguas cayeron a impulsos de un esfuerzo verdaderamente social, fruto de convicciones universales y de sentimientos profundamente arraigados en el corazón de los pueblos, de donde resultaba que las aspiraciones generales tenían un objetivo fijo y preciso» (vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, *op. cit.*, tomo II, págs. 381-382. La cursiva es suya).

(37) «(...) Antes de la revolución no había propiedad, sino, si acaso, *propiedades*, una pluralidad entonces especialmente significativa. (...) En la cultura europea preconstitucional, en una cultura prerrevolucionaria constituyente de ordenamiento, regía efectivamente, no un derecho de propiedad sobre las cosas, sino unos derechos concurrentes por división jerarquizada de dominios respecto a ellas, pudiendo esencialmente distinguirse un *dominium directum*, dominio directo o superior, dominio *derecho* o propio, y un *dominium utile*, dominio útil o inferior, dominio impropio, pero ambos así dominios, ambos derechos dominicales en cosa propia con toda la panoplia de garantía

Sin embargo, para AZCÁRATE no cabe duda. El término «dominio» expresa las relaciones jurídicas «incluidas en el total concepto de propiedad». El dominio, en singular, es «la plenitud de los derechos particulares que constituyen e integran la propiedad» (38). Ya no hay propiedades. La propiedad es un concepto pleno, un concepto «total». Y el dominio, en singular, ha absorbido a su plural. El dominio es ahora absoluto. Y unitario. Un dominio absoluto y unitario que corresponde, congruentemente, a un propietario exclusivo.

Es la libertad el principio inspirador de toda esta revolución. La misma libertad que libera, a su vez, a los sujetos de antiguas pertenencias y los convierte en individuos, iguales entre sí en individualidad y en libertad, es la que libera la propiedad de todas sus antiguas cargas y dominios y la convierte en absoluta e individual. El dominio individual y absoluto de un individuo libre y propietario. AZCÁRATE lo expresa en estos claros términos: «Hacer la propiedad tan libre como el hombre, suprimir las cargas que la gravaban o hacerlas redimibles, concluir con la tradicional división del dominio en directo y útil, borrar casi todas las consecuencias que todavía quedaban en pie de la copropiedad de la familia, dividir el suelo y hacerle enajenable y transmisible casi como una mercancía, en una palabra, hacer el dominio *libre* e *individual*, tal fue el propósito realizado por la revolución» (39).

La afirmación sobre el dominio es categórica. No obstante, no parece que pudiera haber sido de otra manera. La voluntad revolucionaria de la que AZCÁRATE habla no puede elegir, debe ser radical. Una vez que decide enarbolar la «bandera común» de la «abolición de los privilegios, desvinculación, desamortización» de las «instituciones antiguas» del régimen feudal (40), no puede sino eliminar esos fundamentos, suprimirlos definitivamente en aras de un nuevo orden. Y cualquier manifestación de propiedad

y defensa que la clasificación de dominio implicaba. *Dominium* era el término significativo, y no *proprietas*, que también de tiempo existía. Propiedad significaba mera pertenencia, una idea de atribución que podía venir a reforzar, pero no a especificar ni cualificar, el dominio, ya el directo o superior, ya también el útil o inferior. Y *proprietas* podía particularmente predicarse de la parte más precisada al efecto, la que no entrañaba tenencia física, la del dominio dicho directo, el principal originalmente» (vid. BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR, «Propiedades y propiedad, 1789: el derecho dominical en el momento revolucionario», en *Historia de la propiedad en España...*, op. cit., págs. 250-251. La cursiva es del autor). Respecto a la propiedad en Europa, vid. PAOLO GROSSI, *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona 1986, e id., // *dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992.

(38) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, tomo I, Madrid, 1879, págs. 126-127.

(39) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo II, pág. 383. La cursiva es del autor.

(40) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo II, págs. 381-382.

colectiva en cualquiera de sus formas no tiene más opción que sucumbir ante el individualismo de una propiedad posrevolucionaria ahora excluyente y exclusiva (41). La del dominio absoluto y unitario.

Aferrado a este dominio se encuentra el primero de los principios que AZCÁRATE cita como oposición revolucionaria al régimen feudal: la igualdad (42). Se trata de una igualdad que se da en el orden privado, en el de la personalidad. Es una igualdad entre individuos liberados. Pero es una igualdad entre individuos que pertenecen a una esfera concreta, a la de la propiedad. La igualdad de la que habla AZCÁRATE lo es porque la propiedad posrevolucionaria ahora «alcanza a todos, y no es como en pasados tiempos el privilegio de unos pocos». En eso consiste esta igualdad: en el «posible acceso de todos a la propiedad». Esta es la igualdad de AZCÁRATE. Es la igualdad entre propietarios, la igualdad en la propiedad.

La igualdad de propietarios es la derivación lógica de un dominio unitario y absoluto. Habla AZCÁRATE de unidad: de «unidad de derecho, de unidad de bienes, de unidad de dominio». Una unidad que inevitablemente individualiza al propietario exclusivo, ahora ya propietarios exclusivos de dominios unitarios. La igualdad en los dominios iguala a sus propietarios. Y les proporciona iguales garantías en la propiedad a todos ellos. Con razón afirma AZCÁRATE: «Inspirada la revolución en el principio de libertad, y de aquí la consagración de la personalidad en la esfera de la propiedad, que eso significa en sustancia su obra en este orden, puede decirse que de aquélla ha ido a la igualdad por la unidad: unidad de derecho, unidad de bienes, unidad de dominio, y consiguientemente posible acceso de todos a la propiedad y garantías a todos por igual en ella» (43).

Es precisamente la igualdad en las garantías la dinámica que asegura el funcionamiento de todo el engranaje de la propiedad así diseñada. Una vez que se entra en el terreno de juego de la propiedad, en el que los propietarios individuales juegan con sus dominios absolutos, lo único que puede asegurar ese nuevo orden es el buen funcionamiento de las reglas. De las garantías.

El dominio posrevolucionario individual, liberado, absoluto, unitario, igualitario es, en el caso de AZCÁRATE, la lente a través de la cual se observa toda la historia del derecho de propiedad. Pero, más allá de la lectura que

(41) Vid. Pío CARONI, «La historia de la codificación y la historia del Código», en *Initium*, 5 (2000), págs. 420-421. Respecto a la presencia de propiedades colectivas en España, vid. SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO, coords., *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, II Encuentro Interdisciplinar, Salamanca, 31 de mayo-3 de junio de 2000, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

(42) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo II, pág. 381.

(43) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo II, pág. 383.

se le da a un pasado que lo es por preceder a la revolución, lo determinante es la percepción de la propiedad en ese momento que estos principios configuran en el autor. Después de la supremacía, y más que supremacía, unicidad de estos principios revolucionarios parece que, al menos teóricamente, la realidad de la propiedad debe ser y no pueden dejar tal y como AZCÁRATE la percibe. Las consecuencias de todo ello en el terreno que nos concierne serán trascendentales.

Comencemos con una idea, muy reiterada, de este jurista: la distinción entre derecho real y derecho personal. Para él la diferencia no radica en que en el primer caso se establezca una relación entre el individuo y una cosa y en el segundo entre un individuo y otro individuo, ya que «la relación jurídica es siempre entre personas, entre dos sujetos, uno activo y otro pasivo, y el objeto de la relación jurídica es siempre una condición que consiste en un acto, en un hecho, en una prestación, la cual puede estar o no incorporada a un objeto. *La diferencia procede de que en unos casos el sujeto pasivo es una persona determinada, mientras que en el otro lo son todas*» (44).

Atendamos a lo que aquí se asevera. AZCÁRATE insiste en resaltar lo que él considera el dato fundamental para comprender los derechos *in re*, los

(44) La cursiva es mía. Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo I, pág. 119. Esta misma idea era compartida por autores como MANUEL CALDERÓN de quien, el 17 de marzo de 1889, en *La Reforma Legislativa* (año XVIII, núm. 898, pág. 81), aparece un artículo titulado «El Código Civil y el Registro», en el que se puede leer lo siguiente: «Al anunciarse la publicación del proyecto del Código Civil, era grande nuestra curiosidad por conocer el sistema que establecería en cuanto a los efectos de la inscripción, y no pudo ser mayor nuestro desencanto cuando nos enteramos del artículo 606, que reduce los efectos de aquella a los terceros; en una palabra: que siguen los principios que informan la Ley Hipotecaria actual. Nada más contrario a la razón y a la conveniencia social que la inscripción voluntaria, y reducir los efectos de la misma a terceros. Tiene su origen ese sistema en una noción falsa (...). El fundamento de la inscripción no es la utilidad, no es el crédito territorial, errores que han traído como consecuencia limitar los efectos de aquella a los terceros. El fundamento de la inscripción está en la naturaleza de las cosas, en un principio racional, en un principio de estricta justicia. Por tanto, si la inscripción está exigida por la naturaleza de los derechos que publica, no deben limitarse sus efectos a los terceros; debe exigirse como circunstancia previa y necesaria para la existencia de un derecho real (derecho absoluto, todos deben respetarlos, se hacen efectivos contra cualquier miembro de la sociedad, justo es que todos puedan conocerlos)». El mismo autor, MANUEL CALDERÓN, sostiene en «El Código Civil y la transmisión del dominio» que «por más que el Tribunal Supremo haya adoptado la jurisprudencia contraria, la inscripción es un verdadero modo de adquirir, cuando menos en ciertos casos, lo mismo según el derecho vigente que según el Código. Según expresa la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria, la inscripción suple la falta de tradición al efecto de transmitir el dominio, y una cosa análoga dispone el artículo 1.473.2 del Código. Que en muchos casos la inscripción no es más que un medio de publicar en cuanto a tercero un derecho real anteriormente constituido, es indudable; pero de esto a afirmar que nunca es modo de adquirir, hay mucha diferencia. Cuando la voluntad de dos personas tiene por objeto crear una obligación que sólo afecta a las mismas, enhorabuena que esa voluntad sea

derechos reales: que el sujeto pasivo de esa relación jurídica de la que deriva son todas las personas. Pero hay un concepto previo esencial en el que se sustenta esta afirmación, y es el principio de igualdad. La igualdad en la personalidad de la que hablaba AZCÁRATE. Igualdad que iguala en la propiedad y que produce igualdad entre propietarios. Esa igualdad es la que les atribuye la igual condición a todos de sujetos pasivos de una relación que les afecta a todos por igual. Porque es una garantía de igualdad y de libertad que todos, por tener la misma consideración, participen en los derechos constituidos sobre la propiedad de otro igual.

Participación de todos como sujetos pasivos en su condición de iguales porque todos deben reconocer, respetar y ante todos debe hacerse prevalecer una propiedad y sus circunstancias, que, para que requiera tal protección, no puede sino entenderse como unificada y absoluta. Sólo la propiedad concebida como absoluta puede hacerse prevalecer frente a todos. Contra todos los demás, iguales propietarios exclusivos. Protección absoluta frente a todos es lo que sólo puede exigir el propietario exclusivo de una propiedad absoluta.

Los principios posrevolucionarios parecen tener plena vigencia y coherencia en el pensamiento de AZCÁRATE. Una coherencia que se va desenvolviendo concatenadamente a medida que desarrolla el contenido de los derechos *in re*, entre los que el derecho de hipoteca se encuentra.

En efecto, el dominio absoluto es el que debe hacerse prevalecer frente a todos. Prevalencia que exige reconocimiento y respeto, algo que no puede darse sin un elemento previo fundamental: el conocimiento de la existencia del derecho. «Es una necesidad del derecho de propiedad el que todos le reconozcan y el que prevalezca contra todos, en una palabra, que sea un derecho absoluto»; por ello, «la propiedad no puede quedar en la sombra como la obligación, compromiso puramente personal, porque siendo un derecho absoluto debe ser conocido por todos para que por todos sea respetado», afirmaba LABOULAYE, a quien AZCÁRATE cita (45).

suficiente; pero si la voluntad tiene por objeto crear un derecho real que la sociedad entera debe acatar como tal, no puede admitirse su existencia mientras esa misma sociedad interesada no haya concurrido a la creación del derecho que le afecta por medio de un acto auténtico, y mientras el derecho no se publique de modo que pueda llegar al conocimiento de todos los ciudadanos». Continúa diciendo CALDERÓN que «el Código, en la transmisión del dominio de los inmuebles, hace una amalgama de todos los sistemas conocidos: une el principio de la publicidad por medio del Registro con la publicidad rudimentaria, por medio de la tradición y con la nuda voluntad. En esta amalgama no hay un criterio científico ni un fin práctico. Constituye ese sistema un retroceso evidente en relación al derecho derogado, y con seguridad dará lugar a muchas dudas y litigios» (*La Reforma Legislativa*, 30 de junio de 1889, año XVIII, núm. 914, págs. 211 y 913).

(45) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo I, pág. 116.

El conocimiento se convierte en un elemento sustancial. No podía ser de otra manera. Sin él no puede constituirse al resto de las personas como sujetos pasivos, ni puede exigírseles respeto a un derecho, ni puede hablarse de derecho como absoluto, por que no lo es si no es frente a todos. El hecho de dar a conocer es una garantía de igualdad, de salvaguarda de los iguales, de asegurar la igualdad en las reglas de funcionamiento, igualdad de oportunidades de los participantes. «Garantías a todos por igual en la propiedad», aseguraba AZCÁRATE.

Todo nos conduce irremisiblemente a la publicidad y, en consecuencia, al Registro de la Propiedad. Las palabras de AZCÁRATE no pueden ser más gráficas: «Esta publicidad, base hoy del régimen hipotecario que se lleva a cabo por medio del Registro de la Propiedad, nació de la circunstancia que antes hemos notado, esto es, de que la razón primera y fundamental de la distinción entre los derechos *in re* y *ad rem*, es la de ser en los unos el sujeto pasivo una persona determinada, y serlo, en los otros, todos; y para que todos respeten ese derecho, se hace precisa la publicidad del mismo, mientras que no hay semejante necesidad en el otro caso» (46).

El Registro de la Propiedad proporciona la publicidad necesaria para garantizar la seguridad de las operaciones de unos propietarios exclusivos. Por un lado, la publicidad se presenta como el elemento consustancial a la realidad del derecho real; lo que afecta a la propiedad posrevolucionaria no puede seguir siendo fruto de voluntades particulares desiguales y desconocidas. Un dominio absoluto que lo es por oponerse a todos, en condiciones de igualdad, necesita, en definitiva, la garantía de la publicidad que asegure el conocimiento de todos por igual y, en consecuencia, la exigencia de su respeto. Si no no sería absoluto.

De nuevo lo reitera AZCÁRATE al hablar del Registro de la Propiedad en su *Ensayo*: «Si "la propiedad es un derecho inmediato y absoluto que vale respecto y contra todos, y que todos están obligados a respetar"; si en esta relación jurídica el sujeto pasivo no es una persona determinada, sino que

(46) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo I, pág. 123. Esta idea es contundentemente reiterada por Azcárate, no sólo a lo largo de su *Ensayo*, sino con posterioridad en todos los escritos en los que hace referencia al derecho de propiedad. Es el caso de su comentario, bastante tiempo después, a la obra de don BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario español*, publicado en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, tomo XXI (1897) (enciclopedia), págs. 342-346 y 381-383, y tomo XXII (1898), págs. 53-56, 87-94 y 123-128, en el que se puede leer lo siguiente: «Tratándose de los *derechos reales*, del *derecho de propiedad*, al igual que del de la personalidad, en el que tiene aquél su fundamento, se impone la *publicidad*, por la razón de que, respecto de ellos, son sujetos pasivos *todos*, mientras que en los *personales* lo son sólo los *obligados*, y por lo mismo se hace preciso en cuanto a aquéllos un conocimiento que no lo es en cuanto a éstos» (cit. en CARLOS VATIER FUENZALIDA, *Gumersindo de Azcárate y la renovación...*, op. cit., pág. 217). La cursiva es del autor.

lo son todas, por donde para que respeten ese derecho se hace preciso que todos puedan conocerlo, es evidente la necesidad del Registro, de esta institución *formal* y de *garantía*, cuyo fin es hacer público el estado de los bienes inmuebles mediante la inscripción de todos los actos por los cuales se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas referentes a los mismos, para que de este modo cada finca tenga su historia y sepa el que quiere adquirirla, constituir un derecho sobre ella o prestar con la garantía de la misma, que sólo puede perjudicarle cuanto en él consta, esto es, que no hay más dueño que el que figura en el Registro como tal, ni el fundo tiene otros gravámenes que los que resulten allí consignados» (47).

El Registro se alza, por todo ello, como un foro de igualdad. Constituye, de una parte, instrumento de igualdad que él mismo garantiza; pero, de otra parte, genera a su vez igualdad. Acudamos a un derecho real como el de hipoteca, y retomemos lo que un estricto régimen de publicidad de dominios absolutos había dejado atrás: la concurrencia de unos derechos desiguales sobre las cosas derivados de una jerarquía de dominios. Frente a esa realidad, se hace surgir otra nueva, la de la publicidad de la inscripción. Una inscripción en la que se reflejan dominios unificados y absolutos, y donde el resto de los derechos sobre jerarquizados dominios parecen haberse convertido en otros derechos, pero ahora de crédito (48). Y una inscripción en la que se

(47) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo III, pág. 243. La cursiva es suya.

(48) Esta mutación ha sido expuesta en BARTOLOMÉ CLAVERO, «Propiedades y propiedad, 1789: el derecho dominical en el momento revolucionario», en *Historia de la propiedad...*, op. cit., págs. 245-295. La transformación comienza a ponerse de manifiesto con la reivindicación teórica de Siéyes de la propiedad del diezmo eclesiástico a través de la posibilidad de su redención. Afirma a este respecto CLAVERO que «si la renta puede redimirse, su dominio desaparece desde ya, esto es, sin necesidad de que la redención se efectúe. Si ésta cabe, sólo porque quepa, la carga se convierte en un gravamen crediticio, en una especie a lo más de crédito hipotecario, con la eventualidad entonces de que el dominio gravado sea el que resulte en solitario propiedad. El otro derecho, el de crédito, sólo cabe que se conceptúe como propietario desde la posición prerrevolucionaria de las propiedades en plural (...). Las medidas revolucionarias que contemplan dicha posibilidad de redención de rentas o cargas distintas al diezmo eclesiástico no dejan de reflejar dicha transformación de un dominio en crédito y la consiguiente de otro dominio, el gravado, en propiedad, en su derecho ya singular» (págs. 256-257). Redención por la que también abogaba AZCÁRATE en su *Ensayo*: «Para que los [otros propietarios de la vecindad] vivan de sus rentas tiene [el campesino] que cederles una parte del producto de su pequeño patrimonio, y esas rentas son imprescriptibles e irredimibles. Haga lo que quiera, encuentra siempre en su camino a estos incómodos vecinos que le quitan todos los gustos, le estorban su trabajo y le comen sus frutos; y cuando se ha visto libre de ellos, se presentan otros, vestidos de negro, que le toman lo mejor de su cosecha (...). ¿Dónde está aquí la traslación de la propiedad? ¿Quiénes tenían derecho en *cosa ajena*, los campesinos o los señores? Por algo los antiguos juristas denominaron *dominio útil* al de aquéllos, y por algo la historia ha venido reconociéndolo y ampliándolo hasta consolidarlo plenamente en sus manos. Los

refleja un nuevo orden, no ya entre propietarios, porque ahora sólo hay uno, el exclusivo, sino entre acreedores hipotecarios, tratándose, además, de un orden tan aséptico como el temporal. Probablemente por ello tan igualitario.

La publicidad resulta irrefutablemente necesaria para la implantación y funcionamiento de un sistema de propiedad posrevolucionaria. El Registro de la Propiedad se presenta como indiscutiblemente idóneo para ello. De ahí que sea imprescindible potenciar la publicidad en el Registro, y darle, en consecuencia, un valor sustantivo a la inscripción. Acudamos, sin más, a las propias palabras de AZCÁRATE: «Donde [la inscripción no es una mera solemnidad que se añade a otras para hacer constar el consentimiento], como sucede en los países en que la inscripción sólo es necesaria respecto del tercero y en los que se da a aquélla un valor absoluto, haciendo depender de ella la transmisión, responde a la necesidad de hacer esta pública, como lo pide la naturaleza misma del derecho de propiedad, fin que no cumple la tradición, la cual no fue establecida por los romanos con semejante intento.

En suma, la propiedad se transmite por virtud de las obligaciones, por el mero consentimiento, pero como la ley puede y debe exigir más o menos requisitos o solemnidades para la expresión del mismo según la naturaleza de los actos jurídicos en que se presta, impone en éste el otorgamiento de escritura pública o la declaración ante el Juez, o la lectura del título en los Tribunales, o *la inscripción en el Registro, que viene a ser la prueba definitiva e incontestada, además del medio único de dar a la transmisión la publicidad que exige la naturaleza misma del derecho de propiedad, y cuyo carácter se pondrá más de manifiesto cuando todas las legislaciones lo exijan, no sólo para que perjudique a tercero, sino entre los contratantes mismos, cesando ese dualismo admitido por algunos, que tiene el inconveniente de dejar la propiedad en un estado flotante e indeciso*, puesto que el enajenante, mientras no hay inscripción, sigue siendo propietario para el tercero, mientras que no lo es para el comprador, como sucede en Francia tan pronto como se celebra el contrato, o en España desde que se entrega la cosa» (49).

Esto le oímos proclamar a AZCÁRATE acerca de la inscripción en 1883. El deseo de que le sea atribuido un carácter absoluto. Y con este deseo, la clara voluntad de convertir la publicidad en el Registro en el instrumento idóneo de libertad e igualdad para unos individuos propietarios libres e iguales. Todo encaja en la construcción de AZCÁRATE, y la inscripción constitutiva cobra sentido en sus planteamientos.

cultivadores de la tierra de hace cien años no tenían menos derecho que los siervos, los colonos, los censatarios, los beneficiarios y los vasallos de la Edad Media a que se convirtiera la posesión en propiedad» (GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo II, págs. 389-390).

(49) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo III, págs. 67-68. La cursiva es mía.

Decíamos al principio que esta sustantividad de la inscripción no era desconocida en nuestro país. Pero si se había pretendido con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861, tenía que deberse a otras motivaciones, no se encuadraba dentro de este planteamiento, de la lógica posrevolucionaria en la que ahora se inserta. Esto es lo relevante en este momento: que cuando se piensa en la inscripción constitutiva en estos últimos años del XIX, se piensa en ella tal y como lo hace AZCÁRATE y por los motivos por los que él lo hace. Era una manifestación más de las congruentes exigencias de una nueva concepción de la propiedad. Y, sobre todo, de la voluntad de su consolidación.

También así se daría respuesta a las demandas con las que habíamos abierto este apartado: el crédito territorial y la sustantividad de la inscripción para alcanzarlo. AZCÁRATE ya había puesto de manifiesto este problema muchos años antes de su *Ensayo*. Había ofrecido entonces un pronóstico claro: «No hay crédito donde no hay confianza; no hay confianza donde, en vez de luz y claridad, todo es tinieblas y confusión» (50). Entonces, también, aventuraba respuestas. Quince años después ofrecía su solución: el valor absoluto de la inscripción.

En 1888 la inscripción de la hipoteca había llegado al final de una etapa. Esta era la doctrina que se consideró idónea para clausurar e inaugurar una nueva lógica propietaria, éstas eran las ideas que los legisladores compartían y consideraron adecuadas y oportunas para encuadrar un cambio en una larga trayectoria histórica. A lo largo de todo este planteamiento, aunque muy escueto, AZCÁRATE nos ha dicho muchas cosas. Nos ha hablado de un dominio libre que ya no se concibe como se concebía y de un individuo libre que ya no concibe su condición propietaria como la concebía. Nos habla de principios que encuentran su aplicación real sobre la realidad que se quiere abandonar a favor de un nuevo orden propietario. Nos habla de unas ideas que no sólo no se modificaron y permanecieron, sino que se consolidaron. Pero en especial llama la atención lo que de todo ello se trasluce: que ya no había marcha atrás.

(50) «Parécenos que (...) a nadie cabrá la duda de que sea posible hoy la creación de institución alguna de crédito territorial; falta la base, la condición imprescindible para que estos establecimientos puedan funcionar. No hay crédito donde no hay confianza; no hay confianza donde, en vez de luz y claridad, todo es tinieblas y confusión» (vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Estudios económicos y sociales*, Madrid, 1876, págs. 239-269; en concreto, el fragmento se ha extraído del capítulo «Estudio sobre el crédito territorial en España en 1868», que, bajo el título «Bancos hipotecarios: imposibilidad de establecerlos hoy en España», fue publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en abril de 1868, todo ello citado en CARLOS VATTÍER FUENZALIDA, *Gumersindo de Azcárate y la renovación...*, op. cit., pág. 101).

3. EL ARTICULO 1.875 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU APARICIÓN, ACOGIDA Y CONSOLIDACIÓN EN LA CIVILISTICA

3.1. LA APARICIÓN DEL PRECEPTO

La irrupción de la inscripción constitutiva de la hipoteca en la escena legislativa sigue llamando la atención. Sorprende la fuerza con la que se introduce el cambio, fuerza que, a la vez que es capaz de quebrar la trayectoria normativa anterior, le dota de imposición y permanencia. Ciertamente, tal y como acabamos de ver, los legisladores compartían y estaban acogiendo un cúmulo de principios y de ideas teóricas en las que el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca parecía insertarse congruentemente.

Pero, desde otra perspectiva, los comentarios doctrinales del momento denotan por sí mismos la propia rigidez de la implantación del precepto en el panorama hipotecario. En efecto, las opiniones vertidas en uno u otro sentido por parte de los distintos autores que hacen referencia al artículo 1.875 del Código Civil dejan traslucir el vigor del soporte normativo en el que el precepto se inserta, al ceñirse a una nueva regulación y asumirla como una realidad que, aunque para algunos debiera serlo, ya no es fácilmente modificable.

Acudamos, pues, y una vez más, a lo que dicen los juristas; pero en esta ocasión sin adentrarnos en su contenido. Quedémonos en algo más superficial, en el primer estadio, quizá: en el hecho mismo de pronunciarse. Trataremos, así, de asomarnos desde otra de sus vertientes a la irrupción del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca: esta vez desde la fuerza de precepto mostrada a través de los comentarios de los civilistas y, al mismo tiempo, su consecuente reforzamiento, del que sus autores acaban siendo artífices.

3.2. LA ACOGIDA DE LA NOVEDAD

Recién publicada en 1888 la primera edición del Código Civil, comienzan a salir a la luz numerosos estudios civilísticos en una representativa proliferación doctrinal (51). Dando un primer paso en la doctrina coetánea

(51) Hubo numerosas ediciones comentadas del reciente Código Civil, tales como el *Código Civil comentado con los precedentes y referencias a las leyes antiguas y modernas, y comparación de sus doctrinas con los códigos de las demás naciones*, EMILIO FERNÁNDEZ LUIS y FEDERICO SOLER Y CASTELLÓ, publicado por la *Revista de Derecho Internacional*, Madrid, 1888; de los mismos autores y en la misma fecha se empezaron a publicar los cuadernos de su *Derecho Civil moderno, exposición comparada del nuevo Código Civil en sus relaciones con la legislación antigua, legislaciones*

más próxima en el tiempo a la aparición de la inscripción constitutiva, lo primero que nos encontramos es un conjunto de autores que, abordando el tema de las modificaciones introducidas por el Código Civil y, en especial, lo concerniente al Registro de la Propiedad, o no dan noticia del cambio o, sencillamente, no lo perciben como tal (52). La ausencia de noticia está denotando que aquello que hasta ahora hemos presentado como muy notable no tenía que ser indefectiblemente evidente o, más allá de eso, necesariamente concebido como novedad.

forales y Códigos extranjeros, seguida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia; el Código Civil español según la edición oficial que ha de regir desde mayo próximo, MANUEL DE BOFARULL Y PALAU, 1889, que contenía el Código anotado y concordado con la legislación anterior y jurisprudencia y un tratado completo del Código en forma sinóptica; *Código Civil español según la novísima edición oficial anotado y concordado*, MANUEL DE BOFARULL, Madrid, 1888; «Código Civil anotado y concordado con el Derecho vigente a su publicación», por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1889; *El Código Civil según el texto de la edición oficial reformada conforme a la Ley de 26 de mayo de 1889*, ARTURO CORBELLÁ, Tarragona, 1889; *Código Civil redactado según las bases de la Ley de 11 de mayo de 1888, y con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación y en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889*, anotado por el abogado JOSÉ SIDRO Y SURGA, Madrid, 1889; *Código Civil español*, LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, Madrid, 1891; *El Código Civil español según los principios, Códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, GREGORIO BURÓN GARCÍA, Valladolid, 1898-1900; no obstante, destacan por su extensión y mayor amplitud el *Código Civil español redactado por el Gobierno en cumplimiento de la Ley de 11 de mayo de 1888, y publicado a virtud de autorización concedida al mismo por Real Decreto de 6 de octubre del mismo año*, MODESTO FALCÓN, Madrid, 1888; comenzó la obra a editarse en 1888, cuando se publicó el primer tomo; los tres restantes son de 1889, incluido el *Apéndice al Derecho Civil Español, sobre correcciones, enmiendas y adiciones hechas en el mismo en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889*; de 1890 es el último apéndice de la obra. Igualmente, son dignos de mención los *Comentarios al Código Civil español*, JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, con una introducción de FRANCISCO DE CÁRDENAS, publicados por la *Revista de Legislación*; a nuestros efectos nos interesa el tomo XII de esta extensa obra, editado por primera vez en Madrid, 1890.

(52) Es el caso de, por ejemplo, EMILIO BRAVO MOLTÓ quien, en su *Código Civil anotado y comentado* (Madrid, 1888), nada dice acerca del artículo 1.875. Un poco después, en 1889, DOMINGO ALCALDE PRIETO, en su *Introducción al estudio del Derecho Civil español* (Valladolid, 1889, págs. 274 y sigs.), al referirse al Código Civil español y a las principales reformas que éste ha introducido, no hace en general ni junto a lo que a su juicio se trata de «muchos defectos, omisiones y errores del Código» mención alguna a la nueva regulación de la hipoteca. Destaca también la ausencia de comentario acerca del citado artículo del Código por parte de AURELIANO LINARES RIVAS, durante una conferencia celebrada en el Ateneo de Madrid que llevaba por título *Novedades y modificaciones que introduce en nuestra legislación el Código Civil* (Madrid, 1889). En el mismo año de 1889 escribe SALVADOR DEL VISO, catedrático de Derecho Civil, que la hipoteca se constituye según lo establecido en el artículo 146 de la Ley hipotecaria vigente, y «en lo demás, queda a voluntad de los contrayentes el constituir la hipoteca del modo que tengan por conveniente»; con independencia del contenido de la afirmación, lo destacable es que remite DEL VISO en relación con esta materia a numerosos artículos del Código Civil, entre los que no se encuentra el 1.875, referido claramente

De ahí que, de entre el silencio de este grupo de autores destaque la opinión de uno de ellos, de FALCÓN (53), que se individualiza al explicar, precisamente, porqué él estima que no se puede hablar de novedad en el Título XV, *de los contratos de prenda e hipoteca y anticresis*, del Libro IV del Código Civil. Dice así:

«Los artículos de este capítulo [III] no tienen precedente en el Proyecto de 1851, porque aquel Proyecto no dedicó capítulo alguno a disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca. No los tiene tampoco en las legislaciones extranjeras, porque tampoco los Códigos modernos siguen este procedimiento. El sistema es privativo del Código español y está recomendado por la razón y el buen sentido» (54).

Prosiguiendo con este mismo capítulo, especifica que «los artículos que este capítulo comprende (...) no son más que una reproducción de varias disposiciones de la Ley Hipotecaria vigente; pero reproducción tan fiel que

a la constitución de la hipoteca (SALVADOR DEL VISO, *Lecciones elementales de Derecho Civil*, tomo III, Valencia, 1889, págs. 490-491). PEDREGAL entiende sencillamente que el artículo 1.875 del Código, «inspirado en los preceptos de los artículos 12, 23, 24, 25 y 26 y 157 y sigs., y 217 y sigs. de la Ley Hipotecaria», es coherente con el fin de conseguir publicidad plena de los actos y contratos de derechos reales, en aras de la seguridad en la contratación (MANUEL PEDREGAL Y CAÑEDO, «Texto y comentarios al Código Civil español», por la *Revista de Derecho Internacional*, tomo II, Madrid, 1889, pág. 816). Pero, en esta muy escueta panorámica de juristas que obvian mencionar el nuevo artículo 1.875 del Código Civil, quizá la observación que revista más interés es la que recoge CÁRDENAS en el prólogo de la voluminosa obra que MANRESA publica comentando el articulado del Código Civil (JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit.). En este prólogo, CÁRDENAS, al referirse a los bienes, la propiedad y sus modificaciones (el contenido del Libro II del Código Civil), sostiene que ha habido pocas novedades, ya que, a su juicio, España no estaba preparada ni por la opinión ni por sus costumbres, para admitir novedades radicales. Y añade que «si algo pudiera innovarse en esta materia, no es en el Código donde debería hacerse, sino en la Ley Hipotecaria, que ha de quedar vigente». Y, más en concreto, expone: «Poco tengo que decir del Libro IV del Código, porque, además de ser el en que menos novedades se han introducido en la legislación anterior, ha sido también el que más a salvo ha estado de la crítica». Y, a continuación, establece únicamente como novedades en este Libro: determinados aspectos sobre el foro, la supresión del contrato literal, la rescisión del contrato por causa enorme, la supresión del retracto gentilicio y determinados aspectos acerca del contrato de arrendamiento (FRANCISCO DE CÁRDENAS, prólogo a los *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., tomo I, págs. XLIV y LV).

(53) Nos referimos a la extensa obra ya citada de MODESTO FALCÓN, *Código Civil español, redactado por el Gobierno en cumplimiento de la Ley de 11 de mayo de 1888 y publicado a virtud de autorización concedida al mismo por Real Decreto de 6 de octubre del mismo año*, Madrid, tomo I, 1888; tomo II, 1889; tomo III, 1889; tomo IV, 1889; tomo V, 1890, y *Apéndice al Derecho Civil español, sobre correcciones, enmiendas y adiciones hechas en el mismo en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889*, Madrid, 1889.

(54) MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo V, op. cit., pág. 408.

la mayor parte copian literalmente a la Ley, permitiéndose, cuando más, alguna supresión de palabras que en el Código no hacía falta, o la adición de alguna otra que se ha creído necesaria para poner el texto en armonía con lo establecido anteriormente» (55). «El artículo 1.875 —añade a título de ejemplo— es un conjunto de preceptos tomados del artículo 2.º, párrafo 2.º, artículos 158 y 168, párrafo 5.º de dicha Ley Hipotecaria» (56).

De las palabras de FALCÓN parece desprenderse que la bondad del precepto que recoge la inscripción constitutiva de la hipoteca deriva de su congruencia con el espíritu de la legislación que le precede (57); se trata de una manifestación más, que se presenta probablemente más perfeccionada, de una opción recomendada por «la razón y el buen sentido». El ejemplo del artículo 1.875 no es otra cosa que una pieza que se añade a la armonía de un conjunto normativo ya existente. Y su mayor virtud radica, precisamente, en eso, en ser armónico y no discordante.

Por ello, la perspectiva de este autor hace difícil contemplar toda la entidad del artículo en sí mismo; su observación trasciende el mero texto de

(55) MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo V, *op. cit.*, pág. 414.

(56) MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo V, *op. cit.*, pág. 415, nota al pie del artículo 1.874 del Código Civil. Cabe añadir otro pequeño detalle que ratifica, de nuevo, la falta de percepción de novedad del artículo 1.875 del Código Civil, y es que en su índice («Código Civil español...», tomo V, *op. cit.*, pág. 270), dice textualmente que el artículo 1.875 del Código Civil recoge, respecto a la hipoteca, los «bienes y derechos objeto de este contrato» y los «derechos hipotecarios del Estado por el importe de la última anualidad de los tributos y de los aseguradores por el premio del seguro»; ninguna referencia a su constitución.

(57) En estos términos de síntesis del «espíritu» de la legislación hipotecaria se expresa BONEL, quien entiende lo siguiente respecto al artículo 1.875 del Código Civil: «Este precepto sintetiza en cierto modo el espíritu de la Ley Hipotecaria, cuyo objeto, además del aseguramiento y la fijación de la propiedad, es dar publicidad a los actos y contratos relativos al dominio y los demás derechos reales mediante su inscripción o anotación. Grava la hipoteca los bienes sobre los que se constituye, siendo una verdadera carga que despreja esos mismos bienes; y para obtener la necesaria seguridad en la contratación, necesario es que conste explícitamente consignada, de una manera pública, para que todos los hombres conozcan el verdadero estado de la propiedad y no puedan ser perjudicados por ocultos gravámenes». Este autor, comentando el artículo 1.875 del Código Civil, cita otros artículos del Código en relación con él, junto con una instrucción de 9 de noviembre de 1874 sobre la manera de redactar instrumentos sujetos a registro, pero no hace mención alguna a, por ejemplo, el artículo 146 de la Ley Hipotecaria; por el contrario, establece que el artículo 1.875 del Código Civil concuerda, a su juicio, con los artículos 1.965 del Código de Italia, 2.065 del de Guatemala, 2.115 del de Francia, 2.279 del de Uruguay, 2.410 del de Chile, 949 del portugués, 1.224 del holandés, 2.016 del mejicano, 1.889 del de Baja California, 2.016 de Campeche y otros (LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, *Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 872). Igualmente, MANUEL DE BOFARULL, *Código Civil español...*, *op. cit.*, pág. 583, y entre otros muchos autores que también lo señalaban, indicaba que el artículo 1.875 del Código Civil español se correspondía a los artículos 1.993, 1.994 y 2.016 del Código de Méjico, 1.965 del italiano, 949 del portugués, 2.410 del chileno, 2.270 del uruguayo y 2.065 del guatemalteco.

la ley para insertarse en el conjunto armónico de una legislación movida por el sentido de lo que debe ser. No le está atribuyendo a la ley la virtualidad de cambiar la realidad, sino de perfeccionarla en función de un diseño ya preconcebido y existente. FALCÓN no es capaz de ceñirse al tenor literal del precepto; no puede hablarse de novedad legal o no en estos términos. El resultado de su concepción es una observación que resulta distante en el tiempo, antigua, que nos separa de nuestra idea actual de comentario de una ley y, en cierta medida, de esa doctrina «comentarista» que, como veremos, la aparición de este artículo hace visiblemente surgir.

Sin embargo, a pesar de su repercusión, no encabeza FALCÓN con su postura un sector representativo, sino más bien minoritario. En efecto, una breve lectura de las opiniones de los autores que tratan la materia evidencia que la mayoría de ellos aprecia, cada vez con más intensidad, el cambio. Frecuente es, entre estas opiniones, la estimación positiva de la novedad, en la que se quiere ver la respuesta a las demandas que ya vimos habían precedido a la reforma de la regulación hipotecaria (58). Y aquí nos deten-

(58) Entre estos autores se pueden citar, por ejemplo, los siguientes: ESCOSURA Y MATHEU, para quien «la hipoteca únicamente puede constituirse mediante documento público, que ha de ser inscrito en el Registro de la Propiedad, conforme a las disposiciones de la Ley Hipotecaria; diferencia esta nacida de la mayor publicidad que debe tener la hipoteca, ya que ostensiblemente no se revela su existencia, lo que no ocurre con la prenda» (FRANCISCO ESCOSURA Y MATHEU, *Contestación a la parte de Derecho Civil, Común y Foral del programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes al notariado y a notarías determinadas*, 2.^a edición, Madrid, 1906); MARTÍNEZ MOREDA constataba que «con relación a terceros, exige la Ley Hipotecaria que las hipotecas voluntarias se constituyan en escritura pública y que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad, pues, de no inscribirse, no perjudicará a los mismos terceros que adquieran después los bienes hipotecados. Esta disposición de la Ley es consecuencia del principio capital del sistema hipotecario, consistente en que los títulos no inscritos no surten efecto en cuanto a tercero y es un castigo justo para el acreedor, que por su descuido de no inscribir pierde la acción real derivada de su título, siquiera le queda la personal». Efectivamente, «respecto a los contratantes, la hipoteca se ha de consignar en escritura pública, puesto que, según el artículo 1.875 del Código Civil, para que la hipoteca quede válidamente constituida es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». (...) «Aunque este artículo no tiene precedente en nuestro Derecho y no se compadece con el sistema de contratación reflejado por el mismo Código», señala a continuación, «nos complace su contenido, porque viene a obligar a los contratantes hipotecarios a inscribir su derecho bajo la sanción de invalidar su contrato. Nosotros, partidarios de la inscripción forzosa, no tenemos más remedio que aplaudir tal innovación en el Derecho Civil, lamentando que no pueda extenderse a los demás contratos que afecten al dominio de los inmuebles o derechos reales sobre los mismos» (MATEO MARTÍNEZ MOREDA, *Comentarios a la jurisprudencia y a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1906, pág. 566); VALVERDE, al apreciar que «el Código Civil determina las circunstancias que han de concurrir en la constitución de la hipoteca para que pueda producir ésta todos los efectos», se refería al artículo 1.875 como «un requisito formal necesario para que la hipoteca, sea de la clase que quiera, quede válidamente constituida, la inscripción en el Registro de la Propiedad, excepto las

dremos un instante, al igual que la doctrina también se detuvo en su momento, favoreciendo así y fortaleciendo, a través de sus comentarios, el asentamiento de un cambio que asumían como dado e indisponible.

hipotecas a favor del Estado y de los aseguradores, los cuales tendrán preferencia sobre los demás acreedores, sin necesidad de constituir hipoteca (...). Añade este autor que «la hipoteca sólo puede ser constituida en documento que se inscriba en el Registro de la Propiedad (...) habida consideración a la necesidad de mayor publicidad de la hipoteca, ya que la cosa no sale del poder del deudor», puesto que considera que «la sustantividad de la inscripción es la reforma que se impone en el derecho hipotecario moderno, va abriéndose camino en la doctrina y en las legislaciones (...) y es de tal importancia que sólo mediante ella quedará debidamente asegurada la propiedad, se asentará ésta sobre sólidas bases y se podrá pensar en la creación de un buen crédito territorial. En efecto, la inscripción, siendo sustantiva con relación a todos y a las partes, adquiere personalidad independiente del título que le ha dado vida y, por tanto, no ha de poderse invalidar por los efectos de aquél. Proclamada la sustantividad de la inscripción, con todas sus consecuencias, hemos declarado a su vez la independencia entre título y el modo de adquirir y, por tanto, que lo consignado en la inscripción produce sus efectos *erga omnes*, de lo cual resultaría una derivación jurídica importante, la inatacabilidad del título, o lo que es igual, que no deben existir más acciones para atacar la inscripción que las nacidas de la inscripción misma» (CALIXTO VALVERDE VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo II, parte especial de derechos reales, Valladolid-Madrid, 1910, págs. 608-609). La tendencia hacia la sustantividad de la inscripción es, también, la razón que justifica, para BARRACHINA, el contenido del primer párrafo del artículo 1.875 del Código Civil. A raíz del artículo 146 de la modificada Ley Hipotecaria de 1909, afirma BARRACHINA que «este precepto, íntimamente relacionado con los artículos 1.279, 1.280 y 1.875 del Código Civil, introduce bastante novedad en nuestro Derecho Hipotecario, si se le compara con el mismo artículo de la Ley anterior (...) la nueva edición oficial no habla de tercero, de tal manera que, al presente, si la hipoteca no se inscribe en el Registro, no se tiene por tal carga, ni en perjuicio de tercero, ni en el de los mismos contratantes». Se plantea BARRACHINA el porqué de esa «importante variación en los textos legales», ante lo que se inclina por pensar, como lo hacía el autor anterior, que se debe «sin duda a que estamos en camino de llegar hacia la sustantividad del derecho hipotecario, siguiendo la orientación trazada por el régimen absoluto alemán y australiano». BARRACHINA prosigue analizando las implicaciones que esta sustantividad supone. Lo hace en los siguientes términos: «Y cuenta que esa novedad tan saliente es fecunda en consecuencia; porque si el acreedor no inscribe la escritura de hipoteca, le es legalmente imposible acudir, cuando se crea con derecho, al procedimiento ejecutivo sumario para hacerla efectiva. En el mismo procedimiento ejecutivo general en que se exija el pago de la deuda asegurada con hipoteca no inscrita, no cabe, a nuestro sentir, que se ponga veto a la admisión, so color de que ésta no va acompañada de un título anteriormente inscrito, como preceptúa el último apartado del artículo 127, porque no ejercitándose por el ejecutante acción real hipotecaria y sí la personal derivada del contrato de mutuo, por ejemplo, no cabe hacer aplicación del antes citado precepto, que en tanto obliga, en cuanto la hipoteca, de cuya exigibilidad se trate, haya sido colocada bajo las garantías del Registro; y en suma, que el acreedor hipotecario, desprovisto de la inscripción de su derecho real, carece de las prerrogativas y defensas que tendría si su título hubiera merecido los favores de la inscripción» (FEDERICO BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho Hipotecario y Notarial. Comentarios a la Ley Hipotecaria publicada por Real Decreto de 16 de diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y disposiciones del Código Civil*, Castellón, 1910-1911, págs. 20 y 221).

1890 comienza siendo una fecha importante a estos efectos. Lo es porque ve la luz el tomo XII de los *Comentarios al Código Civil español*, referido a la parte del derecho de hipoteca; y lo es, igualmente, por cuanto el autor de estos comentarios es MANRESA, quien no sólo formó parte de la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, sino que fue, además, uno de sus miembros más activos.

Sostiene MANRESA que «la inscripción ordenada en el párrafo 1.º del presente artículo [1.875 del Código Civil] es reproducción de lo ordenado en cuanto a la hipoteca en general, en el número 2.º del artículo 2.º de la citada Ley [Hipotecaria] y, respecto a las voluntarias, en el número 2.º también del artículo 146 de la misma. El Código, pues, no parece introducir novedad ni modificación alguna respecto de este particular» (59).

Sin embargo, prosigue el autor constatando lo que considera ya como patente: «Basta comparar este precepto con el del artículo 146 de la Ley Hipotecaria para comprender que entre uno y otro existe una diferencia importantísima. La Ley Hipotecaria exige el requisito de la inscripción para que la hipoteca pueda *perjudicar a tercero* (60). El Código lo establece como condición indispensable para la validez del acto, lo que es ir mucho más allá, porque sin la inscripción, la hipoteca resulta nula, aun en las relaciones entre las partes. Si se suscita cuestión entre varios interesados, todos ellos sin título inscrito, no debe perderse de vista este precepto del Código, que castiga la falta de inscripción de la hipoteca con la pena de nulidad de la misma, privando de garantía al acreedor descuidado que dejó de inscribir» (61).

(59) Comenzaba Manresa la explicación del párrafo primero del artículo 1.875, afirmando que «dentro del concepto concreto de la hipoteca se ha limitado el Código a consignar los principios generales relativos a los tres elementos esenciales y diferenciales de esta determinada convención, hallándose, en su consecuencia, sometido a las prescripciones de la citada Ley Hipotecaria todo lo referente a la forma, a la extensión y a los efectos de la hipoteca, así como a su constitución, modificación, extinción y a las demás consecuencias jurídicas de la misma no comprendidas en los preceptos del Código, según el artículo 1.880. Y al proceder de ese modo, los autores de dicho cuerpo legal no hicieron otra cosa que aportar a él, con arreglo a la Base 26 de la Ley de 11 de mayo de 1888, las doctrinas propias de la legislación hipotecaria, que constituía, a la sazón, el derecho vigente, sin introducir alteración alguna en ellas». Más adelante, al hacer referencia el autor a los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad, mantenía que «en cuanto a la hipoteca, ese precepto [1.875 del Código Civil] hay que entenderlo limitado por el artículo 146 de la [Ley Hipotecaria], que preceptivamente dispone que las hipotecas voluntarias se convengan o se manden constituir en escritura pública. Expresamente dicho artículo 146 se refiere sólo a las hipotecas voluntarias». Vid. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., pág. 486.

(60) La cursiva es del autor.

(61) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., págs. 478.

Hasta el momento no hace MANRESA más que ratificar lo que parecía ser una modificación innegable en sede de inscripción de la hipoteca. Han sido unas páginas antes cuando el autor ha dado lo que va a considerar el argumento que le hará concluir que quedaba «debidamente explicada la necesidad del requisito especial de la inscripción, exigido en primer lugar por el artículo que comentamos» (62).

En efecto, dice el redactor del Código en los siguientes términos al apuntar el artículo 1.875 del Código Civil: «La razón de la exigencia [de la inscripción constitutiva] es obvia, porque si con el régimen hipotecario se trata de dar fijeza a la propiedad y publicidad a los actos y contratos que afecten al dominio y a los derechos reales impuestos sobre los bienes inmuebles, es de todo punto evidente que, constituyendo la hipoteca una carga real y efectiva que limita y grava el dominio de los bienes sobre los que se halla constituida, necesita ser consignada de una manera expresa en el mencionado Registro para que todos puedan conocer con la debida seguridad el estado verdadero de la propiedad de dichos bienes y no se infieran perjuicios a los contratantes con gravámenes ocultos de los mismos.

Es, por tanto, una necesidad de la seguridad en la contratación el fundamento jurídico de la inscripción de la hipoteca como de los demás gravámenes impuestos sobre el dominio, y corresponde al principio de publicidad, que es una de las bases esenciales del sistema hipotecario» (63).

Esta es una de las opiniones más importantes y extensas que se encuentran al respecto, y que pone de manifiesto la aceptación de una reforma que se presenta, a juicio del autor, como de otros muchos, de todo punto lógica como exigencia de publicidad del dominio gravado con hipoteca. Pero, tal y como se advertía al principio, llegados a este punto dediquémonos a la forma en detrimento del contenido, ahora menos relevante.

MANRESA aprecia el cambio aferrándose al texto de la ley, a lo recogido en la letra de los preceptos 146 de la Ley Hipotecaria vigente hasta la aparición del Código y 1.875 de éste último. El planteamiento teórico ya no es en abstracto, ya no se habla de la doctrina de la publicidad, de la teoría de la inscripción del dominio; ahora se maneja el texto, el tenor de lo escrito, de lo definitivamente plasmado. Por ello el resultado son *Comentarios*, *Comentarios al Código Civil español*, a sus artículos desde sus términos precisos. El artículo 1.875 del Código ofrece su texto para ser comentado; ese es todo el marco de actuación que permite, el que no se extiende más allá de lo que su precepto recoge. Genera sintomáticamente el Código *comentarios*, como el de MANRESA, entre otros muchos (64), y atrae a la mayoría

(62) *Id.*, pág. 487.

(63) *Id.*, pág. 481.

(64) *Vid.*, a este respecto, la primera de las notas de este tercer apartado.

de los autores hacia sí convirtiéndolos precisamente en eso, en sus propios comentaristas.

Con gran claridad lo expresa MORELL al pronunciarse sobre el párrafo primero del artículo 1.875 del Código Civil, de la manera siguiente: «Los artículos 1.874 a 1.879 vienen a ser simplemente repetición de otros de la Ley Hipotecaria, y es posible que la idea fuese trasladar al Código el precepto del artículo 146 de la misma. De todos modos, *lo absoluto de los términos que se emplean* obliga a interpretar el requisito de la inscripción como necesario para que las hipotecas surtan efecto entre las partes» (65).

«Lo absoluto de los términos que se emplean (...)», señala el autor. El Código obliga, en efecto, a ceñirse a sus palabras, a criticar o admitir lo escrito, pero a reconocer precisamente eso, los términos. Y en este caso era precisamente lo que estaba sucediendo y lo que un instrumento codificado pretendía: lo absoluto de los términos que el Código empleaba obligaba a interpretar el requisito de la inscripción como necesario para que las hipotecas surtieran efectos entre las partes.

(65) (...) Si bien cuando no exista tercero —prosigue MORELL—, cuando los bienes sigan en poder del deudor, el resultado será el mismo, porque bastará inscribir el documento en que se constituya». A su juicio, «el artículo 1.875 del Código Civil viene a dar a la inscripción un valor y una fuerza mayor de la que en general le reconoce la Ley Hipotecaria. Con arreglo a ésta y a la doctrina del Tribunal Supremo, la inscripción sólo se exige al efecto de poder perjudicar a un tercero que se apoye en un título inscrito. Si este tercero no ha inscrito su derecho, y el acreedor hipotecario tampoco ha inscrito su hipoteca, a las relaciones entre estos terceros se aplicaban los artículos del Derecho Civil. Ese acreedor podría perjudicar, aun sin inscribir, a un tercero cuyo derecho inscrito no fuere preferente con arreglo al derecho común. Hoy, dado el precepto del artículo 1.875 del Código Civil, eso no es posible: la hipoteca no es válida si no se inscribe, no puede nunca ni perjudicar ni favorecer a tercero, ni aun hacerse efectiva contra el mismo deudor, mientras la inscripción no se verifique: sólo representa el crédito personal» (JOSÉ MORELL Y TERRY, *Oposición al cuerpo de aspirantes a Registradores de la Propiedad. Contestación de las preguntas relativas a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1911, pág. 99). La cursiva es mía. De igual modo lo había expuesto MORELL años antes en un artículo suyo: «Según el artículo 146 de la Ley Hipotecaria, para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a terceros se requiere (...); mas, con arreglo al artículo 1.857 del Código Civil, son requisitos esenciales para la validez de la hipoteca (...) y añade el artículo 1.875 del mismo Código que, además de esos requisitos, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. ¿Alude el Código con este artículo a la eficacia de la hipoteca como derecho real, o en absoluto a su validez, aun entre las partes contratantes? Los artículos 1.874 al 1.879 vienen a ser simple repetición de otros de la Ley Hipotecaria, y es posible que en el artículo 1.875 la idea fuese trasladar al Código el precepto del artículo 146 de la misma. De todos modos, lo absoluto de los términos que se emplean obligan a interpretar el requisito de la inscripción como necesario para que las hipotecas surtan efecto entre las partes, si bien cuando no exista tercero, cuando los bienes sigan en poder del deudor, el resultado será el mismo, porque bastará inscribir el documento en que se constituya» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XLV, tomo 90 —1897—, pág. 263).

Permanezcamos en el interesante marco elaborado por los autores que denotan el cambio, pero adentrémonos ahora en el terreno de las autorizadas voces que lo critican. Con ellos se constata la consistencia en la implantación del precepto que recoge la inscripción constitutiva, pero se percibe, esta vez, con más claridad.

No podemos aquí dejar de traer a colación a don BIENVENIDO OLÍ VER, cuya sorpresa e incompreensión acerca de la novedad introducida en el primer párrafo del artículo en cuestión ponía nombre propio a la violencia con la que el precepto, en contra de todas sus legítimas expectativas por tratarse de propuestas aprobadas, había aparecido imponiéndose (66).

(66) BIENVENIDO OLIVER denunciaba en su obra «Derecho Inmobiliario...», *op. cit.*, págs. 782 a 786, bajo el título de «De qué modo se han llevado al Código Civil las doctrinas de la Ley Hipotecaria», la forma en la que los redactores del Código han trasladado a éste el contenido y los preceptos de la Ley Hipotecaria, exponiendo que «(...) los redactores del Código dedicaron dos títulos para consignar en ellos las doctrinas correspondientes a las dos partes en que consideraron dividida la ley Hipotecaria. De estos títulos, uno lleva por epígrafe "Del Registro de la Propiedad", y se incluyó al final del Libro II. Consta de sólo cuatro artículos: el primero contiene una definición ideológica muy incompleta de dicha institución (art. 605 del Código Civil); el segundo y tercero son copia casi literal de otros dos artículos de la Ley (arts. 606 y 607 del Código Civil y arts. 23 y 279 de la Ley Hipotecaria), y el cuarto declara vigentes las disposiciones de la misma para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efecto y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus Libros. El otro título, que lleva por epígrafe "De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis", se incluyó al final del Libro IV, que trata de las obligaciones. En dicho título se consignan varios preceptos relativos a las hipotecas, tomados unos de la misma Ley, otros completamente nuevos, se hace referencia expresa y nominal a varios y, por último, se reproducen los restantes, declarando que "la forma, extensión y efectos de las hipotecas, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción, y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, quedan sometidos a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente" (art. 1.880 del Código Civil). Parecía natural que habiéndose reproducido en el Código de esta manera general o anónima todas las disposiciones de la Ley Hipotecaria, sus redactores hubiesen dada por terminada su tarea en este particular. Pero no fue así, porque consignaron en diversos títulos o capítulos del mismo varias disposiciones relacionadas con las materias tratadas en dicha Ley, ya por meras referencias [cita aquí, entre otros, los arts. 1.877, 1.878 y 1.879 del Código Civil, referidos a la hipoteca], no siempre congruentes, ya transcribiendo algunos preceptos literalmente o con variantes accidentales, ya, por último, redactando otros nuevos». En este sentido, OLIVER se pronuncia casi amargamente en los siguientes términos: «Por más que he meditado mucho, no me ha sido posible descubrir el criterio en que se han inspirado los redactores del Código a llevar al mismo las doctrinas de la Ley Hipotecaria en la forma que acabo de indicar, pues por un lado han incluido o transcrito preceptos secundarios y han omitido los más importantes o trascendentales. Entre estos últimos citaré sólo los que declaran los efectos sustantivos de las inscripciones o anotaciones (...). Tampoco me explico que en algún capítulo hayan consignado artículos nuevos, que son meras aplicaciones de los preceptos fundamentales (...). Y, por último, no alcanzo la razón para añadir nuevos preceptos, hasta cierto punto innecesarios, y no se hayan incluido otros cuya importancia y trascendencia era mayor (...)». Esta misma crítica ya la hacía en 1889 MODESTO FALCÓN

Pero en esta ocasión, de entre todas las críticas que el precepto recibe (67), entresaquemos las palabras de COMAS al respecto. COMAS, gran defensor del sistema hipotecario recogido en la Ley de 1861, parte de la considera-

(MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo V, *op. cit.*, pág. 169), cuando sostenía que «el desarrollo de [la Base 26] resulta deficiente, y (...) aceptando esa sobrecargada frase de fundamento orgánico de derechos civiles sustantivos, quedan fuera del Código Civil, por razones inexplicables, multitud de preceptos de la Ley Hipotecaria que, en sentir de todo el mundo, tienen el carácter de orgánicos y de sustantivos». Pero lo que OLIVER considera aún más grave respecto al procedimiento que los redactores del Código han seguido para trasladar las doctrinas de la Ley Hipotecaria al Código Civil es «el haber traído al mismo muchos artículos de la Ley Hipotecaria notablemente reformados y modificados, sobre materias tan importantes como la eficacia de la inscripción, naturaleza y extensión de la hipoteca, censos, hipotecas legales y responsabilidad de los registradores». Esto le lleva a afirmar a continuación que, respecto a la materia de las hipotecas, en general, el Código Civil ha modificado determinados preceptos de la Ley Hipotecaria, como «el artículo 146, porque limitándose a disponer que la inscripción de la hipoteca es necesaria para que perjudique a tercero, el artículo 1.875 del Código llega a declarar que es indispensable esta inscripción para que la hipoteca quede válidamente constituida».

(67) Mención merecen en este sentido los *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar* que GALINDO DE VERA Y ESCOSURA modificaban tras la aparición del Código Civil. En 1882, fecha de la anterior edición, LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA mantenían que «siendo la hipoteca un derecho real, por fuerza ha de inscribirse para que produzca efectos contra terceros. Si no se inscribe, el contrato valdrá respecto a los dos otorgantes que dirimirán sus cuestiones con arreglo al Derecho Civil, siendo la inscripción indiferente para su validez y firmeza; más si el deudor ha enajenado la finca como libre, si bien tendrá el acreedor la acción personal para reclamar su deuda, el gravamen hipotecario queda extinguido» (pág. 291). En efecto, partiendo de la consideración de la hipoteca como un derecho real que «por fuerza ha de inscribirse para que produzca efectos contra terceros», prosiguen afirmando lo siguiente: «Si no se inscribe, el contrato valdrá respecto a los dos otorgantes (art. 146 de la Ley Hipotecaria), que sólo exige la inscripción para que la hipoteca perjudique a tercero, no para que surta efectos entre aquéllos; pero el artículo 1.875 del Código Civil declara en absoluto, sin distinción de casos, que para que la hipoteca quede válidamente constituida es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. No alcanzamos a comprender por qué el Código exige la inscripción como requisito para la validez de la hipoteca entre las partes, cuando no tiene tal exigencia respecto de ningún otro contrato sobre inmuebles o derechos reales; como no sea la de que cuando la hipoteca se impone sólo por la voluntad del dueño, puede decirse que no hay verdadero contrato, y como no lo es, no puede exigir su cumplimiento la persona a cuyo favor se constituye, mientras no se inscriba en el Registro, que es lo que, en realidad, da y asegura el derecho a la reclamación de quien no fue parte en la constitución; pero cuando hay verdadero convenio, cuando el acreedor sólo entrega el dinero con la garantía de la hipoteca, y así consta en el contrato, no está justificada la exigencia de que sea inscrito para que entre las partes sea válido» (vid. LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo III, Madrid, 1896, págs. 382 y sigs.). Esta postura mantenida por GALINDO DE VERA Y ESCOSURA fue expresamente criticada por el autor a quien acabábamos de hacer referencia, MORELL, en una nueva edición de su obra en 1918 (JOSÉ MORELL Y TERRY, *Oposición...*, *op. cit.*, pág. 99). MORELL manifiesta a este respecto que «a nuestro juicio, el artículo 1.875 del Código

ción del primer párrafo del artículo 1.875 como contrario a la Base 26 de las que habían sido establecidas para la elaboración del Código Civil (68).

«Lo que resulta con más gravedad en el Código —sostiene— es lo referente a la validez de la hipoteca o, para expresarlo con más precisión, el contenido del párrafo primero del artículo 1.875. Explícitamente establece este precepto que es requisito indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (...)».

Y continúa diciendo: «Véase qué notoria trascendencia ha de producir, según su letra, la referida innovación que en nuestra tradicional legislación se ha introducido en el párrafo primero de dicho artículo 1.875 del

Civil se dictó con plena conciencia de todo el alcance e importancia que sus palabras envuelven. Ni era nueva la idea, pues (...) pudimos ya observar que aquel insigne jurisconsulto que se llamó LUZURIAGA, exigió ya en el proyecto de Código de 1851 ese mismo requisito para la validez y nacimiento del derecho real de hipoteca, como pretendió aun antes hacer extensivo el mismo principio a toda clase de derechos reales. Duélenos que ese paso dado en el artículo 1.875 hacia la sustantividad de la inscripción fuese combatido por ESCOSURA». NO obstante, tampoco comparten la postura de MORELL algunos juristas como el abogado y profesor NAVARRO AMANDI. En efecto, se está refiriendo NAVARRO al capítulo «de la hipoteca», artículos 1.874 a 1.880 del Código Civil, y de manera muy contundente escribe: «En pocos lugares del Código son tan evidentes las equivocaciones del legislador como en éste. No sólo no ha aprovechado la oportunidad de reformar la Ley Hipotecaria al traer al Código esta importantísima materia tan necesitada de radical modificación, sino que ha sacado de él todo lo relativo a la forma, extensión, efectos, constitución, modificación, extinción, etcétera de las hipotecas, dejando vigente la Ley Hipotecaria, y agravando así los errores que en punto a unidad y sistema pueden imputarse a los autores del Código Civil. Tal como se halla redactado el artículo 1.875, parece que la inscripción del documento en el Registro es un requisito formal, necesario para la validez de la hipoteca. Sin embargo, semejante doctrina no la estimamos admisible. De la inscripción en un registro público pueden hacerse depender ciertos y determinados efectos de los contratos o de otros documentos; pero su validez, con todas las limitaciones que se quiera, no puede nunca derivarse de la inscripción. Por lo que toca a las hipotecas, su constitución produce dos órdenes distintos de efectos: entre los que la han constituido y con relación a terceros. Ahora bien: el contrato no puede menos de ser válido desde que existe, esto es, desde que concurren las circunstancias esenciales para la constitución de la hipoteca. El mismo otorgamiento de la escritura pública no puede afectar a la validez del contrato, sino a la obtención de sus efectos; la inscripción en el Registro de la Propiedad ni siquiera puede tener ese valor; sus consecuencias no deben referirse a los efectos del contrato entre las partes, sino a sus efectos respecto de terceros, es decir, que ni la inscripción convalida los actos nulos ni la omisión de la inscripción anula los válidos. Todas las consecuencias en este procedimiento se reducen a que el contrato produzca o no efectos contra las personas que no han intervenido en el acto o contrato inscrito o no inscrito. Esta es, a nuestro juicio, la buena doctrina, de la cual vemos que el Código se separa, no sabemos si deliberada o inconscientemente» (MARIO NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código Civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889, por Real Decreto de 24 de julio de 1889*, Madrid, 1889, pág. 416).

(68) Vid. AUGUSTO COMAS ARQUES, *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1895; tomo II, parte especial, Madrid, 1902, págs. 702 y sígs.

Código (69). Antes de este cuerpo legal, la hipoteca existía y era gravamen válidamente constituido, siquiera entre los que hubiesen otorgado el contrato, desde el momento de su celebración. Hoy, en semejante estado, según el artículo 1.875, la hipoteca no existe; pero éste es el efecto inherente a la declaración de que no queda válidamente constituida mientras el documento relativo a su constitución no esté inscrito en el Registro.

Aunque sea incumbencia o facultad del acreedor hipotecario provocar la inscripción; aunque surjan dilaciones desde que la provoque hasta que se inscriba, así el deudor como sus bienes comprendidos en hipoteca resultan enteramente desligados de semejante gravamen, que no ha de tener validez alguna mientras no se verifique su inscripción, y que no ha de impedirles, por tanto, afirmar con rigurosa sujeción al Código que sus bienes no están gravados; lo cual, según fácilmente se penetra, equivale a poner en mano del deudor un arma poderosísima para realizar impunemente toda clase de defraudaciones (...)» (70).

De nuevo nos encontramos con la resignación a lo escrito, con la trascendencia del tenor literal de la ley. Es en las palabras donde reside la novedad y, compartido su contenido o no, como en el caso de COMAS, la aceptación de la letra implica la admisión del cambio, al igual que la fidelidad a los términos supone el reconocimiento implícito, con toda su fuerza, de la ley.

Pero no podemos dejar de acudir, finalmente, a la representativa argumentación de no sólo uno de los juristas más indiscutiblemente lúcidos y renombrados del momento, sino de quien además tenemos datos suficientes como para intuir que era una de las personas que más sabían de la introducción en el Código del artículo que nos ocupa: se trata de SÁNCHEZ ROMÁN.

Aborda nuestro autor la cuestión, constatando que «el artículo 1.875, en su primer párrafo, contiene una novedad de la mayor trascendencia, en cuanto prescribe que "además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad"» (71).

(69) La cursiva es mía.

(70) AUGUSTO COMAS ARQUES, *La revisión del Código Civil...*, tomo II, *op. cit.*, pág. 710. Respecto a COMAS, señala RAMOS FOLQUÉS que afirmó que «aunque el legislador distinguió en su expresión, no distinguió en su pensamiento [refiriéndose al art. 1.875 del Código Civil]», dando a entender así, a juicio de FOLQUÉS, que lo cita, «que, aunque en dicho artículo se dice que la inscripción es constitutiva, para la hipoteca, no fue eso lo que se quiso decir» (RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, «La inscripción y la hipoteca hasta el Código Civil», en *RCDI*, febrero de 1949, núm. 249).

(71) Para esto y para todo lo que sigue, FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones*

De ahí que el autor entienda que «*si ha de darse a las palabras de la Ley su verdadero valor* (72), resulta que este texto modifica esencialmente el concepto de la hipoteca, principalmente en su consideración de contrato, y aun el de *derecho real de hipoteca respecto de los que intervienen en su constitución*.

En cuanto al primero, es indudable que introduce como elemento indispensable, según dice, para la *perfección* del contrato de hipoteca, o como el Código lo expresa, “para que la hipoteca quede *válidamente* constituida”, un elemento *formal* completamente *nuevo* y de carácter *doble*, cual es el *otorgamiento de documento público*, cuyo extremo no es sino un desarrollo del número 1 del artículo 1.280, y su *inscripción en el Registro de la Propiedad*».

Prosigue SÁNCHEZ ROMÁN afirmando incisivamente lo siguiente: «Sin duda que los redactores del Código olvidaron en este punto que la Ley Hipotecaria es una ley de *terceros* y que el contrato de hipoteca pertenece a la clase de los *consensuales*, y se perfecciona y es eficaz y válido entre los contratantes por *el solo hecho del consentimiento*, que aunque después del Código deba constar en documento público, conforme al precitado precepto del artículo 1.280, para nada necesita su eficacia ni la repetida consideración de contrato el hecho de la inscripción en el Registro y, sin embargo, *atendido el tenor literal de dicho párrafo primero del artículo 1.875* (73), habrá que desentenderse de la doctrina que así lo establecía, si se le ha de dar cumplimiento estricto, resultando con ello modificado el concepto jurídico y legal de la hipoteca, sobre todo en su carácter de *voluntaria*, ya que las de esta clase las define la Ley Hipotecaria en su artículo 138, diciendo que son “*las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyan*”, sin que en este artículo ni en los siguientes que a la hipoteca voluntaria se refieren, se diga nada que autorice para hacer depender la validez de su constitución de la inscripción en el Registro de la Propiedad, como el referido artículo 1.875 previene.

Es más, la doctrina de la Ley Hipotecaria es precisamente la opuesta, de lo cual convence la lectura del artículo 146, que dice que “para que las hipotecas *puedan perjudicar a tercero* (...)”. Es decir, que la *validez* de la hipoteca no necesita su otorgamiento en escritura pública ni su inscripción; lo que sí necesita estos requisitos es su *eficacia respecto de tercero*: cosas ambas evidentemente distintas, aunque la aplicación útil de la hipoteca esté en su eficacia como institución de garantía respecto de tercera persona».

forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil e historia general de la legislación española, tomo III: Derechos de obligaciones, Madrid, 1888-89, pág. 866 y sigs. La cursiva es del autor.

(72) Esta cursiva es mía.

(73) *Id.*

La reprobación teórica del nuevo contenido del artículo codificado es manifiesta en SÁNCHEZ ROMÁN. Su cumplimiento, «según dice», explica, no sólo altera los principios generales rectores del sistema de publicidad hipotecaria, hacia terceros, sino que modifica el concepto jurídico y legal de la hipoteca, modificación que él claramente detecta y no menos contundentemente rechaza. Y, sin embargo, no puede sino concebirla como inevitable «atendido el tenor literal de dicho párrafo primero del artículo 1.875 (...), si se le ha de dar cumplimiento estricto», «si ha de darse a las palabras de la ley su verdadero valor». De su exposición se desprende, de nuevo, una realidad: a pesar de la discusión en el plano de las doctrinas hipotecarias enfrentadas, a pesar del mayor o menor grado de solidez de las críticas vertidas, es el texto de la ley el que acaba prevaleciendo.

Un poco más adelante, al hacer referencia al artículo 1.880, y a modo de conclusión, acaba opinando SÁNCHEZ ROMÁN que «(...) bien comparados estos artículos del Código con la Ley Hipotecaria resulta que fuera de la novedad que en cuanto a la *perfección* del contrato de hipoteca aparece del párrafo 1.º del artículo 1.875, quizá más de origen *casual* que *intencional*, es lo cierto que realmente no se diferencian la Ley Hipotecaria de las reproducciones de principios parciales, y aun de textos más o menos concebidos en la misma forma literal que ofrecen los pocos artículos del Código dedicados a esta materia (...)» (74).

La acertada crítica a la obligatoriedad de la inscripción de la hipoteca y, con ella, a la opción tomada por sus redactores, se retoman de nuevo precisamente por este mismo autor en un momento posterior, en el debate de la Ley Hipotecaria de 1909, del que ya se habló con anterioridad, y del que, en una intervención concreta, resultan muy reveladores los términos del planteamiento de SÁNCHEZ ROMÁN.

Efectivamente, años después, la Ley de 21 de abril de 1909 reformaba, en aplicación de su Disposición Adicional 6.^a, la Ley Hipotecaria vigente (75). Así, mientras que la Disposición Adicional 5.^a establecía que

(74) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, op. cit., págs. 869 y 870. En un apéndice de 1911 a esta obra, SÁNCHEZ ROMÁN, haciendo referencia a su tomo III, y en concreto a la hipoteca, sostiene, respecto al modificado artículo 146 de la Ley Hipotecaria, que «esta modificación se ha hecho, sin duda, para concordarla con los que nos parecen equivocados términos del artículo 1.875 del Código Civil». Por lo demás, nada nuevo añade este autor acerca del artículo 1.875 del Código Civil en las partes correspondientes a la materia hipotecaria en el Código en *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación; estado del Derecho Civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código Civil; y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del derecho foral (1811 a 1890)*, Madrid, 1890.

(75) Se había nombrado en 1894 una Comisión para estudiar un proyecto de ley de 3 de abril de 1894, presentado por el ministro de Gracia y Justicia, TRINITARIO RUIZ

«quedan derogados los artículos de la Ley Hipotecaria y los de las demás que se opongan a lo dispuesto en la presente», la 6.^a recogía lo siguiente: «Por el Ministerio de Gracia y Justicia se procederá a hacer, en el término de ocho meses, una nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria, suprimiendo los artículos que estén derogados por el Código Civil y por la presente ley, armonizando los textos restantes que resultaren contradictorios e incluyendo en el lugar oportuno las disposiciones contenidas en los artículos anteriores y en las leyes ya dictadas, modificando la citada Ley Hipotecaria».

Se trataba, en consecuencia, de poner en concordancia la Ley Hipotecaria con las modificaciones que con posterioridad el Código Civil había intro-

Y CAPDECÓN. La Comisión estaba compuesta por VÍCTOR BALAGUER, presidente; FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, secretario; el vizconde de CAMPO-GRANDE, AUGUSTO COMAS, EMILIO CÁNOVAS DEL CASTILLO, JOSÉ MALUQUER y JOSÉ ALDECOA. Esta Comisión, salvo uno de sus miembros, es la misma que propuso al Senado la aprobación de la Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar. La Ley Hipotecaria de Ultramar se había convertido, en 1893, en la primera Ley Hipotecaria en la que se recogía textualmente el carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria, dando cumplimiento, así, a lo que el artículo 1.875 del Código Civil había previsto apenas unos años antes. «Antes de 1892 —explica CANALS BRAGE— los Registradores habían pedido que se pusiera en armonía la Ley Hipotecaria con el citado artículo [1.875] del Código Civil. Esta armonización se va a producir en términos literales en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893». En efecto, la Ley de 14 de julio de 1893 autoriza al Gobierno «para llevar a efecto la Ley que ha presentado el ministro de Ultramar, de acuerdo con la Comisión de Codificación, reformando la Hipotecaria aplicada a Cuba, Puerto Rico y Filipinas». Consecuencia de ello es que el nuevo artículo 146, con el mismo contenido del párrafo primero del artículo 1.875 del Código Civil: «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente constituidas (...)» (FERNANDO CANALS BRAGE, *El valor de la inscripción...*, cit., pág. 329). A este respecto, afirma acerca de las leyes de Ultramar Moscoso, que la inscripción es esencial y primaria para el conocimiento de los terceros «para que con la ignorancia de las mismas no puedan pretender la exención de sus efectos; especie de promulgación de la ley privada, del acto o contrato que a esos derechos da lugar, requisito tan indispensable en dicha ley para que sea obligatoria como lo es en la que emana del poder público» (JOAQUÍN MOSCOSO DEL PRADO Y ROZAS, *Nuevo tratado de legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Zaragoza, 1892, pág. 35). Vid. también, con referencia a las leyes hipotecarias de Ultramar, LEÓN GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Madrid, 1880-1884; JOSÉ MORELL Y TERRY, *Legislación hipotecaria de Ultramar*, Madrid, 1893; o la conocida obra ya citada de Derecho. BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario...*, op. cit. (aunque esta última obra quedó inacabada conforme a su proyecto inicial). Posteriormente, el 29 de mayo de 1894, «se autoriza al Gobierno para introducir en la Ley Hipotecaria de la península, las modificaciones que respecto de la misma contiene la Ley para las provincias de Ultramar de 14 de junio último (1893), en la forma que determina el adjunto proyecto de ley». De este proyecto, el artículo 146 establecía que «para que las hipotecas voluntarias queden válidamente constituidas, se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública; 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta Ley» (vid. *Leyes hipotecarias y registrales de España...*, op. cit., tomo II, vol. 1, págs. 25 a 56).

ducido precisamente en materia hipotecaria (76), poniendo fin, así, a la que se venía considerando una larga etapa de interinidad en materia de garantía de la propiedad y de desarrollo del crédito territorial (77), para lo que se entendía que la inscripción constitutiva de la hipoteca desempeñaba el papel

(76) Sirva de muestra una de las conclusiones, la número 4, que se había adoptado en el Congreso de Registradores celebrado en Santiago de Compostela en 1891, y que rezaba como sigue: «De la comparación en los artículos 1.875 del Código y 146 de la Ley Hipotecaria, resulta una variante notable y la implícita derogación de aquella. Se estimaba como necesaria la inscripción para que la hipoteca perjudicase a tercero. El Código va más allá: exige la inscripción como requisito indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida. Antes la hipoteca no inscrita surtía efecto contra los contratantes, pero no perjudicaba a terceros. Hoy, aun entre los mismos contratantes, es necesaria la inscripción del documento en que se constituya para que la hipoteca quede válidamente constituida. Se impone, pues, la reforma del artículo 146 en consonancia con la prescripción del Código». Comentando las conclusiones de este Congreso en un artículo, sostiene MORELL que «la hipoteca, como derecho real, no queda válidamente constituida sin la inscripción y, en este sentido, lo mismo dice el Código que la Ley Hipotecaria; pero la hipoteca, como contrato, como condición accesoria al préstamo, debiera obligar a los otorgantes, o al constituyente, aun sin este requisito, porque entonces no se trata de terceros, y se supone que siguen los bienes en poder del que se obliga a pagar con ellos. En este sentido debiera aclararse el Código. En todo caso, bien está el artículo 146 de la Ley Hipotecaria, porque ésta es ley para terceros, y lo demás corresponde al Código» (JOSÉ MORELL Y TERRY, «Código Civil y Ley Hipotecaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 6 de julio de 1891, año 39, tomo 79, págs. 99 y sigs.). Un sector de la doctrina se había hecho eco, igualmente, de esa necesidad de reformas hipotecarias que pasaban por concordar Ley y Código en esa materia. Así lo entendía, entre otros, BLANCO, al estimar que «la reforma de la Ley Hipotecaria ha de tener por principales objetivos los siguientes: (...) suprimir los artículos de la Ley que constituyen, puede decirse, la parte sustantiva, y que han pasado hoy a formar parte del vigente Código Civil como complemento, desterrar los antagonismos y contradicciones existentes entre algunos preceptos de dicha Ley y el expresado cuerpo legal, que con acierto expone el ilustrado jurisconsulto BIENVENIDO OLIVER, actual director de los Registros (...), en su obra *Derecho Inmobiliario español*» («Integridad hipotecaria. Hipoteca de varias fincas y derechos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1900, año XLVIII, tomo 96, pág. 361). Vid. también, al respecto, BLANCO, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1899, año XVI, tomo 94, págs. 314 y 484; SANTAMARÍA, en «Las tareas en el Derecho Civil en el año 1902», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1902, año L, tomo 100, págs. 100 y 500; SANTIAGO MENENDEZ PLAZA escribe un artículo cuyo título es representativo de la situación en sí: «La anarquía en la titulación de inmuebles», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1909, año LVIII, tomo 115, págs. 441 y sigs.

(77) De la discusión de la Ley de 21 de abril de 1909, de modificación de la Ley Hipotecaria vigente, se pueden extraer las siguientes palabras del ministro de Gracia y Justicia y de la Comisión del Senado, respectivamente: «La Ley Hipotecaria, reconocida generalmente como una de las más científicas de nuestro país, ha llenado cumplidamente, bajo el punto de vista jurídico, el fin que se propusieron sus autores; pero no cabe, sin embargo, desconocer, que sus resultados han sido relativamente escasos en lo que se refiere al desarrollo del crédito territorial, no habiéndose obtenido con la extensión debida los fines de dar actividad a la circulación de la riqueza, moderar el interés del dinero, facilitar su adquisición a los dueños de la propiedad; no han sido tampoco bastante para llenar esos fines las innovaciones introducidas en la misma ley por la de

esencial (78). Por esta vía de Disposición Adicional, pues, se introduciría directamente el artículo 1.875 del Código Civil, lo que, en principio, excluía al contenido de ese artículo de la necesidad de ser debatido, tal y como realmente parece que ocurrió (79).

Sin embargo, parecía suceder que, respecto a artículos como el 1.875, no era ya momento de discutir contenidos, sino formas. En este sentido en el que entresacamos una de las múltiples cuestiones que plantea SÁNCHEZ ROMÁN a lo largo del debate y que resulta en concreto a nuestros efectos muy indicativa para poner de manifiesto la nueva problemática a la que se enfrentaba la inscripción constitutiva de la hipoteca: superada ya en 1909 la etapa de la discusión sobre la oportunidad de su contenido, el carácter constitutivo de la inscripción se movía en nuevo plano, la de su realidad como artículo codificado, y su relación, formal, con la Ley Hipotecaria (80).

3 de diciembre de 1869 (...). Los suspirados y perseguidos fines de que la propiedad quedare resuelta y definitivamente garantizada; fomentado el crédito territorial; asegurada la riqueza inmueble; la usura corregida: libre de riesgo el capital prestado; no se consiguieron del todo con la Ley de 1.861, reformada en 1869. La mayor parte del dominio sigue no inscrito; las cargas que lo modifican y limitan subsisten a veces con indeterminación perniciosa: el procedimiento para realizar el derecho es dilatado y costoso; la incertidumbre en muchos casos retrae el capital y lo encarece; la interinidad continúa» (en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria. Interpretación auténtica de la Ley de 21 de abril de 1909*, tomo I, Madrid, 1909, pág. 21).

(78) MARTÍNEZ PARDO, que había sido miembro de la Comisión del Congreso que dictaminó, el 16 de febrero de 1909, el proyecto de ley de reforma hipotecaria, señala en este sentido que, «a pesar del [art. 1.875], no se había logrado el fin apetecido de garantizar el derecho inscrito». Considera, en consecuencia, que esta nueva ley fortalecerá resueltamente la virtualidad jurídica de la inscripción y el respeto absoluto al derecho que ella reconoce y garantiza, con lo que puede afirmar que «ha quedado así cerrada hermenéuticamente la puerta a injusticias como las que antes eran posibles, y establecido el carácter obligatorio de la inscripción, ya que sin ella ningún derecho real es eficaz contra terceros poseedores, ya que sin anularlas no puede ejercitarse acción contradictoria del derecho de que es garantía, ya que sin la inscripción no está válidamente constituida la hipoteca, según declara el artículo 1.875 de nuestro Código Civil» (introducción de PABLO MARTÍNEZ PARDO en PEDRO HIGUERAS SABATER, «Reforma de la legislación hipotecaria...», *op. cit.*, págs. XXV a XXIX).

(79) Sostiene a este respecto CALIXTO VALVERDE VALVERDE, «Tratado de Derecho Civil...», *op. cit.*, pág. 598, que «para concordar la Ley Hipotecaria con el Código Civil, el ministro de Gracia y Justicia no hace más que transcribir la Ley Hipotecaria que rigió en Ultramar, y con esto y con incorporar a la nueva edición los artículos de la Ley de 21 de abril, suprimiendo cuantos derogaba, cumple su misión el legislador. Es lástima que no se haya aprovechado la ocasión para hacer una reforma en la Ley Hipotecaria fundamental y esencialmente progresiva, tal cual lo exigen las circunstancias actuales y las necesidades de la época presente». Sobre los artículos reformados en la Ley Hipotecaria, vid., entre otros, PASCUAL ARAGONÉS Y CARSI, *Modificación de algunos artículos de la Ley Hipotecaria vigente por la de 22 de abril de 1909*, Madrid, 1909.

(80) Tal y como presentábamos al comienzo, la interesantísima problemática sobre la relación entre la Ley Hipotecaria y el Código, materializada en las complejas cuestiones del carácter especial o no de la Ley en relación al Código y de cómo llevar a

«(...) Al decir que se reforma la Ley Hipotecaria —expone SÁNCHEZ ROMÁN— no se reforma la primitiva Ley Hipotecaria, sino la Ley Hipotecaria, tal y como la han dejado las adiciones en parte, casi en la totalidad, del Código Civil, y las reformas que muchos artículos del Código Civil hacen en el contenido de ella» (81).

Está planteando en este contexto SÁNCHEZ ROMÁN con sus palabras el objeto de la reforma y llevando la cuestión, a su vez, al terreno de la problemática en estrictos términos legales: dado que el Código Civil aborda la regulación de cuestiones hipotecarias que ya se encontraban previstas en la entonces vigente Ley Hipotecaria, no puede hablarse de un proyecto de revisión de una ley que desconozca las reformas e incluso derogaciones que en su seno ha generado el Código. El problema es meramente formal; de hecho para SÁNCHEZ ROMÁN la confusión deriva, precisamente, de haber reformado el Código cuestiones de la Ley Hipotecaria que, una vez modificadas por la ley posterior, permanecen, sin embargo, en el seno de la ley anterior, formalmente vigentes (82).

éste su contenido, no sólo no era nueva, sino que había centrado prácticamente todo el largo e intrincado debate codificador en sede hipotecaria. Sin embargo, en 1909 la situación es totalmente distinta, y los términos del debate, por consiguiente, también, en la medida en que existe ahora un nuevo elemento esencial en la relación, el Código Civil, y una nueva realidad, el artículo 1.875 declarando el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca; la propia existencia del Código suponía la decisión definitiva sobre la consideración de la Ley Hipotecaria por parte del Código y sobre cómo debían llevarse a éste todas sus doctrinas.

(81) Intervención de Sánchez Román en la sesión de 26 de mayo de 1909 en el Senado, en PEDRO HIGUERAS SABATER, «Reforma de la legislación hipotecaria...», *op. cit.*, pág. 311.

(82) «En la base 6.^a, complemento de la 5.^a, con la derogación cuantitativa que se emplea, se pone en tela de juicio la legalidad en cada caso para saber lo vigente y lo derogado, pues se dice: "por el Ministerio de Gracia y Justicia se procederá a hacer una nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria (...)". Eso no basta; de la Ley Hipotecaria y del Código Civil, porque la primera labor que tenía enfrente la Comisión era la de concordar su dictamen con el Código Civil, siquiera haciendo las citas de los textos que sobre hipotecas en general, hipotecas en especial, en materia de dote, sobre unificación, sobre anotaciones preventiva, etc., tiene el Código Civil, porque si el Código Civil hubiera dicho sólo que la Ley Hipotecaria quedaba subsistente, no habría hecho bien la Comisión en hacer su reforma sobre la Ley Hipotecaria, olvidando los preceptos del Código Civil que a ésta se refieren; pero es que *el Código Civil ha hecho modificaciones en la Ley Hipotecaria y ha dejado subsistente en ésta aquello en que la modifica (...)*. De manera que al decir que se reforma la Ley Hipotecaria, no se reforma la primitiva Ley Hipotecaria, sino la Ley Hipotecaria tal como la han dejado las adiciones en parte, casi en la totalidad, del Código Civil, y las reformas que muchos artículos del Código Civil hacen en el contenido de ella. Es, pues, necesario que SS.SS. apuntalaran el edificio que se va a retocar, que la Comisión dijera si se reformaba la ley en su primitiva redacción o tal como la ha dejado el Código Civil» (intervención de Sánchez Román en la sesión de 26 de mayo de 1909 en el Senado, en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, *op. cit.*, pág. 311. La cursiva es mía).

La exigencia del jurista es la del reconocimiento de la fuerza de los nuevos artículos codificados, que han obligado a redefinir el objeto de toda nueva reforma hipotecaria y el claro ejemplo de su argumento lo constituye el precepto que recoge el carácter de la inscripción de la hipoteca declarativo frente a terceros en la Ley Hipotecaria o plenamente constitutivo incluso entre partes en el Código. En el artículo 1.875 del Código Civil —expone una vez más SÁNCHEZ ROMÁN—, «lo que se ha hecho es, queriéndose tomar como concepto de la hipoteca en general el concepto de la hipoteca legal (83), introducir una verdadera confusión; *pero se ha reformado por el Código (...)*» (84).

(83) En un momento anterior, en sus *Estudios de Derecho Civil...*, ya citados (págs. 866 y sigs.), había reflexionado Sánchez Román en estos términos: «Comparando el Código con la Ley Hipotecaria, lo que se observa es que este primer párrafo del artículo 1.875 en el cual, *generalmente* y sin distinguir entre la hipoteca *voluntaria* o *legal*, se exige para la constitución válida de la hipoteca la inscripción del documento en que se haya constituido en el Registro de la Propiedad, parece inspirado en el artículo 159 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor es el siguiente: “para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan”; precepto de natural explicación desde el momento en que el concepto de la hipoteca legal, según el artículo 158, que nace de los supuestos a los cuales otorga la ley el beneficio de la hipoteca legal, con arreglo al artículo 168, queda reducido al *derecho* de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de las personas a cuyo favor la ley establece hipoteca legal. Es decir, que se ha tomado la *parte* por el *todo*, y en esta transposición y reproducción de textos de la Ley Hipotecaria, llevados al Código, se ha convertido en doctrina de *perfección* del contrato de hipoteca, *en general*, lo que era *especial* y justificado precepto tan solo de las *hipotecas legales*, según el artículo 159, pero que no parecía ni debía serlo de las *voluntarias*, a tenor de los artículos 138 y 146 de la hipoteca. Confirma esta explicación el contenido del segundo párrafo del artículo 1.875, que es una reproducción del artículo 158 de la Ley Hipotecaria, definiente de la hipoteca *legal*, y una refundición con éste de los números 5.º y 6.º del 168, y aun del sentido general del 218 y 219 de dicha ley, respecto de las hipotecas legales a favor del Estado, las provincias y los pueblos por el importe de la última anualidad de los tributos y de los aseguradores por el premio del seguro, que son casos en los que la hipoteca tiene por necesidad de naturaleza la condición de *tácita* y mantenida en el alcance limitado de esa eficacia *temporal* y *cuantitativa* por exclusivo ministerio de la ley; ya que la índole de los derechos garantidos por ella, por su sucesión no interrumpida en la inscripción, no consiente, sin exagerar la garantía hipotecaria para todos, el constituir a cada paso por actos especiales y formales de otorgamiento de documento público y de inscripción la hipoteca legal, en los términos que para los demás exige el artículo 159 de igual ley, antes referido».

(84) «(...) Si el Código Civil hubiera dicho sólo que la Ley Hipotecaria quedaba subsistente, no habría hecho bien la Comisión en hacer su reforma sobre la Ley Hipotecaria, olvidando los preceptos del Código Civil que a ésta se refieren; pero es que el Código Civil ha hecho modificaciones en la Ley Hipotecaria y ha dejado subsistente en ésta aquello en que la modifica. Para que vea la Comisión que no se trata de una imaginación visionaria, citaré un caso, porque los hay tan fundamentales como, por ejemplo, el del artículo 1.875, que vino a variar el concepto de la hipoteca, y lo hizo, por cierto, en compañía de persona muy querida para el señor ALVAREZ GUIJARRO y muy

La postura del civilista a estos efectos no es menos ejemplificadora que el propio artículo que él toma de ejemplo. En SÁNCHEZ ROMÁN se está dando la combinación entre la aversión hacia la opción legal adoptada (en el art. 1.875 lo que se ha hecho ha sido «introducir una verdadera confusión») y la pragmática aceptación de esa misma realidad legal («pero se ha reformado por el Código»). Ya no caben elucubraciones ajenas a los hechos; ahora hay código e inscripción constitutiva codificada.

Por ello, al margen de la trascendencia para el debate de esta pequeña observación del jurista, destaca realmente la relevancia de su formulación. Hay un cambio de planteamiento, ahora ya en el terreno de la primacía de ley. En esos términos es como concibe SÁNCHEZ ROMÁN la cuestión: en términos formales, en sede de legalidad. No es un problema de armonía abstracta de las teorías históricas hipotecarias, sino de congruencia formal, producto de la fuerza del derecho codificado.

SÁNCHEZ ROMÁN, el mismo de cuya mano nos venía revelado el nombre del artífice de las ideas del artículo 1.875, nos conduce esta vez a través de la argumentación de su inaceptabilidad teórica del cambio hasta la necesidad legal de su resignada admisión. Desde sus planteamientos se detecta el punto al que la inscripción de la hipoteca ha llegado formalmente: la fuerza del precepto en el que se encierra su obligatoriedad, inserto en el Código y revestido de una concedida autoridad que tolera la crítica de la doctrina consciente de la práctica inmodificabilidad de los términos en los que ha quedado, definitivamente, encerrado e impuesto. Codificado.

3.3. VIGOR CODIFICADOR Y CONSOLIDACIÓN DOCTRINAL: LA FUERZA DE UN PRECEPTO

En cumplimiento de la 6.^a Disposición Adicional de la Ley de 21 de abril de 1909, un Real Decreto publicaba, el 16 de diciembre de ese mismo año, una nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 158 recogía, por primera vez en una Ley Hipotecaria con vigencia en España, el contenido del párrafo primero del 1.875 del Código Civil (85). Se trataba, tal y

perita en Derecho, de quien recibí el honor de que aceptara una indicación mía en un trabajo profesional. Ya sabe S.S. a quién me refiero. Digo esto para que sirva de prenda de que no digo una cosa que no tenga el contraste de esta garantía de verdad. Allí lo que se ha hecho es, queriéndose tomar como concepto de la hipoteca en general el concepto de la hipoteca legal, introducir una verdadera confusión; *pero se ha reformado por el Código*, como se ha reformado lo del plazo del asiento que se establece en el Registro, olvidándose del artículo 30 de la Ley Hipotecaria y de tantas otras cosas que S.S. sabe mejor que yo» (intervención del señor Sánchez Román en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, op. cit., pág. 311). La cursiva es mía.

(85) El artículo 159 de la Ley es el que hace referencia a las hipotecas legales, estableciendo que «para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita

como había sucedido años antes con la Ley Hipotecaria de Ultramar, del probablemente último gran ajuste legislativo que quedaba tras la introducción legal del carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria. El nuevo concepto de hipoteca, como lo plantearía SÁNCHEZ ROMÁN, se encontraba ya en el Código Civil, y las progresivas adaptaciones legales no eran más que una concatenada consecuencia formal de la fuerza legal con la que precisamente esta novedad se había impuesto.

La etapa de configuración de la inscripción hipotecaria se había cerrado en el momento en el que el Código había optado definitivamente por atribuirle el carácter de constitutiva. La determinación con la que se impuso la novedad la abocó a su permanencia. Y precisamente eso es lo que los juristas han puesto de relieve con sus comentarios: desde la plataforma privilegiada de observación que supone la doctrina, hemos podido estimar la fuerza de imposición de un precepto como el 1.875.

En efecto, a través de los comentarios doctrinales hemos apreciado, en primer lugar, la consistencia que le es atribuida a la codificación de la nueva hipoteca. El reconocimiento de esa fuerza se detecta en la actitud de los propios comentarios que ahora surgen, que se ciñen al tenor literal de la norma, precisamente en este supuesto, en el que en los términos reside la clave y que asumen el cambio prácticamente como ya indisponible.

La doctrina ha puesto de manifiesto el poder de persuasión del Código hacia ella, la capacidad de atraer su atención, de obtener comentarios con sus propias reglas de juego, el juego de las palabras textuales, del tenor literal del precepto que debe ser aceptado en su configuración. Ya no existe un debate de posibilidades, sino, como mucho, la disyuntiva de aceptar o rechazar los términos definitivamente impuestos por el propio artículo codificado.

Por eso los autores que no detectan ninguna clase de cambio, que hablan desde el plano de la armonía legislativa, no están percibiendo realmente el vigor de la literalidad del Código, no lo comentan en puridad ceñidos a su letra; y de ahí que no tengan más que el mérito de poner de relieve los elementos que concurren en los ahora sí comentarios de los autores que no pueden desconocer la novedad. Y también por eso resulta tan gráfica la fuerza

la inscripción del título en cuya virtud se constituyan». Especifica a estos efectos CANALS BRAGE que «el redactor del texto revisado de 16 de diciembre de 1909 sustituyó el acto y no la potencia (se está refiriendo al empleo del término "constituidos"), y donde el Código decía "constituidas" puso "establecidas", pero la eufonía iba a generar necesariamente mayor confusión». Añade este autor que «el legislador hipotecario de 1944-46 realizó exactamente la operación inversa a la del codificador; perdido por falta de uso el sentido propio de las hipotecas legales, se produce su asimilación a las voluntarias, y el artículo 159 pasa a decir: "para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas (...)", dejando absolutamente irreconocibles los términos del problema», FERNANDO CANALS BRAGE, *El valor de la inscripción...*, cit., pág. 329.

normativa del tenor literal que se trasluce de los que critican la medida legislativa y, sin compartirla en absoluto, la asumen. Representan estos con gran claridad lo que la legalidad del Código impone que sea frente a la voluntad, sin peso ya, de mantenimiento de lo que hasta entonces había venido siendo.

En segundo lugar, y sobre todo, a través de los comentarios de la doctrina podemos ver su propia capacidad generadora de consolidación del precepto, precisamente porque concurren todos los elementos a los que acabamos de referirnos, porque concurre un reconocimiento del poder de cambio de la literalidad de un precepto codificado. Al fijarse como objeto de comentario el propio precepto, al asumirlo precisamente tal y como les viene dado, no están haciendo sino reforzar y consolidar al artículo que, recíprocamente, se sirve de sus comentarios para su imposición y persistencia, en esos mismos términos en los que se presenta.

Precepto codificado y doctrina; precepto que se refuerza a través de sus comentaristas, comentarios que asientan y consolidan el precepto marcan formalmente el final de una larga y agitada etapa en el terreno hipotecario. Los civilistas de aquel entonces nos estaba diciendo, en el lenguaje de sus comentarios, que con el Código Civil se había clausurado una larga fase de historia de la propiedad (86). Contemplado desde ahora no estaría de más añadir que en 1888 se había entrado violenta pero consolidadamente en el indefinido estadio de nuestro presente hipotecario.

4. CONCLUSIÓN

DEL FINAL DE LA INCOMPRENSIÓN DE LA NOVEDAD AL PRINCIPIO DE LA INCOMPRENSIÓN DE LO PREEXISTENTE

Llegamos al final de esta historia, final, por su parte, no sólo conocido desde su comienzo sino, además, del que nunca nos hemos movido. La llamativa irrupción en el Código Civil de la inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca, que clausuraba la etapa protagonizada por la «Ley de terceros» e inauguraba una nueva concepción de la hipoteca que perduraría hasta hoy, acaba relegando muchas de las preguntas acerca de su aparición; aparición que la propia ausencia de datos había convertido ya de por sí en suficientemente confusa y ensombrecida.

(86) Respecto al papel del Código en la historia del Derecho Privado, vid., entre otros, Pío CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, 1996; *ib.*, «Saggi sulla storia della codificazione», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 51, Milano, 1998; JEAN-LOUIS HALPERIN, *L'impossible Code Civil*, París, 1992; *ib.*, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, París, 1996.

Frente a la oscuridad de su origen, resalta su capacidad de implantación, una vez que el precepto ve la luz. Y su capacidad de permanencia. Permanencia que hace que el concepto de hipoteca que nosotros conocemos lo compartamos con los hombres que a finales del XIX asistieron a su surgimiento en el Código Civil.

La ausencia de discusión en la doctrina actual acerca de la pertinencia de la inscripción de la hipoteca, así concebida, da buena prueba de la consolidación del precepto, pero, a la vez, introduce un contraste que inevitablemente pone de relieve su contundente surgimiento: ¿Cómo una teoría de la inscripción que se venía manteniendo y que muy pocos meses antes de su publicación se decide que en ese preciso sentido debe ser incorporada al Código puede desaparecer de repente y de manera insólita cuando se publica, adoptándose, en su lugar precisamente la doctrina contraria? Y más aun, ¿cómo puede la inmensa mayoría de los civilistas de entonces y la práctica unanimidad de los de ahora, comprender y asumir sin fisuras la lógica del concepto de hipoteca que el Código recoge, pero que en los pocos meses que precedieron a su aparición no era ni el legalmente existente ni el oficialmente aprobado?

La mayor intensidad en la aceptación y comprensión de una novedad que, en función de los datos de los que disponemos, en la Comisión General de Codificación no se había decidido que fuera tal, pone más aun de manifiesto, si cabe, la brusquedad de su irrupción. Y son esos mismos escasos datos reveladores de contundentes apariciones los que nos han permitido a lo largo del trabajo intuir dos explicaciones, una de fondo y otra formal, de este patente contraste entre sorpresa y asimilación.

Por un lado, el contenido de la doctrina nos muestra que la teoría y los conceptos en el terreno de la propiedad que se encierran en el artículo 1.875 constituían un espacio compartido, eran ya las nuestras, que no resultan extrañas, ajenas ni antiguas; de otra manera diversa, el precepto habría estado condenado a no ser ni comprendido ni aceptado y, mucho menos se hubiera consolidado.

Pero por otro, además, la doctrina denota que el concepto de propiedad en el que se insertaba la inscripción de la hipoteca se sirvió de un instrumento legal al que dotó de gran fuerza, influyendo vigorosamente a los comentaristas a no salirse de lo que en su letra estaba escrito y consolidándose, a su vez, en cada comentario textual. Reclamaba así el precepto no tanto ser compartido como asumido.

Esto era, en efecto, lo que los civilistas nos estaban revelando. Las ideas en las que el precepto se sustenta no son ajenas, también se comparten, forman parte de una nueva concepción de la propiedad que encajaba en el entonces del Código y en la que nosotros nos seguimos moviendo.

Se encontraba allí presente la propiedad concebida por juristas como AZCÁRATE. Y se encontraba ésta consolidada a través de la primacía que le

estaba siendo concedida al soporte en el que se recogía. El contenido del que fuera el artículo 1.875 había aparecido en un Código, en una ley codificada, y había venido revestido de aditamentos que le eran atribuibles al peso de su legalidad.

A la ley se habían reconducido las ideas de propiedad libre, individual y de garantías de igualdad entre propietarios; y la ley se encargaba de atraer hacia sí aspectos tan determinantes como la constitución de la hipoteca y, a su vez, de someter a su regulación toda diversidad de posibles legislaciones que, de otro modo, regulaban a los contratantes. La ley redefinía, en fin el derecho real de hipoteca, esta vez como de constitución de registral.

El resultado fue la implantación del cambio de rumbo en el concepto mismo de la hipoteca. Provocado el cambio, alterada la legislación precedente, es la doctrina la que, privilegiadamente, nos permite sospechar la realidad de la fuerza del cambio y, también en cierta medida su violencia. Violencia que denota, una vez más, la fuerza de su implantación, pero que paga el precio, igualmente, de no ser siempre asumido.

Parte de la doctrina del momento nos daba buena prueba de ello, y lo siguió dando con posterioridad (87); lo mismo sucedía con algunas resolu-

(87) La falta de aceptación se encuentra patente en testimonios de autores como los que siguen. Hasta casi diez años después de la publicación del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, EUSEBIO DíEZ MORENO, en sus *Estudios elementales y cuestiones prácticas de legislación hipotecaria* (Madrid, 1897, págs. 33, 48 y 151), establece que a la Ley Hipotecaria sólo le afectan verdaderamente los artículos 605 al 608 y 1.880 del Código Civil, de tal manera que entiende que la inscripción, en general, es voluntaria, salvo los casos en que haya de constituirse alguna hipoteca legal a favor de mujeres casadas, menores o incapacitados. Y esto es así porque «la Ley, que no quiso hacer la inscripción obligatoria por considerar que se trata en ella de asegurar un derecho de naturaleza civil y, por tanto, renunciable, estableció algunas excepciones a la regla general, que están fundadas todas en la acción tutelar del Estado respecto de las personas que no pueden por sí ni ejercitar ni renunciar sus beneficios». El mismo año de 1897, en el artículo «Efectos validatorios de la inscripción», de BARROSO, publicado en 1897, se puede leer lo siguiente: «Es la Ley Hipotecaria, ley de terceros. En su sistema, sólo el interés de éstos se procura e inquiriere. La inscripción, de tan omnipotente eficacia en cuanto al tercero respectivo, nada añade al contrato considerado entre los mismos otorgantes para quienes, inscrito o no inscrito aquél, iguales son sus efectos, idéntico su contenido, las mismas las obligaciones de él dimanante. Perfecto un contrato inscribible por el consentimiento, consumado por la tradición y acreditado por escritura pública, tiene en sí cuanto para su validez y eficacia en juicio el derecho requiere. La inscripción representa sólo un aditamento extraño, bueno para constatar el convenio en cuanto a terceros, pero inútil, innecesario en absoluto para su efectividad en cuanto a los contratantes. (...) Al contrario de lo que ocurre en el régimen hipotecario prusiano, donde la inscripción en el Grundbuck, acompañada de la investidura, es tan esencial elemento en las adquisiciones voluntarias, que éstas no se entienden realizadas mientras aquéllas no se verifiquen; en el nuestro, concurriendo título bastante y modo eficaz, requiriéndose la inscripción tan sólo para que se tenga por realizada de hecho en cuanto a terceros» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1897, año XLV, tomo 90, págs. 289 y sigs.). En 1903 afirmaba ÁNGEL DONOSO MORILLO que «no basta

ciones que se pronunciaron inmediatamente después al cambio (88). El nuevo concepto del derecho real disponía de prácticamente todos los elementos para implantarse, pero no podía controlar la reacción ante el peso de un asumido pasado regido por el espíritu de los terceros hipotecarios. Era

para que exista verdadero derecho real, título o preexistencia de derechos, ni modo o acto creador de relación de derecho, ni tradición o entrega privada de la cosa, sino que es preciso que se publiquen, además, estos actos para que todos sepan quién tiene la preexistencia de derechos y adquieran exclusivamente de él, pero la inscripción es meramente voluntaria: el que no inscribe, el Estado no lo protege» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1903, año LI, tomo 103, pág. 249). Ya en 1906 sostiene CARLOS DE HARO en *Hipoteca del propietario y deuda territorial*, que «mientras no se efectúe la tradición, requisito esencial de las garantías prendarias, no se ha constituido [la hipoteca]; y siendo la inscripción el acto jurídico de la tradición, la inscripción es y debe ser condición esencial de aquel contrato (...). Podemos concluir en la afirmación de que título, inscripción y tradición son una sola institución de nuestro sistema hipotecario». Más adelante prosigue diciendo que «así como entre partes aparecen distintos el título constitutivo de la obligación principal y la inscripción del mismo, tanto que ésta no da derecho al que es acreedor según aquél, o sea que entre partes la acción del acreedor radica en el título y no en la inscripción, al revés entre terceros, la inscripción es el título de la relación jurídica inscrita, y les da mutuamente derecho a lo que ella sea, aparte sin tener para nada en cuenta el título de donde dimana y a que se refiera la inscripción (...); entre terceros la inscripción es el título constitutivo de la relación jurídica inscrita» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1906, año LIV, tomo 108, págs. 643 y 1907, año LV, tomo 111, pág. 306).

(88) Es muy poco lo que hemos podido encontrar en la jurisprudencia y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a la aplicación concreta del artículo 1.875 del Código Civil. No obstante, con respecto a éstas últimas, la Resolución de 14 de octubre de 1891 considera claramente la inscripción de la hipoteca no constitutiva. Del mismo modo, la Resolución de 27 de octubre de 1892 sigue desconociendo el artículo 1.875 del Código Civil, remitiéndose y apoyándose, incluso, en resoluciones dictadas con anterioridad al Código; así pues, considera que «es doctrina de este centro, consignada en sus Resoluciones de 25 de junio de 1877 y 29 de diciembre de 1880, la de que la sola voluntad del dueño de los bienes hipotecados basta para la constitución de las hipotecas voluntarias, sin que, además, sea necesaria la aceptación de la persona a cuyo favor se impone el gravamen». En la misma línea, declara contundentemente la Resolución de 31 de agosto de 1893, que «ninguna alteración ha introducido el Código Civil en la doctrina fundamental de la Ley Hipotecaria de que las hipotecas voluntarias, o nacen de la convención entre partes, esto es, del contrato, o son impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen, o lo que es igual, son resultado de un acto unilateral». No está de más atender, de igual modo, a lo que al respecto opinaba la jurisprudencia del Supremo. Antes de la publicación del Código, el papel del Registro en este plano estaba claro. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 1888, declara que «la libertad o gravamen de las fincas sólo puede acreditarse en perjuicio de tercero por la certificación del Registro de la Propiedad. Sin embargo, con posterioridad a la promulgación del Código Civil, lo cierto es que el Tribunal Supremo, aun reconociendo que la hipoteca ha de inscribirse para que se considere válidamente constituida, no parece que lo estimen una novedad. La sentencia de 20 de noviembre de 1901 declara que «la hipoteca especial otorgada para sustituir a la general y tácita, no produce este efecto si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, porque únicamente queda constituida con validez cuando se cumple dicho requisito, según el artículo 1.875 del Código Civil, y de modo

éste un indicador más de lo que estaba sucediendo: correspondía a un momento de transición, al final de un concepto y la entrada en una nueva concepción.

A pesar de ello, la trayectoria dé ese precepto hasta nuestros días, en los que la inscripción registral de la hipoteca no puede concebirse de otra manera, nos demuestra que las objeciones no eran más que voces que estaban condenadas a extinguirse bajo la fortaleza de la nueva realidad legal.

Incomprensible, previsible, deliberado o casual. Es mucho lo que queda sin saber de la inscripción constitutiva de la hipoteca en España, porque son muchos los datos que permanecen escondidos. Pero de todo lo que pudiéramos llegar o no a conocer, nos queda la evidencia del primer párrafo del artículo 1.875 del Código Civil. De origen indiscutiblemente incierto, pero, sea como fuere, de realidad contundentemente impuesta y de contenido

análogo ordenaban para la Contaduría de Hipotecas las leyes del título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación». Un poco después, la sentencia de 11 de diciembre de 1903 sostiene que «la Ley Hipotecaria tampoco varía las reglas de la legislación civil (en la materia hipotecaria), limitándose sólo a agregar a ellas las derivaciones de los preceptos de la publicidad y especialidad de las hipotecas sobre las que restableció el crédito territorial, por lo que el artículo 1.875 del Código Civil, para sancionar la adición y hacer patente la armonía entre ambas legislaciones, satisfaciendo el objeto principal de la Hipotecaria, dispone que a los demás requisitos establecidos por la civil ha de agregarse, para que la hipoteca quede válidamente constituida, el de la inscripción del documento en el Registro de la Propiedad». Muy posteriormente escribe JOSÉ MANUEL PEDREIRA CASTRO, *El Código Civil a través de la jurisprudencia*, tomo IV, Madrid, 1946, pág. 845, que «confirma la doctrina de este artículo [1.875] la sentencia de 3 de enero de 1913. El que la hipoteca no se constituyera en la forma prevenida en este artículo y en el artículo 146 de la Ley Hipotecaria no obsta para que se declare su nulidad o validez cuando se comprenda en el número 4 del artículo 880 del Código de Comercio (sentencia de 5 de abril de 1933). La hipoteca, según este artículo, es un derecho cuya inscripción tiene valor constitutivo, de manera que no queda constituida como tal y *erga omnes*, sino con la extensión que resulte registrada (sentencia de 12 de enero de 1943)». Respecto a las resoluciones acerca de materias hipotecarias, vid. LEÓN GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Colección completa de Leyes, Decretos, Reales Ordenes, Circulares y Resoluciones referentes a la toma de razón y derechos reales en España, expedidos desde el 2 de diciembre de 1839 hasta el 31 de diciembre de 1873*, Madrid, 1881; la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* publicó, en 1890, un «Repertorio doctrinal y legal por orden alfabético de la jurisprudencia civil española. Años 1883 a 1888»; MANUEL MARTÍNEZ MOREDA, *Comentarios y jurisprudencia a la legislación hipotecaria*, tomo I, Madrid, 1906; *Colección oficial de Leyes, Reales Decretos, Reales Ordenes, Circulares y Resoluciones que se han dictado referentes al Registro de la Propiedad Inmueble y de los demás derechos reales*, Madrid, tomo I, 1882; tomo II, 1883; tomo III, 1884; tomo IV, 1892; tomo V, 1906; tomos VI y VII, 1908; LORAQUE E IBÁÑEZ, *Repertorio alfabético de la jurisprudencia hipotecaria dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado durante los años de 1874 al 1900*, Andújar, 1935, o ROCA SASTRE Y MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia registral*, tomo II (1883-1895), Barcelona, 1953. Los *Estudios...*, *op. cit.*, de SÁNCHEZ ROMÁN, contienen, igualmente, apartados muy completos de jurisprudencia desarrollada por materias.

irreversible. Es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Porque así quedó definitivamente dicho en una ocasión, un viernes de diciembre de 1888.

M.^u JULIA SOLLA SASTRE (**)

(**) La autora es becaria de investigación del Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.