

La hipoteca, el Registro de la Propiedad y la Ley de 30 de diciembre de 1944: breves acotaciones históricas

A mi madre, y en memoria de mi hermana María Milagrosa (q.e.p.d.), con mi cariño imperecedero.

*«Siempre pervivirán aquellas normas jurídicas
que se entrañen en el espíritu y conciencia
de los pueblos»*

(SAVIGNY).

SUMARIO: INTRODUCCION.—DERECHO ESPAÑOL: HACIA LA LEY HIPOTECARIA DE 1861. ANTECEDENTES REMOTOS.—UN ANTECEDENTE PROXIMO: LAS CONTADURIAS DE HIPOTECAS.—LA LEY DE 1861.—LA REFORMA DE 1869.—EL CODIGO CIVIL Y LA HIPOTECA.—LA LEY DE 1909.—LA REFORMA DE 1944.—CONCLUSIONES CRITICAS.

INTRODUCCION

El concepto de relación obligatoria implica dos distintos elementos: el débito o deuda, y la responsabilidad o garantía: *schuld* y *haftung*, que como considera HERNÁNDEZ GIL en su concepción integradora de la obligación, no ocupan planos desiguales, sino que resultan complementarios. A esta tendencia integradora que defiende la generalidad de la doctrina no sólo extranjera (BONFANTE, LARENZ...), sino también española (el citado HERNÁNDEZ GIL, ESPÍN, ROCA, PUIG BRUTAU, ALONSO PÉREZ...), no es ajeno nuestro Código Civil. El concepto del débito aparece recogido en el artículo 1.088, en

tanto que la noción de responsabilidad la formula el artículo 1.911, cuando prescribe que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

De aquí que nos parezcan acertadas definiciones como la de BONFANTE: la obligación es aquella «relación jurídica en virtud de la cual uno o más sujetos tienen el derecho de exigir una determinada prestación o en su defecto una congrua satisfacción patrimonial, y otro u otros tienen el deber de cumplirla, o *de responder con su patrimonio*». Vamos a detenernos en este segundo elemento: la responsabilidad o garantía.

Este principio de que el deudor responde con su patrimonio, no es sino el fruto de la evolución histórica que fue trasladando la ejecución desde la persona del deudor a sus bienes. En efecto, en el Derecho antiguo era la persona del deudor la que respondía de sus obligaciones. Así, en el Derecho romano, como precisa BONFANTE, la eficacia del *nexum* significaba en su origen, «que el deudor era reducido a la condición de esclavo». Y como el esclavo (SCHULZ) no es sujeto, sino objeto de derecho, en principio el acreedor insatisfecho puede hacer de él lo que le plazca: venderlo (recordemos la institución de la venta trans Tiberim), donarlo, castigarlo, incluso matarlo.

Un paso importante en la transformación de la responsabilidad se debe a la Ley Poetelia (326 antes de Cristo), que abolió la institución del *nexum*, y más tarde la introducción de la *bonorum venditio* hacia finales de la República, gracias a la cual el procedimiento de ejecución fue adquiriendo claros tintes patrimoniales. Mas como señala DÍAZ PAIRO, el principio de responsabilidad personal, si bien ya en regresión, siguió existiendo junto con el de responsabilidad patrimonial durante toda la vigencia del Derecho romano, y hasta bien entrada la Edad Media. Es más, el Código Civil francés en su redacción originaria, conoció la prisión por deudas o apremio personal (*contrainte par corps*); no es pues, sino hasta mediados del siglo XIX, cuando triunfa de un modo definitivo el sistema de responsabilidad patrimonial. Nuestro primer Cuerpo legal civil lo consagra en el artículo 1.911 que no hace mucho citábamos.

Y magistralmente resume CASTÁN TOBEÑAS las características generales de esta responsabilidad:

1. Se extiende a todos los bienes presentes y futuros, es por tanto, universal.
2. Pero no a los que en el momento de la reclamación no están en el patrimonio del deudor. Respecto de estos, sólo se les conceden a los acreedores las acciones tendentes a que vuelvan al patrimonio del deudor los bienes enajenados en fraude (de los acreedores, *consilium fraudis*), o a evitar que por la pasividad del deudor no entren en su patrimonio aquellos

derechos que se abstengan de ejercitar (acciones: revocatoria o pauliana, y acción **subrogatoria**, art. 1.111 del Código Civil).

3. A tenor del propio artículo 1.111, no se extiende la garantía a los derechos **personalísimos**, «inherentes a su persona».

4. No recae sobre bienes concretos, es una responsabilidad genérica, sobre todos los bienes. **Excepcionalmente** se permite el deslinde de responsabilidades (los llamados patrimonios separados) y otras veces, la propia Ley establece la preferencia de determinados créditos sobre determinados bienes: artículos 1.921 y siguientes del Código Civil.

5. En consecuencia, no existe como pretendían algunos autores (PACCHIONI y Rocco) un derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor (*droit de gage **général***); los acreedores, pues, más que un derecho sobre el patrimonio del deudor, tienen derecho a la solvencia de ese patrimonio. Un deudor solvente es un deudor responsable.

Pero aparte de esta garantía genérica de los créditos, que en los tiempos actuales aparece así formulada desde los tiempos más remotos, el Derecho ha arbitrado medios para asegurar la efectividad de los créditos. Son las llamadas garantías propiamente dichas.

Casi todos los autores, establecen (RUGGIERO, v.gr.) una doble clasificación de las garantías. De un lado, se habla de garantías legales (las hipotecas legales, el derecho de retención...) y convencionales (hipotecas voluntarias, anticresis...), según tengan su origen en la Ley o en el negocio jurídico; de otro, se clasifican las garantías en personales (la fianza, el aval, la cláusula penal...) y reales (prenda, hipoteca, anticresis...), según constituyan un vínculo de naturaleza personal o determinen un derecho real.

Posiblemente, anota SCHULTZ, la garantía más antigua (componente religioso) fuera el juramento (*votum*). Pero como matiza CASTÁN, el juramento puede ser una sólida garantía en el orden moral o religioso, pero de escasa eficacia en el terreno práctico y jurídico. Dispone el Código a este respecto en su artículo 1.260, que no se admitirá juramento en los contratos, y, si se hiciera, se tendrá por no puesto.

Descuidando el campo de las garantías personales puesto (que son extrañas al objeto de la institución del Registro de la Propiedad, art. 1.1 de la Ley Hipotecaria), examinemos sucintamente, la evolución de las llamadas garantías reales en el Derecho romano.

Hay que advertir, previamente, que en el *Derecho romano* no tuvieron la importancia que presentan en la época moderna. Cuando se trataba de asegurar el cumplimiento de obligaciones, los romanos acudían a una forma de garantía personal preferentemente: la *cautio* o fianza. Pero de todas formas, Roma conoció tres figuras primordiales de *iura in re aliena* de garantía: la *fiducia*, *pignus*, e *Hypoteca*.

- En términos generales, la *fiducia* consistía en la transmisión de la propiedad por *mancipado*, a cuyo acto se acompañaba un pacto por el cual el receptor de la cosa o *accipiens*, se comprometía a la devolución de la misma, o a darle un cierto destino, cuando acaeciera una determinada circunstancia que se prefijaba (*fiducia cum amico contracta*... v.gr., transmisión de un esclavo para su ulterior manumisión). Sin embargo, en términos concretos, la primordial finalidad de la *fiducia* fue una finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación: *fiducia cum creditore contracta*. El deudor mediante la *mancipado* transmitía el dominio de la cosa al acreedor, añadiéndose un pacto (*pacto fiduciae*) mediante el cual el acreedor *accipiens* se comprometía a devolver el dominio de la cosa al deudor, cuando la obligación fuere cumplida (*Ut ea res debito soluto remancipatur*). La acción que nacía de este pacto, pacto por tanto vestido, era la *actio fiduciae*.

Como vemos, con esta forma de garantía, el acreedor se hacía propietario de la cosa con todo lo que ello implicaba, todo para él pues, eran ventajas; en cambio el deudor soportaba todo inconvenientes: se veía privado de la propiedad, de sus frutos, no podía darla de nuevo en garantía aunque su valor fuere superior al de la deuda..., y sobre todo, la *actio fiduciae* no era una acción real, sino meramente personal, ejercitable únicamente contra el acreedor, no contra el tercero si la cosa el acreedor la hubiese enajenado.

- Con la prenda, *pignus*, se trató de evitar esta desfavorable posición del deudor. En el *pignus* no se transmitía al acreedor la propiedad de la cosa, sino el derecho a poseerla (*ius possidendi*), al que luego se unió la facultad (*ius distrahendi*) de enajenar la cosa dada en garantía, en el caso de incumplimiento de la obligación para reintegrarse con el precio de la misma. Pero no se olvide que este derecho de realización en el Derecho romano clásico había de pactarse (*pactum de distrahendo pignore*), y que no es hasta la época de los SEVEROS cuando se considera sobreentendido, requisito natural del contrato que diríamos ahora en el negocio de prenda. Sólo con JUSTINIANO, el derecho de realización en materia de prenda pasó a ser uno de sus elementos esenciales.
- La *Hypoteca* (del griego «someter una cosa a otra»), aparece como una variedad del *pignus*. En ella el traspaso posesorio se verifica cuando la deuda garantizada se incumple. Incumplida la deuda, como afirma ARIAS RAMOS, comienza —sea quien quiera el poseedor de la cosa en tal momento— el ejercicio del *ius possidendi* y del *ius*

distrahendi por parte del acreedor hipotecario. Como dice el maestro SCHULTZ, esta institución tuvo su origen en la especial configuración del agro romano, y en particular en los arrendamientos de fundos (apuntamos: la hipoteca conectada a los inmuebles). Efectivamente, el arrendatario o colono llevaba al fundo arrendado animales, aperos..., esclavos (*invecta et illata*) y la mayor parte de las veces pactaba con el arrendador que tales elementos de explotación sirvieran de garantía de la merced arrendaticia o del precio del arrendamiento y no pudiesen ser retirados hasta que la obligación quedase cumplida. Para ello, los pretores concedieron un interdicto posesorio al arrendador (interdicto llamado *Salviano*) sobre estos *invecta et illata*. En un momento posterior, el Derecho pretorio concedió una acción real (*actio Serviana*) que podía, en consecuencia, ejercitarse no solamente contra el deudor arrendatario, sino contra cualquiera que tuviese los *invecta et illata*.

Cuando esta garantía se extendió de los *invecta et illata*, por una parte, y de la obligación del arrendatario a pagar la merced arrendaticia, por otra, a cualesquiera cosas y obligaciones, surgió propiamente la hipoteca denominándose la acción que de ella emanaba *actio hypothecaria* o *actio quasi Serviana* (*Serviana utilis*). Incluso conoció el Derecho romano clásico las llamadas hipotecas privilegiadas, es decir, aquéllas que aunque fueran de fecha posterior (el *prior tempore* característico de los derechos reales), los créditos garantidos con ellas se hacían efectivos con preferencia a los demás; así, v.gr., la hipoteca general de la que gozaba el fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes (posiblemente —WIEACKER— el único caso de hipoteca legal del Derecho clásico) o la hipoteca a favor de la mujer sobre los bienes del marido para garantizar la devolución de su dote.

No obstante, lo más característico de la hipoteca en el Derecho romano quizá sean estas dos notas:

- que no se diferenciaba adecuadamente del *pignus*: «*inter pignum et hypothecam tantum sonus nominis differt*»;
- que había una ausencia total de publicidad. El único resquicio eran las hipotecas llamadas públicas, que eran aquéllas que constaban en documento público (*pygnus publicum*) o suscrito al menos por tres testigos (*pignus quasi publicum*), y fijémonos que curiosamente entraban dentro de la categoría de las hipotecas privilegiadas.

De la primera nota se deriva el que en el Derecho romano la hipoteca indiferentemente recaía sobre bienes muebles o inmuebles, aunque como

señala ROCA SASTRE era más frecuente en estos últimos por las razones prácticas de su inmovilidad. Con respecto a la segunda citamos al mismo autor: «requisito de publicidad, tan interesante en esta clase de derecho real, no existía ninguno, de manera que el signo de clandestinidad era el dominante...».

En punto a la *Anticresis* (uso en compensación) como dice BATLLE («La anticresis». *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. II, 1950), en la legislación de Roma no fue un contrato especial, sino un simple pacto que se agregaba a la prenda o a la hipoteca (*pacta vestita*) para que el acreedor pudiese obtener los frutos de la cosa en compensación de los intereses si su crédito los producía. No fue pues conocida en el Derecho romano como un derecho real autónomo (*per se*) de garantía, y quizá tampoco en el Derecho griego, como opinan la mayoría de los tratadistas.

¿Y, quid de las garantías reales en el *Derecho germano*?

Nos dice ROCA SASTRE que en el Derecho germano se produce en esta materia, una evolución histórica muy semejante a la expuesta del Derecho romano, «si bien cronológicamente más retardada». Y así es. La figura primitiva fue la *altere satzung*, similar al *pignus* romano, puesto que lo que se transmitía era la posesión y no la propiedad. Más tarde aparece el *neure satzung*, que tal y como la hipoteca romana no requería el desplazamiento posesorio, pero se diferenciaba de la misma por su publicidad: está sujeta a «forma pública», y «más tarde a registro en los libros inmobiliarios». Esta nueva *satzung*, aunque en principio recaía sobre bienes muebles e inmuebles, debido a la importancia que para los germanos tuvo la clasificación de las cosas en bienes muebles e inmuebles y a su idea de publicidad frente a la clandestinidad del Derecho romano, terminó por recaer sólo sobre inmuebles. Forma pública, sobre inmuebles, publicidad libraria... tenemos ya los componentes de la hipoteca moderna (y téngase en cuenta que uno de los libros más famosos, el de la parroquia de San Martín de Colonia, data de 1135).

Terminamos ya esta introducción observando cómo la hipoteca va dejando atrás a las otras formas de garantía. Y no digamos en el Derecho actual.

¿Por qué? Recogemos estas palabras de FERNÁNDEZ DOMINGO (*La hipoteca como derecho de realización*, Tesis. Madrid, 1985): «Hablar de una universalidad responsable no deja de ser algo maravilloso que se agota en cuanto que esta deliciosa ficción choca con aspectos de la realidad. La responsabilidad de las personas, físicas o jurídicas ... es reducida a unos bienes concretos presentes, y a la posibilidad de otros, ya no tan ciertos; pero la hipoteca, de efectos mucho más miopes, sólo ve lo real... la certidumbre sobre lo que se traba, valora, somete a plazo y, llegado el caso, ejecuta».

DERECHO ESPAÑOL: HACIA LA LEY HIPOTECARIA DE 1861.
ANTECEDENTES REMOTOS

En lo que atañe a España, prescindiendo de la etapa más primitiva, a medida que España va siendo conquistada por Roma, ésta impone su propia concepción del Derecho, y ya nos es conocido como el Derecho romano desemboca en una ausencia de publicidad. No obstante, hay autores como JERÓNIMO GONZÁLEZ, que incluso en este período citan ejemplos, como la *lex malacitana*, de un Registro de contratos. A nuestro juicio esta Ley, como otras similares (*Lex Urso*, *Lex Salpensa*...), no eran sino leyes especiales «municipales», y, por tanto, primordialmente se ocupaban de la organización de colonias y municipios.

Lo cierto es que en el *Derecho de Partidas* los conceptos de prenda e hipoteca aparecen englobados en la denominación genérica de «peño», y como indica ROCA SASTRE, con plena indiferencia de si la cosa dada en prenda es bien mueble o inmueble, dado que la nota básica diferencial continuó siendo el que haya o no apoderamiento de ella por el acreedor. En la Quinta Partida, Título XIII, se habla de «Los peños que toman los ornes muchas vegadas por fer mas feguros que les fea mas guardado, o pagado lo que les prometen de fazer o de dar», y se define la institución del peño como aquella cosa que el hombre empeña a otro, apoderándole de ella «*e mayormente quando es mueble*». Y en la Ley II de este Título, al tratar de qué cosas pueden ser dadas en peños, se dice que se puede empeñar... cualquier cosa que sea nacida o por nacer. Sólo excluye la Ley III las cosas sagradas, las religiosas, las iglesias y los monumentos y otras cosas semejantes (lo que ahora llamaríamos cosas fuera del comercio de los hombres). Pero no se emplea el nombre de «hipoteca», que aparecerá, como dice GARCÍA GALLO, en la Ley 63 de Toro.

Son los *Fueros Municipales* quienes decididamente se lanzan a un sistema de publicidad inmobiliaria del dominio de las cosas y de los derechos reales impuestos sobre las mismas. Y la formalidad más generalizada es la *roboratio*. Así, el Fuero de Alcalá señala que se haga constar por escrito los contratos de venta de heredades y haciendas, y que «sea robrado en la colación exida de la misa». Y con más o menos variantes, los Fueros de Sepúlveda, Baeza, Consuegra o Plasencia, etc... Específicamente en cuanto a «cargas», BIENVENIDO OLIVER menciona como institución típica del Derecho de Baleares el «juicio de cargas» o «liberatorio de cargas», por el cual el comprador adquiriría el dominio de la finca, *libre de hipotecas y cargas*, merced a un juicio intimatorio consistente en un aviso o proclama instando a los que pudieran ser titulares de las mismas a denunciarlas ante la Curia o Juzgado (publicidad con intervención de autoridad). Otro sistema extendido (sobre todo para las donaciones) fue el de *insinuado*, muy en particular

en Aragón, Cataluña o en el Reino de Valencia, que contenía al lado de la publicidad de testigos, la publicidad libraria.

Como decíamos en un reciente trabajo, a comienzos del siglo xv, en plena Baja Edad Media, el uso de las Reales Pragmáticas, sobre todo en Castilla, se ha extendido. Los reyes pretenden legislar libremente y sin limitación, con el solo asesoramiento del Consejo Real. Tratando de evitar las transmisiones y gravámenes clandestinos, Juan II (1423), por Real Pragmática de 21 de diciembre, ordena sancionar con pena de nulidad todas aquellas prebendas obtenidas o mercedes inmobiliarias si no se presentaban ante los Contadores mayores a fin de ser tomada su razón en sus libros. Tal disposición no tubo mayores logros, pero demuestra que ya la hipoteca se ceñía a los inmuebles.

También, como dice OLIVER en su «Derecho inmobiliario», en este sentido publicitario, las Cortes de Madrid de 1528 proponen al rey Don Carlos I que los contratantes y el Notario (Escribano) autorizante presentasen las escrituras de imposición y venta de censos y tributos en la secretaría del Ayuntamiento donde se otorgaran dentro de los treinta días siguientes. Pero el monarca, posiblemente viendo con recelo la medida, sólo dispuso que las cargas o gravámenes fuesen «advertidos» al adquirente, so pena de indemnización del duplo en caso de perjuicio.

Los abusos y el fraude que la clandestinidad comporta, proseguían. En un intento de luchar contra ellos, surge en 1539, la Pragmática de Don Carlos y Doña Juana, a juicio de la generalidad de la doctrina, la primera manifestación organizada de publicidad registral en España, dentro de su modestia. Por esta Real Pragmática se mandaba que en cada ciudad, villa, o cabeza de jurisdicción hubiese una persona que llevase un libro en que se registren los contratos de censos, tributos, imposiciones e hipotecas; y no registrándose en los seis días «no hagan fe, ni se juzgue conforme a ellos, ni por ellos sea obligado ningún tercero poseedor»... Mas a pesar de su intento loable y de que incluso las Cortes de Valladolid (en 1548 y 1555) reiteraron que la misma fuese cumplida, la Pragmática careció de efectividad.

Con los Borbones, reinando Felipe V, por Real Pragmática de 1713, se intenta poner en vigor estos Registros de Censos y Tributos y que los mismos se ubicaran en las casas capitulares. También vio el fracaso. Algunos autores justifican estos fracasos por el prolongado influjo de las Leyes de Partidas, o lo que es lo mismo, del Derecho romano con su sistema de clandestinidad en ventas e hipotecas. Ello puede que sea importante, pero no decisivo. Venimos sosteniendo que los fracasos se debieron a la técnica legislativa empleada. Las Pragmáticas se admiten cuando no se oponen a los fueros (que no seguían precisamente el sistema de clandestinidad), derecho consuetudinario o Leyes de cortes. Y mientras que en Castilla la legislación de Cortes se debilita, sobre todo a partir del siglo xvi, en los

restantes territorios de España, por el contrario, y como señala GARCÍA GALLO, la oposición de las Cortes a las Reales Pragmáticas que contradicen fueros o Leyes de Cortes «se mantiene inquebrantable». Por citar un ejemplo, pensemos que la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, por la que se organizan los Oficios o Contadurías de Hipotecas, tiene ya abonado el terreno por los Decretos de Nueva Planta de Felipe V y el espíritu del despotismo ilustrado, y que ni aún así va a regir en Navarra, territorio donde se aprueba una normativa semejante en 1817.

UN ANTECEDENTE PROXIMO: LAS CONTADURIAS DE HIPOTECAS

Bajo el reinado de Carlos V, una vez más, por el Consejo de Castilla en esta ocasión, se insta la aplicación de la Real Pragmática de 1539, y si era preciso, su modificación. Viendo que la misma era a todas luces insuficiente, PEDRO RODRÍGUEZ, Conde de Campomanes, y JOSÉ MOÑINO, Conde de Floridablanca, fueron designados por el antedicho Consejo, redactores de una Instrucción sobre organización de los Registros. El 31 de enero de 1768 se promulga la Real Pragmática, por la que se crean los Oficios de Hipotecas, pasando luego a denominarse Contadurías de Hipotecas. La disposición (con fuerza de Ley de Cortes) se aplicó en todo el territorio español, salvo, como sabemos, en Navarra.

Observa CAMY, con acierto, que su propia denominación marca de una forma clara el contenido de la institución: se trata de un Registro de gravámenes (Registro de Cargas) afectantes a bienes inmuebles. En efecto, los actos sujetos a registración eran:

- las imposiciones, enajenaciones o redenciones de censos o tributos;
- las ventas de bienes raíces gravados;
- las fundaciones de mayorazgos y obras pías;
- los actos en que se pactaba *hipoteca* expresa (quedaban al margen las hipotecas generales, las legales, tácitas y judiciales);
- y, por último, la liberación y redención de los censos, hipotecas y demás gravámenes reales.

«El sistema registral adoptado —anota MANZANO— adolecía, desde luego, de deficiencias técnicas: insuficiencia de los actos sujetos a toma de razón; excesivo número de hipotecas legales, tácitas y generales (LUZURIAGA explica que la generalidad era una cláusula de estilo en las escrituras de hipoteca); la ausencia de folio real y el sistema de toma de razón obstaculizaban la publicidad formal; su naturaleza de Registro de cargas —pensado para proteger a compradores y prestamistas— hacía que su influencia en el

fomento del crédito territorial fuese muy limitada; en fin, los efectos atribuidos a la registración eran muy escasos y meramente negativos». Suscribimos estas palabras. Y añade, a nuestro juicio con acierto, en descargo del Registro de gravámenes, que su desarrollo se vio dificultado por determinadas realidades, de las que pueden destacarse:

- a) los residuos del sistema feudal que hacían que el tráfico de bienes inmuebles fuera muy limitado, «pues la propiedad estaba en poder de la Iglesia, del Estado, de los Entes locales o de los mayorazgos»;
- b) la preponderancia de la riqueza pecuaria sobre la inmobiliaria por lo menos hasta el XIX;
- c) la resistencia de la nobleza a la publicidad inmobiliaria;
- d) el impuesto sobre ventas (alcabala), porque la publicidad del Registro impedía la ocultación.

Pragmática, pues, duramente juzgada por algunos autores, e incluso por la Exposición de Motivos de la Ley de 1861. Otros, a nuestro entender más acertados, la disculpan e incluso reivindican tras más de doscientos años, bien por entender que difícilmente se podía haber logrado más, bien por considerar que contenía «el ordenamiento embrionario del moderno Registro de la Propiedad» (ROCA).

LA LEY DE 1861

En un principio, lo que podríamos llamar gestación de nuestro moderno Derecho Inmobiliario, va unida al impulso codificador. El primer cuerpo legal donde se intenta establecer los principios de un sistema hipotecario auténtico es el proyecto de Código Civil de don MANUEL M.^a CAMBRONERO, concluido a su muerte (1836), por don EUGENIO DE TAPIA, don TOMÁS M.^a VIZMANOS y don JOSÉ DE AYUSO.

En este proyecto se regulaban ya las hipotecas bajo los que luego serían llamados principios de publicidad y especialidad; mas dichos principios no se extendían ni al dominio ni a los demás derechos reales sobre bienes raíces. El hecho es que ni siquiera llegó a discutirse.

En el año 1843, la Comisión de Códigos elabora otro proyecto de Bases para el futuro Código Civil. Las bases 50 a 52 (hijas de LUZURIAGA) se ocupaban del sistema inmobiliario. Y en concreto, en la base 52 se proclamaba un sistema de inscripción, para unos constitutiva (LACRUZ), para otros necesaria (SANZ), al decir: «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público. «Esta

Comisión de 1843 fue sustituida por otra, de la que formaban parte BRAVO MURILLO, GARCÍA GOYENA, LUZURIAGA y SÁNCHEZ PUY, quienes ultiman el anteproyecto de 1848, que va a cuajar en el proyecto de 8 de mayo de 1851 (el conocido como de GARCÍA GOYENA).

Es debido al criterio transaccional entre la inscripción voluntaria y declarativa, y la inscripción constitutiva cuando no necesaria, representado por GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA, respectivamente, que la redacción de la conocida base 52 quedara así: «Para que produzcan efecto *en cuanto a terceros* los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de los bienes raíces en el Registro público».

Al fracasar el proyecto de Código Civil de 1851, que dedicaba al Derecho Inmobiliario dos títulos: el XIX, «Hipotecas», y el XX, «Registro de la Propiedad», se cae en la cuenta de que la codificación en España requería tiempo, como dice FRANCISCO CERVERA. En cambio, quizá por imperativos económicos (seguimos al mismo autor: «La década de 1851-1861», *Revista Crítica*, 1961), «la reforma hipotecaria se consideraba casi por unanimidad urgentísima e inaplazable; y en vista de ello se acudió al sistema... de llevar a una Ley, materia hipotecaria provisionalmente, esto es, hasta que pudiera integrarse en el futuro Código Civil». En resumen, la frase atribuida a BRAVO MURILLO: «Hagamos el Código Civil por partes».

A estos efectos, el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, fundamentaba la urgencia de la reforma con las siguientes palabras: «Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las Leyes Hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas... porque ni garantizan suficientemente la propiedad... ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza... ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales. Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace tiempo la reforma a no haberse creído que el Código Civil era lugar más oportuno para verificarla...; pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio y que es indispensable para la creación de los bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos de la cosa, *para poner límite a la mala fe*, y para libertar al propietario del yugo de los usureros despiadados». Comentando estas palabras en un reciente artículo nuestro, decíamos que mejor, no se puede justificar la necesidad de una reforma legislativa.

Tras la Orden de 10 de agosto del mismo año, dando instrucciones en cuanto a las bases sobre las que debía redactarse el proyecto de Ley Hipotecaria, la Comisión de Códigos creada el 1 de octubre de 1856, acaba el proyecto el 3 de junio de 1857, que SEIJAS LOZANO, como Ministro, presenta a las Cortes, pero no prosperó al ser suspendida la legislatura. El esfuerzo

parecía que iba a quedar una vez más, baldío. Y no fue así. FERNÁNDEZ DE LA Hoz retira de las Cortes el Proyecto para hacer las modificaciones oportunas el 9 de febrero de 1858. Y por fin, la comisión compuesta por don MANUEL CORTINA, como Presidente; don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, don PASCUAL BAYARRI, don JUAN MANUEL GONZÁLEZ ACEVEDO, don JOSÉ IBARRA, don MANUEL GARCÍA GALLARDO, don FRANCISCO CÁRDENAS, y don ALEJANDRO DÍAZ ZAFRA, como Secretario, termina el Proyecto articulado el 5 de junio de 1858.

Presentado el Proyecto a las Cortes en julio de 1860, después de amplios debates en las Cámaras, recibe la sanción de la Reina Isabel II el 8 de febrero de 1861, ostentando el Cargo de Ministro de Gracia y Justicia don SANTIAGO FERNÁNDEZ NEGRETE. Por Real Decreto de 9 de julio de 1862, se ordenó su vigencia el 1 de enero de 1863.

La Ley, que constaba de 416 artículos, destinaba el Título V a las «Hipotecas». Sus líneas fundamentales, prescindiendo de la enumeración de sus artículos, eran:

1. Los principios de publicidad y especialidad de las hipotecas. Como decía su Exposición de Motivos, el antiguo sistema de las hipotecas *ocultas* debía ser *rechazado*, porque en él se buscaba más el crédito personal del deudor que el crédito real.
2. El principio de especialidad de las hipotecas se complementaba con el principio de determinación, y cuando eran varias las fincas hipotecadas, con el de distribución de responsabilidad entre las mismas, sin perjuicio de que la hipoteca sea indivisible.
3. La hipoteca, aparte de la acción personal que todo acreedor tiene para la satisfacción de su crédito, engendra acción real. En este punto, anotamos, contenía un derecho de «excusión» cuando la cosa hipotecada pasaba a un tercer poseedor, que no lo recogieron, afortunadamente, al pensar de la mayoría de los comentaristas, las leyes posteriores.
4. Se determinaba, en definitiva, su objeto, sujetos, extensión y efectos de la misma, incluyendo el aspecto procesal del ejercicio de la acción real. Igualmente, en su clasificación, se estudiaban separadamente las hipotecas voluntarias de las legales (CHICO ORTIZ).

Con motivo del V Centenario del Descubrimiento, y también en esta Revista decíamos: «La Ley Hipotecaria de 1861 instaura un sistema de publicidad (y en esto también para la institución de la hipoteca) "hispano"». Ciertamente que sus autores se basaron en sistemas inmobiliarios extranjeros, principalmente en las legislaciones germánicas; esto nadie lo pone en duda o lo discute. Sin embargo, como indicaba el maestro CASTÁN TOBEÑAS, la Ley Hipotecaria de 1861 «no fue una copia servil de ellas». Y RAMOS

FOLQUÉS, en un artículo publicado en la *Revista Crítica* en 1947 («Lexicografía hipotecaria: su necesidad..., la fisonomía del Derecho Hipotecario español...»), apunta como ejemplos de su españolidad, el haber respetado la teoría del título y el modo (tradicional en nuestro Derecho), así como haber modelado la figura del tercero hipotecario. El espíritu que crea la Ley de 1861, pues, penetró en nuestra vida nacional. Y su influjo, como el de todas las Leyes de sementera (GONZÁLEZ PALOMINO), y ésta también entendemos nosotros que lo es, llega hasta nuestros Registros actuales...; a partir de ahí nuestros Registros no son sólo unos meros «Registros de gravámenes» o si se prefiere «Registros de hipotecas». Ciertamente que no rompe con el pasado y regula ampliamente esta materia; pero no lo es menos que el contenido más innovador de la Ley es la normativa acerca de los efectos de las transferencias inmobiliarias y sus relaciones con la publicidad».

Volviendo al Derecho de hipotecas, el Título V de la Ley de 1861, lo regulaba así: el artículo 105 definía la reipersecutoriedad de la hipoteca. Los artículos 106 a 109 se ocupaban de qué cosas podían ser su objeto. Los artículos 110 a 116 trataban de su extensión. Los artículos 119 a 125 recogían los principios de determinación e indivisibilidad. A la hipoteca constituida por un no propietario, según el Registro, se destinaba el artículo 126. Del 127 al 138 se dedicaban a los procedimientos para su ejecución. El artículo 134 se ocupaba de la prescripción de la acción hipotecaria. Los artículos 138 al 156 se referían a las hipotecas voluntarias; y los artículos 157 al 221 a las hipotecas legales: *dotal*, por peculios por reserva (la clásica), por administración o guarda de menores o incapaces, por contribuciones y por seguros. Las bases del moderno Derecho de hipotecas estaban sentadas.

Terminamos con estas palabras moderadas y juiciosas de SANZ FERNÁNDEZ cuando opinaba que la Ley de 1861 no podía inspirarse de ningún modo en el sistema tradicional español, ya que había sido dictada para remediar sus inconvenientes. Los legisladores se inclinaron por los modelos germánicos, si bien desechando aquellos que daban al Registro un valor absoluto y respetando la doctrina civil referente a la adquisición del dominio y los demás derechos reales... «sabía posición ecléctica de los legisladores de 1861».

LA REFORMA DE 1869

A los pocos años de entrar en vigor la Ley de 1861, la situación social era cada vez más inestable, ya que al descontento causado por la incapacidad del gobierno de la Unión Liberal y de los moderados, se unió la crisis financiera de 1866. Los progresistas a los que la reina Isabel II impide el

acceso al poder, deciden pasar a la acción encabezando un movimiento revolucionario que dirige el general don JUAN PRIM. Conseguido el apoyo del ejército, molesto por el destierro de varios generales (SERRANO entre ellos), se consigue también el de la Armada, gracias al almirante TOPETE.

El 17 de septiembre de 1868 estalla en Cádiz la revolución llamada «Gloriosa», el 28 de ese mes el general SERRANO bate a las tropas leales a Isabel II en la provincia de Córdoba (Puente de Alcolea) mandadas por el marqués de Novaliches, general PAVÍA. El día 30, la reina, que se encontraba en San Sebastián de vacaciones, después de pedir ayuda a Napoleón III infructuosamente, pasa la frontera francesa camino del exilio.

Enseguida el gobierno progresista se apresta a modificar las leyes que estima más adecuadas para el fomento de la riqueza nacional. Una de ellas, la Ley Hipotecaria. El ministro De Gracia y Justicia, ROMERO ORTIZ, presenta a las Cortes constituyentes el Proyecto de reforma, y recibida la autorización de las mismas, se transforma en la Ley de 21 de diciembre de 1869. Refiriéndonos a la materia del derecho de hipotecas, no es de extrañar que la reforma se dedicara a «la eficacia y el fomento» de la institución.

En consecuencia, en el artículo 82 se incluyeron reglas para la cancelación de las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador, modalidad de hipotecas que la Ley de 1861 negó, añadiéndose por tanto un segundo párrafo al artículo 150. Modificó el artículo 107 en lo relativo a las hipotecas sobre concesiones administrativas de ferrocarriles (progreso de la época), y demás obras públicas. Reguló la subhipoteca y la hipoteca de los bienes vendidos con pacto de retro. Finalmente, extendió la hipoteca legal en favor del Estado, a las provincias y municipios. Desde otro punto extendió el alcance del juicio de liberación.

Al enjuiciar la reforma de 1869 —dice CHICO ORTIZ— no coinciden las opiniones doctrinales, «ya que, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO entiende que la legislación de 1869 dulcificó el régimen hipotecario en un doble sentido: dando facilidades para el ingreso de las hipotecas en el Registro y vigorizando la protección registral. SANZ FERNÁNDEZ, aun admitiendo la dulcificación del rigor del nuevo sistema, entiende que la Ley de 1869 se halla inspirada en un sentido claramente restrictivo del sistema hipotecario». A nuestro juicio, la Ley de 1869 dio una de cal y otra de arena, hablando castizamente. En efecto, en materia de organización de los Registros o de hipotecas, la reforma fue francamente ventajosa; en cambio, en cuanto a principios, supuso un retroceso sobre todo del de fe pública registral (piedra angular del sistema) al introducir el vicioso sistema de las notificaciones.

A la Ley de 1869 y hasta la publicación del Código Civil suceden otras complementarias o que guardan relación con la materia hipotecaria. Suelen citarse:

- La Ley de 2 de diciembre de 1872, por la que se crea el Banco Hipotecario de España (actualmente integrado en la Corporación «Argentería»; recuérdese la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional en cuanto a sus «privilegios»).
- La Ley (vigente todavía) de 15 de agosto de 1873, sobre reconstrucción de los Registros destruidos.
- La Instrucción de 9 de noviembre de 1874, sobre redacción de documentos sujetos a Registro.
- La Ley de 21 de julio de 1876, que creó el cuerpo de Aspirantes a los Registros de la Propiedad (la más reciente disposición en esta materia ha sido el Real Decreto de 14 de febrero de 1992, sobre interinidades servidas por Aspirantes a Registradores),
- o la Ley de 17 de julio de 1877, que exigió el requisito de la onerosidad, para proteger al tercero hipotecario.

Dentro de la institución de la hipoteca convendría citar también, sin ánimo exhaustivo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en cuanto a cancelación de hipotecas en garantía de títulos al portador, o el Código de Comercio (de 1885): artículos 23, 186, u 880, 4.º v.gr.

EL CODIGO CIVIL Y LA HIPOTECA

Sin desconocer su carácter de Derecho real (inmobiliario; la hipoteca mobiliaria no va a ser regulada hasta la Ley de 16 de diciembre de 1954, Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento) de garantía, el Código Civil trata de la hipoteca en el Libro IV, Título XV, Capítulo III, artículos 1.874 a 1.880. Como decía uno de nuestros profesores en la Universidad, el «Código Civil trató de la hipoteca por puro compromiso, dada la bondad de nuestra Legislación hipotecaria». De su normativa, simplemente vamos a destacar dos artículos:

- el 1.875, porque al determinar que «es indispensable para que la hipoteca quede *válidamente constituida*, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad»... además de los requisitos del artículo 1.857, está hablando de la inscripción de hipoteca como *inscripción constitutiva* (ROCA, CASTÁN, NÚÑEZ LAGOS...), y
- el 1.880, pues cuando establece: «La forma, extensión y efecto de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este artículo, *queda sometido a las prescripciones* de la Ley Hipotecaria, que

continúa vigente». «Suponía este precepto una remisión prácticamente en bloque al Derecho Hipotecario, considerándolo pues, dentro de los llamados Derechos especiales. Ya lo había hecho en cuanto a la institución del Registro de la Propiedad en el 608, y para que no quepa duda, lo hace ahora con respecto a la hipoteca. Como señalaba CAMPUZANO, más comedido y respetuoso no se podía ser con la legislación hipotecaria. Excepción: las hipotecas legales (v.gr. la *dotal*).

No queremos dejar de aclarar, aunque exceda de los límites de estas acotaciones modestas, que la frase «Derecho especial» lo es dentro de la órbita del Derecho Civil. Respetando las valiosas opiniones de algunos compañeros (AMORÓS), estimamos que el Derecho Hipotecario es Derecho civil sin perjuicio de sus especiales caracteres, o como apunta GARCÍA GARCÍA, tipificado por sus múltiples relaciones interdisciplinarias.

LEY DE 1909

Dice CHICO ORTIZ, «Este Código (Civil), aún respetando y remitiéndose a la legislación hipotecaria en muchos de sus pasajes, provoca una desarmonía que era necesario superar. No debe olvidarse que el Código Civil define lo que se entiende por Registro (art. 605), que retoca lo referente a la rescisión por lesión, y que en materia de hipotecas, sobre todo las legales, introduce una renovación completa. La experiencia de la aplicación de la Ley había descubierto la existencia de ciertas lagunas, sobre todo en materia de principios hipotecarios que necesitaban una mayor precisión en su formulación; igualmente había percibido dicha aplicación la ausencia de unas normas de ejecución hipotecaria y la necesaria simplificación del régimen transitorio que aún seguía arrastrándose.»

Si a eso añadimos la publicación en 1893 de la Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, la reforma se hacía perentoria. Pero además, hay un hecho histórico que la va a precipitar. Entre los años 1898 y 1899, se pierden las colonias de Cuba y Filipinas y se vende a Alemania las islas Marianas (salvo la de Guam que había sido ocupada por los Estados Unidos). El 1 de diciembre de 1899, Puerto Rico también es entregado a los Estados Unidos de América. Es el fenómeno histórico desgarrador por todos conocido como el desastre del 98.

Sin embargo, se produce un efecto beneficioso para la maltrecha economía española. España recibe entonces un fuerte contingente de emigrantes que traen capital acumulado tras largos años. Estos capitales, lógicamente, no podían permanecer parados u ociosos; por ello la economía española

recibió una fuerte inyección, **primordialmente** en las tierras (riqueza inmueble), las finanzas y la industria y el comercio. Enseguida el Derecho Hipotecario se volcó a servir estas necesidades.

El 3 de noviembre de 1903, es el primero en presentarse después de la pérdida de las colonias ultramarinas, aparece el Proyecto del ministro don FRANCISCO DE LOS SANTOS, que no llegó a discutirse (con anterioridad había habido un Proyecto de ley de Registro de la Propiedad del Marqués de Teverga, parcial y de nula trascendencia); después del paréntesis del Proyecto de Ley de 6 de julio de 1904, el Proyecto de modificación que se convertiría en Ley fue presentado al Senado el 29 de febrero de 1908, por el Ministro señor ARMADA Y LOSADA, Marqués de Figueroa, el Real Decreto es de unos días antes (24 de febrero), y se va a consagrar como Ley el día 21 de abril de 1909.

Esta Ley, que contenía 43 artículos, tres disposiciones adicionales y seis transitorias, disponía en su normativa de derecho transitorio (la 6.^a) que por el Ministerio de Gracia y Justicia se procediera: «a elaborar en el término de ocho meses...» una nueva edición de la Ley Hipotecaria, «suprimiendo» los artículos que estén derogados por el Código Civil y por la propia ley, «armonizando» los textos restantes que resultasen contradictorios, e «incluyendo» en el lugar oportuno las disposiciones contenidas en los artículos de la misma ley y de las demás leyes dictadas sobre la materia (ROCA). *La edición oficial se publicó el 16 de diciembre de 1909.*

El nuevo texto legal se componía de 404 artículos, tres disposiciones adicionales y cinco transitorias. Por lo que se refería a las hipotecas, en el artículo 108 se hacía desaparecer lógicamente, la prohibición de hipotecar los oficios públicos y los títulos de la Deuda pública; se reformaba el artículo 146 para adaptarlo a la inscripción constitutiva de la hipoteca; se suprimían los artículos 150 a 152, en materia de redención de censos; en cuanto al artículo 168 desaparecen los conceptos de arras, peculios y curadores; se abolió la hipoteca sobre bienes del padrastro; se creó una nueva hipoteca legal a favor de los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes del supérstite que pasase a ulteriores nupcias, «desgraciada», según MORELL, y se suprimieron los artículos 188 y 189. De otro lado, se estableció con una mayor precisión la extensión objetiva de la hipoteca, y se consideró que salvo pacto, no comprendería los muebles, frutos y rentas; se reguló la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, así como en garantía de tributos endosables y al portador; y probablemente la reforma más importante, no se olvide que la hipoteca es «realizable», el procedimiento judicial sumario para facilitar su ejecución. Finalmente, se determinó la caducidad de los asientos extendidos en las antiguas Contadurías.

Una Ley, duramente juzgada también. El asunto de su juicio merecería otro trabajo. Quedémonos, como señalaba MORELL (y en análogo sentido

ROCA, e indirectamente CHICO ORTIZ), con dos de sus logros: el perfeccionamiento del procedimiento ejecutivo judicial por créditos hipotecarios, y la caducidad y cierre de los libros de las antiguas Contadurías de hipotecas. Podría añadirse también su plausible adaptación de preceptos de la Legislación hipotecaria al Código Civil.

La Ley de 1909 se desarrolló en su Reglamento de 6 de agosto de 1915, que, como dice (acudimos a él otra vez por ser el más significativo comentarista de la reforma) MORELL, contuvo no sólo disposiciones «*secundum legem*», sino incluso «*contra legem*»; así, por ejemplo, en materia estrictamente de hipotecas, la ampliación del plazo de duración de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de créditos. El extrajudicial es cuestión aparte.

Con posterioridad a este Reglamento, en este discurrir hacia la reforma de 1944, la generalidad de los autores reseña las siguientes normas:

- El Real Decreto-Ley de 17 de abril de 1925, sobre inscripción de bienes de Capellanías.
- El también Real Decreto-Ley de 25 de junio de 1926, en materia de foros.
- La Ley de 27 de agosto de 1932, con nuevas normas sobre el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria; o con anterioridad, la Ley de 8 de septiembre de 1929, sobre cancelación parcial de hipotecas en garantía de títulos endosables y al portador..., etc...

De todas maneras, el intento más serio de reforma con anterioridad a la Ley de 1944, es la Orden del año 1934, siendo Ministro de Justicia CANTOS FIGUEROLA, en el gabinete SAMPER. NO obstante, quizá su antesala se encuentre en la Reforma Agraria (Ley de Bases de 1932). Como nos dice CORRAL DUEÑAS (*La aportación registral al agrarismo*, Madrid, 1985), en el primer Gobierno Lerroux (1933), el Registrador RAMÓN FECED pasa a ser Ministro de Agricultura y nombra a BENAYAS Director General de Reforma Agraria (luego él mismo sería ministro en el año 1935). BENAYAS forma en el Instituto de Reforma Agraria una Comisión Jurídica encargada de la redacción de los numerosos proyectos normativos. Para poder dar cima, dice CORRAL DUEÑAS a «la ingente labor que se presentaba», llamó a cuatro compañeros Registradores, unos agregados en comisión y otros incorporados a la plantilla del Instituto, que fueron JOAQUÍN NAVARRO CARBONELL, ANDRÉS MARCOS, RAMÓN IZQUIERDO MOLINS, y RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Ellos constituían en el IRA un verdadero laboratorio jurídico-inmobiliario... Aparte de ocuparse de la reforma agraria, a este grupo de Registradores se le debe la preparación de la que sería Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, vigente hasta 1980. Cita CORRAL las siguientes palabras del Boletín de la Asociación (11 de mayo de 1933): «El Cuerpo de Regis-

tractores de la Propiedad puede enorgullecerse de que cuantos en el estudio y redacción de tal proyecto han intervenido, pertenezcan a su seno. Don RAMÓN FECED, inspirador de la idea, encomendó su ejecución a don JUAN JOSÉ BEN AYAS, quien, con la colaboración de los señores NAVARRO CARBONELL, LA RICA, IZQUIERDO y MARCOS... dieron cima a su labor en breve espacio de tiempo». (Por cierto, RAMÓN IZQUIERDO fue después suegro del que escribe estas líneas.)

No es de extrañar, pues, que don VICENTE CANTOS, muy sensible al agrarismo, tratara de armonizar los principios hipotecarios con los de la legislación social y agraria, y así como indica ROCA SASTRE, la formación del Proyecto de Reforma Hipotecaria tendría como bases las siguientes:

1.^a Se conservarán en lo posible el espíritu, estructura y texto de la Ley Hipotecaria vigente, aceptando las modificaciones técnicas de mayor e indiscutible interés que puedan ser recogidas de los códigos civiles alemán y suizo, o de las respectivas reglamentaciones inmobiliarias.

2.^a Deberá ser objeto de preferente atención el Derecho transitorio, para obtener en breve la **inmatriculación** o inscripción de toda la propiedad inmueble que deba ingresar en el Registro.

3.^a La implantación total de la ley se ajustará al principio de que sólo podrá constituirse, modificarse, transferirse o extinguirse un derecho real sobre inmuebles por acto o negocio jurídico, mediante la inscripción.

4.^a Los principios hipotecarios se armonizarán con los fundamentos del Derecho social y agrario, y con la adecuada explotación de la tierra y utilización de sus productos.

5.^a Deberán quedar sentados los jalones para asegurar en lo futuro, el enlace del Registro de la Propiedad y Catastro (la ansiada coordinación Catastro-Registro, cuya problemática llega hasta nuestros días; ¡y esto en el año 1934!).

La llamada reforma CANTOS se dio de bruces con la guerra civil: el 18 de julio de 1936 estalla el alzamiento. Pero nos queda el grato recuerdo de su intento y de su afán **modernizador**. «Los que de un modo u otro labo-ramos con la justicia —hablaba CANTOS en el discurso de apertura de los Tribunales en 1934— no podemos hacerlo sin que en el seno de nuestra alma haya algo más que ideas y silogismos, algo más que leyes y códigos: la pasión por el Derecho, la emoción de realizarlo. Este esfuerzo creador (Bergson) irradia mi entusiasmo, que no se extingue jamás y que siempre vuelve a encontrar su llama». Vaya nuestro agradecimiento también a CANTOS (cuantas emotivas y jugosas anécdotas nos comentaba de él y de mi suegro, y permítasenos esta licencia, un excelente sustituto, el señor TRIGUEROS, ya jubilado), porque bajo su administración por Decreto de 18

de mayo de 1934, se creó el Colegio *Oficial* de Registradores, nuestro Ilustre Colegio.

LA REFORMA DE 1944

Tras la guerra, como indica SANZ FERNÁNDEZ, en el año 1944 los estudios hipotecarios en España habían alcanzado plena madurez, la doctrina científica estaba en sazón. Y las necesidades prácticas también. En el año 1943, una Orden del Ministerio de Justicia designa una Comisión para el estudio y redacción definitiva del Proyecto de Reforma Hipotecaria. Dicha Comisión la integraron: don JOSÉ M.^a DE PORCIOLES Y COLOMER, como Presidente, quien era el Director General de los Registros y del Notariado; don JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Subdirector; don EDUARDO LÓPEZ PALOP, Decano del Colegio Notarial de Madrid; don ÁNGEL TRAVAL Y RODRÍGUEZ DE LANÍN, Decano del Colegio Notarial de Barcelona; don CIRILO GENO VÉS AMORÓS, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, y finalmente, don JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ y don ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ. El señor TRAVAL fue sustituido por don RAIMUNDO NOGUERAS GUZMÁN. Sobre la base del Anteproyecto de Porcioles, la Comisión, con gran celeridad, elaboró el Proyecto de Ley, que fue aprobado por el Consejo de Ministros y enviado a las Cortes Españolas el 27 de abril de 1944.

La Ponencia encargada del estudio del Proyecto (integrada por los señores BATLLE, FERNÁNDEZ CUESTA, OLAZÁBAL, PAGÉS y REYES MORALES), elevó informe a la Comisión de Justicia de las Cortes el 2 de diciembre de 1944. El 14 de diciembre se emite el Dictamen de la referida Comisión, y por fin el 30 de diciembre, con el voto en contra del Procurador señor RODRÍGUEZ JURADO (único en contra de todos los Procuradores), se aprueba la Ley de Reforma Hipotecaria: «Ley 30 de diciembre de 1944 (Jefatura del Estado). HIPOTECAS. Reforma de la Ley Hipotecaria». Se publicó en el BOE, el 1 de enero de 1945 (núm. 1). La tarea del Ministro AUNOS y del Director General PORCIOLES se veía recompensada con el éxito.

Para justificar la reforma, nada mejor que entresacar algunos párrafos de su Exposición de Motivos. «A los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra patria una de las leyes "más científicas entre las nacionales". La reforma que ahora se introduce, corolario de atento e imparcial estudio, obedece al propósito inquebrantable de acometer, con las mayores probabilidades de éxito, la ya inaplazable solu-

ción que reclama los problemas referidos, constantemente experimentados, y además, con reiteración advertidos desde distintos y hasta opuestos campos.» Y añadía: «Nuestro Registro inmobiliario, fundado esencialmente en los principios de publicidad y legalidad, ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro y liberar a éste de las innúmeras cargas prescritas que abrumen sus libros. Ello contribuirá a definir y aclarar de modo diáfano la realidad jurídica de muchas fincas y derechos reales; concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos, e insensiblemente fomentará la inscripción de no pocos inmuebles hasta el presente alejados de la vida registral». *En relación al derecho de hipotecas* recogemos estas líneas. «Singular atención se ha dedicado al capítulo de hipotecas. A pesar de la importancia que la primitiva Ley concedía a esta materia y de las repetidas modificaciones ulteriores, el crédito inmobiliario no ha tenido el desarrollo ni cumplido la primordial finalidad que decidió la reorganización de nuestro régimen hipotecario. Para coadyuvar a la resolución de tan capital problema, se han aceptado las modalidades de hipoteca que las variables necesidades económicas exigen y, a la vez, se ha procurado el abaratamiento del crédito... Por consideraciones de tipo social, no han sido reconocidas determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecen ciertas legislaciones extranjeras. Por la suma facilidad de su constitución y por estar desvinculadas de toda relación causal, pugnarían con básicos principios del ordenamiento civil patrio...».

Desde el punto de vista estructural, la Ley se dividía en dos artículos, seis disposiciones transitorias y tres adicionales. En el artículo 1.º se cifraba la reforma propiamente tal, que afectaba a cuarenta y seis artículos de la Ley de 1909 (la vigente hasta entonces). En el artículo 2.º se contenía la norma derogatoria de los preceptos que se modificaban. En las disposiciones transitorias, el legislador atendió a la caducidad de asientos anteriores, así como al alcance de la reforma con respecto a la posesión y al judicial sumario de ejecución hipotecaria. Y en las disposiciones adicionales se autorizaba al Gobierno para la publicación de una nueva redacción de la Ley Hipotecaria y al Ministerio de Justicia para regular materias de carácter orgánico que diríamos ahora.

Por Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre prórroga del plazo concedido para la publicación de la nueva Ley Hipotecaria (la segunda de las disposiciones adicionales de la Ley de 1944 hablaba del plazo máximo de un año), y en artículo único se amplió dicho plazo hasta el 28 de febrero de 1946. Esta vez, aunque por poco, el plazo no se agotó. El 8 de febrero de 1946, y siendo Ministro de Justicia don RAIMUNDO FERNÁNDEZ-CUESTA Y MERELO, se aprobaba el Texto de la Ley Hipotecaria vigente.

Pero volviendo a la Ley de 30 de diciembre de 1944, cuyo cincuentenario conmemoramos, y en relación con la institución de la hipoteca, el legislador se refería a la misma en los siguientes artículos:

- *El artículo 115.*—Establecía la regla general de que para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieran garantizados conforme al artículo anterior, el acreedor podrá exigir del deudor *la ampliación* de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados; «esta ampliación —añadía el párrafo 2.º— no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella». El texto refundido del 46, le incorporó un nuevo párrafo, el 3.º, a fin de prever la existencia de terceros: «Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados». De ahí, como apunta CHICO, deduce la doctrina la existencia de un tercer poseedor; si bien MONTERO LEÓN («La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado», *Revista Crítica*, 1963) establece una distinción entre este caso y el hipotecante por deuda ajena, mientras que ROCA SASTRE acepta los dos casos: tercer poseedor e hipotecante por deuda ajena.
- *El artículo 118.*—Este precepto se destinaba a los casos de venta de finca hipotecada, contemplando *la asunción de deuda* por el adquirente de la finca hipotecada, el descuento o la retención de la carga hipotecaria del precio de la venta. La *asunción convencional* se encuentra recogida en el párrafo 1.º del 118: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador *hubieren pactado* que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento *expreso o tácito*». Supone, pues, la admisión expresa en nuestro ordenamiento (sin olvidar los Estatutos del Banco Hipotecario o el RIDR de 1959) de la figura de la asunción de deuda. Es más, para la mayoría de los autores, dicha asunción es del tipo «delegatio»: pacto entre el deudor antiguo y nuevo, aceptado por el acreedor, con el consentimiento del mismo. Este consentimiento puede ser expreso (previo, simultáneo o posterior) o tácito. LA RICA, no obstante, rechazaba la voluntad tácita por no ser adecuada al Registro de la Propiedad.

En cuanto a sus efectos, por una parte el comprador no tiene el carácter de tercer poseedor de la finca hipotecada, y en consecuencia no tiene los

derechos y garantías de los mismos. Además, y por aplicación del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, es muy conveniente que el pacto se refleje en la inscripción («forma en que se hubiera hecho o convenido el pago»); y según la «*communis opinio*» de la doctrina (ROCA, SANZ, PUIG BRUTAU), estos efectos se retrotraen al momento de constitución de la hipoteca.

En su apartado 2.º, el artículo 118 recogía el problema del descuento o retención de la carga hipotecaria del precio de la venta: «Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuera ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado».

La cuestión esencial que aquí se suscita (la norma pasó al TR de 1946), es si el artículo contiene un supuesto único, asunción tácita (SANZ y la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1943); o dos supuestos (ROCA), que serían:

- Compraventa con retención, en la que habría un precio global que se dividiría en dos partes, la pagada de inmediato por el comprador, y la retenida por el mismo (el importe de la carga) y que forma parte del precio; consiguientemente, el comprador se hace cargo del cumplimiento de la obligación garantizada y, en su caso, de la satisfacción de la carga, apareciendo una figura similar a la del mandato y, claro es, no tiene la consideración de tercer poseedor.
- Compraventa con descuento: según ROCA estamos ante un supuesto de satisfacción de un precio «neto», en el que el importe de lo descontado no forma parte del precio de la venta, porque al existir la carga, el valor de la finca ha disminuido (a la tesis de ROCA se adhirió la Sentencia de 12 de abril de 1945).

Sin ningún ánimo de entrar en polémica, quizá tenga razón AMORÓS cuando escribe: «... cuando se compra una finca hipotecada, el comprador se convierte no sólo en sujeto pasivo del crédito hipotecario, sino también de la obligación personal en la *inmensa mayoría de los casos* (el subrayado es nuestro); unas veces porque así lo establece la Ley, otras porque se pacta expresamente la asunción de la deuda, y otras porque el comprador retiene o descuenta del precio el importe de la deuda hipotecaria, con lo cual se produce la asunción tácita de la deuda personal. Esas fórmulas de retención o descuento son las más habituales y razonables en la formulación del contrato de compra. De esta manera, el comprador de una finca en esas circunstancias es al mismo tiempo sujeto pasivo de la hipoteca o del crédito hipotecario y deudor personal. Sólo excepcionalmente y en muy raras oca-

siones cabe que, frente a la situación del comprador sujeto a la carga hipotecaria que grava su finca, siga siendo el vendedor deudor personal. Pero aún en esos supuestos excepcionales, la cualidad de sujeto pasivo de la deuda y la determinación de a quién corresponde son cuestiones de muy poca importancia práctica. Porque en el ámbito del procedimiento ejecutivo y del ejercicio de la acción real hipotecaria, lo importante es el sujeto pasivo del crédito hipotecario o deudor *ob rem*, que se identifica con el comprador de la finca hipotecada».

Mas retrocediendo otra vez al 118 en los años cuarenta, lo significativo del mismo, desde un punto de vista histórico, es el reconocimiento de la asunción de deuda (*Schuldubernahme*). La idea de la transmisibilidad de las obligaciones, no sólo desde el punto de vista activo (cesión del crédito) sino también pasivo (asunción de deuda) ya había sido brillantemente defendida en la doctrina por DE DIEGO («Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera; la transmisibilidad de las obligaciones», Madrid, 1912). Enseguida se adhirieron a él otros ilustres autores como VALVERDE, JAÉN, DÍAZ PAIRÓ, PUIG PEÑA... por citar sólo civilistas. *La reforma del 44 le da carta de naturaleza*. Y así nuestro TS afirmaba en Sentencia de 22 de febrero de 1946 (curiosamente reciente la publicación del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria vigente): «aun cuando nuestro Código Civil no hace referencia expresa a la asunción de deuda, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio en la persona del deudor (arts. 1.203, núm. 2.º, 1.204, y 1.205), y si bien es lo cierto que éstas exigen, para la eficacia de dicho cambio, que el acreedor preste su consentimiento, ello puede verificarse en cualquier momento y forma, según se desprende de la Sentencia de 18 de julio de 1908».

Para dejar ya esta cuestión haremos referencia a una Ley, cuya bondad de intenciones no discutimos, pero sí la técnica jurídico-hipotecaria empleada: La Ley 30-3-1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Por razones de espacio y tiempo, véase al respecto las reflexiones que acerca de la misma hace GÓMEZ GÁLIGO en el Boletín de nuestro Colegio correspondiente a abril de 1994.

Siguiendo con el texto legal de la Ley de 30 de diciembre del 44, los artículos 129 y 131 se dedicaban a la ejecución hipotecaria. El artículo 129 se constreñía, en primer lugar, al llamado procedimiento judicial sumario, sin olvidar otros procedimientos, «podrá ejercitarse» —decía—, pero recalando sus normas como derecho necesario, «sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes». Y añadía: «Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la

acción hipotecaria que será aplicable aun en el caso de que existan terceros». Los trámites se dejaban a un futuro Reglamento: «Reglamentariamente se fijarán los trámites a que deberá ajustarse el procedimiento». Y el artículo 131, que desgraciadamente vemos casi todos los días en el despacho actual de documentos (y decimos desgraciadamente porque cuando hay procedimiento, el comportamiento normal del deudor en toda obligación y por ende la hipotecaria, se quiebra: en sentido estricto no hay pago o «*solutio*», sino ejecución), se dedicaba a las reglas o trámites del procedimiento judicial sumario antedicho.

Decir que este procedimiento judicial sumario ha sido modificado (actualizado) en el año 1986, y que el extrajudicial, que ya había recogido el Reglamento de 1915 (art. 201, exigiendo el pacto expreso y que dicho procedimiento no fuera aplicable cuando existiesen terceros posteriores a la inscripción de hipoteca, para cuya actividad o ejecución se hubiese estipulado), fue normado (arts. 234 a 236) por el Reglamento de 1947; recientemente el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, modificó el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, posiblemente como indica CHICO, «para superar la serie de conductas estratégicas que han impedido su pleno funcionamiento. El propósito de la reforma es el de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del derecho acreedor, respetando los intereses en juego, el principio de prioridad registral y la posible apertura a una tercería de dominio, así como la determinación de las causas de suspensión y el derecho a la impugnación de la hipoteca». La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, ha modificado, por último, la regla 1.^a del artículo 131 sobre la competencia del Juez para entender del procedimiento.

¿Y, supuesto que la hipoteca es un derecho de constitución registral, no sería conveniente que la ejecución hipotecaria se tramitase por un procedimiento seguido ante el propio Registrador de la Propiedad? Aplaudimos sin reservas estas palabras de VIDAL FRANCÉS: «Si bien (lógicamente se refiere al judicial, dado que el extrajudicial se ha encomendado por el legislador a la institución notarial) la eficacia práctica (rapidez y coordinación, aligerar la tarea judicial) podría aconsejarlo, nuestra opinión es contraria por las siguientes razones:

- sería dudosamente constitucional al vulnerar los principios de tutela judicial efectiva (Constitución, art. 24) y unidad de jurisdicción;
- consideramos que la doble calificación que entraña la intervención de dos funcionarios independientes y adecuadamente preparados, que ejercen una especie de control recíproco, constituye una garantía para los ciudadanos de la que no se debe prescindir;

- obligaría al Registrador a incidir o, al menos bordear, la decisión de derechos (preferencia) lo que desvirtuaría su función propia que se encuadra en la jurisdicción voluntaria y más precisamente, siguiendo la tesis de MEZQUITA DEL CACHO, en el derecho cautelar extrajudicial (*cávere*) de la seguridad jurídica y en el *respondere* del asesoramiento en derecho (hoy recogido en el art. 355 del Reglamento Hipotecario), pero no en el *postulare* de la representación procesal que corresponden al Letrado ni en el *dicere* que en la esfera contenciosa corresponde tan sólo al Juez;
- aunque resulta evidente la sobrecarga de trabajo de la Judicatura y la necesidad de resolver este problema, no creemos que la solución pueda encontrarse mediante una sustracción de competencias, que, en el mejor de los casos, no supone sino un desplazamiento del problema, sino a través de una adecuada dotación de la función judicial y quizá en una especialización al modo que se ha hecho con los juzgados de familia y de lo penal.

El artículo 138, después de decir que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y que no alterará el principio de responsabilidad patrimonial del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil, aludía en su párrafo 2.º al pacto de limitación de responsabilidad sobre los bienes hipotecados. «No obstante, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor».

Este artículo, actual 140, tiene su origen para unos en la deuda territorial alemana (*grundschuld*), para otros (CHICO), en la legislación cubana de 3 de abril de 1933, sea lo que fuere, lo cierto es que la Exposición de Motivos de la Ley del 44, después de decir que no se estimaba procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial, añadía: «No obstante, se autoriza el pacto de limitación de responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad esta muy destacada de la deuda territorial, digna, además de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejoraba la situación del deudor, sin quebranto alguno de sus posibles acreedores».

En punto a su naturaleza jurídica, enseguida empezó la controversia en la doctrina. ROCA entiende que es un pacto de concreción de responsabilidad, la responsabilidad personal del deudor queda concretada a la cosa hipotecada. CASTÁN habla de limitación convencional de responsabilidad. LA RICA estima que la responsabilidad personal ha desaparecido. Nos parece

más mesurada la posición de BRUTAU, quien opina que la responsabilidad personal subsiste; subsiste la deuda personal, pero con la responsabilidad circunscrita al bien hipotecado. El acreedor puede perseguir la cosa por el mecanismo de la acción ejecutiva ordinaria, lo que sucede es que le será más ventajoso utilizar la acción real.

En lo que ya hay más acuerdo es en la exposición de sus condicionamientos o requisitos:

1. El pacto ha de convenirse en el momento de «constitución».
2. La norma sólo se refiere a las hipotecas voluntarias.
3. Por último, ha de tratarse de hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios. También en su efecto primordial: que todo adquirente de la cosa hipotecada resultará deudor personal, si bien su responsabilidad se concretará a la cosa hipotecada misma.

El *artículo 139*, en sus dos primeros apartados trataba de las hipotecas voluntarias de constitución unilateral. La novedad aquí consistía en permitir su cancelación a solicitud del titular de la finca, siempre que el acreedor, previo requerimiento, no la hubiere aceptado en el plazo de dos meses: «Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar del requerimiento que a dicho efecto se haya efectuado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

La Jurisprudencia, muy especialmente de la DGRN, ha ido modelando los perfiles de la hipoteca unilateral. Así, en Resolución de 15 de diciembre de 1953, entendió que la hipoteca establecida por voluntad unilateral no debe ser consecuencia de un defecto de capacidad o representación del acreedor, sino que debe constituirse «sacramentalmente», con aquel carácter; en análogo parecer se manifestaba la de 26 de octubre de 1982. Por Resolución de 26 de junio de 1979, se determinaba que figurando en el Registro la nota marginal de aceptación por parte de la persona a cuyo favor se constituyó, no puede cancelarse sin su consentimiento. En Resolución de 19 (también 29) de noviembre de 1981, se establecía que no puede cancelarse, en un procedimiento judicial sumario, sin notificación al acreedor, una hipoteca unilateral que en el momento de expedirse la certificación de cargas no estaba aún aceptada.

Finalmente, por Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990 ó 4 de abril de 1991, el Centro Directivo significaba que para cancelar a instancia del dueño de la finca una hipoteca unilateral, no es suficiente el conocimiento de la existencia de la hipoteca por la entidad favorecida (el hecho se deducía de haberse expedido una copia de la escritura de constitución de la hipoteca para dicha entidad) y el transcurso de dos meses desde ese

momento, sino que se precisa un requerimiento a dicha persona en el que se le haga saber que, transcurridos dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca.

El mismo *artículo 139*, en su último párrafo, y el *artículo 155 entero*, se dedicaban a las llamadas hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador. En concreto, la normativa del 139, a la cancelación de las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles al portador. El artículo 155 era procesalista o, si se quiere en terminología más actual, procedimental. Es más, el artículo 155 de la Ley de 1944, terminaba diciendo: «Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable en las obligaciones emitidas por las Compañías de Ferrocarriles y demás obras públicas y por las de crédito territorial, las cuales continuarán rigiéndose por las disposiciones del Código de Comercio y demás referentes a las mismas». Lo cierto es que iba a sembrar un batiburrillo legislativo que se ha hecho más manifiesto en esta década de los noventa. Y sobre todo porque este tipo de hipotecas, y muy especialmente las hipotecas en garantía de títulos al portador, que nacieron con una plausible meta de fomento del crédito inmobiliario, como no hace mucho escribíamos, muchas veces son refugio de los llamados «dineros opacos». No es este artículo nuestro el momento de su tratamiento, pero sí de indicar autores, compañeros, que se han ocupado de su temática. Por ejemplo, y destacamos incluso su amenidad, remitimos al trabajo de CANALS («Hipoteca en garantía de títulos al portador», dentro de las Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria), publicado por nuestro Colegio el año 1993.

Toda hipoteca lleva consigo consustancialmente la posibilidad de su realización. «Es también esencia de estos contratos —dice el art. 1.858 del Código Civil—, aludiendo a la prenda, la hipoteca y la anticresis que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas... para pagar al acreedor». Por ello, la doctrina con unanimidad considera que para gravar una finca se necesita la misma capacidad que para enajenar. De ahí, que para zanjar toda duda, si es que la hubiere, el *artículo 140* de la Ley del 44 terminantemente disponía: «sólo podrán constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las Leyes».

El *artículo 141* de la Reforma era un apéndice del artículo anterior. «Los que, con arreglo al artículo anterior, tienen la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí o por medio de apoderado, con poder especial bastante». Lo primero no hace sino consagrar el principio de la representación, típico de la órbita del derecho patrimonial (no tanto en el campo de la familia o la sucesión): se puede hacer por medio de otro lo que se puede hacer por uno mismo, «*per se ipsum*»; lo segundo es corolario

de los negocios de disposición: «Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio (art. 1.713.2.º CC), se necesita mandato expreso. «Es el actual artículo 139 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. Y en este punto, queremos recalcar que la función calificadora del Registrador (art. 18 LH), ha de ser estricta. La DGRN lo pone así de relieve en resoluciones como, v.gr., la de 18 de noviembre de 1960: la autorización para contraer un préstamo no faculta para constituir hipoteca en garantía de su devolución.

El siguiente artículo que la Ley de 1944 dedicaba al llamado Derecho de hipotecas era el *artículo 153*. Las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito. Nos quedamos con las siguientes frases de su Exposición de Motivos: «La hipoteca en garantía de cuenta corriente se modifica únicamente en lo imprescindible para resolver las dificultades que el uso (por cierto, apuntamos nosotros, más bien escaso en la fecha) ha puesto de relieve. El artículo 153 de la Ley permitía fijar libremente la forma de acreditar el saldo, y, con carácter subsidiario estableció la llamada libreta hipotecaria. Pero la autonomía contractual ideó unas fórmulas que la Dirección General hubo de recusar. De hecho, la primacía fue para la libreta, con lo que el crédito referido perdió su peculiar agilidad mercantil».

«A concordar las exigencias de la vida moderna con los derechos del deudor obedece la forma que se reglamenta. Se suprime la desmesurada libertad de estipulación y se señalan dos procedimientos para acreditar el saldo: uno, cristalizado en la libreta hipotecaria, y otro, de índole potestativa, que únicamente podrá pactarse cuando el acreedor sea una entidad bancaria o establecimiento de crédito».

De las resoluciones de la DGRN acerca de este tipo de garantía hipotecaria, clasificado dentro de las llamadas hipotecas de seguridad, destacamos de las más recientes:

- la de 4 de julio de 1984, que entre otras cuestiones, consideraba defecto (por atentar al principio de especialidad o determinación), la no expresión del plazo de duración de los créditos existentes al constituirse la hipoteca y la fecha final de liquidación de las operaciones garantizadas, necesarios conforme al artículo 153 (y 209) de la Ley Hipotecaria;
- la de 23 de diciembre de 1987, la cual determinaba que este tipo de hipotecas sólo pueden constituirse para garantizar una cuenta corriente o de crédito, en la que, en definitiva, se garantiza un saldo. No hay, en consecuencia, tal hipoteca cuando en la escritura se niega a los titulares de la cuenta disponer de la misma, la disponibilidad de la cuenta,
- o la de 16 de febrero de 1990, que a propósito de su ejecución,

momento peligroso de este tipo de hipotecas, indicaba que la posibilidad de acreditar el saldo mediante certificación bancaria, no significa que para despachar la ejecución pueda pactarse la suficiencia del acta notarial que incorpore la certificación expedida por el Banco, sino que deben cumplirse... los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley. Por tanto, para proceder a la ejecución debe notificarse judicial o notarialmente al deudor, un extracto de la cuenta, a fin de que éste pueda alegar en la misma forma dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad.

En cuanto a su ejecución, no debemos olvidar un último extremo; que el artículo 235 del Reglamento Hipotecario después de su reforma por el Real Decreto 290/1992, que no hace mucho mencionábamos, prescribe que el procedimiento extrajudicial (el cual negaban algunos autores para esta tipología de hipotecas), solamente puede aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones «inicialmente determinadas» en su cuantía. Dice textualmente: «La ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236-k».

Como el artículo 155 ha quedado ya aludido, pasamos al siguiente de la Reforma de 1944: *el artículo 156*. En él por primera vez, se regulaba la llamada hipoteca rentaría. «Por primera vez —**acudimos** nuevamente a la Exposición de **Motivos**—, se regula la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, actualmente silenciada por nuestra legislación. En su defecto, se arbitraron formas parecidas a la hipoteca de seguridad, en frecuente contradicción con la naturaleza jurídica del contrato y hasta con los deseos de los propios otorgantes. La solución que se ofrece (el 156), sobre facilitar la constitución de rentas o prestaciones periódicas, proporcionará una garantía más apropiada a sus acreedores».

En realidad, nuestro ordenamiento no desconocía la posibilidad de garantizar mediante hipoteca el pago de determinadas rentas o pensiones. Pensemos en la legislación hipotecaria, las normas relativas a los legados de pensiones, o incluso en el mismo Código Civil: el artículo 788 se refería a esta forma especial de hipoteca para garantizar la obligación de invertir en obras de beneficencia; los artículos 1.659 y 1.660 en materia de censos; o el artículo 1.805 en el contrato de renta vitalicia para el aseguramiento de las pensiones futuras.

La propia DGRN reconoció su existencia en resoluciones anteriores a la reforma de 1944, como, v.gr., las de 13 de diciembre de 1889 o la de 30 de junio de 1933, ambas en materia de cancelación de estas hipotecas, lo

que nos demuestra que se habían llevado a los Libros del Registro, que se habían practicado inscripciones de las mismas.

Lo que sí es cierto es que la reforma del 44 pasa de los precedentes a su regulación sistemática. Aquí está la innovación. Desde otro orden de ideas, como indicaba LA RICA, el carácter quizá principal de esta hipoteca, es que se constituye en garantía no de un capital, sino de una renta o cualquier prestación periódica. Las prestaciones reiteradas no se derivan de un capital debido (accesoriedad), sino que ellas mismas constituyen la obligación principal, y la hipoteca tiene por fin su aseguramiento.

Por eso, por constituirse en garantía de una renta o cualquier prestación periódica deben expresarse el plazo, modo y forma en que éstas deben satisfacerse. Con LA RICA podemos afirmar que, en consecuencia, es susceptible de tantas realizaciones coactivas o ejecuciones judiciales, como prestaciones garantice y se vean insatisfechas. Y como otras características que de la misma se predicen, son su accesoriedad y causalidad en el momento de su constitución; el que la transmisión de la finca hipotecada produce la subsistencia de la hipoteca y la de la obligación de pago de la renta o prestación hasta su vencimiento; el que pueden ser canceladas sin consentimiento del titular, cuando salvo pacto en contra, hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que, según el Registro, debiera haberse satisfecho la última renta o pensión; y, dice también CHICO que puede «yuxtaponerse» con otras modalidades de hipoteca, y así, constituirse por acto unilateral o con el pacto de limitación de responsabilidad.

En cuanto a su proyección actual, CORRAL DUEÑAS («Hipoteca en garantía de pensiones alimenticias en convenios de separación matrimonial», Madrid, 1993), dentro de las Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria que organizó nuestro Colegio, sostiene la aplicación de la hipoteca rentaría al aseguramiento de este tipo de pensiones, al decir: «La regulación de la Ley Hipotecaria es lo bastante amplia como para comprender, como susceptibles de garantía, todas las rentas y prestaciones periódicas en general, y, entre ellas, las originadas en materia de disolución matrimonial. Por tanto no hay duda de que estamos no sólo ante una garantía posible, sino la normal y más idónea para cumplir los fines de aseguramiento de lo pactado en los convenios reguladores de la nueva redacción del Código Civil».

Se ocupa luego el autor citado de los datos especiales de las hipotecas de renta (art. 157 LH) y además los más concretos de esta garantía «con el fin específico de asegurar pensiones familiares» a saber: Convenio regulador del que dimanen estas obligaciones y fecha de la sentencia aprobatoria; clases de las pensiones acordadas (alimenticias, compensatorias...); cuantía de la pensión y bases para su actualización; duración de las pensiones, fijando la fecha final, o en otro caso, expresión de que la renta es vitalicia; plazos de vencimiento y pago de las mismas; circunstancias sobrevenidas que puedan modi-

ficar o extinguir la pensión, y cualesquiera pactos lícitos que el Juez admita y ostenten trascendencia real. Y después de tratar del problema de la valoración de la renta, así como las cuestiones que plantea la ejecución, cancelación y extinción de este modelo de hipotecas, llega a la conclusión fundamental de «la conveniencia de generalizar en la práctica la prevención de incluir en los convenios reguladores esta forma de asegurar las pensiones. La hipoteca es la garantía más fácil y eficaz de todas a la hora de hacer efectivas estas prestaciones postmatrimoniales». Plausible idea dentro de la desgracia, la mayoría de las veces, de estas situaciones de ruptura.

Dos artículos más dedicaba la Ley de 30 de diciembre de 1944 a la institución de la hipoteca: el artículo 157 y el artículo 158.

El primero (157), proclamaba el principio de subsistencia de la hipoteca: «La hipoteca —decía— subsistirá en cuanto a tercero mientras no se cancele su inscripción». El segundo (158), con respecto a la hipoteca legal, disponía: «Son únicamente hipotecas legales las establecidas expresamente por las Leyes con tal carácter. Las personas a cuyo favor establece la Ley hipoteca legal, no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho». Descuidando el primero de los preceptos por obvio, como dice BRUTAU, en cuanto al artículo 158, hacía LA RICA los siguientes apuntes: que era una materia a la cual los legisladores de 1861 y 1869 dedicaron larga atención y artículos, pero que en la práctica fueron poco a poco pasando a ser letra muerta (citaba en apoyo de su afirmación la propia estadística de la DG); precisamente por eso, sólo ha merecido —señalaba— de la actual reforma una modificación insignificante si *bien de oportunidad*.

Efectivamente, la Ley de 1909, en su artículo 157 disponía que «eran únicamente hipotecas legales las establecidas en el artículo 168». Mientras que ahora el artículo 158 de la Reforma concedía el carácter de hipoteca legal a todas aquellas «establecidas expresamente por las leyes con tal carácter». Y apostillaba LA RICA: «Modificación de detalle, de manifiesta oportunidad, porque en la misma Ley Hipotecaria, en artículos distintos... se establecen supuestos de hipoteca legal, en cuanto implican la obligación de constituirla *ex ministerio legis*, y otras leyes pueden de la misma manera establecerse».

De ejemplos en la Ley Hipotecaria fuera del actual artículo 168, pueden ponerse sin contar con lo prevenido en los artículos 193 y siguientes del TR del 46:

- la hipoteca a favor de legatarios de rentas o pensiones periódicas (arts. 89 y 90 LH);
- la establecida en favor del acreedor refaccionario mediante la conversión de la anotación preventiva (art. 93 LH);

- la ampliación de hipoteca para el aseguramiento de los intereses que no estuviesen garantidos a tenor del 114 LH, que reconoce el artículo 115 de la misma;
- LA RICA apuntaba también la normativa del 118 LH, en los supuestos de retención y descuento, al pagar el deudor y subrogarse.

Fuera de la Ley Hipotecaria podemos citar:

- El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, que determina un privilegio «absoluto» sobre cualquier crédito (aunque sea pignoraticio o hipotecario), en favor de los trabajadores para el cobro de los salarios «por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional».
- El artículo 32.2 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, «Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes», contiene un supuesto de hipoteca legal para garantizar el pago de las porciones legitimarias que afecten a la explotación familiar en cuestión.
- A favor del Estado en los casos de aplazamiento y fraccionamiento del pago del Impuesto de Sucesiones y Donaciones: artículo 39 de la Ley de 18 de diciembre de 1987.
- La hipoteca especial que sin necesidad de inscripción se determina en favor de las cédulas hipotecarias emitidas por el BHE conforme a la Ley, esencialmente de 25 de marzo de 1981 y su Reglamento de 17 de marzo de 1982; pero téngase muy en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 1994, ha suprimido los privilegios del Banco Hipotecario en cuanto ejecución, o sea, a la hora de ejecutar las hipotecas. Etc... Como vemos, tenía razón LA RICA cuando afirmaba que la modificación del 44, en torno a la hipoteca legal, era de detalle pero oportuna.

Este era el último artículo que la reforma de 1944 dedicaba a las hipotecas. El siguiente artículo de la reforma, el 347, se encontraba ya dentro del Título XIII: «De la concordancia entre el Registro y la realidad». *Singular atención*, que decía su Exposición de Motivos, como hemos reseñado más arriba, dedicaba pues el legislador a la institución de la hipoteca. Resumidamente estas líneas han tratado de reflejarlo, e incluso de ver su influencia y proyección en la legitimación vigente (Texto Refundido y Leyes especiales) y en la doctrina hipotecarista, por supuesto, sin ánimo exhaustivo que no sería aquí adecuado o propio.

CONCLUSIONES CRITICAS

No solamente en cuanto a la institución de que venimos tratando (la garantía hipotecaria, la hipoteca en suma), las críticas a la Ley de 30 de diciembre de 1944, han sido favorables sino en su conjunto. CHICO ORTIZ resume estas opiniones del modo siguiente:

- se trata de una Ley eminentemente práctica;
- tenía un carácter eminentemente nacional, rectificando la tendencia germánica que venía «incidiendo» desde la Ley Hipotecaria de 1861;
- fue una Ley de Reforma parcial que «cristalizó posteriormente en el texto refundido del año 1946». Y añade: «... por último, se trató de dar al derecho real de hipoteca todo su alcance mediante una nueva reordenación del procedimiento judicial sumario y mediante una nueva regulación de algunas especiales formas de hipoteca (hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, hipoteca en garantía de títulos, hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas)».

Lo que a nuestro juicio no se ha puesto de relieve (salvo contados autores), es que era *muy difícil hacer más* en España en aquellos años del cuarenta. La guerra mundial se encontraba en sus coletazos finales sobre todo en Europa, a partir del desembarco en Normandía de las tropas aliadas el mes de junio de 1944. Y nuestra nación no se encontraba entonces en posición favorable a las potencias que iban a ser vencedoras. Es más, la economía española, a consecuencia de nuestra desgraciada guerra civil, no remontaba vuelo a pesar de las medidas drásticas del gobierno. Se viven pues, en aquellos años cuarenta, una secuela inevitable de hambre y carestía hasta de alimentos, en definitiva, de lo que los economistas y sociólogos denominan como bienes básicos.

Y en este panorama, no ciertamente consolador, surge una reforma, no ya de hipotecas, sino hipotecaria, que merced al Texto Refundido llega hasta nuestros días. ¿No es ésta su mejor crítica? Porque, ¿cuántas Leyes de este siglo cumplen cincuenta años, a pesar —como diría DE CASTRO— de lo desfavorable de tiempos y circunstancias? Vaya pues, nuestro agradecimiento más profundo a todos los que la hicieron posible, dado que debe ser y será considerada —no lo dudamos— su obra, como «una buena obra española».

ANTONIO-MANUEL OLIVA RODRÍGUEZ
Registrador de la Propiedad y Notario excedente

BIBLIOGRAFIA

- AMORÓS GUARDIOLA, M.: *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1963.
- ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, Ed. Revista de Derecho Romano, Madrid, 1963.
- BONFANTE: *Obbligazioni*, Roma, 1919-20.
- CAMPUZANO y HORMA: *Elementos de Derecho Hipotecario*, 1931.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Pamplona, 1974-75.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español común y foral*, Ed. Reus, edición de 1965.
- CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949.
- CHICO ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- DÍAZ PAIRO: *Teoría general de las obligaciones*, 2.^a ed. La Habana, 1945-47.
- GARCÍA GALLO: *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, edición de 1977 (revisada).
- GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Ed. Civitas, 1988.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Estudios*, Madrid, 1948.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Derechos de Obligaciones*, Madrid, 1960.
- LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957.
- LARENZ: *Derecho de Obligaciones*. Traducción y notas de Santos Briz, Madrid, 1958-59.
- LA RICA Y ARENAL, RAMÓN DE: *Libro Homenaje* (que recoge todos sus trabajos), Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976.
- MANZANO SOLANO: *Derecho registral inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, Ed. del Colegio de Registradores, Madrid, 1991.
- MORELL Y TERRY, JOSÉ: *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, edición 1934.
- NÚÑEZ LAGOS, R.: «El registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949.
- PACCHIONI: *De lle obbligazioni in generale*, Ed. Padova, 1941.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1961.
- ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1979.
- RUGGIERO: *Le obbligazioni. Parte generale*, Napoli, Ed. 1921-25.
- SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1945-53.
- *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.
- SCHULTZ: *Derecho Romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1960.
- VIDAL FRANCÉS: *Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria*, Ed. Colegio de Registradores, 1991.