

JUAN MANUEL LLOPIS GINER

Registrador de la Propiedad y Profesor Titular de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia

EL REGISTRO Y LA HIPOTECA, DOS REALIDADES INSEPARABLES

Discurso de ingreso en la Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación

* * *

Contestación del Académico de Número
Excmo. Sr. Vicente L. Simó Santonja



ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Publicaciones
de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación

Cuaderno núm. 69

© Juan Manuel Llopis Giner

I.S.B.N.: Exento
Depósito legal: V. 4.199-1999

Quiles, Artes Gráficas, S. A. - Picayo, 23. Tel. 96 348 12 92 - 46025 Valencia

El Registro y la hipoteca, dos realidades inseparables

Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, del Dr. DON. JUAN MANUEL LLOPIS GINER,
Registrador de la Propiedad y Profesor Titular de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

He de confesar ante este distinguido Auditorio que fueron muchas las dudas que tuve a la hora de escoger el tema para esta disertación, y no por exceso de conocimientos, se lo aseguro, sino más bien preocupado por el contenido que un discurso como éste conlleva y, muy especialmente, por la categoría de aquellos que me han precedido en el uso de la palabra y en el ingreso en esta Ilustre Academia.

Con el tiempo se me hacía cada vez más presente aquel proverbio hindú que dice: «Cuando hables, procura que tus palabras sean mejores que el silencio», lo que actuaba como una fuerte tentación que me incitaba a imitar la obra del conocido compositor estadounidense Cage llamada *4' 33"*, para no importa qué instrumento, en la que el concertista permanece totalmente inmóvil ante el espectador y el silencio es el único sonido que se percibe. Indudablemente, aunque cuento por anticipado con su benevolencia y paciencia, bien acreditada por su presencia que me honra en este acto, ello no me justificaría para una actuación semejante, sobre todo para una persona que en su faceta de profesor utiliza la palabra como instrumento de trabajo.

Convencido y dominado el respeto que esta silla y tarima me inspiran, en donde tantos y tan ilustres juristas han expuesto sus doctrinas y teorías, pensé que debía estudiar sobre un tema que pudiese transmitir algo de mis conocimientos y práctica, lógicamente Registro de la Propiedad e hipoteca fueron las primeras figuras que surgieron en mis pensamientos y, consecuentemente, no pude resistirme a expresar mi visión sobre la relación que mantienen la institución registral y la figura jurídica de la hipoteca, conceptos que si bien es verdad no son nuevos, sin embargo por viejos quedan en el baúl de los recuerdos. Por ello considero conveniente meditar periódicamente para no perderse en el intrincado laberinto que ocasiona la visión de cerca de los problemas del día a día que pueden llegar a oscurecer los principios.

De esta forma me gustaría en primer lugar, reflexionar sobre cuestiones que considero como los fundamentos de todo el sistema, para después concretar el trabajo a determinadas materias que, como corolario de los principios, admiten una interpretación más acorde con las

reglas generales antes enunciadas, y hacerlo en temas como el principio de legitimación y el de especialidad o determinación.

Comprendo que el tema así planteado podría ser objeto de un Tratado, sin embargo esto superaría con mucho mis medios y posibilidades, además de que sería enormemente pretencioso. No es esa mi intención. Busco concretar este estudio a una serie de cuestiones que, a mi juicio, son sobresalientes y que son consecuencia del entronque de un sistema de publicidad como es el Registro y un derecho real de garantía que descansa sobre él.

La importancia económica, social y jurídica de la hipoteca no requiere demostración, basta con afirmar que según las últimas estadísticas oficiales disponibles el capital garantizado ha superado la cifra de cuatro billones de pesetas¹. Podría decirse sin excesivo triunfalismo que a lo largo de los más de cien años desde la publicación de la primera Ley Hipotecaria se han ido cumpliendo los fines que la motivaron, y que la situación actual ha superado con mucho lo que hubiera sido previsible en aquella fecha.

Recuerdo la forma tan elocuente y gráfica en la que García Herguedas describe el momento jurídico anterior a la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, diciendo que se estaba ante «la España negra del tráfico jurídico inmobiliario». La publicación de la ley supuso en palabras de García García «el pasar a la España blanca del tráfico, la España negra tenía una oscuridad total: quien compraba no sabía en realidad lo que compraba. Aparte de las numerosas cargas y derechos reales ocultos por deficiencias prácticas en la aplicación del antiguo sistema, subsistían entonces las hipotecas tácitas y las hipotecas generales»².

Esta situación no podía mantenerse si se pretendía un desarrollo económico y social que apoyase sin reservas la revolución industrial y agraria en nuestro país. La reforma jurídica se retrasaba por las dificultades y obstáculos que surgían para la publicación del Código Civil, de ahí la decisión de todos conocida de publicar leyes especiales que regulasen determinadas materias de evidente interés y que pudiesen facilitar el deseado Código, al mismo tiempo que no se demorase innece-

¹ Según la estadística publicada en el Anuario del año 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado el capital garantizado por la hipoteca ha sido el de 4.983.502.880.845 pts. Ministerio de Justicia, año 1996 vol. II, pág. 3037.

² Ambas citas la de García Hergueda, Purificación y la de García García, J. M. en García García, J. M. Derecho Inmobiliario registral o hipotecario. T I. Ed. Civitas. Madrid 1988, pág. 181.

sariamente una regulación que era imprescindible en el mercado inmobiliario³.

Joya jurídica y literaria, armoniosa obertura —como decía Jerónimo González—, fuente constante de consulta para cualquier estudioso del Derecho Hipotecario, y fuente de inagotable caudal de conocimiento que inspira cualquier obra jurídica, que es la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. En ella se expresa con palabras inimitables el fin de la legislación hipotecaria al decir que es «asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido».

Si el fin estaba claro y había sido largamente perseguido, el medio para su logro se recreaba a través del Registro de la Propiedad. Lejos quedaban ya las antiguas Contadurías de Hipoteca como un sistema simple y que había devenido ineficaz para la protección inmobiliaria. El avance jurídico era demandado por una sociedad que cada vez necesitaba una mayor seguridad en el tráfico, y ello hizo que el legislador de 1861 tuviese que elegir entre unas opciones, dando saltos en el vacío con la incertidumbre del resultado final.

Como se ha recordado no se había publicado el Código Civil, por lo que muchas de las instituciones se sabía que estaban llamadas a desaparecer o a modificarse en un futuro más o menos próximo, y que ello supondría importantes cambios en la ley que se iba a promulgar. De todos modos había que tomar decisiones y así se hizo, entre ellas quiero referirme a dos cuestiones que son a mi juicio reveladoras de la innovación jurídica y las bases sobre las que se inicia por la ley de 1861: la primera en cuanto al propio concepto de bien y la segunda en cuanto al propio sistema elegido de publicidad.

³ Dice Díez Picazo, respecto del momento del nacimiento de la Ley Hipotecaria de 1861 y la naturaleza de las normas contenidas en dicho cuerpo legal dice que «En la Ley Hipotecaria coexiste toda una serie de preceptos de naturaleza netamente civil con otros que son de carácter procesal o administrativo» y mas adelante añade «El hecho de dictarse la primitiva ley de 1861 en un momento en que la labor codificadora pasaba por un trance difícil y la urgencia de resolver el problema del Registro de inmuebles y el problema arduo del crédito territorial pudo justificar la inicial separación, pero la permanencia de este grupo de normas fuera del Código solo se explica por razones de inercia o de pereza del legislador» en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Ed. Civitas. Madrid, 1994, pág. 178. No creo que estas sean las únicas causas de la permanencia de la Ley Hipotecaria como una ley especial, que si bien es cierto que contiene normas de tan variada naturaleza, también lo es que justifica su permanencia y unión en ese hilo conductor que es el Registro de la Propiedad inmobiliaria, su servicio al crédito territorial, y el ser contenido del principio de seguridad jurídica, y todo ello le presta una unidad que sería necesario reconstruir en el caso de realizarse una dispersión legislativa.

«No corresponde a la ley de hipotecas definir y clasificar las diferentes clases de bienes que comprende por regla general la división de estos en muebles y raíces. Pero no podía desentenderse la Comisión de resolver algunas dudas que en la práctica vendría a tropezarse». Así se expresa la Exposición de Motivos de la Ley. Es cierto que no es misión de una ley que regula la hipoteca definir el concepto de bien, sino que parte de él y parte también de una clasificación del objeto. Lo que ocurría es que en aquellos momentos se estaba pendiente de la regulación sustantiva que debería hacer el legislador en el momento de redactar el Código, por eso la Ley Hipotecaria elige y se acoge a una clasificación del bien, y gira alrededor de la distinción entre bien inmueble y bien mueble, y el primero es el objeto de la hipoteca.

La publicación del Código Civil supuso la definición de bien inmueble en el artículo 334, y fue entonces cuando la ley hipotecaria de 1909, la reforma hipotecaria que tuvo por principal misión ajustar el sistema hipotecario al Código, la que introdujo el artículo 4 que decía: «Se reputan inmuebles los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre los requisitos y formas de inscripción y de lo establecido exclusivamente para las hipotecas en el artículo 110 de la misma» (hoy art. 111). Por lo tanto si se admite el concepto de bien inmueble en materia registral, sin embargo se salva que en la hipoteca nos hallamos ante un concepto distinto, lo que debe subrayarse a los efectos de lo que luego se dirá.

La segunda cuestión sobre la que tuvo que optar la Comisión fue el propio sistema de la publicidad, pero al mismo tiempo se era consciente que el trabajo debía ser desarrollado. En este sentido se decía: «La legislación hipotecaria como sistema es hoy objeto de graves controversias: la última palabra de la ciencia respecto de las bases sobre las que debe descansar, no ha sido pronunciada todavía».

A mi juicio esas bases se dibujan perfectamente en materia registral e hipotecaria, y estas bases serán los fundamentos en que se apoya también en la actualidad todo el sistema, aunque, como se ha dicho, desarrollado y perfeccionado por una práctica diaria sensible a las necesidades y demandas sociales, por una doctrina inmobiliaria siempre atenta a los avances jurídicos, y por una jurisprudencia registral que en sus líneas generales hace presente los elementos hermenéuticos sentados por el artículo 3 del Código Civil al interpretar la ley de acuerdo con la «realidad social del tiempo en que debe aplicarse» el Derecho.

Para fijar estas bases quiero diferenciar dos relaciones distintas: la

que corresponde a la propiedad-Registro e hipoteca y la que corresponde a la posesión-Registro e hipoteca.

II. PROPIEDAD-REGISTRO-HIPOTECA

En cuanto a la primera es de destacar como se produce la relación entre dos derechos, como son la propiedad y la hipoteca: uno el derecho más pleno y absoluto; el otro, derecho de garantía que, como relación jurídico real, es accesorio de la obligación y que mantiene hasta el momento de la promulgación de la ley una relación directa, pero que a partir de la Ley Hipotecaria de 1861 se transforma en una relación que actúa a través del Registro. Pero esto solo no basta, hace falta como decía la tan citada Exposición de Motivos que «la condición más esencial de todo sistema hipotecario... es la seguridad de la propiedad». Y más adelante añadía «si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que pueda tener el acreedor hipotecario».

La propiedad sigue siendo así el centro, del que pueden desgajarse otros derechos reales y siempre que sean enajenables podrán ser objeto jurídico de la hipoteca. Ahora bien, si ésta no accede al Registro no podrá entonces garantizarse al acreedor hipotecario la efectividad de su crédito, ni podrá tampoco el titular de un derecho real limitado ofrecerlo en garantía de su débito.

De esta forma el Registro se sustentaba en la propiedad y se perfilaba un nuevo régimen jurídico que es específico de los bienes inmuebles inscritos. La garantía hipotecaria así lo exigía, de manera que un sistema de publicidad quedaba al servicio del tráfico jurídico y comercial.

Propiedad-Registro e hipoteca forman esa realidad que configura el sistema al mismo que tiempo que su funcionamiento se consolida sobre esos pilares. No fue la Ley Hipotecaria de 1861 quien configuró la inscripción de hipoteca con carácter constitutivo, fue —como de todos es conocido— el Código Civil al disponer 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», (art. 1875 en correlación con el artículo 145-2 de la Ley Hipotecaria actual). De esta forma, aunque la regla general es el carácter declarativo que tiene la inscripción, sin embargo no puede hipotecarse lo que pre-

viamente no se haya inscrito, de hecho aquél que quiera deberá tener previamente inscrito su derecho real que da en garantía.

No sucede lo mismo con la otra hipoteca, la mobiliaria, la siempre considerada hermana menor de la inmobiliaria. La conocida ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954 no dio el paso definitivo para el establecimiento de un Registro de Propiedad Mobiliaria. En este sentido se expresaba la propia Exposición de Motivos de la ley cuando decía: «ha sido objeto de meditación el alcance que debería darse al nuevo Registro, en el sentido de sí sería procedente establecer un sistema de registro de propiedad que, al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes...».

Es de común sentir la necesidad de una reforma en el Registro de los bienes muebles, de manera que se acomode a las nuevas exigencias del crédito al mismo tiempo que preste las suficientes garantías al acreedor, y este sentimiento que nace de la misma doctrina ha llegado también a plasmarse en los textos positivos que anuncian un cambio inminente en el régimen jurídico⁴.

Quiero suscitar aquí la cuestión del alcance de la reforma y hacerlo desde la perspectiva de una ley que ha sufrido muchos y diversos avatares como es la ley de 1954. El legislador había roto con dos tradicionales principios: el que la hipoteca sólo podía tener como objeto los bienes inmuebles (tal como se regula en el art. 106 de la Ley Hipotecaria y 1874 del Código Civil) y el que la prenda sólo podía darse a través del desplazamiento posesorio de bien pignorado (art. 1863 del Código Civil). Se consideraba que se estaba produciendo un logro importante en el ámbito jurídico y que se rompían los estrechos moldes que en principio se sujetaban por la tradición. Pero no se dio el que debería considerarse paso definitivo, no se instauró un registro de la propiedad mobiliaria, ni se estableció, como se decía antes respecto del Registro de la Propiedad Inmobiliaria, la relación entre propiedad-Registro e hipoteca. Lo que evidentemente a mi juicio ha supuesto una de las causas de la escasa utilización de este medio de garantía, como más adelante se dirá.

⁴ Debe citarse la Disp. Transitoria 6ª del R. D. de 29 de Diciembre de 1989 en el que se aprobó el reglamento del Registro Mercantil en aplicación de la ley 19/1989, de 25 de Julio, y que dispuso que el registro de buques y aeronaves seguiría llevándose en los libros regulados en el artículo 10 del Reglamento de 1956 hasta la publicación del Reglamento del registro de bienes muebles. Todavía mas cercana en el tiempo es la Disp. Transitoria 13ª del R. D. de 19 de Julio de 1996, en el que se insiste en «la publicación del Reglamento del registro de bienes muebles».

He dicho que la ley de 1954 fue un logro, y lo fue pues había sido el fruto de una larga evolución que se iniciaba en el año 1917 sobre crédito mobiliario agrícola, que se continuaba con la llamada prenda aceitera (20-11-1935) y que finalizaría con la ley de 1954, ahora analizada y su Reglamento de 17 de Junio de 1955.

Vallet al tratar de los efectos del Registro creado por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la posesión, diferencia entre aquél en el que se inscribe la hipoteca del que se practica la prenda. El primero se trata de un verdadero registro de gravámenes, semejante a las antiguas contadurías de hipotecas, en donde la hipoteca mobiliaria inscrita tiene prioridad, pero que no puede admitirse el principio de fe pública registral; y el registro de prenda sin desplazamiento de la posesión cuya función «debe ser más modesta en cuanto que» se limita a la determinación del grado de prioridad entre las sucesivas prendas o el cierre registral cuando sólo se autorizase una sola pignoración sobre el objeto⁵.

La doctrina de forma mayoritaria apuesta en el futuro por un Registro de la Propiedad Mobiliaria, pero lógicamente no referida a todo bien mueble, sino solamente a alguno de ellos. En este sentido la doctora Rodríguez Herrero ha manifestado: «Pensamos que más que dificultosa sería claramente utópica la creación de un Registro de la Propiedad, de toda la propiedad mobiliaria. No así en cambio restringiendo el propósito a los bienes que hemos llamado registrables, como son los posibles objeto de hipoteca mobiliaria (art. 12 de la Ley Hipotecaria mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión), más los buques posibles objetos de Hipoteca Naval»⁶.

Del mismo modo Vallet, citando la doctrina mantenida por Royo Martínez, distingue entre un primer grupo de bienes muebles que deberían inscribirse en cuanto al dominio y los gravámenes, de un segundo grupo de bienes en los que la inscripción y publicidad sólo fuera posible cuando el gravamen estuviese ya constituido⁷.

De acuerdo con las ideas expuestas, el nuevo Registro de los bienes muebles deberá ser de la propiedad respecto de aquellos que sean

⁵ Vallet de Goytisolo J. B. *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de la posesión*. En la Revista de derecho privado, núm. 435, XXVII, págs. 493 y ss. y reproducido en *Estudios sobre garantías reales*. Ed. 2ª. Montecorvo. Madrid 1984, págs. 217 y ss. págs. 302 y ss.

⁶ Rodríguez Herrero, A. *La hipoteca de bienes muebles registrables*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1997, pág. 499.

⁷ Vallet de Goytisolo J. B. *op. cit.* pág. 302.

identificables y por lo tanto registrables, sin embargo no creo que sea aventurado el profetizar que la reforma anunciada no alcanzará los extremos indicados y ello por razones, a mi juicio, significativas como que la anunciada reforma se dice se realizará vía reglamento, cuando la importancia y profundidad del tema y su relación con el régimen jurídico de la propiedad mueble exigiría la forma de Ley; y además queda indeterminado en las disposiciones citadas si la Reforma se extenderá a los bienes muebles registrables o solamente a algunos de ellos, aquellos de un mayor valor económico. Se confirmaría así la ruptura en la regulación de los bienes muebles al establecer un diferente régimen jurídico para cada grupo.

En el XI Congreso Internacional de Derecho Registral se recomienda en su Conclusión octava y en materia de bienes muebles que: a.-Para su inmatriculación se tengan en cuenta los datos de identificación suficientes a través de sus características físicas u otros medios de determinación adecuados para el tipo de bien que se trate, y b.-Se deja en manos de cada uno de los ordenamientos la conveniencia o no para implantar un Registro acreditativo de la titularidad, al menos frente a terceros sobre determinados bienes muebles, aeronaves, automóviles, o simplemente optar por un registro de gravámenes⁸. Con esto se manifiesta que no puede considerarse una doctrina uniforme en esta materia, dependiendo para su aplicación del grado de evolución registral en que se encuentre cada sistema jurídico. Considero que el nuestro se halla suficientemente desarrollado para iniciar esta nueva andadura. Sin duda la experiencia obtenida por la llevanza del Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión ha sido suficiente para que pueda darse con fiabilidad un nuevo e importante paso en la garantía mobiliaria. Los avances técnicos permiten una mejor identificación del bien, así como los medios informáticos facilitan extraordinariamente una información veraz acerca del patrimonio mobiliario.

Al igual que dije respecto de la hipoteca inmobiliaria, respecto de la mobiliaria los datos estadísticos son también significativos, pues en el año 1996 el capital garantizado a través de esta figura ha sido superior a los treinta y cinco mil trescientos millones de pesetas y, lo que es todavía más revelador, el número de operaciones jurídicas realizadas es reducido, no más de noventa operaciones de hipoteca, lo que con-

⁸ En Conclusiones del XI Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Lisboa en 1996, y están recogidas en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1996, núm. 20. pág. 2388.

cluye que el capital garantizado en cada una de ellas es especialmente elevado, y que este tipo de garantía solamente es utilizado por aquellas grandes empresas que pueden realizar inversiones por cifras altas. La pequeña y mediana empresa no utiliza, o no le permiten utilizar, este tipo de hipoteca⁹.

Camy se muestra sorprendido ante esto, y de ahí que afirme: «Las grandes finanzas se basan hoy en los bienes muebles, en las empresas de variadas clases. No podía mantenerse la tesis que sólo los inmuebles de esas empresas fueran los susceptibles de garantizarlas. Las maquinarias poseían cumplidamente este requisito económico», pero concluye afirmando «No vemos con claridad el porqué de la escasísima utilización de esta hipoteca», y eso después de haber efectuado un análisis comparativo entre las dos posibles clases de hipoteca, en el que —según el citado hipotecarista— reviste la mobiliaria unas mayores ventajas¹⁰.

A mi juicio son acertadas las afirmaciones vertidas por Camy, pero considero que es otra la causa originadora de la escasa utilización de la hipoteca mobiliaria y de la prenda. No puede perderse de vista que el ser un registro de los llamados jurídicos, pero no de propiedad, merma su eficacia y la confianza que sobre él puede depositarse. La inexistencia de la relación propiedad-Registro e hipoteca en la ley de 1954 ha supuesto en los momentos actuales un freno importante, que sólo una reforma con profundidad puede superar. Tampoco creo que esta sea la única causa, hay otra: no está bien delimitada la relación con esa otra institución que es la posesión tan importante en materia de derechos reales y especialmente sobre bienes muebles¹¹. De ella paso a ocupar-

⁹ Según la estadística publicada en el Anuario del año 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado el capital garantizado por la hipoteca mobiliaria ha sido el de 35.375.064.459 pts. Ministerio de Justicia, año 1996 vol. II, pág. 3074.

¹⁰ Camy realiza una comparación entre la hipoteca mobiliaria y la inmobiliaria y concluye diciendo que la afección de los bienes es más intensa en la hipoteca mobiliaria que en la inmobiliaria (art. 4 de la Ley); las exigencias de capacidad objetiva son más rígidas (art. 2 de la Ley). Las ventajas de la hipoteca mobiliaria son evidentes. Mediante ella incluso puede llegarse a hipotecar un derecho de arrendamiento del hipotecante y no perderse la propiedad si se ejecuta la hipoteca, de ahí su extrañeza al considerar que este tipo de hipoteca no tenga el éxito previsto. Señala como posibles causas el temor de los acreedores a que la cosa mueble pudiera desaparecer, o a su inoperancia de orden económico pues son hipotecas que por el objeto hipotecado deben ser de escasa duración. Camy Sánchez Cañete. B, *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1993, págs. 334 y ss.

¹¹ Rodríguez Herrero dice «no es difícil apreciar la perfecta incompatibilidad que ... existe entre la eficacia y aun la misma existencia de la hipoteca mobiliaria y la exclusiva vigencia del sistema posesorio del artículo 464 del Código Civil» y mas adelan-

me a continuación, de la relación entre posesión-Registro e hipoteca, refiriéndome de nuevo a la inmobiliaria.

III. POSESIÓN-REGISTRO E HIPOTECA

Es una expresión general de la doctrina que la publicidad de los bienes muebles corresponde a la posesión, mientras que dicha función para los bienes inmuebles la desempeña el Registro de la Propiedad¹². Esta expresión así formulada es inexacta, puesto que el Registro de la Propiedad no ha sustituido a la posesión en el régimen jurídico de los bienes inmuebles, ni tampoco se puede decir que la posesión y el Registro de la Propiedad sean equivalentes, a lo que más adelante me referiré.

Cuando se trata de una figura como es la posesión el problema se complica ante su mismo concepto. La posesión —siguiendo a Hernández Gil— admite tres significados distintos: la posesión como contenido de un derecho; la posesión como requisito para la adquisición de un derecho real; y la posesión considerada en sí misma, la posesión *per se*¹³.

De estos tres sentidos solamente el último interesa en el presente estudio, ya que el primero ha sido admitido por el Registro de la Propiedad e inclusive, por la vía del artículo 38 de la Ley Hipotecaria la titularidad registral lo presume; con el segundo se entrará en la discutida cuestión entre tradición e inscripción, tema interesante pero que desbordaría el presente, y sólo la posesión considerada en sí misma es la que refleja la relación entre la figura jurídica y el Registro, y en éste

te manifiesta: «la hipoteca mobiliaria y el artículo 464 son conceptos que se excluyen mutuamente, que no pueden coexistir en modo alguno en un ordenamiento jurídico». *op. cit.*, pág. 200. Por eso considero que una futura reforma del régimen de publicidad de los bienes muebles ofrece dificultades como es la reforma, también necesaria, del Código Civil en el régimen que regula el bien mueble.

¹² En este sentido Cano Martínez cuando dice: «Publicidad hay siempre que se utilice un medio específico con la finalidad de que los terceros conozcan una situación jurídica. Para los bienes muebles la publicidad es su posesión, pues evidencia la titularidad de algún derecho del poseedor sobre la cosa poseída. La publicidad de los inmuebles es la inscripción registral del derecho sobre ellos que se pretende publicar» y más adelante continua diciendo «existe un medio de publicidad natural para bienes muebles y sociedades civiles, artificial para los bienes inmuebles, sociedades mercantiles y estado civil de las personas.» en *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 54 y ss.

¹³ A este triple significado se refiere Hernández Gil en diversas partes de su obra, pero especialmente en *La posesión como institución jurídica y social*. Obras completas T. II. Ed. Espasa-Calpe. Madrid 1987, pp. 731 y ss.

necesariamente debe citarse el artículo 5 de la Ley Hipotecaria cuando dice: «Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles».

La relación posesión y Registro se ha convertido en difícil como señala el desgraciadamente desaparecido hipotecarista Chico Ortiz citando a Núñez Lagos: «Al nacer el Registro con una publicidad más refinada y perfecta, se ve claro que su sentido absorbente y monopolizador de la publicidad tenía un enemigo inicial: el registro en sus libros no podía acoger a la posesión y ésta no podía dejar de existir y no podía tampoco dejar de tener un significado publicitario. La posesión siguió dando publicidad a ciertos derechos a espaldas del Registro y contra el propio Registro. Realidad y Registro practicaban la política del gruñido y del zarpazo»¹⁴.

La fuerza y la forma gráfica de la expresión le resta exactitud. La posesión no ha desaparecido del régimen regulador de los bienes inmuebles, pues sigue siendo la forma de publicidad que existe sobre aquella propiedad que todavía no ha accedido al Registro. La última reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46 no modificó el criterio de inscripción declarativa y voluntaria y, aunque la inscripción constitutiva se sigue considerando como el ideal a conseguir, sin embargo no era oportuno la introducción de un cambio tan importante dada la todavía escasa propiedad inscrita.

La existencia de un doble tipo de propiedad quedaba perfectamente reflejado en la Exposición de Motivos de la ley de 1944 cuando decía: «Cierto que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita... Pero ínterin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar... las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo».

De todas formas, el mantenimiento de la posesión como medio de publicidad inmobiliaria no puede confundir y debe decirse que su eficacia es sensiblemente inferior a la que proporciona el Registro. En este punto quiero citar como argumento de autoridad al profesor Montés cuando afirma: «La apariencia derivada de la posesión, aunque en tema inmobiliario carece de la eficacia... que en tema de muebles, es también importante y significativa, hasta el punto que cabe hablar de un estatuto propio de los derechos reales no inscritos. Sólo que esa

¹⁴ Chico Ortiz, J. M. Estudios sobre Derecho Hipotecario. T. I. Ed. 2ª Marcial Pons. Madrid, 1989, pág. 843.

protección no alcanzará jamás el grado de eficacia que se obtiene del Registro de la Propiedad»¹⁵.

Dejando a un lado la propiedad no inscrita y volviendo a la que ha accedido a los libros del Registro se puede decir que la posesión sobre los bienes inmuebles inscritos carece de sentido, pues al ser considerada en su aspecto fáctico hace imposible su constancia registral. Ello no significa, a mi juicio, que la Ley esté definiendo la naturaleza de la posesión, no le corresponde al derecho inmobiliario registral declarar si la posesión es un hecho o un derecho, ni creo que lo hace. Lo que ocurre es que desde el punto de vista registral la función que podría desempeñar la posesión la supera el propio Registro y, por lo tanto, no puede entenderse que la misma aporte nada a un sistema de publicidad más perfecto.

Ahora bien, y a pesar de lo dicho, no puede menospreciarse la relación entre ambas. La posesión y el Registro de la Propiedad encuentran un fundamento conjunto y desarrollan una función jurídica semejante, su equiparación se produce en sus elementos básicos: el concepto de publicidad y apariencia. Debe recordarse lo dicho por Díez Picazo cuando señala que «Hay en el campo de los derechos reales dos grandes formas de publicidad y apariencia... 1º.-La situación de apariencia de titularidad real que se produce por un signo exterior de reconocibilidad (posesión); 2º.-La situación creada por la inscripción en los Registros públicos (registro de la propiedad)»¹⁶.

Es evidente que, con posterioridad el sistema registral ha ido evolucionando científica y jurídicamente, mientras que el sistema posesorio está recluso a determinados supuestos y, tal como se dijo anteriormente, en una progresiva regresión ante la aspiración comúnmente sentida de un Registro de la Propiedad de bienes muebles¹⁷.

La relación publicidad y apariencia es tan íntima que en ocasiones pueden confundirse, en este sentido Cano Martínez afirmó: «La publicidad no es apariencia. Esta es, sin embargo, un tipo patológico de pu-

¹⁵ Montes Penadés, V. L. *Derechos reales y Derecho Inmobiliario registral*. Coordinado por A. López y López y Montes Penadés, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, pág. 86.

¹⁶ Díez Picazo. *op. cit.*, pág. 301.

¹⁷ Montes Penadés, en *op. cit.*, pág. 85, dice: «Las necesidades del tráfico moderno han impulsado mecanismos para la superación de la distinción entre bienes muebles y bienes inmuebles. Así la publicidad basada en la posesión se va sustituyendo por sistemas de registración para cierto tipo de bienes muebles, que son susceptibles de perfecta identificación (aeronaves, buques, automóviles, maquinaria pesada, electrodomésticos, etc.)».

blicidad, cuando no manifiesta lo que corresponde»¹⁸, lo que obliga a recordar los significados del término. La «apariencia» tiene según el Diccionario de la Real Academia estos dos significados: «aspecto o parecer exterior de una persona o cosa» y «cosa que parece y no es». Por lo tanto, bajo el mismo término, está presente la concordancia con la verdad, y aquello que sin ser coincidente con la realidad sin embargo a través de una figura como la publicidad deviene como si lo fuese. Puede decirse, por ello, con Díez Picazo que «Todo medio de publicidad crea una apariencia, o viceversa, toda apariencia es ella en sí misma una forma de publicidad»¹⁹, publicidad que tanto se realiza a través de la posesión como a través del Registro de la Propiedad.

La apariencia se origina tanto de la posesión como del sistema registral y exige ser examinada con algún detenimiento para decir que la idea no es nueva, pues ya de antes se fundamentaba la protección posesoria en que ésta era una exteriorización de la propiedad; de esta forma la protección al poseedor era, en definitiva, la protección del propietario. Posteriormente al ser la protección de la posesión una condición de cualquier poseedor, y no sólo del propietario, se hizo necesario ampliar dicho fundamento de la protección a la apariencia jurídica.

Hernández Gil refiriéndose a la posesión y a la apariencia decía: «Entre las funciones que cumple la posesión figura la de fundar una apariencia, pero esta no la engloba por completo... Los terceros se atienen a la apariencia y confían en ella, no ya porque sea apariencia, sino en cuanto ésta, careciendo de otros elementos de juicio, hace suponer que expresa y publica una realidad. Por eso la apariencia en materia de bienes muebles desempeña un cometido similar al de la publicidad registral en materia de bienes inmuebles y respecto de determinados derechos reales mobiliarios»²⁰.

Pero la apariencia jurídica no basta para justificar y fundamentar la posesión y mucho menos el Registro. De ahí que deba atenderse a la apariencia y al sentido que de la misma se utiliza.

La publicidad se produce tanto cuando manifiesta la realidad como cuando se publica aquello que no es. Ahora bien, la apariencia no es la misma posesión, sino aquello que otros piensan sobre la posesión. Es, como se ha citado anteriormente el signo reconocible, mientras que el sistema de publicidad del Registro de la Propiedad funciona de forma

¹⁸ Cano Martínez. *op. cit.*, pág. 62.

¹⁹ Díez Picazo. *op. cit.*, pág. 300.

²⁰ Hernández Gil, A. *op. cit.*, pág. 31.

bastante distinta, pues como dice Pau Pedron: «Lo importante, en el caso del Registro, no es crear una apariencia —una apariencia cualquiera— sino ofrecer unos datos depurados, contrastados. La apariencia de la posesión es una *verosimilitud* que, con facilidad, puede deshacerse o confirmarse por otras vías. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta»²¹.

Con ello se está indicando que el Registro es algo más que el fenómeno posesorio, pues en éste va a depender de una realidad que rápidamente se impone frente a cualquier apariencia en contra y además encuentra su significado en el conocimiento que de ella tiene un tercero. No sucede lo mismo con el sistema de publicidad registral en donde se produce una previa actuación notarial o judicial seguida de la calificación registral en donde se depura lo inscribible y, además, su eficacia no va a depender del convencimiento de esos terceros, pues el contenido del Registro se impone aunque no se consulten los libros del Registro, esto es, se ha creado por el ordenamiento esa forma de publicidad que posibilita hacer cierto lo que no es y a esto se le ha dotado de una protección especial.

Hedemann traza un paralelismo entre la posesión y el Registro de la Propiedad y lo fundamenta en la protección a la buena fe en la adquisición posesoria de bienes muebles que se corresponde en el tráfico jurídico inmobiliario a la protección de la buena fe del que adquiere bienes inmuebles fundados en la situación registral, que constituye el principio de publicidad, si bien en la inscripción hay la diferencia de la intervención de la autoridad, que difiere de las imprecisas relaciones de la posesión²².

Apariencia, publicidad, Registro se halla todo fundado en el propio ordenamiento jurídico que persigue con ello el mantenimiento del principio de seguridad jurídica. La eficacia del Registro descansa en un sistema especial que hunde sus raíces en los principios generales del Derecho, y encuentra en los mismos su propia justificación y necesaria existencia.

²¹ Pau Pedrón, A. *Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales*. En Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario. Numero conmemorativo de los 50 años de la Reforma hipotecaria de 1944 págs. 17 y ss. Pág 41. Pau Pedrón no admite que de forma general pueda hablarse de apariencia en materia de Registro de la Propiedad, pues dice: «La apariencia es un término, por un lado inadecuado, y por otro insuficiente» y mas adelante afirma como los efectos del Registro «se producen en definitiva, no por la apariencia, sino por la veracidad de los hechos publicados» en nota 23 del artículo anteriormente citado.

²² Hedemann. *Derechos reales*, T. II, pág. 129.

El principio de seguridad jurídica está reconocido como principio de rango constitucional en el art. 9 de la Constitución española de 1978 al decir que «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Ante la evidente mala redacción del precepto, que induce a confusión, es lógico que la doctrina hipotecarista se preguntase si el sistema registral entraba dentro del enunciado principio constitucional de seguridad jurídica. Chico, en el conocido artículo «La penetración del derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad», declaraba cuando aún estaba muy reciente la publicación de nuestro primer cuerpo legal, que «resulta muy aventurado decir que la Constitución española dedica una especial referencia al Registro de la Propiedad, pero sí creo que de su texto —aunque no fuera esa la intención de sus elaboradores— se puede descubrir una referencia al Registro de la Propiedad» y posteriormente, y refiriéndose al artículo 9 de la Constitución, estudiaba el precepto señalando «su doble vertiente: la del Derecho y la del tráfico. La primera asegurada por la autoridad judicial ante el derecho conculcado y la segunda ante la eficacia publicitaria de los pronunciamientos registrales»²³.

Pasado el tiempo, y desarrollada más plenamente la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la Constitución, no cabe duda de que el principio de seguridad jurídica integra fundamentalmente la que producen los llamados registros jurídicos y especialmente el de la Propiedad. En este sentido es interesantísimo el estudio de José Manuel García García, titulado «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario» en el que el autor declara que la función registral²⁴ «es una de las piezas fundamentales del sistema de seguridad jurídica, co-

²³ Chico Ortiz, J. M. *La penetración del Derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad*. Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario. núm. 552. 1982, págs. 1167 y ss. pág. 1178.

²⁴ García García, J. M. *La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario*. En Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario. Número conmemorativo de los 50 años de la Reforma hipotecaria de 1944, págs. 69 y ss. Además del artículo 9 se hallan y repercuten en el Registro el artículo 24 (la tutela judicial efectiva) y los artículos 117.4 y 148.1.8 referido el primero a la jurisdicción de los tribunales en garantía de cualquier derecho y el segundo por razón de la reserva a favor del Estado de la competencia legislativa en materia de ordenación de los registros.

bra especial relieve a partir de la Constitución y se inserta en ella a través de diversos preceptos constitucionales» entre estos el citado art. 9. Para el citado autor, siguiendo a Mezquita del Cacho, las notas de la seguridad jurídica son dos: 1.-La certeza o certidumbre o ausencia de duda, que aplicada a la seguridad jurídica inmobiliaria significa que quienes adquieran derechos lo hagan sobre bases de certidumbre y esto se manifiesta en los diferentes principios hipotecarios; y 2.- La confianza o ausencia de temor basada en los asientos registrales.

A mi juicio, podría irse más allá de lo afirmado. La seguridad jurídica es una manifestación del valor de la Justicia y esto aplicado a los sistemas de publicidad protegidos por el Derecho puede provocar la protección de situaciones injustas, y más cuando lo que se pretende es la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el reforzamiento del crédito territorial. De ahí que estas situaciones deben justificarse a través del propio fin perseguido por el principio constitucional. Debe tenerse en cuenta la cita del profesor Recasens cuando indicó: «Resulta, pues, claro que de antemano debemos estar dispuestos a tolerar imperfecciones del orden jurídico positivo en cuanto a la realización de las exigencias de la Justicia, e incluso a aceptar algunas injusticias, por razón de los valores del orden, paz, certeza y seguridad. Ciertamente que estos valores tienen en la jerarquía axiológica un rango inferior a la Justicia. Pero cierto también que la realización de esos valores inferiores es condición ineludible para que se pueda intentar una organización relativamente justa de la sociedad»²⁵.

Pero a mi modo de ver no basta lo dicho para fundamentar la actuación del Registro de la Propiedad. La actuación que se inicia en virtud del principio de rogación con la apertura del procedimiento registral termina felizmente con la inscripción y, en ella, ha sido doctrina tradicional diferenciar entre el acto de inscribir y lo inscrito. Este último es el resultado de todo el procedimiento por el que el negocio jurídico y el derecho que se pretende su acceso al Registro ha sido depura-

²⁵ Recasens Siches, L. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ed. Porrúa, S. A. México, 1970, pág. 620. También quiero traer a colación la opinión de ese otro gran filósofo y jurista Radbruch: «La seguridad jurídica reclama, pues, la vigencia del Derecho positivo. Pero la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta que, por muy paradójico que ello parezca, el desafiado crea Derecho. Hay estados de hecho, como el *status quo* en Derecho Internacional o la posesión en Derecho Civil que gozan de protección jurídica sin necesidad de que se asienten sobre una base de Derecho». En Radbruch, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ed. Fondo de cultura económica, Madrid, 1974, pág. 41.

do y conformado y, una vez inscrito, el sistema de protección desarrolla toda su eficacia de forma que queda objetivado, es decir, queda normativizado y lo que en él figura se impone al propio Registrador en futuras calificaciones. Así debe entenderse lo dispuesto para la calificación del Registrador en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuando dice «por lo que resulte ... de los asientos del Registro»; y no sólo se impone al Registrador sino también a las propias partes cuyos derechos el Registro publica y que se encuentran sometidos a la mecánica y a los principios hipotecarios si pretenden los particulares acogerse a su protección, y no solamente a ellos lo inscrito se impone también al propio órgano judicial, de esta forma puede explicarse como el Registrador a través de su calificación pueda denegar o suspender lo ordenado por el Juez, ya que la inscripción actúa en el ámbito objetivo de la norma, por lo que puede que no se practique asiento registral debido a los obstáculos que surjan del Registro de la Propiedad (art. 100 del R.H.).

Este sentido objetivo de la inscripción se encuentra también representado en el artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria cuando afirma: «Los asientos del Registro en cuanto se refieren a los derechos inscribible, están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta ley». La regla objetiva, que es la propia inscripción, produce sus propios efectos y sólo a través de especiales medios de derogación admitidos en la Ley Hipotecaria puede modificarse su contenido, es decir, por la vía especificada en el artículo 40 del citado cuerpo legal.

La seguridad jurídica, pues, se fundamenta en la propia inscripción que como dato objetivo ha de ser tenida en cuenta en la defensa y publicidad de los derechos privados. El propio ordenamiento jurídico positivo refuerza esta idea ya que considera que en materia de derechos reales prima el principio de orden público, entre ellos el principio de orden público económico, y que solamente el tráfico jurídico puede estar asegurado a través de reglas que configuradas por los particulares, luego se les imponen, como norma que reglamenta intereses privados.

Posesión, apariencia, publicidad, seguridad jurídica y Registro son conceptos interconectados, dependientes unos de otros, que sirven para reflejar el funcionamiento de un sistema. Todo ello cobra más sentido si cabe cuando se aplica a la hipoteca. De todos es sabido que ésta es un derecho real de garantía en la que su titular carece de posesión, por lo tanto de apariencia propia, por lo tanto de la publicidad que de la

misma pudiera derivarse y, consiguientemente, no produciría la seguridad que se necesitaría para el crédito territorial.

Con agudeza dice Roca Sastre al definir los caracteres de la hipoteca que «Esta no desposesión de la cosa hipotecada de tan natural que es no la exige expresamente la ley»²⁶; quizás sea, por eso, que tampoco él le dedica una mayor atención, cuando, a mi juicio, en esta circunstancia radica la inteligencia del problema, pues solamente entendiendo esta situación desposesoria puede explicarse la especial relación entre el Registro de la Propiedad y la hipoteca.

Si se piensa que la seguridad del tráfico descansa en la publicidad existente dentro de un determinado sistema jurídico, es obvio que los derechos de garantía que pretenden fomentar el crédito territorial, como es la hipoteca, deben estar apoyados por excelentes sistemas de publicidad, como es el Registral. En este sentido quiero recordar una frase que me obligó a reflexionar sobre el cometido de mi labor como Registrador y en la que, *obiter dicta*, la Dirección General refiriéndose a la inscribibilidad de una hipoteca de máximo decía «por lo cual debe darse a tales hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave a la economía nacional» (Resolución de 16 de Junio de 1936)

Al inicio de este discurso cuantificaba la importancia de la hipoteca, no es preciso insistir en ello; solamente reafirmar el principio de orden público económico como una exigencia social y de mercado, de forma que su ser y funcionamiento, si siempre es mejorable, tampoco puede depender de circunstancias mutables²⁷.

De esta forma, y como conclusión de estos primeros apartados, se estructura la relación propiedad-Registro e hipoteca como medio de posibilitar al hipotecante la acreditación de su titularidad real, lo que le sirve para facilitarle al menos el acceso a los recursos financieros ne-

²⁶ Roca Sastre R. M. y Roca-Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*. T. VII. ed. 8ª Ed. Bosch. Barcelona, 1998, pág. 193.

²⁷ Quiero recordar en este punto las palabras de Dfiez Picazo cuando tratando de la apariencia de titularidad real y su protección, dice: «La protección de la apariencia jurídica reviste en materia de relaciones jurídico reales una gran importancia. Así como las relaciones obligatorias pueden por regla general quedar limitadas a la esfera de las partes, las relaciones jurídico reales son básicas para el tráfico y han de ser tenidas en cuenta por los terceros a quienes este tráfico ocupa». En *op. cit.*, pág. 300.

cesarios, asegurándole a estos la confianza en lo que se publica registralmente. El Registro jurídico de Propiedad se muestra como el medio más idóneo para este fin, en comparación con otros registros de gravámenes, existentes también en nuestro propio ordenamiento jurídico, que no han tenido la eficacia de los primeros.

Al mismo tiempo el Registro de la Propiedad asegura al titular del derecho real de garantía hipotecaria la apariencia que carece ante la desposesión, característica de este tipo de derecho, lo que provoca que la apariencia y la publicidad sean necesariamente la que produce el Registro. De esta forma, y como conclusión se estructura la relación propiedad-Registro e hipoteca como medio de posibilitar al hipotecante la acreditación de su titularidad real, lo que le sirve para facilitarle al menos el acceso a los recursos financieros necesarios, asegurando la confianza en lo que se publica registralmente. El Registro jurídico de Propiedad se muestra como el medio más idóneo para este fin, en comparación con otros registros de gravámenes, existentes también en nuestro propio ordenamiento jurídico, que no han tenido la eficacia de los primeros.

Hunde así sus raíces la propiedad hipotecada en el reconocimiento que el artículo 33 de la Constitución le presta a la propiedad y es especialmente relevante el párrafo 2º con relación a la función social que como estructura del derecho propiedad está también presente en la propiedad hipotecada, ya que la hipoteca configura los límites de la propiedad, delimitándola, dando una nueva dimensión a la fase conocida por la doctrina como de seguridad.

Por influjo de la doctrina procesalista se acentuó en la hipoteca la importancia que tiene la fase de ejecución, lo que tampoco debe sorprender si se piensa que la hipoteca surge como garantía del acreedor ante el posible incumplimiento del deudor. Lo que sucede es que se olvidó que, afortunadamente, la mayor parte de las hipotecas no llegan a esa última fase y que, durante su vigencia, toda hipoteca configura también la propiedad y especialmente las facultades del propietario.

La hipoteca como derecho real de garantía adquiere unas características peculiares por su especial relación con el Registro de la Propiedad y ello se produce, no por razón del propio derecho de hipoteca, sino más bien por el interés superior que a través de ella se pretende lograr. En tanto en cuanto se proteja el crédito territorial, y en tanto en cuanto se proteja la seguridad jurídica en materia de tráfico jurídico inmobiliario, deberá protegerse el Registro y lo que el mismo publica.

Para el logro de ese fin tan reiteradamente dicho se utilizan los

principios de publicidad y especialidad. El primero lo examinaré en su ámbito de legitimación registral, fijándome tan sólo algunos de los puntos que considero interesante recordar y desde la posición del acreedor; el segundo lo circunscribiré al objeto hipotecado.

IV. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y EL ACREEDOR HIPOTECARIO

Si se ha tratado en el capítulo anterior del principio constitucional de seguridad jurídica, es necesario ocuparse en el presente del principio de legitimación registral para el titular inscrito, porque no puede entenderse dicho principio constitucional sin que este principio se refleje en el ordenamiento jurídico en un sistema de tutela jurídica eficaz capaz de proteger y dar vida a los derechos que en él se acogen.

Si se ha hablado antes de apariencia jurídica es también necesario ocuparse en el presente del principio de legitimación registral, que representa en el ámbito del Derecho Inmobiliario Registral esa apariencia que reclama en ocasiones la seguridad jurídica. No debe olvidarse que los principios registrales representan el funcionamiento adecuado del sistema, y sea cual sea la opinión respecto de ellos, siempre son la guía a través de la que debe funcionar el operador jurídico

De esta forma se van concatenando los diversos principios jurídicos y, específicamente, los registrales. Sin esta necesaria interrelación no puede en verdad entenderse el funcionamiento del Registro de la Propiedad y la protección que de él dimana, a lo más el estudioso, ocupado en estas cuestiones, despedazará en minucias la materia a tratar, corriendo el evidente peligro de desconocer la realidad que le circunda.

De todos es conocida la clasificación de los principios hipotecarios y como dentro de estos se encuentra el llamado principio de publicidad material, que a su vez se divide en principio de legitimación y principio de fe pública registral. Solamente quiero referirme al de legitimación registral y, dentro de él, fijarme especialmente en las consecuencias procesales que se derivan, que, lógicamente, han de ser un trasunto de las sustantivas, pues no es posible concebir aisladamente las primeras; y hacerlo delimitando el estudio al titular registral de la hipoteca, es decir, al acreedor hipotecario, pero no viendo la cuestión en sus aspectos estrictamente procesales sino, más bien y según lo dicho en el apartado precedente, hacerlo en su fundamento y sentido como un corolario del sistema registral.

No es en el artículo 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria en donde se encuentra la justificación del sistema procesal escogido por el legislador para el ejercicio de las acciones derivadas de la hipoteca, pues se parte de los principios hipotecarios y, a mi juicio, de la especial consideración derivada de la relación Registro e hipoteca.

Las acciones hipotecarias que tiene el acreedor hipotecario están fundadas en su titularidad registral. Interesa solamente aquellas acciones de carácter real que se derivan de la hipoteca como derecho real de garantía que inscrito sujeta directamente el bien sobre el que se impone, puesto que las otras acciones personales que tiene todo acreedor, y por lo tanto también el hipotecario, no obedecen al principio de legitimación registral.

El procedimiento judicial sumario y el extrajudicial descansan sobre la protección que brinda el Registro de la Propiedad, y desde esta perspectiva quiero brevemente examinarlos.

En primer lugar romper una lanza por la ubicación dentro de la Ley Hipotecaria de normas de contenido procesal, pues si bien es cierto que podrían estar reguladas en otros textos legales de carácter formal, también lo es que la unidad del sistema permite su contemplación dentro de las Leyes Hipotecarias en las que tradicionalmente se han venido regulando y de las que deriva su configuración²⁸, aunque soy conocedor que los nuevos vientos legislativos van en un sentido muy contrario al indicado.

El conocido artículo 131 de la Ley Hipotecaria fue introducido por la Reforma de la ley de 1909 tras un intenso debate acerca de su conveniencia, y tuvo como antecedente la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1895. Su finalidad —tal como dice Roca— fue la de «establecer un procedimiento breve, sencillo y económico de ejecución hipotecaria», lo que se consigue «a base de simplificar fuertemente el procedimiento ejecutivo ordinario, lo que le imprimió su verdadera naturaleza jurídica»²⁹.

²⁸ En sentido contrario y también desde el ámbito hipotecarista dice Camy: «Lógicamente, aparte de algunas normas hipotecarias necesarias para desarrollar en este orden los varios procedimientos ejecutivos de la hipoteca, su regulación debería haber pasado a la Ley de Enjuiciamiento en cuanto a todos ellos. El conservar algunos en la legislación hipotecaria es una falta de sistemática» en *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Ed. 3ª Aranzadi, 1983, T. VI. pág. 703. Ha de hacerse constar expresamente que el anteproyecto de ley presentado por el Gobierno a la reforma de la L.E.C. ha trasladado la regulación procesal del procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria a las normas procesales.

²⁹ Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill. *op. cit.*, T. IX. pág. 281.

El procedimiento judicial sumario nace como una necesidad de reforzar la situación del acreedor hipotecario de forma que en caso de incumplirse la obligación contara con un medio simple de poder realizar su derecho, el crédito territorial exigía ese medio de seguridad, por eso el legislador de 1909 tuvo que entenderlo así y facilitar la ejecución del crédito.

No debe olvidarse la relación que existe entre este procedimiento y el principio de legitimación registral y, lo que es más su fundamento y justificación descansa en el propio asiento del registro y de la valoración específica que éste tiene respecto del derecho real de hipoteca. No puede entenderse el procedimiento regulado por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria sin relacionarlo con el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, de la fuerza y eficacia de la inscripción y, por lo tanto, con el principio de legitimación registral. Solamente la publicidad que dimana del Registro permite este tipo de procedimiento.

Sería absurdo, y se obtendría un resultado incongruente con la realidad del procedimiento, si se examinase exclusivamente desde un aspecto procesal olvidando toda la problemática registral y muy especialmente el significado del proceso dentro del sistema jurídico y registral. El artículo 131 no surge de la nada, no es un proceso nacido fuera del sistema jurídico, con unos caracteres anómalos que son imposibles de integrar en los restantes procesos de ejecución. Muy al contrario, es un procedimiento nacido de la necesidad y que tiene una finalidad clara: la de contribuir a facilitar el crédito territorial a través de un sistema rápido y sencillo de ejecución del crédito, cuando éste sea incumplido por parte del deudor, contando para ello con todo el respaldo y protección que le presta el Registro de la Propiedad. Y no sólo él sino también todo el sistema jurídico desde la propia Constitución hasta el Reglamento Hipotecario.

García García incluye el procedimiento judicial sumario entre las consecuencias procesales del principio de legitimación registral, y así dice: «se trata de un procedimiento de ejecución que parte exclusivamente del asiento registral de hipoteca, de ahí su enlace con el principio de legitimación registral»³⁰. En este sentido también Roca Sastre en materia de naturaleza jurídica del procedimiento y dentro de la teoría que lo concibe como un procedimiento especial de apremio en el proceso de ejecución afirma: «según esta tesis, tiene plena aplicación en esta materia el principio de legitimación registral. Al acreedor

³⁰ García García, J. M. *op. cit.*, T. I. pág. 749.

como titular registral de un derecho real de hipoteca, se le presume que le pertenece el mismo y tal como el Registro lo presenta»³¹.

No pueden extrañar estas afirmaciones de los citados autores cuando configuran la naturaleza del procedimiento judicial sumario como un proceso especial de apremio como dice Roca,³² o como dice García García que la nota caracterizadora del proceso judicial sumario es la de ser «un procedimiento con base estrictamente registral» de forma que «lo que no está en el registro no puede ejecutarse, y se basa en los principios de inscripción constitutiva de la hipoteca y de legitimación registral». Así, aun tratándose de un proceso de ejecución o vía de apremio es «en todo caso un proceso de ejecución o vía de apremio muy especial»³³.

Evidentemente el procedimiento judicial sumario no se entendería si lo aislásemos de su justificación, y esta justificación sólo puede recaer en el Registro de la Propiedad y lo que el mismo publica a través de la inscripción de la hipoteca. Tal como se decía anteriormente, la hipoteca tiene como única forma de publicidad el Registro por lo que todo debe canalizarse a través de él para poder alcanzar la protección y la eficacia que sólo este medio de publicidad puede proporcionar.

No es extraño que en diversas ocasiones nuestro más alto Tribunal, el Tribunal Constitucional, se haya pronunciado acerca del procedimiento judicial sumario y lo ha hecho afirmando la adecuación de las normas que regulan el proceso al primer texto legal, indicando que no se vulnera el derecho de tutela judicial efectiva de las partes y, por lo tanto, no es contrario al artículo 24 de la Constitución española sobre la base de que se puede acudir a un proceso declarativo posterior para la defensa de un posible derecho vulnerado en el procedimiento. De esta forma la STC de fecha 4 de Diciembre de 1997 ha reiterado esta posición diciendo: «Ha sido precisamente esta posibilidad que queda abierta a todos los afectados por la ejecución de acudir a la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, la que ha llevado a este Tribunal a declarar que la regulación legal de los arts. 131 y 132 L. H., no vulnera el derecho a la defensa incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE. (SSTC 41/1981, 64/1985, 8/1991, 6/1992, 217/1993, 21/1995, 69/1995, entre otras)».

³¹ Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill. *op. cit.*, T. IX. pág. 297.

³² Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill. *op. cit.*, T. IX. pág. 297.

³³ García García, J. M. El procedimiento judicial sumario hipotecario. Madrid, 1994, pág. 68.

Fue precisamente la STC de 18 de Diciembre de 1981 la que, a mi juicio, mejor aborda el problema del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ya que en la misma el supuesto planteado es entre el deudor hipotecante y el acreedor hipotecario y, por tanto, no se atiende a problemas con terceros poseedores ajenos al procedimiento y ajenos también a la publicidad registral. En dicha sentencia, en un primer momento, se fundamenta el proceso en que se está ante un proceso de ejecución en el que se pretende la realización del valor del bien, lo que es de lógica con la propia naturaleza del derecho real de garantía que es, como de todos es conocido un derecho de realización de valor del inmueble hipotecado. Puede concluirse pues, de este primer argumento utilizado por la sentencia que el proceso judicial sumario no es sino trasunto del propio derecho y el proceso no es sino una consecuencia del mismo derecho real de garantía³⁴.

El segundo argumento utilizado por nuestro Tribunal Constitucional es sumamente interesante, puesto que acude al momento de constitución de la hipoteca, y a la etapa llamada de seguridad, y lo hace en un momento en que se está ejecutando la garantía, lo que viene a reiterar la importancia que tiene la escritura y la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

El momento constitutivo de la hipoteca es el momento en que se delinea y determina el derecho real. A partir de ese instante la propiedad hipotecada estará configurada de forma distinta de la propiedad no hipotecada. El titular tendrá unos derechos y unos deberes a los que afectará la hipoteca y bueno es recordar aquí, como lo hace la sentencia, que el deudor es conocedor de que al constituir la hipoteca mo-

³⁴ Textualmente el fundamento quinto dice así: «En procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica, a partir de la naturaleza del título. La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es, simplemente, potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la *conditio iuris* de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal *conditio iuris*, la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realice un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí solo porque se lo impide el principio de la paz jurídica ... La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud».

mentáneamente sus medios de defensa quedan disminuidos al no poder suspender la ejecución seguida por la vía del artículo 131 de la Ley³⁵.

Todo ello viene a concluir que el procedimiento judicial sumario es un proceso de base estrictamente registral, en el que la deuda incorporada a la propia inscripción existe y es el elemento principal al que se le une como accesoria la garantía real, así como la hipoteca como derecho real inscrito actúa como fundamento de las peculiaridades del proceso, y al mismo tiempo sirve como garantía para las diferentes partes intervinientes en el conflicto.

La afirmación anterior debe tener su desarrollo en las diversas vicisitudes por las que pueda atravesar la hipoteca y el elemento principal o crédito, de tal forma que, una vez inscrita constitutivamente la hipoteca, considero que las variaciones que se produzcan en los citados elementos deberán constar necesariamente en el Registro de la Propiedad.

Siguiendo la línea iniciada en el presente trabajo no quiero detenerme en todos los aspectos de modificaciones hipotecarias y su correspondiente reflejo registral, lo que sería por sí sólo objeto de otro trabajo, pero sí que me gustaría detenerme en la modificación del lado activo del derecho, es decir del acreedor, cuando se produce una cesión del crédito hipotecario y el cesionario ante el incumplimiento del

³⁵ Textualmente cito el fundamento séptimo de la sentencia, por lo que tiene de esclarecedor en el tema estudiado «En otro orden de cosas hay que señalar que el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 LH, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Con ello no se quiere decir que la inconstitucionalidad queda eliminada por una renuncia al derecho, ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar el vicio. Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución».

deudor decide ejecutar la hipoteca aunque no haya inscrito su derecho, y lo hace por el proceso regulado en el artículo 131 de la ley ³⁶.

En el propio artículo 131 regla 4ª refiriéndose a la certificación expedida por el Registrador se señala como en la misma deberá constar «expresamente que se halla subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor». La parte actora o acreedor tiene respecto del lado pasivo la ventaja en este aspecto consistente en la identidad necesaria entre el titular del crédito y el titular de la hipoteca. Ahora bien, se plantea la cuestión relativa a la cesión del crédito hipotecario y el ejercicio de la acción por el cesionario no inscrito.

Es la escritura pública quien configura el derecho y es la inscripción quien lo constituye, de ahí que deba considerarse con carácter general que aquello que no accede al Registro de la Propiedad en la inscripción de hipoteca no puede ser tenido en cuenta dentro de la misma, dado el carácter constitutivo de la inscripción.

El crédito no es algo estático, muy al contrario es dinámico, lo que hace que pueda verse modificado en sus elementos subjetivos y que el mismo crédito pueda ser objeto de cesión.

El problema surge cuando el crédito que es cedido es un crédito garantizado con hipoteca. En este caso le será aplicable lo dispuesto por el artículo 149 de la Ley Hipotecaria y artículos concordantes del Reglamento Hipotecario, es decir, artículos 242 a 244 de dicho cuerpo legal. Ahora bien el tratamiento de la cesión del crédito es distinto según sea su configuración, pues puede tratarse de un crédito incorporado a títulos transferibles por endoso o al portador, entonces el derecho de hipoteca constituido sobre estos se entiende transferido junto con ellos, aunque goza de las especialidades en materia de ejecución de la hipoteca según lo establecido por el artículo 155 de la ley, o puede tratarse de un crédito ordinario garantizado por una hipoteca de tráfico. A este supuesto es al que me refiero.

Siendo la inscripción de hipoteca de carácter constitutivo hay que

³⁶ Quiero citar la opinión de la profesora Castillo en un trabajo todavía no publicado titulado Responsabilidad personal y garantía hipotecaria y en su tercer capítulo relativo a la «responsabilidad del tercer poseedor de finca hipotecada» hace un análisis profundo sobre la materia en el lado pasivo del crédito hipotecario y concluye afirmando: «En mi opinión considero mejor fundada la posición, avalada por diversos preceptos legales (cfr. Arts. 313, 38.4º y 134 de la Ley Hipotecaria y art. 143 del R.H.) y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 12 Julio de 1941 y de 7 de Diciembre de 1982) de quienes mantienen la exigencia de la inscripción del título adquisitivo para ser tercer poseedor, lo que se traduce prácticamente en poder oponer sus derechos en los procedimientos de ejecución.

pensar, en consecuencia, que cualquier alteración del crédito deberá también practicarse en el Registro. La hipoteca es un derecho real desprovisto de posesión sobre el bien, por lo tanto descansa única y exclusivamente sobre el principio de publicidad registral, si el cambio de titularidad activa en el crédito hipotecario no consta en el Registro, se está conculcando esa publicidad. Por eso dice Gómez Gallego, citando al profesor Lacruz: «La hipoteca no tiene existencia como derecho real hasta el momento de ser inscrita, y los cambios en su titularidad tampoco se producen, ni siquiera *inter partes*, en tanto no se verifique la inscripción»³⁷. Se apoya el citado autor en la tantas veces reiterada Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que establecía los requisitos de la cesión del crédito hipotecario y decía: «...y que se inscriba en el registro, porque en él debe constar todo lo que modifica el crédito hipotecario y las obligaciones que produce».

A pesar de lo dicho, el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 Junio 1989 se muestra partidario de permitir que el demandante, titular cesionario de la hipoteca ejecutada, pueda proseguir un proceso del 131 sin necesidad de la previa inscripción de su título y, por consiguiente, sin que figure registralmente como titular del derecho de hipoteca inscrito. Se trataba de un supuesto muy especial en el que la entidad demandante era sucesora universal de una entidad crediticia, y dentro de la transmisión global del patrimonio societario estaba el crédito hipotecario que se ejecutaba.

La decisión del Fallo de la sentencia está fundada en los siguientes argumentos: 1.-La inscripción no es de carácter constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, tal como se configura por el artículo 149 de la Ley Hipotecaria 2.-El artículo 1526 del Código Civil, a *sensu contrario*, da entender que se limita a expresar los efectos contra terceros en cuanto a la fecha de la cesión, pero no que prive de eficacia a la cesión entre cesionario y deudor cedido.

No considero admisible el primer argumento en cuanto que el precepto hipotecario dice que «El crédito hipotecario puede cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro». Precisamente la norma tiene un sentido contrario al utilizado por la Sentencia en cuanto que considera la necesidad de su inscripción en el Registro y lógica, y previamente, al otorgamiento de la escritura pública, y no ya

³⁷ Gómez Gallego, F. J. «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 de la Ley Hipotecaria (procedimiento judicial sumario)» en Práctica hipotecaria, pág. 99.

por el solo precepto indicado. También todo el sistema hipotecario avala la solución contraria al exigir que todo aquello que afecte a la hipoteca sea materia de inscripción, de tal manera que así podrá darse una publicidad exacta del contenido del derecho.

Esta posición se confirma cuando se trata de iniciar un procedimiento judicial sumario, en el que el titular del crédito hipotecario es el que se halla facultado para el ejercicio de ese proceso, al que se accede en virtud del principio de legitimación registral. La falta de inscripción de la cesión del crédito hipotecaria debería imposibilitar la prosecución del proceso al constatarse que no es el mismo el titular registral y quien está ejerciendo la acción.

Mal puede argüirse que la cesión del crédito hipotecario no inscrito tiene eficacia entre las partes, cuando el problema surge por entablar un procedimiento judicial que, en cuanto real, sujeta directa e inmediatamente el bien hipotecado, y que puede afectar a terceros inscritos. De ahí la justificada prevención registral y procesal de notificar a los interesados.

Bueno es ya referirse al anteproyecto de ley presentado por el Gobierno de reforma de la L.E.C. en el que se modifica el actual artículo 130 de la Ley Hipotecaria y se sustituye por el siguiente: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, y, dada su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo».

Independientemente de la regulación final que pueda tener el citado precepto, hay que considerar acertada la dirección asumida en el anteproyecto de ley al exigir la inscripción registral de los diferentes avatares de la hipoteca, lo que en definitiva viene a revalidar la interpretación que se ha dado en el presente trabajo, y que a mi juicio es la más consecuente con el sistema registral instaurado en nuestro Derecho.

Es exacta la opinión de Gómez Gallego cuando dice: «En cualquier caso, en puridad de técnica hipotecaria, todos los negocios relativos a la hipoteca deberían seguir la misma suerte que la constitución de la misma: la inscripción constitutiva ... ningún sentido tiene que un derecho de formación registral pueda modificarse al margen del registro»³⁸.

Considero que las exigencias de la hipoteca se extienden a la constancia registral de las alteraciones subjetivas, incluyendo también las del lado activo o acreedor hipotecario, de forma que sólo el titular ins-

³⁸ Gómez Gallego, F. J. *op. cit.*, pág. 101.

crito en el Registro debería ser el único legitimado para poder ejecutar su crédito a través del procedimiento judicial sumario.

Quiero referirme por último en este punto al llamado procedimiento extrajudicial y hacerlo en uno de sus aspectos, el referente a su fundamento. Debe afirmarse que también el procedimiento extrajudicial descansa en la propia hipoteca y en su naturaleza como base de su función.

La STC de 18 de Diciembre de 1981, antes citada, se refiere expresamente a este procedimiento y afirma que: «La ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial»³⁹.

La ausencia de cosa juzgada, lo mismo que sucede en el procedimiento judicial sumario, y la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo posterior en defensa de cualquier derecho que resulte afectado por la ejecución de la hipoteca, es lo que justifica a juicio del Tribunal Constitucional el que este procedimiento sea respetuoso con el principio de tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución española. Sin embargo la todavía reciente sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 4 de Mayo de 1998 declara, como de todos es conocido, derogados por la Constitución los artículos 129 párrafo 2º de la Ley Hipotecaria y los artículos 234 a 236 del Reglamento hipotecario, y lo hace sobre dos argumentos: el primero, por atentar el artículo 24 de la Constitución española y contradice lo dicho por el Tribunal Constitucional; el segundo, por contradecir el principio de que la potestad jurisdiccional pertenece en exclusiva a los jueces y tribunales, artículo 117-3 de la Constitución.

Independientemente del valor de la Sentencia de 1998 en lo referente a la facultad del Tribunal Supremo para dictar la anticonstitucionalidad de las normas anteriores a la Constitución, no deja de sorprender que se haya olvidado, como dice Roca Sastre, que «Ni en el judicial sumario ni en el extrajudicial se trata de juzgar. Pero tampoco se pretende ejecutar lo juzgado, sino de controlar el ejercicio del derecho a enajenar la cosa hipotecada»⁴⁰.

El *ius distrahendi* del acreedor, que está ínsito en el propio derecho

³⁹ Textualmente dice la STC «A este procedimiento alude la LH en su artículo 129, al decir que en la escritura de constitución puede pactarse un procedimiento extrajudicial para hacer efectiva la hipoteca. Este procedimiento se inicia por requerimiento notarial de pago. Sigue la integración del título y la notificación del procedimiento a los titulares de derechos inscritos o anotados después. Transcurridos treinta días, se procede a la subasta.

⁴⁰ Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill. *op. cit.*, T. IX. pág. 483.

de hipoteca, es el que justifica este tipo de procedimiento, que no es único en nuestro Derecho, puesto que hay otros ejemplos de ejecución privada en nuestro sistema jurídico, y que sirve para facilitar al acreedor el cobro de su crédito mediante la correspondiente venta del bien hipotecado ante funcionario calificador y que esté habilitado legalmente al efecto, en este caso el Notario ante el que se tramita el proceso.

Por eso no puede olvidarse, a mi juicio, que este proceso del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, también contribuye a favorecer el crédito territorial y por lo tanto fomenta el orden público económico y se asienta en cuanto a sus principios y fundamentos no sólo en la Constitución española, sino que también, está al servicio del principio de la seguridad jurídica, a la que me refería en el apartado anterior.

V. PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN EN EL OBJETO DE LA HIPOTECA

Dentro del principio de especialidad de la hipoteca quiero referirme a la que recae sobre su objeto, sabiendo que también puede predicarse el principio de especialidad sobre la obligación garantizada por ella, pero entonces ya no se estaría tratando del objeto. El sentido pretendido del presente discurso es fijarnos solamente sobre la hipoteca como derecho real, dejando a un lado los temas que pueden plantearse de esa relación crédito e hipoteca, y de todas las controversias que todavía suscita.

El objeto de la hipoteca es una cuestión que no ha sido debidamente enfocada por la doctrina, quizás por arrastre de la poca atención que la doctrina general en un principio dio al objeto del derecho subjetivo, quizás por considerar que el objeto de la hipoteca se incardinaba en un tema más amplio del Derecho Inmobiliario registral, el relativo a la finca y por ello sería una reiteración ocuparse de él en materia de hipoteca.

Es interesante resaltar, tal como lo hace José Manuel García, el escaso tratamiento que el principio de la especialidad tiene en la doctrina española, cuando es fundamental en el sistema hipotecario,⁴¹ y muy es-

⁴¹ García García, J. M., al tratar de los tópicos antihipotecarios afirma: «En el principio de especialidad o determinación, tan fundamental en el sistema hipotecario, se ha producido una paradoja en algunas exposiciones de Derecho Hipotecario, y es el escaso desarrollo que se le dedica. Para muchos autores parece como si no existiera este principio, cuando lo procedente es darle toda la amplitud que merece, relacionándolo con todos los elementos de publicidad registral, es decir, con la finca, con el titular registral, con el derecho real y con el acto inscribible». En *op. cit.*, pág. 556.

pecíficamente cuando el requisito debe ser observado respecto del objeto. El estudio del principio queda diseminado en los otros principios hipotecarios o elementos integrantes de la inscripción, por lo que pierde su propia virtualidad, a pesar de ser, insisto, uno de los fundamentales en nuestro sistema registral. La mayor perfección que tiene nuestro sistema inmobiliario registral respecto de los dos sistemas citados, permite una mayor concreción y seguridad jurídica, que lógicamente, entre otras cosas, se produce poniendo en situación relevante este principio.

Sin embargo creo que no debe ser así, que en un derecho real como es la hipoteca es el objeto uno de los elementos de mayor importancia, al considerar que es lo que se oferta por parte del hipotecante como garantía y que tratándose de un derecho de realización de valor, este último depende del objeto garante.

El artículo 106 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretado entendiendo que además del elemento físico o bien inmueble hipotecado está el derecho real enajenable que recae sobre dicho inmueble, de esta forma son dos elementos que integran el objeto, un objeto que llamaríamos de primer grado, el elemento físico y otro de segundo grado el elemento jurídico y sobre cada uno de ellos se manifiesta ese juego propio de la hipoteca en su relación con el Registro de la Propiedad⁴².

Que el objeto de la hipoteca esté formado por los dos objetos de primer y segundo grado es predicable, no sólo de aquellas hipotecas especiales reguladas en nuestra Ley Hipotecaria en el artículo 107, sino también de la hipoteca en general, establecido su objeto en el artículo 106, y del que el artículo 107 no es más que una especificación que existe sobre el objeto de segundo grado.

Respecto del derecho real enajenable me gustaría contemplar dos cuestiones que pueden interesar al propósito de este discurso: la primera, la aceptación de la figura de los derechos sobre derechos; y, la segunda, la posibilidad de constituir en algunos casos derechos sobre cosa propia, al aceptar el desgajamiento de la propiedad y no producirse la consolidación, lo que es permitido en ciertos casos por la propia ley y otras por la jurisprudencia, como más adelante se estudiará.

Respecto de la primera cuestión, la relativa a la existencia de los derechos sobre derechos, se puede afirmar que con esta posición se está apoyando la doctrina de aquellos autores que la admiten. Independien-

⁴² En este sentido véase mi trabajo sobre *El objeto de la hipoteca inmobiliaria: Comentario al artículo 106 de la Ley Hipotecaria*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, págs. 831 y ss.

temente que la problemática de la objetivación de los derechos es más teórica que práctica, resulta que en materia de hipoteca difícilmente el investigador puede sustraerse de ella, cuando en realidad el derecho real de garantía supone la puesta a disposición del acreedor no solamente de la cosa o bien, sino también del derecho que existe sobre éste.

Como dijo Pascual Marín: «la construcción de la figura de los derechos sobre derechos creemos que no hay inconveniente en admitirlos como objeto de la relación jurídica registral, desde el punto de vista teórico. En cuanto a su admisión por nuestro Derecho positivo, ya hemos visto que están reguladas varias figuras de ellos». En orden a su constitución diferencia tres tipos: los heterogéneos, homogéneos y conjugados, un ejemplo de los primeros es la hipoteca de usufructo, y un ejemplo de los segundos la hipoteca sobre hipoteca⁴³.

En igual sentido Pérez González y Alguer en sus notas a la obra de Wolf sobre las clases de Derechos reales afirman: «El Código Civil los admite expresamente con relación al usufructo (art. 469.2) y la hipoteca (art. 1874, núm. 2 del Código Civil y 107 de la Ley Hipotecaria)⁴⁴.

En contra de esta posición Vallet en su estudio sobre la problemática de los derechos sobre derechos dice: «Que las relaciones que se ocultan tras la denominación genérica de hipoteca de derechos sólo tienen un dato común: el tener como objeto de su interés a la cosa objeto del derecho base. Es decir, que su única nota uniforme estriba en no ser ninguna de ellas un verdadero derecho sobre derecho»⁴⁵. De esta forma Vallet está teniendo solamente en cuenta la existencia de lo que antes denominaba objeto de primer grado, que es la cosa sobre la que recae el derecho, para él es éste el único elemento del objeto hipotecado.

⁴³ Marín Pérez, Pascual. *Introducción al Derecho Registral*, ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, pág. 16 y ss.

⁴⁴ Pérez González y Alguer en sus *notas al Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas* de Enneccerus -Kipp- Wolf, T. III.1º, ed. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 27.

⁴⁵ Vallet de Goytisolo en su estudio «La hipoteca sobre derechos» en *Estudios sobre garantías reales* ed. Montecorvo. 2ª, Madrid, 1973, pág. 37 y ss., también en su obra *Estudios sobre derechos de cosas*. I. Temas Generales. Ed. 2ª, Montecorvo, S. A., Madrid, 1985, pp. 237 y ss. Con los debidos respetos a tan ilustre jurista considero que ese objeto de segundo grado, que es el elemento jurídico, es de existencia necesaria en la hipoteca, y no solamente en la llamada hipoteca de derechos del artículo 107, sino de cualquier tipo de hipoteca, la cosa de por sí no basta. La estructura de un derecho real de garantía exige la existencia de un derecho sobre la cosa, que es también objeto de la garantía dada al acreedor. Como se dijo anteriormente, el valor de la garantía hipotecaria viene dado no solo por el bien, sino también por la titularidad que se ofrece al acreedor, sin éste doble elemento no puede entenderse, a mi juicio, el funcionamiento y estructura de la hipoteca.

No comparto la opinión de tan ilustre jurista. La hipoteca inmobiliaria en su objeto tiene como elemento ese otro derecho real que se le da en garantía, sobre el que descansa y se reafirma teniendo como base el principio de especialidad. Ello es debido a que se está ante un Registro jurídico de propiedad, (léase en este caso titularidad jurídico-real), que publica y garantiza el derecho real, y esto tanto es así que en la otra hipoteca, la mobiliaria, en donde como se ha dicho sólo existe un registro de gravámenes, la ley de 1954 prohibió expresamente la posibilidad de constituir una hipoteca sobre otra hipoteca en su artículo 12 al disponer que: «No podrán hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria...» y además no existe en esta ley artículo semejante al 106 de la Ley Hipotecaria .

La razón de la admisión de esta figura respecto de la hipoteca inmobiliaria descansa, a mi juicio, en la propia estructura de la relación propiedad-Registro e hipoteca, solamente así puede aceptarse que el derecho real de hipoteca recaiga sobre otro derecho real, pero esto es posible porque este derecho real está perfectamente delimitado registralmente, de forma que la pretendida cosificación del derecho no llega a producirse, más bien prefiero utilizar la palabra objetivación, que se ha producido a través de su inscripción registral, en la forma y manera como ya ha quedado dicho antes.

El segundo tema a tratar es la posibilidad de constituir hipoteca sobre derechos en cosa propia, es decir, la hipoteca constituida sobre un derecho real que recae sobre la cosa que pertenece en propiedad al titular del derecho real limitado, muy especialmente el caso del usufructo y de la nuda propiedad.

Esta situación puede producirse tanto por el juego permitido por la propia Ley Hipotecaria que permite la existencia de esta figura, como por la voluntad de las partes, lo que es admitido por la Jurisprudencia registral en las diversas Resoluciones habidas sobre el tema.

El artículo 107 de la L.H. ofrece ejemplos muy interesantes de lo dicho. En primer lugar me gustaría significar como el legislador ha realizado lo que podría denominarse una extensión objetiva del elemento jurídico que integra el objeto. De la misma forma que los artículos 109 y ss. regulan la extensión del objeto material de la hipoteca, el artículo 107-2 expresa la extensión de la hipoteca que gravita sobre un determinado derecho real y se extiende además a otro. Este sería el caso cuando se afirma que la consolidación del usufructo con la nuda propiedad hará que «no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo».

Esta extensión objetiva del derecho se produce no solamente en este caso. Se podría pensar por ejemplo en el supuesto de una hipoteca sobre elemento privativo de una propiedad horizontal y su extensión a los elementos comunes, o en el caso de una hipoteca sobre fundo gravado con servidumbre, la extensión de la hipoteca al derecho de servidumbre es también una extensión sobre otro derecho real, no puede hablarse en este caso de una extensión objetiva producida sobre el elemento físico o material del objeto.

La otra cuestión que se muestra en el citado precepto es la relativa a la existencia de la posible conservación del desgajamiento de la propiedad entre la nuda propiedad y el usufructo, en el que perteneciendo ambos a la misma persona, no se llega a realizar la consolidación pues la hipoteca se mantiene solamente respecto de uno de ellos, se exceptiona con esto la extensión objetiva del derecho, debido a la existencia de un pacto contrario.

La posibilidad de pacto en la extensión objetiva del derecho al igual que sucede con la extensión objetiva de la cosa física en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria es significativa, porque en definitiva el legislador tratándose de hipoteca está introduciendo principios que deben considerarse como excepcionales a la regla general del Derecho, en este caso las normas sobre consolidación entre derecho en cosa ajena o limitativo y la propiedad no encuentran su aplicación cuando la hipoteca y el Registro están entre ellos.

La posibilidad de pacto tiene eficacia respecto de terceros en tanto en cuanto accede al registro de la Propiedad lo que viene a configurar el estatuto jurídico de esa propiedad

Aunque conocedor de las diversas explicaciones que se dan a estas situaciones jurídicas, considero que una de ellas, a mi juicio acertada, es la de comprender la publicidad registral que dicha situación origina, y es que en el Registro de la Propiedad la nuda propiedad y el usufructo, aun perteneciendo a la misma persona, no se encuentran consolidados o confundidos en un solo derecho que es el de la propiedad plena, en tanto en cuanto no se cancele el derecho real de garantía⁴⁶.

⁴⁶ Roca Sastre entiende que debe sustituirse el término consolidación del artículo 107.2 de la Ley Hipotecaria «por una determinación de supuestos de extinción natural del usufructo en los cuales funcionaría la doctrina de la ampliación», y llega a admitir la existencia de un usufructo causal constituido sobre cosa propia y lo justifica diciendo «pero es que la ley claramente acepta su posibilidad, desde el momento que admite el pacto en contra de la ampliación», *op. cit.*, T. VII, pág. 431. Salvador Caja introduce una posición mas compleja en la que dice: «Mientras no desaparece la limitación o gravamen o se extinguen naturalmente, hay que admitir que el usufructo y la nuda propie-

Si se acude a la mecánica registral en este tema, existirá en los Libros del Registro la siguiente situación: inscripción de nuda propiedad y de usufructo a favor de titulares distintos, posteriormente el nudo propietario hipoteca su derecho con pacto de no extensión al usufructo, el supuesto de hecho continua con la extinción del usufructo, y en ese instante se plantean dos posibilidades para el Registrador o bien, la primera, practicar una inscripción de la extinción del usufructo y su correlativa consolidación en la persona del nudo propietario, por lo que la finca se inscribiría a favor del titular registral y en pleno dominio o bien, la segunda, practicar una inscripción de usufructo a favor del nudo propietario, sin que se produjese la consolidación, y por lo tanto existiría dos inscripciones una relativa a la nuda propiedad y otra al usufructo

Pienso que esta segunda posibilidad es la más adecuada y ello por los argumentos que he estado utilizando principalmente basados en el principio de especialidad, pero además porque considero que es la interpretación que debe darse al artículo 192 del Reglamento Hipotecario, cuando regulando la cancelación del usufructo por causa de consolidación dice: «... llegado el caso de extinción del usufructo, sino hubiere obstáculo legal, se extenderá una inscripción de cancelación de este derecho y de consolidación del usufructo con la nuda propiedad ...».

Semejante situación es la que provoca el propio artículo 107-1 al establecer que no se cancelará la hipoteca que grave un usufructo cuando este se extinguiere por un hecho propio del usufructuario, estando vigente el derecho real de garantía hasta el vencimiento de la obligación o hasta el momento en que el usufructo hubiera naturalmente concluido. En estos casos, la extinción del usufructo debería provocar su consolidación con la nuda propiedad, pero se sigue manteniendo la hipoteca solamente sobre el derecho real limitado y por lo tanto la existencia autónoma de este derecho.

Estas situaciones se deben como queda dicho a la voluntad de las partes que provocan una circunstancia sobrevenida que permite el mantenimiento de un derecho real limitado sobre cosa propia, pero también debe citarse cuando esa misma voluntad establece esta misma situación *ex origine* y este es el caso de la Resolución de 27 de Mayo de 1968 cuando el deudor y titular registral ofrece en garantía de la obligación solamente su facultad de goce y disfrute sobre la finca, lo

dad estan ensamblados pero no fundidos; idealmente habrá que pensar en la línea de soldadura, que permitirá desunirlos en su caso», en *Hipoteca del usufructo e hipoteca de la nuda propiedad*, en Revista Critica de Derecho Inmobiliario, 1944 ,pág. 523.

que admite la Dirección General diciendo: «si el dueño puede ceder a otra persona el disfrute de sus bienes mediante la constitución de un derecho de usufructo, no parece haya obstáculo para que pueda hipotecar este disfrute como parcela de valor de su derecho de dominio», afirmando posteriormente que en caso de ejecución tendría lugar el nacimiento de un derecho real de usufructo a favor del adjudicatario.

No me convence el fundamento utilizado en el Fallo por la Dirección General, pues si venía obligada a dicho razonamiento al haber utilizado como enunciado que el derecho de usufructo es un derecho real sobre cosa ajena, y consiguientemente esta situación jurídica exige la existencia de dos titulares diferentes, a continuación renuncia el Fallo a lo que hubiera podido ser una salida progresiva en la resolución del problema y, en vez de ello, acude a la ficción de considerar hipotecable una «parcela de valor» de la propiedad, cuando nadie sabe que eso fuera un derecho real que recayese sobre bienes inmuebles y además se minusvalora la fase de seguridad de la hipoteca pues se considera que el nacimiento de ese *iura in re aliena* se produce por la adjudicación del bien hipotecado, lo que es, a mi juicio, una mayor ficción que la de admitir la existencia de derechos sobre cosa propia cuando estos son ofertados en garantía de hipoteca.

La fragilidad de la argumentación está motivada por la inadmisión de la categoría de los *iura in re propria*, que si en el ámbito del Derecho civil substantivo encuentra suficiente apoyo esta postura, no lo es en el ámbito registral cuando se trata del juego de la hipoteca y del Registro de la Propiedad, pues en éste entran principios especiales, que sin contrariar las reglas generales por las que se rige el sistema, sí que modifican las reglas generales permitiendo situaciones que serían inimaginables fuera del mismo.

La publicidad registral y la hipoteca admiten la existencia de los derechos sobre derechos, y nada impide que el principio de especialidad, derivado del Registro y de su publicidad, sirva para concretar lo que la Dirección General ha denominado parcela de valor, y que como único contenido posible de este concepto está la admisión de constituir un derecho real sobre cosa propia, que ofreciéndose en garantía de una obligación existente con tercero, sirva para facilitar el mismo crédito territorial que se pretende a través del sistema hipotecario. Es en este sentido como debe entenderse la afirmación del Profesor Gómez Royo cuando expresa que esta es una manifestación del precedente romano de defensa de la parte acreedora, de forma que así puede el acreedor beneficiarse de cualquier garantía ofertada por su deudor.

La Resolución citada de 1968 utiliza argumentos que también sirven para el sostenimiento de la doctrina sobre los *iura in re propria*, así se ponen dos ejemplos de la misma situación, el que se refiere a la Ley de Hipoteca Mobiliaria en la que se «permite al propietario pignorar exclusivamente los frutos del inmueble ... con lo que recae la garantía exclusivamente sobre la facultad de goce, con separación de los demás derechos del propietario»; y por otro «a mayor abundamiento, el artículo 107, 1º, de la Ley Hipotecaria no se opone a esta posibilidad e incluso el párrafo 2º del mismo artículo preve, mediante pacto, la posibilidad de que la hipoteca no se extienda al pleno dominio del inmueble perteneciente a un único dueño, sino sólo a la nuda propiedad». Ambos casos son también fruto de un desgajamiento de la propiedad, y que permiten, como se ha dicho la existencia de derechos separados sobre el mismo bien, aun perteneciendo a la misma persona.

Lo que interesa resaltar es la posibilidad, admitida por la propia ley, de mantener situaciones en las que no actúa la consolidación ni el efecto extensivo de la propiedad, y ello gracias a la eficacia del Registro que pública el derecho que está gravado con la hipoteca, independientemente de su pertenencia a un misma sujeto e independientemente también, a mi juicio, del derecho real desgajado del pleno dominio que se hipoteque.

No estoy con esto admitiendo la conocida figura de la hipoteca de propietario en donde el fenómeno jurídico es distinto, ya que por una parte surge una figura hipotecaria sin obligación garantizada, lo que evidentemente no es posible dado el carácter accesorio de la hipoteca; y, por otra, actúa un principio de reserva de prioridad que no sucede en los supuestos comentados.

Queda, por último, hacer una breve referencia al otro punto que sobre la especialidad de la hipoteca me gustaría comentar y es lo que he venido en llamar el bien inmueble hipotecado como objeto físico distinto del de bien inmueble y el de finca registral.

La propiedad hipotecada se encuentra manifestada en el mismo objeto de la hipoteca que considero que en su elemento físico une a su condición de inmueble el calificativo de hipotecado, como un concepto diferente del de bien inmueble o el de finca registral y ello por las siguientes razones:

1. El bien inmueble hipotecado debe reunir en su descripción elementos que no son necesarios para la inmatriculación registral de la finca, pero que cobran importancia a la hora de fijar la cosa compuesta que se hipoteque.

2. El principio de determinación de la hipoteca exige la total descripción del bien objeto de la misma.

3. La imperatividad del art. 334 del Código Civil se ve rota por el art. 111 de la Ley Hipotecaria.

4. El propio art. 4 de la Ley Hipotecaria de 1909 recogía esta afirmación, según ha quedado dicho en la propia introducción cuando decía: «Se reputan inmuebles los enumerados en el art. 334 del Código Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre los requisitos y formas de inscripción y de lo establecido exclusivamente para las hipotecas en el art. 110 de la misma».

No quiero dejar de referirme a que en nuestro sistema hipotecario se parte del concepto de bien inmueble que se regula en el artículo 334 del Código Civil. Si tal como se dijo la primera Ley Hipotecaria no estaba segura de sí esa sería la clasificación objetiva a la que se atendería nuestro codificador, la modificación de la ley en 1909 ya la acogió plenamente. Por lo tanto no cabe en nuestro derecho positivo la admisión de conceptos extraños como el de pertenencias o el de partes integrantes, que sin lugar dudas sirven para clarificar los conceptos doctrinalmente, pero no tienen el respaldo jurídico positivo como sucede en otros sistemas de Derecho como el alemán o el italiano⁴⁷.

Como conclusión a estas premisas debe decirse que en nuestro Derecho es el bien inmueble por destino del que se ocupa el art. 111-1 de la Ley Hipotecaria como en él se entremezclan en su redacción los llamados bienes inmuebles por incorporación al fijar que se entienden hipotecados aquellos objetos muebles «*que no pueden separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto*».

No ha sido afortunada la redacción del precepto, fruto de la evolución histórica y de una carencia importante de sistemática, pero no se puede desvirtuar el concepto utilizado por el legislador hipotecario acudiendo a conceptos que mal se acomodan a nuestro sistema, y muy especialmente cuando estos son claves en un ordenamiento jurídico, y a nadie se le oculta que el objeto del derecho está dentro de esta categoría.

Insisto por último en la idea de que la extensión objetiva de la hi-

⁴⁷ En este sentido quiero recordar que fue la Resolución de 15 de Junio de 1929 la que introdujo en nuestro derecho los conceptos de pertenencia y el de parte integrante. A partir de esta toda la doctrina que se ha ocupado de la extensión objetiva ha dado un concepto sobre ambos tipos de bienes. Sin embargo en otra resolución de 19-11-1943, la Dirección General, mucho más realista a mi juicio, decía «que nuestro ordenamiento carecía de un concepto técnicamente elaborado de pertenencia y de partes integrantes, por lo que habría que acudir al concepto de bienes inmuebles por destino».

poteca es un tema que fundamentalmente ha de estar previsto en el momento de la constitución de la hipoteca. Evidentemente cualquier elemento del préstamo hipotecario se verá reflejado en el momento de la ejecución hipotecaria, no se puede olvidar que la hipoteca es un derecho de realización de valor, pero considero que la hipoteca en fase seguridad actúa principalmente sobre el hipotecante modalizando sus facultades respecto del bien.

Puede concluirse que no puede separarse la visión de la hipoteca y la del Registro de la Propiedad. Una y otro son realidades jurídicas que han sido configuradas y desarrolladas desde el principio de forma tal que existe entre ellas una íntima unión, son realidades inescindibles

El sistema registral aparece configurado al servicio de la garantía real, y desde ella ha ido ampliando su función de forma que se ha ido perfeccionando el funcionamiento de principios hipotecarios que en un primer momento tuvieron una menor eficacia en comparación con el resto, pero que servían para garantizar los derechos reales inscritos y lo que es más importante dar una publicidad más exacta en la materia, lo que se ganaba en seguridad para el crédito territorial y en seguridad jurídica.

Quiero concluir esta exposición afirmando como la propiedad cuando esta sujeta a la hipoteca queda modalizada por ella, de forma que altera las facultades dominicales del titular, y descansa en la publicidad que le da el Registro de la Propiedad, así lo preveía la ley, y así se beneficia y da seguridad al crédito territorial y así desde esa perspectiva debe ser interpretada toda la problemática que se suscita en torno a la hipoteca. Es a mi juicio muy difícil el llegar a entender el juego de ese derecho real de garantía sin examinar el funcionamiento de una institución como es el Registro de la Propiedad, que se encuentra siempre al servicio del Derecho y del tráfico jurídico inmobiliario

Hora es ya de agradecimientos, agradecimientos que están basados en el afecto y gratitud a todos aquellos que siempre han venido confiando en mi trabajo y que han hecho posible mi ingreso en esta Real Academia a la que muy sinceramente me honra el pertenecer a ella. Quiero agradecer a la Academia Valenciana de Legislación y Jurisprudencia y muy especialmente a su Presidente el Excmo. Sr. Decano D. Luis Miguel Romero el nombramiento como miembro de la misma, así como a su Vicedecano el Ilmo. Sr. D. Miguel Guillot, también y muy especialmente al Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España representado en este acto por mi actual Presidente territorial y amigo el Ilmo. Sr. D. Vicente Domínguez la confian-

za que han depositado en mí con su propuesta, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia personada en el Ilmo Sr. Director del Departamento de Derecho Civil el Dr. D. Lorenzo Prats y a la Fundación C.E.U. San Pablo representada por su Presidente el Excmo Sr. D. Alfonso Coronel de Palma y por su Director Ilmo Sr. D. Jose Luis Pallarés las oportunidades que siempre me han deparado para estudiar, aprender en ellas y de ellos y que me han facilitado ese contacto tan vivificante que es la relación generacional con las sucesivas promociones de estudiantes de Derecho.

También debo referirme de forma muy especial a quien tan amablemente se ha brindado como miembro de esta Academia a contestar mi disertación: el Excmo. Sr. D. Vicente Simó Santonja, a quien agradezco muy sinceramente que a pesar de sus muchas ocupaciones nacionales e internacionales, haya tenido el tiempo necesario para estar aquí en este acto, así como agradecerle por anticipado la cumplida y merecida respuesta que a buen seguro ha de darme y de la que solamente cabe como presunción *iuris et de iure*, dado sus amplios conocimientos, el tomar buena nota de ella.

También agradecer a los componentes de la Junta del Colegio de Abogados, así como a los componentes de la Junta de Registradores de la Comunidad Valenciana su presencia en este acto, a mi muy querido amigo el Excmo. Sr. Obispo de Cartagena a quien por una vez y sin que sirva de precedente he sido yo quien le he anunciado la palabra, jurídica eso sí, y aun así me siento incapaz de enseñarle, y a todos Vds. pacientes amigos que han seguido esta disertación sólo me resta ofrecerles además de mi agradecimiento que es mucho, mi homenaje más sincero por su confianza y amistad, valores que ya los disfruto y que graciosamente han depositado en mí y que atesoro consciente de que no se cumplen en ellos los caracteres que el art. 352 del Código al describir el tesoro oculto, pues son bien patentes y me consta su legítima pertenencia.

A todos muchas gracias.

CONTESTACIÓN
DEL EXCMO. SR. D. VICENTE L. SIMÓ SANTONJA

EXCMO. SR. DECANO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE VALENCIA y, como tal, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.

EXCELENTÍSIMOS E ILUSTRÍSIMOS SEÑORES Y SEÑORAS.

AMIGOS Y COMPAÑEROS.

El nuevo Académico de Número, al que hoy recibimos, DON JUAN MANUEL LLOPIS GINER, acaba de leer su discurso de ingreso sobre EL REGISTRO Y LA HIPOTECA, DOS REALIDADES INSEPARABLES.

La estimación de los méritos que concurren en una persona para ser elegida Académico de Número está perfectamente reglamentada en los Estatutos de nuestra Academia, que establecen un procedimiento objetivo, al exigir que para ser elegido son condiciones precisas las de tener el grado de Doctor o Licenciado en Derecho y HABERSE DISTINGUIDO NOTABLEMENTE EN LA INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y PRÁCTICA DEL DERECHO.

Y he aquí la prueba irrefutable que ese requisito objetivo ha sido cumplido con un *curriculum* denso, intenso y extenso, como es el que nos ofrece el recipiendario.

Nació en Valencia en 1953. Cursó sus primeros estudios en el Colegio San José de Calasanz de esta ciudad, en cuya Facultad de Derecho siguió los cursos de 1970 a 1975 obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura con un trabajo, dirigido por el Profesor Gitrama González, sobre *LA RELACIÓN MORAL-DERECHO TRAS LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL*.

Fue «bolonio». La beca obtenida en el Colegio de los Españoles de San Clemente de Bolonia le permitió especializarse en las disciplinas

de Derecho Civil y Derecho Agrario, y leer su tesis doctoral dirigida por Profesor LUIGI FERRI, bajo el título *IN TORNO AL CONCEPITO DI ORDINE PÙBBLICO*, con la que alcanzó el Premio Vittorio Emmanuele II, a la mejor tesis de Derecho Privado en dicha Universidad de Bolonia, 1976-1977.

Ingresó en 1978 en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, sirviendo sucesivamente los distritos hipotecarios de Brihuega-Cogolludo, Daroca, Albaida, Aldaya y ahora Llíria.

Inició, y la continúa, su actividad docente e investigadora, en 1986, primero en la Universidad de Valencia y luego como Director del área de Derecho Civil en el Centro Universitario de Estudios Jurídicos San Pablo C.E.U.

Tiene 56 publicaciones, y no se crea que se trata tan sólo de aspectos relacionados con su profesión de Registrador de la Propiedad o con comentarios a Resoluciones de la DGRN. Ha hecho otras incursiones, siempre acertadas, en otros campos del Derecho Civil, tales como la capacidad del menor para otorgar capitulaciones, la incidencia de las rupturas matrimoniales en el Derecho de sucesiones, el Derecho español al servicio del matrimonio y de la familia, el orden público como modo general delimitativo de la licitud, y la moral y el Derecho dentro del Código Civil.

No es ésta la primera vez que tengo el honor de contestar a un Académico de Número, ni en esta Academia, ni en otras dos a las que también pertenezco. en todos los casos he de confesar haber sentido qué cosa es el asombro, y siempre he dividido mi respuesta en tres puntos esenciales. Del primero ya me he ocupado, era y es misión mía, en nombre de la Academia, de explicarles a ustedes los méritos de Don Juan Manuel Llopis Giner, para entrar a formar parte de esta docta Institución. Creo que son sobradós y justifican una elección justa. Mi asombro en esta primera parte ha sido doble: por una parte, descubrir a Juan Manuel, de quien era compañero y conocido, pero no amigo, como desde ahora seré; por otra, el hecho de que un Registrador de la Propiedad eligiera para contestar a su discurso de ingreso a un Notario al que tan sólo conocía de nombre, y con el que tan sólo existía cierta afinidad profesional y humana (fui Doctor en Derecho en 1957, profesor adjunto por oposición en la Facultad de Derecho hasta 1962, Notario desde esa fecha, y durante 18 años Profesor de Práctica Jurídica en la Escuela que funciona bajo los auspicios del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. No pude ser «bolonio», aunque lo intenté, porque me faltaron méritos.

Pensé, Juan Manuel, cuando me llamaste que tal vez conocías mi buena relación desde siempre con los Registradores, que fueron mis preparadores en la Oposición a Notarías (Don Emilio Bartual, Emiliano Cano y Julio Monterde), y con los que han sido «mis Registradores» en las pocas Notarías que he servido (Puebla del Caramiñal, Sagunto, Castellón y Valencia), con apenas media excepción que confirma la regla general.

Durante 37 años de profesión sólo he mantenido un recurso a efectos doctrinales, que tuve la suerte de perder, lo que en su momento supuso decepción, pero luego gran alegría, al ver que VALLET DE GOYTISOLO defendía mi postura con duras críticas al Sr. Registrador y a la Dirección General; y lo que es mejor, que en la reciente legislación de Sociedades mercantiles, mi criterio ha sido recogido de forma clara en la propia ley.

Seguramente te estarás preguntando a qué cuento viene esto, que no es orgullo personal, sino justificación en la segunda parte de mi contestación, a mi postura, siempre de acercamiento, tanto en cuanto no se viole la ley. No voy a convertir mi contestación en un recurso, pero no sólo porque no quiero, sino porque no puedo, dada la extraordinaria bondad y valor de tu discurso, que no ha querido perderse en el laberinto que ocasiona la visión cercana de los problemas diarios, hasta tal punto que a veces se oscurecen los principios. Ocurre con la relación Registro-Hipoteca, lo que con el Título Preliminar del Código Civil, que corren el peligro de minimizarse, hasta el mismo olvido. Has sabido, como Maestro que eres, hacernos reflexionar sobre las cuestiones fundamentales de todo el sistema para concretar luego el trabajo a determinadas materias que como corolario de los principios admiten una interpretación más acorde con las reglas generales, en temas como el principio de legitimación y especialidad o determinación.

Así, has sabido dosificar esas dos realidades inseparables, adentrándonos en la claridad de los conceptos: Propiedad-Registro-hipoteca; Posesión-Registro-hipoteca; el principio de legitimación registral y el acreedor hipotecario; y la especialidad en el objeto de la hipoteca.

De todo cuanto has dicho, acertadamente, tan sólo quiero detenerme en un aspecto que considero el más esencial y dada la necesaria referencia a la actuación notarial propiamente dicha. Me refiero al principio de seguridad jurídica tan claramente recogido en nuestro texto constitucional de 1978, y desarrollado por lo que a nosotros corresponde por la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 dictada conjuntamente por los ministros de Justicia y de Economía y

Hacienda con fecha 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, de aplicación supletoria.

Traigo a colación esta Orden porque para que se cumpla toda la teoría que acertadamente se nos ha expuesto sobre el valor constitutivo de la hipoteca en función del Registro, es necesario que el Registrador reciba una ESCRITURA PÚBLICA AUTORIZADA POR NOTARIO, que una vez calificada se inscribe. La citada Orden explica su finalidad en su preámbulo imponiendo al notario un especial deber de colaboración: DEBERÁ COLABORAR EL NOTARIO QUE AUTORICE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO ADVIRTIENDO EXPRESAMENTE AL PRESTATARIO DEL SIGNIFICADO DE AQUELLAS CLÁUSULA, QUE POR SU PROPIA NATURALEZA TÉCNICA PUDIERAN PASARLE INADVERTIDAS. No es éste el lugar, ni tengo tiempo ni espacio para dilucidar los efectos registrales en cuanto a terceros, por aquel valor constitutivo, y los efectos extrarregistrales de aquellas cláusulas simplemente obligacionales, válidas *inter partes* pero que quedan fuera del juego registral.

Llego así a la tercera y última parte de mi intervención, que tiene por base lo que es y ha demostrado ser Juan Manuel, para tratar de calar más hondo en su personalidad, porque el ser humano está siempre deshaciéndose y rehaciéndose temporalmente para llegar con mucha paciencia a lo que quiere ser. Por suerte, escribía HENRI BERGSON, «el Tiempo es una bendición porque impide que todo pase de una vez, todo de golpe y en un golpe», lo que nos da amplitud para movernos por un camino abierto. Juzga tú mismo cómo has caminado, sabiendo a dónde quería ir, con un caminar que significa una tensión del ímpetu, que termina al llegar a la cima de esa montaña de la serenidad conquistada con tanto esfuerzo.

Claro está que es doloroso no quedarse con un rostro querido, alejarnos de la ciudad que amamos, abandonar la tristeza que nos refugiaba o la alegría de nuestro contento, separarnos del pequeño reloj que garantiza la seguridad de las horas iguales. Te hemos elegido por tus propios méritos, pero además te hemos elegido porque estás en plena juventud y porque en ti esperamos muchas cosas buenas, la pulsión en el ímpetu dirigido hacia algo, no ya vago e impreciso, sino concreto y determinado: tu ser y estar de jurista completo. El hambre y la sed son las más urgentes a satisfacer de todas las necesidades, y tú tienes hambre y sed de ejercer de jurista, para ser justo, porque en ti la pulsión jurídica se ha trocado en pasión jurídica, en búsqueda voluntaria, en pulsión sentida.

La Academia se congratula de contarte como Académico de Número. Te felicita y te felicito en su nombre por este momento. Y espero que nuestra amistad nos haga mejores. Y hago extensiva la felicitación a todos los tuyos, porque también el éxito es de ellos. Un éxito que sin ellos no hubieras conseguido.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. Introducción	5
II. Propiedad-Registro-hipoteca	9
III. Posesión-Registro e hipoteca	14
IV. El principio de legitimación registral y el acreedor hipotecario	24
V. Principio de determinación en el objeto de la hipoteca	34
CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. VICENTE L. SIMÓ SANTONJA	49