

# PRINCIPIA HYPOTHECAE

Discurso de ingreso como Numerario en la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes

---

ANTONIO MANZANO SOLANO

---

## SUMARIO

“LAUDATIO” DEL EXCMO. SR. DON JOSÉ VALVERDE MADRID: I. INTRODUCCIÓN. II. EL LEGADO INTELECTUAL DE DON JOSÉ VALVERDE MADRID.

“PRINCIPIA HYPOTHECAE”: I. INTRODUCCIÓN. 1. LA HIPOTECA INSTITUCIÓN HISTÓRICA Y ACTUAL. 2. PERMANENTE FORTALEZA DE LA HIPOTECA MODERNA. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA HIPOTECA: 1. LOS ANTECEDENTES DEL DERECHO ROMANO: 1.1. *Sistema de responsabilidad personal*. 1.2. *Sistema de responsabilidad real*. 1.3. *La fiducia y la prenda, antecedentes de la hipoteca*. 1.4. *El origen de la hipoteca*. 2. LOS PRINCIPIO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: 2.1. Hasta las Leyes de Partidas. 2.2. Legislación de Partidas. 3. LOS PRINCIPIO DE LA HIPOTECA A COMIENZOS DEL SIGLO XVI. III. LOS PRINCIPIOS DE LA HIPOTECA EN LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861 Y EN LA VIGENTE LEY HIPOTECARIA DE 1944-46: 1. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA FASE DE CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA: 1.1. *Antecedentes en los trabajos legislativos*. 1.2. *Los principios de la hipoteca en la “Exposición de Motivos y Fundamentos del Proyecto de Ley”*. 2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA.

## I. INTRODUCCIÓN A LA “LAUDATIO” DEL EXCMO. SR. DON JOSÉ VALVERDE MADRID

DIONISIO DE ALICARNASO fué un griego, nacido hacia el año 60 a.C., que a los 30 años, se traslada a Roma e investiga en las fuentes históricas del gran pueblo origen de nuestra lengua, de nuestra cultura y de nuestro Derecho.

Enseña DIONISIO DE ALICARNASO, en su *Historia antigua de Roma*<sup>1</sup> -la historia de Roma anterior a Cristo-, que a la muerte de Rómulo, primer Rey de Roma, y tras un período de interregno o *interreges*, le sucede NUMA POMPILIO, de origen sabino y enorme fama por su sabiduría. Y cuenta que NUMA POMPILIO (cito literalmente) “condujo (la ciudad) a la justicia en los contratos, imaginando un sistema descono-

---

<sup>1</sup> Biblioteca Clásica Gredos. Volumen 73. Madrid, 1984, págs. 225, 248 y ss.

cido por todos los que establecieron las constituciones más elogiadas. Al ver que los contratos hechos en público y con testigos, los preserva el respeto por los presentes, y raros son quienes los violan, mientras que los hechos sin testigos (muchos más que los otros) tienen como única garantía la buena fe de los contratantes, pensó que era necesario ocuparse de ella más que de todo los demás y hacerla digna de veneración divina. Así pues, decidió que Justicia, Temis, Némesis, las llamadas entre los griegos Erinias y conceptos semejantes a éstos, habían sido convenientemente venerados y santificados por los antiguos, pero Fe, aunque no existe entre los hombres sentimiento mejor ni más sagrado, todavía no había obtenido veneración en los asuntos públicos de las ciudades ni en los privados. Y con estas reflexiones fué el primer hombre que erigió un templo de la Fe Pública y le instauró sacrificios, como a los otros dioses, a expensas del estado... La fidelidad fué considerada un asunto tan venerable e incorruptible que el juramento por la propia fidelidad era el mayor que uno podía hacer y más seguro que todo testimonio... Esto tuvo lugar en el tercer año de XVI Olimpiada (713 a.C.)” (Fin de la cita).

Lo primero que quiero decir del Excmo. Sr. Don JOSÉ VALVERDE MADRID es que perteneció y fué miembro destacado de esa casta incorruptible, servidora en el templo de la Fe Pública, profesión cuasi-religiosa, exaltada a la divinidad, según el testimonio que acabo de citar de DIONISIO DE ALICARNASO.

En la sesión necrológica celebrada en homenaje del Excmo. Sr. Don JOSÉ VALVERDE MADRID en esta Real Academia el día 30 del pasado mes de enero, se estudió por documentados y queridos compañeros, su excepcional dimensión como experto conocedor, crítico y autor de importantes estudios sobre la Historia y el Arte, su gran pasión. Poco o nada puedo yo añadir a lo que en este campo aportaron entonces los académicos intervinientes.

Es obligado y justo recordar que también se hizo referencia en aquella sesión a su condición y profesión de fedatario público, de Notario, Cuerpo al que había accedido en el año 1942. Pero es en esta parcela de su periplo vital donde yo quisiera insistir. Sin duda, por mis conexiones profesionales con la fe pública. Mi confluencia con Don JOSÉ VALVERDE MADRID, tiene ciertas reiteradas y curiosas coincidencias que me permito destacar.

Al ocupar la plaza de Numerario en la que el Excmo. Sr. Don JOSÉ VALVERDE MADRID ha honrado esta Casa, es la quinta vez que sigo sus pasos. El fué Notario de Alhama de Granada y yo serví como Registrador de la Propiedad en la misma ciudad años después. El fué Notario de Ecija y tuve también el privilegio de ejercer mi actividad profesional en la vieja y culta Astigi. En las dos ciudades dejó muestras inolvidables de su quehacer notarial y de su calidad científica y humana. Especialmente, en Ecija, donde desarrolló una febril actividad investigadora en sus monumentales iglesias y palacios y en el Archivo de Protocolos, entonces radicado en el señorial Palacio de Peñaflor. Intervino decisivamente en la creación de su Real Academia de Ciencias, Bellas Artes y Buenas Letras “Luis Vélez de Guevara”, de la que fué Director, institución a la que, siguiendo sus pasos, me honro en pertenecer como Académico correspondiente en nuestra ciudad de Córdoba.

Don JOSÉ VALVERDE MADRID desarrolla también su ejercicio profesional de Notario en Córdoba y, siguiendo su estela, yo vengo a Córdoba como Registrador a mediados de los años ochenta. En la Real Academia de Córdoba he convivido con él desde el año 1992, hasta su fallecimiento ocurrido el día 6 de julio de 2002. Hoy me siento particularmente abrumado y emocionado al ocupar el sillón de Numerario que, precisamente él, ha dejado vacante.

## II. EL LEGADO INTELECTUAL DE DON JOSÉ VALVERDE MADRID

La benevolencia y profundo amor filial de su hija, Doña MERCEDES VALVERDE CANDIL, Directora de los Museos de Córdoba, reconocida experta en Arte y compañera nuestra en esta Casa, han puesto en mis manos una fuente excepcional y auténtica para conocer en toda su dimensión el legado intelectual de su padre. Se trata del libro *Ensayo Bibliográfico*, editado en Madrid en 1997, y del que es autor su hermano, Don ANTONIO VALVERDE<sup>2</sup>.

En este libro se contiene una relación pormenorizada y agotadora de la obra de Don JOSÉ VALVERDE. En rigurosa enumeración cronológica, se cataloga la escalofriante cifra de 674 trabajos, que recogen su intensa actividad intelectual desde el año 1934, en que obtiene la Licenciatura en Derecho por la Universidad Central, además de otros 8 sin catalogar. Se comprenden sus estudios en las más prestigiosas revistas y publicaciones, que sería prolijo enumerar ahora, sobre autores y materias, particularmente las relacionadas con Córdoba, ciudad de la que era Cronista desde 1967: Patrimonio artístico, pintura, escultura, arquitectura, platería, rejería, organistas y ceramistas, militares cordobeses, la Casa de Fernán Nuñez, Córdoba y América, crónica histórica, crónica provincial, teólogos y padres de la Iglesia, prosa, lírica, la Real Academia de Córdoba, bibliofilia, taurofilia, numismática, médicos, geólogos, juristas...

Me he detenido en los juristas porque es en este campo donde quiero destacar el legado de Don JOSÉ VALVERDE MADRID, quizás oscurecido por su ingente labor como historiador y crítico de arte. El autor del *Ensayo bibliográfico*, su hijo Don ANTONIO VALVERDE, dedica muy atinadamente un catálogo aparte a los "Ensayos y comentarios jurídicos" de su padre Don José Valverde, relacionando más de 30 trabajos, aparte de su labor, continuada durante muchos años, de "Comentarios de Jurisprudencia Civil del Tribunal Supremo" en la publicación notarial *Nuestra Revista*. La prestigiosa *Revista de Derecho Notarial*, los *Anales del Instituto de Estudios Madrileños* del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y el *Boletín de la Real Academia de Córdoba* fueron los principales órganos de difusión de su pensamiento de jurista.

No es posible en este momento hacer un análisis sustantivo de la obra de jurista de Don JOSÉ VALVERDE. Pero llaman la atención los temas que trató, que revelan un profesional preocupado por los problemas reales del tráfico jurídico de su tiempo: "Sobre el crédito refaccionario", "El derecho de tanteo en la Ley de Casas por Pisos", "Sobre la reforma hipotecaria", "La falta de licencia marital en la enajenación de bienes parafernales", "La inscripción del heredero voluntario en la nueva legislación hipotecaria", "Temas de Derecho Agrario", "La transformación de las sociedades mercantiles", "El Registro de Tutelas", etc., etc.

No quiero terminar esta breve referencia a la obra jurídica de Don JOSÉ VALVERDE sin hacer mención expresa de un trabajo que publicó en el *Boletín de la Real Academia de Córdoba*, en 1987, con ocasión del Centenario del nacimiento de un gran jurista cordobés, de Priego de Córdoba, que fué Catedrático primero de Derecho civil y después de Derecho mercantil. Me refiero a Don FRANCISCO CANDIL CALVO, que fué uno de mis Maestros en la Universidad de Sevilla, de la que había sido Rector Magnífico, allá por los años cincuenta, ya al final de su vida académica, cuyas lecciones dejaban una huella imborrable en los alumnos. Renuevo ahora mi recuerdo de profunda admiración

<sup>2</sup> Vid. VALVERDE, Antonio, *Ensayo Bibliográfico*. Imprenta M. y V. Cuadrado, Madrid, 1997.

al gran Maestro Don FRANCISCO CANDIL por su doble condición de padre político de Don JOSÉ VALVERDE -en cuya trayectoria jurídica, sin duda, influyó- y abuelo de Doña MERCEDES VALVERDE CANDIL, nuestra querida compañera.

Don JOSÉ VALVERDE MADRID fué miembro de once Reales Academias y perteneció a otras numerosas instituciones culturales, españolas y extranjeras. No obstante, fué especial su cariño y dedicación a esta Casa y a Córdoba, cuyo callejero -todavía sin su nombre- está, sin duda, incompleto.

Pertenecer a la Real Academia de Córdoba es para un cordobés un singular honor. Ocupar el sillón académico que ha dejado vacante Don JOSÉ VALVERDE MADRID, aunque solo sea con un mínimo de rigor intelectual, es un reto inalcanzable. Al menos, dejar aquí pública constancia de mi reconocimiento a su excepcional talla intelectual y humana.

### “PRINCIPIA HYPOTHECAE”<sup>3</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. LA HIPOTECA INSTITUCIÓN HISTÓRICA Y ACTUAL

La hipoteca es el producto histórico de una depurada técnica jurídica que ha sabido coordinar las necesidades de garantía que el tráfico inmobiliario reclama, con el respeto y tutela de los diversos y plurales intereses que en ese tráfico intervienen.

Los acreedores buscan habitualmente garantías seguras del pago de sus créditos, mediante mecanismos más enérgicos que el que les proporciona el principio general de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (artículo 1.911 Cc). Se trata de afectar bienes específicos al cumplimiento preferente de la obligación de pago de determinados créditos. Surgen así las garantías reales o preferencias de cobro de origen convencional -cuya máxima expresión histórica es la hipoteca-, que desarrollan una función de financiación de actividades económicas y responden a necesidades objetivas de la economía.

Las garantías reales conforman una de las instituciones fundamentales de lo que se ha denominado la tutela conflictual del crédito. El mecanismo de las garantías reales es complejo: el derecho de crédito protegido por la garantía goza, gracias a ésta, de un derecho de preferencia y de un derecho real que aparecen estructuralmente unidos. El derecho de preferencia atribuido al crédito reduce las probabilidades de impago y, por tanto, el riesgo asumido por el acreedor. El recurso a la financiación es más fácil y barato, con lo que se coadyuva a la expansión del crédito y al desarrollo de la economía<sup>4</sup>.

Pero la hipoteca es algo más que una mera relación jurídica entre el acreedor hipotecario y la persona constituyente de la garantía. La concurrencia de una pluralidad -casi multiplicidad-, de elementos personales y de un complejo entramado de garantías interdependientes, hacen de la hipoteca un derecho que me atrevería a calificar de barroco, muy elaborado, cuyos perfiles básicos están perfectamente delineados y asegurados, sin lagunas que puedan comprometer su prodigiosa estructura jurídica.

<sup>3</sup> He utilizado la expresión original en latín “Principia Hypothecae”, por dos razones: Como homenaje a la lengua latina, esencial para los juristas que tenemos como base de nuestro ordenamiento jurídico el Derecho romano; y porque fué el Derecho de Roma el que, partiendo de los antecedentes griegos, elevó la hipoteca a la condición del más importante de los derechos reales de garantía.

<sup>4</sup> Vid. José María GARRIDO, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999, págs. 25 y 50

Quizás, el mayor logro histórico de la hipoteca como derecho real de garantía haya sido el dinamismo de sus elementos integrantes: El hipotecante conserva la posesión de la finca y el gravamen no impide que pueda disponer libremente de ella; el acreedor hipotecario puede ceder su crédito a terceros, o puede situarlo en el mercado secundario mediante la emisión de títulos a los que el propio crédito originario, en fase de amortización, sirve de cobertura; no hay obstáculo a que el deudor personal de la obligación asegurada y el hipotecante o dueño de la finca gravada sean sujetos distintos, como ocurre en la hipoteca por deuda ajena; el tercer poseedor o adquirente de la finca hipotecada, asume la responsabilidad real a que está afecta la finca, pero no la responsabilidad personal de pago de la deuda, en la que no se subroga si no se ha pactado así. Y todo ello, sin merma de las garantías procesales de ejecución en caso de incumplimiento de la obligación asegurada.

Este dinamismo y estas garantías explican no solo la pervivencia histórica de la hipoteca, como irremplazable institución de garantía inmobiliaria, sino también el crecimiento cuantitativo y cualitativo que ha experimentado en los últimos cincuenta años, por su asombrosa facilidad para adaptarse a los nuevos conceptos de la finca como base objetiva de la hipoteca, y a las permanentes y cambiantes modalidades del crédito al que sirve de garantía.

## 2. PERMANENTE FORTALEZA DE LA HIPOTECA MODERNA

Desde mediados del pasado siglo XX, la hipoteca ha experimentado un espectacular crecimiento cuyas causas hay que buscar en las profundas transformaciones económicas y sociales operadas. Este crecimiento de la hipoteca ha sido doble: cuantitativo y cualitativo. Es decir, ha crecido estadísticamente el número de hipotecas y, al mismo tiempo, ha aparecido una nueva tipología hipotecaria.

Las cifras del último *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*<sup>5</sup>, correspondiente al año 2002 y que acaba de aparecer, son fielmente reveladoras del peso económico, y por tanto social, que la hipoteca ha alcanzado en nuestro país.

Los datos estadísticos revelan que en 2002 se constituyeron en España 823.853 hipotecas (en la provincia de Córdoba, 11.318), que han gravado 947.874 fincas (en Córdoba fueron 15.149 las fincas hipotecadas).

Durante dicho ejercicio, el montante de los capitales asegurados con hipoteca alcanzó la cifra de 138.474 millones, 839.254 euros, cifra que, traducida a las antiguas pesetas, supera los 23 billones (en la provincia de Córdoba los capitales asegurados con hipoteca ascendieron a 1.505 millones, 918.544 Euros, es decir 250.563 millones, 762.861, un cuarto de billón de las viejas pesetas).

Por último, los capitales acumulados, asegurados con hipoteca rozan actualmente la cifra de 70 billones de pesetas<sup>6</sup>. En cualquier caso, cifras millonarias que se codean, cuando no superan, los Presupuestos Generales del Estado.

Desde el punto de vista económico, es evidente que estas cifras reflejan una sobreinversión en inmuebles, con la formación un tanto artificial de los precios por la excesiva demanda, que preocupa a los mercados financieros ante una eventual elevación de la tasa de interés y consiguiente aumento de la presión deudora, pues más del 90

<sup>5</sup> *Anuario 2002*. Volumen III. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, 2003, pág. 4.991 y ss.

<sup>6</sup> Datos de la Asociación Hipotecaria Española, tomados del *Diario Córdoba*, lunes 20 de octubre de 2003, pág. 30.

por ciento de los préstamos hipotecarios que se pactan lo son con cláusula de interés variable. Todo lo cual ha llevado a hablar de “burbuja inmobiliaria”.

Pero, desde el punto de vista jurídico, esas cifras son también reflejo de la fortaleza de una institución, como la hipoteca, capaz de asumir, sin problemas, la seguridad y garantías de un mercado de tal magnitud.

Si investigamos las causas del crecimiento cuantitativo, las encontramos en las profundas transformaciones operadas en el campo inmobiliario y, más concretamente, en la aparición de nuevos conceptos de finca como elemento objetivo de la hipoteca, que han desbordado las tradicionales nociones de casa, predio o finca rústica.

Estas ideas han sido prácticamente barridas por los nuevos conceptos de finca surgidos, principalmente, de las Leyes del suelo, la propiedad horizontal y el Derecho urbanístico, que han tenido un efecto multiplicador en la noción jurídica y registral de finca como unidad hipotecable. Baste recordar, entre estos conceptos o figuras, generadores de nuevas nociones de finca hipotecable, los de propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y urbanizaciones privadas, edificaciones adosadas, garajes y plazas de aparcamiento (las hoy llamadas “pequeñas grandes fincas”).

Y, si nos adentramos en el Urbanismo, parcela urbana, polígono o unidad de actuación o de ejecución, fincas de reemplazo en los sistemas de actuación urbanística, aprovechamiento urbanístico (esa finca fantasma, momentáneamente sin superficie y sin linderos, pero que está ya en el tráfico inmobiliario y es susceptible de actos de disposición y de gravamen como la hipoteca). O la moderna figura del derecho real de aprovechamiento por turno o multipropiedad, a la que se ha llamado derecho de uso en la cuarta dimensión, pues a las tres dimensiones tradicionales se une el factor tiempo, dando lugar a un derecho-tiempo igualmente susceptible de compra e hipoteca. O el uso del mar por parcelas o puntos de atraque negociables, en los modernos puertos deportivos. O la multidivisión de fincas en el aparthotel, en los polígonos industriales y en los cultivos en invernadero, la conocida como agricultura sin tierra o “cultivo hidropónico”. O, en fin, las urbanizaciones destinadas a los modernos cementerios, gestionados por sociedades concesionarias del servicio público, bajo un régimen jurídico de división de parcelas similar al de la propiedad horizontal, dando lugar a lo que se ha llamado urbanismo funerario o “arquitectura del silencio”<sup>7</sup>.

Como consecuencia de todo ello, la garantía hipotecaria se ha trasladado del suelo al vuelo, por el mayor valor y permanencia de las edificaciones y construcciones, lejos del viejo principio romano *superficies solo cedit*, dando lugar a una reacción expansiva y multiplicadora de las titularidades dominicales legitimadas para la constitución de hipoteca<sup>8</sup>, y convirtiendo aquel principio en su antípoda *solo superficiei cedit*.

El crecimiento cuantitativo de la hipoteca ha venido acompañado de un no menos importante crecimiento cualitativo. Así como el crecimiento cuantitativo hay que vincularlo, principalmente, a los nuevos conceptos de finca, el crecimiento cualitativo se produce por razones que giran en torno al crédito u obligación asegurados, a las nuevas modalidades de los préstamos y créditos concedidos por las entidades financieras<sup>9</sup>, que

<sup>7</sup>Vid. MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.

<sup>8</sup>Vid. ARNAIZ EGUREN, Rafael, “Algunas consideraciones en torno al derecho de propiedad inmobiliaria”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 560, enero-febrero 1984, pág. 68 y 69.

<sup>9</sup> Puede verse mi estudio “La hipoteca cambiaria”, en el libro *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*. Colegio Nacional de Registradores. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993. Págs. 9 a 69.

han determinado el nacimiento de nuevos tipos de hipotecas: Hipoteca en garantía de créditos o préstamos con cláusula de interés variable; hipoteca en garantía de créditos que han de servir de cobertura del mercado secundario de hipotecas; hipotecas de igual rango en garantía de créditos pluripersonales heterogéneos; hipoteca de máximo en garantía de una pluralidad de obligaciones futuras; hipoteca con cláusula de “*endowment*” y en garantía de contratos de crédito diferido; hipoteca cambiaria; hipoteca del derecho del rematante sobre los inmuebles adjudicados en un procedimiento de ejecución, creación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000; etc.

Esta fortaleza de la hipoteca, como derecho real de garantía sobre inmuebles, no es casual o coyuntural. Su razón de ser está en la profunda fundamentación jurídica de sus principios inspiradores y en su capacidad de adaptación a las continuas alteraciones del mercado inmobiliario y crediticio.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA HIPOTECA

### 1. LOS ANTECEDENTES DEL DERECHO ROMANO

En los antecedentes griegos<sup>10</sup> encontramos un sistema bastante perfeccionado que es contrario a la afección general y solidaria de todos los bienes, porque, en la época de mayor cultura, la hipoteca aparece organizada bajo tres principios: *Principio de especialidad* o de necesaria identificación de la finca hipotecada; *principio de determinación* o de fijación de la suma asegurada; y *principio de publicidad*, aunque rudimentaria: una columna situada en la finca atestiguaba la existencia del gravamen; son las llamadas “*pedras hipotecarias*”.

En la evolución del Derecho romano, encontramos el paso de una primera fase de garantía personal, a otra de garantía real, con figuras intermedias como la fiducia y especialmente, la prenda, origen de la hipoteca, con la que aparece confundida durante un largo período histórico que, en nuestro Derecho, llega hasta las Leyes de Partidas.

#### 1.1. *Sistema de responsabilidad personal*

En una primera fase, de garantía primitiva y bárbara, la responsabilidad se centra exclusivamente en la persona del deudor. En efecto, durante la Monarquía y los primeros años de la República, las XII Tablas<sup>11</sup> regularon un procedimiento de *ejecución personal* contra los deudores insolventes, que la historia ha calificado de feroz, pues implicaba la *manus iniectio* o aprehensión por el acreedor, que podía vender a su deudor y hasta darle muerte. Y, si los acreedores eran varios, podían partirlo en pedazos.

#### 1.2. *Sistema de responsabilidad real*

La superación del sistema de responsabilidad personal se sitúa en la *Lex Petilia Papiria de nexis*, hacia el año 428 de la fundación de Roma, según el testimonio de TITO LIVIO. Por influencia del Derecho natural, se llega al principio de que son los bienes y no las personas los que deben responder inmediatamente de las deudas. Otros autores explican el cambio desde un punto de vista más jurídico, como una simple

---

<sup>10</sup> He seguido principalmente las siguientes fuentes: *La historia de la hipoteca* que aparece en el Tomo I de la obra de Don Nicolás CANALES E IBAÑEZ, *Legislación Hipotecaria Española*. José L. Guevara, editor; págs. 15 a 146; *Manual de Derecho romano* de Juan PACCHIONI, Turin 1935, versión española, tomo I; *El Digesto y las Instituciones de Justiniano*, texto en dos tomos de M. ORTOLAN, Madrid, 1877.

<sup>11</sup> Tabla XII, *De rebus creditis*.

modificación del nexum: el deudor sólo podía empeñar *per aes et libram* sus bienes, pero no su persona<sup>12</sup>.

En el sistema de ejecución forzosa o real, introducido por los Pretores, que coexistió con la primitiva personal, encontramos una forma de garantía general y solidaria: *La missio in possessionem o pignus praetorium*, implicaba la transferencia de la posesión al acreedor de todos los bienes que, para cobrarse, podía venderlos (*venditio bonorum*)<sup>13</sup>. Pero este procedimiento suponía para el deudor la pérdida de su personalidad jurídica o *existimatio*, que pasaba al acreedor por el acto de adjudicación. La Ley Julia le dió la posibilidad de evitarlo, si bien el deudor tenía que ceder voluntariamente todos sus bienes a los acreedores (*bonorum cessio*)<sup>14</sup>.

Con los procedimientos anteriores coexistió el de la prenda judicial (*pignus capio o pignus ex iudicata capio*), importante excepción al principio de responsabilidad general y solidaria. Aquí es el Magistrado quien, por medio de sus *viatores, apparitores o executores*, embargaba los bienes necesarios para el pago de las deudas, incluso siguiendo un orden: muebles, inmuebles y créditos, algo muy semejante a nuestros actuales procedimientos de apremio.

En realidad, estos procedimientos no son propiamente garantías del cumplimiento de la obligación, sino medidas de ejecución en sí mismas. Falta en ellos un período previo en el que la garantía es sólo un gravamen, que desaparece en caso de cumplimiento, o se ejecuta, en caso de incumplimiento.

### 1.3. *La fiducia y la prenda, antecedentes de la hipoteca*

En la fiducia romana aparece ya esa fase inicial de garantía. La responsabilidad deja de ser *general y solidaria* y encontramos las notas de *especialidad* (concreción del bien que sirve de garantía) e incluso de *determinación* (cuantía de la obligación). Pero, se trataba, en cualquier caso, de una garantía desorbitada, ya que el deudor que ofrece la cosa en garantía a su acreedor tenía que transferirle el dominio, con el pacto (fiducia) de que, una vez pagada la deuda, el acreedor debía devolverle el dominio de la misma cosa (*sub fiducia, sub lege remancipationis*).

El *pignus*, en cambio, no transmitía la propiedad de la cosa dada en garantía, sino sólo la posesión.

Pero tanto la fiducia como la prenda tenían graves inconvenientes. En la fiducia, si el deudor no pagaba, perdía la cosa y no podía rescatarla de un tercero a quien el acreedor, como dueño, la hubiera transmitido. Además, el deudor, privado de dominio y posesión, no podía percibir los frutos de la cosa. Y similares eran los perjuicios que la prenda ocasionaba al deudor.

### 1.4. *El origen de la hipoteca*

La hipoteca nació por la necesidad de encontrar fórmulas de equilibrio entre los intereses del acreedor (conservación de su acción personal contra el deudor y la real contra la cosa, cualquiera que fuese su poseedor) y los intereses del deudor (conservación

<sup>12</sup> Según el testimonio de GAYO, el sistema se fué dulcificando desde la publicación de las Leyes Juliae, en las que el deudor insolvente ya no se convertía en esclavo, aunque se hallara en servidumbre, apremio menos vejatorio que el de las XII Tablas (Vid. GONZÁLEZ LAGUNA, Miguel y MANZANO SOLANO, Antonio, "Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 566, enero-febrero 1985, pág. 109 y ss.).

<sup>13</sup> La *missio in possessionem* no suponía la pérdida del dominio ni de la posesión civil de la cosa, sino solo de la posesión natural (Inst. libro XX, tit. I, Ley 26; Digesto lib. XLIII, tit. IV).

<sup>14</sup> Digesto, Ley 1, libro VII, título LXXI.

del dominio-poseión de la cosa, percepci3n de frutos, fomentando su producci3n, y posibilidad de ofrecerla en garantía a varios acreedores).

El Pretor SERVIO concedió una acci3n real sobre los bienes introducidos en la finca arrendada para su cultivo (*invecta et illata*), a favor del dueño o arrendador como garantía del pago de la renta, contra los terceros poseedores. Esta fué la llamada acci3n Serviana, extendida después a todos los casos de prenda sin desplazamiento (*actio quasi Serviana o Serviana utilis*), llamada *actio in rem hypothecaria* en la Compilaci3n de JUSTINIANO<sup>15</sup>.

Cuando a la titularidad de la prenda se une la posibilidad de instar la venta de la cosa pignorada para satisfacer con su precio la obligaci3n, se pudo pensar en la posibilidad de aislar esa facultad de la posesi3n de la cosa, naciendo una nueva forma de garantía: primero mediante la retrotradi3n de la cosa, en la fiducia; luego, creando directamente la garantía por mera convenci3n, es decir, prenda sin posesi3n o hipoteca<sup>16</sup>.

Pero era indiferente que las cosas dadas en garantía fuesen muebles o inmuebles, si bien la prenda requería la tradici3n en los muebles y la posesi3n en los inmuebles; en cambio, la hipoteca quedaba constituida por el simple pacto<sup>17</sup>.

Fué ULPIANO<sup>18</sup> el que deslind3 marcadamente prenda e hipoteca sobre la base del desplazamiento posesorio: *Pignus quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit*. Y JUSTINIANO<sup>19</sup> sitúa la prenda entre los contratos reales y la hipoteca entre los consensuales, sin más solemnidad que el consentimiento.

Por último, es de destacar la ausencia de un sistema de publicidad institucional. La hipoteca se constituía en la clandestinidad, sin solemnidad alguna. Para evitar, precisamente, las hipotecas fingidas, una Constituci3n del Emperador LE3N exigi3 bien instrumento *publice confectum*, es decir, bajo la autoridad de un Magistrado (*pignus publicum*), o bien firma de tres testigos de buena reputaci3n (*pignus quasi publicum*). Si no se observaban estos requisitos, el *pignus* se consideraba privado y no gozaba de preferencias<sup>20</sup>.

## 2. LOS PRINCIPIOS DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO HIST3RICO ESPAÑOL

### 2.1. Hasta las Leyes de Partidas

El C3digo de las Siete Partidas, inspirado en el Derecho romano, sigue sustancialmente el sistema de garantías indicado, mientras la Península Ibérica fue una provincia romana a la que se impusieron la lengua y costumbres de Roma, y tambi3n sus leyes.

En la legislaci3n visig3tica, el Fuero Juzgo<sup>21</sup>, que, como todos los C3digos posteriores, incluso el de Partidas, no utiliza la palabra *hipoteca*, sino sólo la de *prenda*, ofrece particularidades que adelantan algunos de los futuros principios de constituci3n

<sup>15</sup> CATON, en su "De re rustica", explica que la cosa estaba siempre ligada a la obligaci3n real a que se hallaba afecta, y con ella pasaba a cuantos la adquirieran a título singular o universal.

<sup>16</sup> Vid. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*. Editorial Montecorvo, 1973, página 400.

<sup>17</sup> En la Ley 6, título 1, libro XX del Digesto, se lee que la prenda y la hipoteca sólo se diferenciaban en el sonido: *inter pignus autem et hypothecam tantum sonus differt*. Y en la Ley 13 siguiente del mismo título se utilizan como sinónimos cuando se dice que el esclavo que tenía pendiente su libertad de cumplimiento de una obligaci3n, podía ser dado en hipoteca, aunque terminara la prenda.

<sup>18</sup> Digesto, Ley 9. título VII, libro XII.

<sup>19</sup> Instituciones, título XIV, 4. libro III, GAYO, y ley 4, título 1. libro XX, del Digesto.

<sup>20</sup> Ley 11, título XIV, libro VIII, C3digo de JUSTINIANO.

<sup>21</sup> Título VI del libro V, De pignoribus et debitis, en especial su Ley 5ª.

de la hipoteca: Regulación de un sistema de distribución de los bienes entre los varios acreedores; establecimiento de la prioridad entre acreedores sobre la base del orden de antigüedad de las respectivas demandas; y, quizá como residuo del sistema romano de responsabilidad personal directa, un medio de ejecución consistente en la entrega al acreedor del deudor insolvente para que pagara con sus servicios.

En el Fuero Real<sup>22</sup>, se regularon los llamados *peños de toda la buena*, o sea, de toda la hacienda o caudal, que constituye lo que después se llamó *hipoteca general*, de carácter solidario. El deudor que hubiera constituido la llamada *prenda convencional de todos los bienes* no podía enajenarlos hasta que tuviera pagada la deuda<sup>23</sup>. Es decir, primaba el interés del acreedor sobre toda otra consideración, como pudiera ser el fomento del crédito del deudor. Se venía a establecer una especie de interdicción contra el deudor, contrariando el principio de que la prenda general, como no se concrete a bienes determinados, no debe ser obstáculo a la enajenación. Con ello se reforzaba el principio de solidaridad de la garantía<sup>24</sup>.

### 2.2. Legislación de Partidas

Define tres clases de *peños*<sup>25</sup>: Los que hacen los hombres entre sí de su voluntad, empeñando sus bienes unos a otros por razón de alguna cosa que deban dar o hacer; cuando los juzgadores mandan entregar a alguna de las partes en los bienes de su contendiente, por falta de respuesta, por razón de rebeldía, por juicio que es dado entre ellos o por cumplir mandamiento del Rey; y los que se hacen calladamente, sin decir ninguna cosa.

Los dos primeros se corresponden con la posterior división entre hipotecas voluntarias y judiciales. La tercera categoría de prenda es la llamada *hipoteca tácita* y luego hipoteca legal, entre las cuales las Partidas incluyen una gran variedad<sup>26</sup>.

## 3. LOS PRINCIPIO DE LA HIPOTECA A COMIENZOS DEL SIGLO XVI

A comienzos del siglo XVI, la situación de los principios básicos de la hipoteca, podría describirse así:

a.- La hipoteca, como garantía de carácter real, aparece dominada por el *principio de generalidad*, recayendo sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor.

b.- Domina también el *principio de indeterminación de la responsabilidad* a que está afecta cada finca.

<sup>22</sup> Título XIX, libro III, Leyes 6ª, 7ª y 8ª.

<sup>23</sup> Así resulta de la Ley 243 de las de Estilo o colección de las decisiones reales para la aplicación del Fuero Real.

<sup>24</sup> Vid. CANALES E IBANEZ, obra citada, tomo I, pág. 53.

<sup>25</sup> Resumimos de la Partida 5ª, título XIII, Ley 1ª. El texto consultado es la *Glosa del Licenciado Gregorio López*, año de 1555, págs. 82 y sigs., edición facsimil del Boletín Oficial del Estado.

<sup>26</sup> Partida 5ª, título VIII, Ley 5ª, y título XIII, Leyes 23, 24, 26, 28 y 33.

Entre las *hipotecas generales privilegiadas* se encontraban las del Fisco y las de las mujeres casadas en todos los bienes del marido como garantía de la dote; y no privilegiadas eran las de los menores en los bienes de sus guardadores, de los legatarios en los del testador, del marido en los del que prometió dote, de los hijos en los del padre o madre que pasó a segundo enlace en garantía de la reserva, o en los bienes de la madre viuda que contrae nuevo matrimonio y en los del padrastro hasta que dieran cuentas, y la de los hijos en los bienes del padre usufructuario por los que recibió de la madre del hijo y enajenó.

Entre las *hipotecas especiales privilegiadas* pueden citarse: la establecida a favor del que dió dinero para edificar o reparar un edificio o nave, a favor del huérfano que anticipó dinero para comprar alguna cosa y a favor del que estipuló que lo comprado con su dinero quedara empeñado para el pago; y *no privilegiada especial* era la establecida a favor del arrendador de una finca urbana en todo lo introducido en ella, y si fuere rústica, de lo que, con conocimiento del dueño, haya entrado el arrendatario.

c.- Consecuencia de las dos notas anteriores es la vigencia práctica del *principio de solidaridad*, es decir, posibilidad de ejercicio de la acción hipotecaria, por el todo de la deuda, sobre cualquiera de los bienes de los deudores.

d.- La hipoteca se encuentra en una situación de clandestinidad o *ausencia de publicidad*.

e.- Sociológicamente, la hipoteca se organiza en beneficio exclusivo de los acreedores, sin atender a la idea de fomento del crédito territorial.

Pero, con el descubrimiento de América, la expansión generada por el Imperio y la crisis del feudalismo, desde comienzos del siglo XVI se siente fuertemente la necesidad de robustecer el crédito territorial. Esta necesidad no puede satisfacerse sin acabar con el concepto de clandestinidad, instaurando el *principio de publicidad*, de las cargas primero y de las transacciones después, lo cual va a llevar directamente a la creación del órgano que la haga efectiva: el moderno Registro de la Propiedad.

Curiosamente, la misma palabra hipoteca la encontramos por primera vez en la Ley LXIII de las de Toro<sup>27</sup>, formadas en las Cortes de 1505, con el alborar del siglo XVI.

Las primeras disposiciones, que datan de 1528, atacan la clandestinidad con medidas extrapublicitarias, imponiendo la obligación de declarar las cargas, censos, tributos o hipotecas, bajo pena de multa<sup>28</sup>.

Más tarde, en 1539, se acuerda la llevanza de un libro en las cabezas de jurisdicción, donde se registrasen los contratos de censos, tributos, imposiciones e *hipotecas*, que luego se extiende a las ventas<sup>29</sup>, primer Registro de la Propiedad general que se establece en España.

La Real Pragmática de CARLOS III, de 31 de enero de 1768, creadora de los Oficios o Contadurías de Hipotecas<sup>30</sup>, obra de los Fiscales del Consejo de Castilla FLORIDABLANCA y CAMPOMANES, irrumpe en el campo de la seguridad del tráfico inmobiliario con la misma fuerza y eficacia que la Ilustración supo dar a la generalidad de los asuntos públicos y supone un considerable avance en orden a la organización de lo que sería el moderno Registro de la Propiedad, indispensable para la implantación de los principios que, ante la nueva realidad social y económica, iban a regir en lo sucesivo el derecho real de hipoteca<sup>31</sup>. Debe destacarse la implantación del *principio de circunscripción territorial* o lugar de situación de las fincas para la inscripción, con buen criterio, por tratarse de una circunstancia siempre fija, frente el carácter, necesariamente aleatorio, del lugar del domicilio o de celebración del contrato.

<sup>27</sup> En dicha ley se lee: "... donde en la obligación hay *hipoteca*, o donde la obligación es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no menos". El texto lo hemos tomado de los *Comentarios a las Leyes de Toro*, del Licenciado Juan ALVAREZ DE POSADILLA, Madrid, 1796, Imprenta de la Viuda de Ibarra, pág. 338. Este texto se corresponde, por otra parte, con la Ley V, título VIII, libro XI de la Novísima Recopilación (tomo V, pág. 196 de la edición facsímil del Boletín Oficial del Estado).

<sup>28</sup> Obligación de pagar "el dos por tanto". Cortes de Madrid de 1528 y Pragmática del mismo año. Se reitera en las Cortes de Valladolid de 1548 y 1558. Estas cuatro disposiciones se recogen luego en el libro X, título XV, Ley II de la Novísima Recopilación, tomo V, edición facsímil de 1805 del Boletín Oficial del Estado, página 76.

<sup>29</sup> Cortes de Toledo de 1539 y Pragmática del mismo año.

<sup>30</sup> Se corresponde con la Ley III, título XVI del libro X de la *Novísima Recopilación*, tomo V, edición facsímil de 1805 del Boletín Oficial del Estado, págs. 106 y sigs., que es el texto consultado, más comprensivo al recoger las disposiciones posteriores complementarias, insertas en el propio texto, hasta 1804, año inmediatamente anterior al de su publicación.

<sup>31</sup> Camino nada fácil que tropezaba con enormes dificultades, derivadas de la concepción económica y social de la época. De una parte, la publicidad impedía a los poderosos consumir la riqueza de los crédulos ciudadanos que suponían la realidad donde encontraban brillo y esplendor. De otra, en el orden fiscal, el

En el Proyecto de Código Civil de 1836<sup>32</sup>, hay algunos aspectos interesantes que indican ya la línea del Derecho de hipotecas en formación: Aunque aparecen confusas las nociones de *indivisibilidad* y *solidaridad*, es clara la formulación de los efectos que producen estos principios: "... están sujetos a la seguridad y cumplimiento de la obligación porque se constituye (la hipoteca) sobre todos y cada uno de los bienes hipotecados" (artículo 1.722). "La hipoteca es por su naturaleza indivisible... La finca o fincas hipotecadas subsisten siempre sujetas a la hipoteca mientras no se liberten de este gravamen..." (artículos 1.722 y 1.724). Se rechazan las hipotecas generales<sup>33</sup>.

El Proyecto de Código Civil de 1851 es, sin duda alguna, el precedente de mayor importancia de nuestra primera Ley Hipotecaria. Sus Títulos XIX y XX suponían una profunda transformación en la materia<sup>34</sup>: La adopción, de forma absoluta, del *principio de publicidad*, siguiendo el sistema alemán y rechazando el sistema mixto que prescribe la publicidad para las hipotecas voluntarias y deja ocultas las legales<sup>35</sup>; consecuencia de la publicidad absoluta es el desarrollo del *principio de especialidad*, ya que aquélla no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales<sup>36</sup>; el *principio de indivisibilidad*, apuntado ya en nuestra legislación de Partidas<sup>37</sup>, siguiendo la tradición romana -*Tota in toto et tota in qualibet parte*-, y consagrado en las legislaciones francesa y alemana, es un punto -decían los comentaristas del Proyecto de 1851<sup>38</sup>- que no admite discusión.

---

registro de instrumentos hacía públicas las enajenaciones y había que huir del mismo para evitar el pago de las alcabalas.

Don Vicente HERNANDEZ DE LA RUA, en su interesante libro *Comentarios a las disposiciones legales vigentes sobre registro de instrumentos y derecho de hipotecas*, publicado en 1853 en Madrid, Imprenta que fué de Operarios, explica que la excesiva publicidad perjudicaba al crédito de las personas que tenían que tomar prestado sobre sus bienes. Por eso TREILHARD, en su discurso en las Cámaras francesas sobre el proyecto de ley de hipotecas, decía que los reyes de los siglos XVI y XVII fueron incapaces de dar a las hipotecas la publicidad suficiente, porque el brillo de los poderosos contribuía al brillo del Trono; debilitarlo era disminuir el respeto de los pueblos.

<sup>32</sup>Vid. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Tomo I. Madrid 1974, págs. 64 y sigs. Se trata del primer trabajo legislativo sobre reforma de la legalidad en materia de hipotecas, acordado por el Ministerio de Gracia y Justicia. Aparece en el Proyecto de Código Civil español, redactado por los juriscultos TAPIA, VIZMANOS y AYUSO en 1836, que no llegó ni a discutirse en las Cortes.

<sup>33</sup>Constituían excepción la hipoteca legal tácita a favor del Fisco, a favor del vendedor que ha entregado la cosa y no ha recibido el precio y a favor del legatario (arts. 1.755 a 1.761).

<sup>34</sup>Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, tomo II. Zaragoza 1974, pág. 927. Dice GARCÍA GOYENA que las concordancias, motivos y comentarios relativos a estos dos títulos "son obra de don Claudio Antón de LUZURIAGA, que ha trabajado tanto como yo en la formación del Código Civil y más que yo en la materia de hipotecas".

<sup>35</sup>El texto del artículo 1.786 del Proyecto de 1851 era contundente: "La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el Registro Público y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero". Y tan sólo la cuarta disposición transitoria declara subsistentes los privilegios que la legislación vigente otorgaba a los menores y a la mujer casada, sin sujetarlos a inscripción, para evitarles perjuicios en derechos ya adquiridos.

<sup>36</sup>El artículo 1.784 lo recogía así: "No puede constituirse hipoteca sino sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados". Vid. *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit. Comenta LUZURIAGA en sus notas a los artículos 1.782 a 1.786: "No se otorga hoy ninguna escritura sin obligar a su cumplimiento todos los bienes de los contratantes; esta cláusula de rutina está en todos los formularios de los escribanos; y puede haber quien asegure que esta fórmula no constituye una hipoteca general? Sin la *especialidad* es imposible conocer la verdadera situación de un inmueble que hubiera de servir de objeto de una obligación".

<sup>37</sup>Partida 5ª, título XIII, Ley 5ª.

<sup>38</sup>Vid. *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., pág. 939, comentarios a los artículos 1.798 a 1.807.

### III. LOS PRINCIPIOS DE LA HIPOTECA EN LA LEY DE 8 DE FEBRERO DE 1861 Y EN LA VIGENTE LEY DE 1944-46

En la concepción académica y pedagógica de los efectos del derecho real de hipoteca, se suelen distinguir, dos fases: Una primera *fase de seguridad o cautelar*, que se inicia con la inscripción constitutiva y en la que la hipoteca entraña un estado de vinculación del valor económico de la cosa hipotecada y funciona como un gravamen o carga con alcance “*erga omnes*”; y una segunda *fase de efectividad o ejecución*, en la que, incumplida la obligación asegurada, la vinculación cautelar se hace efectiva, mediante el ejercicio por el acreedor del *ius distrahendi, o ius vendendi*, la realización del valor en cambio de la cosa hipotecada, mediante el ejercicio de la acción hipotecaria en el correspondiente procedimiento de ejecución.

En la investigación y análisis de los principios modernos que constituyen el fundamento jurídico de la hipoteca, he separado aquellos cuya aplicación se produce en la fase de constitución de la hipoteca o fase de seguridad, de aquellos otros principios que dominan la ejecución hipotecaria.

#### 1. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA FASE DE CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

Nuestra primera Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1861, consagra los principios básicos de la hipoteca, actualmente vigentes, pues han permanecido inalterados en las posteriores Leyes de 1909 y de 1944-46.

##### 1.1. *Antecedentes en los trabajos legislativos*

a.- En la presentación del Proyecto de Ley Hipotecaria al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia, don Santiago FERNÁNDEZ NEGRETE<sup>39</sup>, se puso de manifiesto la urgencia de la misma y, como principal razón, se argumentó por el Ministro la necesidad que tenía la agricultura de obtención de recursos para desarrollarse, recursos que, según decía, “los proporciona el crédito territorial, a la sombra de una buena legislación hipotecaria”.

b.- De la discusión del Senado<sup>40</sup>, destaca la resistencia a acabar con las hipotecas legales tácitas, que defendía el señor GOMEZ DE LA SERNA. El señor LUZURIAGA fué tajante en su contestación: El sistema está viciado, porque la existencia de hipotecas ocultas falsea el gran principio de la ley discutida (se refería al *principio de publicidad*) y defrauda la esperanza que había hecho concebir a los que habían pensado fundar en ella el crédito territorial.

c.- De la discusión ante el Congreso<sup>41</sup>, de enorme interés, pues allí se libró la batalla de la que nacerían los principios básicos del sistema hoy vigente, vamos a recoger los siguientes puntos:

1º. En la presentación del Proyecto, una vez dictaminado por la Comisión, ésta se justificaba explicando que, así como a beneficio del crédito se habían efectuado grandes progresos, era vergonzoso para España que la riqueza territorial o inmobiliaria viera alejarse de sí los capitales que debieran secundarla.

Es decir, frente al criterio tradicional de organizar las garantías en beneficio casi exclusivo de los acreedores, se afirma la necesidad de proteger y vigorizar el valor de los inmuebles que constituyen su seguridad.

<sup>39</sup> Vid. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. Obra y tomo citados, págs. 131 y 132.

<sup>40</sup> Vid. *Leyes Hipotecarias y registrales de España*. Obra y tomo citados, págs. 135 y ss.

<sup>41</sup> Vid. *Leyes Hipotecarias y registrales de España*. Obra y tomo citados, págs. 153 y sigs.

2º. El señor ORTIZ DE ZARATE<sup>42</sup> atacó el *principio de divisibilidad* de la hipoteca que establecía el Proyecto, calificándolo de nuevo y desconocido en España. El derecho que hasta ahora tenía el acreedor hipotecario -decía- sobre todas y cada una de las diferentes fincas hipotecadas para reclamar el pago de todo el capital o parte de él y de sus réditos, se echa por tierra al obligarle a señalar en cada una de ellas la cantidad de que ha de responder.

En opinión del señor PERMANYER, el Proyecto sancionaba el tradicional *principio de indivisibilidad* de la hipoteca. Lo que ocurría es que el señor ORTIZ DE ZARATE confundía los conceptos de *solidaridad e indivisibilidad*; y, para evitar los excesos y desmedidas exigencias de los capitalistas, es por lo que el Proyecto ha ordenado sabiamente que, siendo varias las fincas que se ofrezcan en garantía por un solo crédito, se determine la parte de gravamen de que habría de responder cada una.

3º. Sobre las hipotecas legales ocultas, también se entabló un dúo dialéctico entre los señores ORTIZ DE ZARATE y PERMANYER, ya que no veía claro el primero que, al sujetarlas a inscripción, pudieran subsistir. La novedad -decía el segundo- no es la supresión de las hipotecas legales, sino la radical reforma de aquello que venía siendo un grave obstáculo al acrecentamiento del crédito territorial, siendo absolutamente necesario subordinar su eficacia a las formalidades de inscripción, una vez que ha aparecido en Europa esa gran institución salvadora del crédito territorial que ha introducido en la riqueza inmueble el elemento de la publicidad. Los que antes tenían derecho a hipoteca legal, continuarán teniéndolo, aunque ese derecho haya de quedar sujeto a nuevas condiciones: que han de ser hipotecas especiales (sobre bienes concretos) y públicas (sujetas a inscripción en el Registro).

## 1.2. Los principios de la hipoteca en la "Exposición de Motivos y Fundamentos del Proyecto de Ley"

Este Proyecto<sup>43</sup> lleva fecha de 6 de junio de 1860 y en el mismo se recogen y fundamentan los principios que luego pasarían al texto de la Ley de 8 de febrero de 1861.

### 1º. Principios de publicidad y especialidad de las hipotecas<sup>44</sup>

En cualquier caso-señalaba la Exposición-, había una exigencia previa, sin la cual las nuevas ideas resultarían inútiles: "Para llevar a cabo tan grave reforma se necesita

<sup>42</sup> Está detallada en el tomo I de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*. II Congreso Internacional del Derecho Registral. Editorial Castalia, 1974. págs. 157 y sigs.

<sup>43</sup> *Leyes Hipotecarias y registrales de España*. Obra y tomo citados, págs. 223 a 336.

<sup>44</sup> Se encuentra recogido el *principio de publicidad* en la Ley Hipotecaria vigente: Artículo 145 ("Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: 1º. Que se hayan constituido en escritura pública. 2º. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad") y artículo 159 ("Para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan").

También recoge el principio de publicidad el Código Civil en su artículo 1.875 ("... es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad").

Por su parte el *principio de especialidad* está recogido, además de en el artículo 1.857 del Código Civil (que como requisitos esenciales de la hipoteca reclama la existencia de una obligación principal, de una cosa específica que ha de ser propiedad del hipotecante y la capacidad dispositiva plena del mismo), en numerosos artículos de la Ley Hipotecaria: 12 (necesidad de expresar en las inscripciones de hipoteca el importe de la obligación asegurada y el de los intereses), 105 (obligaciones asegurables con la hipoteca), 106, 107 y 108 (bienes y derechos que pueden hipotecarse), 109 a 113 (extensión de la hipoteca en cuanto a la finca gravada), 114 y 115 (extensión precisa de la hipoteca en cuanto a la obligación accesoria de pago de intereses), etc.

dar a los registros de hipotecas una organización adecuada al importante y delicado servicio que tienen por objeto<sup>45</sup>. Es decir, tenía que partirse del *principio de publicidad registral de las hipotecas*, desconociéndose para lo sucesivo las hipotecas generales y clandestinas y estudiar la conveniencia de suprimir las hipotecas legales<sup>46</sup>.

Se sienta, pues, como principio incuestionable la aceptación de un sistema hipotecario que tiene como base los *principios de publicidad y especialidad* rigurosa de las hipotecas, desechándose tanto el antiguo sistema de las hipotecas ocultas, contrario al crédito territorial, y que, en lugar de buscar como garantía del deudor su crédito real, prefiere más bien su crédito personal, así como el sistema que, admitiendo la publicidad de las hipotecas como una de sus bases, al lado de ella, conserva hipotecas ocultas.

### 2º. Principios de determinación<sup>47</sup> y distribución de responsabilidad<sup>48</sup>

Más revolucionaria aún era la implantación de los *principios de determinación y distribución de responsabilidad*. La Exposición de Motivos lo explica así, en relación con la situación anterior a la Ley que describe de la siguiente manera: “Cuando se hipotecan varias fincas a la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas a una carga real por el importe total de lo debido y sobre todas ellas se extiende por igual el derecho hipotecario del acreedor; resulta de aquí que el deudor ve minorado su crédito territorial mucho más de lo que en realidad han desmerecido su riqueza y la garantía que aún le ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas a que se hallan afectos; indirectamente, se protegen las inmoderadas exigencias de los prestamistas que, no contentos con garantías firmes y de seguro éxito, multiplican, sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipoteca”.

La solución al grave problema planteado la encuentra la Exposición de Motivos en la aplicación de la regla o principio de distribución: “A estos inconvenientes, ha ocurrido el Proyecto proponiendo que, cuando sean varias las fincas que por un solo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una tiene que responder; de este modo, la carga real no se extiende a todo el valor de la finca, sino solamente a una cifra que puede ser muy inferior a su verdadero valor, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario...”

### 3º. Principio de indivisibilidad de la hipoteca<sup>49</sup>

Por otra parte, si las reglas de distribución y determinación de la hipoteca se establecen en beneficio del hipotecante, de su crédito como propietario de bienes inmue-

<sup>45</sup> Así se expresaba el Ministro, Don José María FERNANDEZ DE LA HOZ, al presentar al Congreso el fallido Proyecto de 1858 (*Leyes Hipotecarias y Registrales...*Cit. pág. 117).

<sup>46</sup> Esta era la línea marcada por Don Claudio ANTON DE LUZURIAGA en sus notas al Proyecto de Código civil de 1851 de Don Florencio GARCIA GOYENA: Vid., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Tomo II. Zaragoza 1974, pág. 927.

<sup>47</sup> Lo recoge específicamente el artículo 12 de la Ley Hipotecaria (“Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubiesen estipulado”), además de los preceptos que respecto del *principio de especialidad* se han citado en la nota precedente.

<sup>48</sup> Está proclamado expresamente en el artículo 119 Ley Hipotecaria (“Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder”) y desarrollado, principalmente, en los artículos 120, 121 y 125 de la misma Ley. Además, la Ley Hipotecaria solo admite la responsabilidad solidaria de las fincas en caso de división de finca anteriormente hipotecada, en su artículo 123.

<sup>49</sup> Lo recoge ya el Código Civil en su artículo 1.860 (“La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor”). La Ley hipotecaria lo proclama

bles, el *principio de indivisibilidad* de la hipoteca lo es en beneficio del acreedor. La Exposición de Motivos lo explica así: “El derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo fué entre los romanos. Este principio secular, admitido en todas las naciones, no puede ser objeto de disputa... Existiendo la hipoteca sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, subsistirá íntegra mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantida y permanecerá íntegramente sobre la parte de bienes que quede en el caso de que otra parte haya desaparecido. Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es también que, cuando una finca hipotecada se divida, subsista la hipoteca también íntegramente sobre cada una de las nuevas fincas, a no ser que el acreedor y el deudor voluntariamente estipulen que se distribuya entre ellas la hipoteca. Cuando en estos términos se hace la distribución, la antigua hipoteca queda extinguida y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo. Por esto, pagada la parte del crédito con que está gravada alguna de ellas, queda ésta libre: y por el contrario, cuando es una sola la finca hipotecada, o cuando siendo varias no está distribuída entre ellas la hipoteca, ni señalada la parte a que quede afecta cada una, no podrá el dueño exigir que se libere ninguno de los bienes hipotecados ni una parte de ellos, por grande que sea la cantidad que haya pagado, mientras no haya sido satisfecha toda la deuda”.

Los artículos 119 a 125 de la Ley Hipotecaria de 1861 recogerían esta doctrina de la Exposición de Motivos, pasando inalterados tanto a la Ley Hipotecaria de 1909 como a la vigente de 1944-46.

## 2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

Teniendo presentes los caracteres de todo derecho real de garantía, en su aplicación a la hipoteca<sup>50</sup>, pueden formularse los siguientes principios al respecto<sup>51</sup>.

1º. *Principio de separación de la responsabilidad personal del deudor y la responsabilidad real del hipotecante y de los terceros adquirentes de la finca hipotecada*<sup>52</sup>.

detalladamente en su artículo 122 (“La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido...”).

<sup>50</sup> Puede verse mi trabajo, “Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 75 años de Revista Crítica”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 657, conmemorativo del 75º aniversario de la fundación de la revista. Enero-febrero, 2000, págs. 719 y ss.

<sup>51</sup> Puede verse mi trabajo “Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria”, en el libro *Cuestiones procesales y registrales de la ejecución hipotecaria*. Consejo General del Poder Judicial y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1999, págs. 311 y ss.

<sup>52</sup> Lo recoge el artículo 120 Ley Hipotecaria (“Fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos *con perjuicio de tercero* sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos...”).

La distinción entre la responsabilidad personal (pago de la deuda o crédito asegurados) y la responsabilidad real (afección de la finca hipotecada al pago de las cantidades aseguradas) aparece en el artículo 118 Ley Hipotecaria, en el caso de venta de finca hipotecada, pues el comprador no asume la obligación personal de pago, si no se pacta así.

En caso de ejecución es clara la diferencia entre el ejercicio de la acción personal (el tercero ejecutado solo responde del pago de la parte de crédito asegurada con los bienes que él posee, según el artículo 126 Ley Hipotecaria), en cambio, entre partes, no hay límite para reclamar la totalidad de la deuda personal (artículo 120 Ley Hipotecaria).

El Código Civil lo había proclamado también en el caso de hipoteca por deuda ajena: “Las terceras personas extrañas a la *obligación principal* pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes”.

El problema de la aparición de un tercer adquirente de la finca hipotecada y el alcance de su responsabilidad, se resuelve con una precisión técnica impecable: "Enajenada la finca a un tercero -dice la Exposición de Motivos- o constituida sobre ella una hipoteca nueva, el tercer adquirente o hipotecario no deberá ser inquietado por la obligación personal del deudor. Al acreedor le quedará siempre expedita la acción real para reclamar contra los demás bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor, hasta donde alcancen sus respectivas hipotecas, y respecto a la suma a que no alcancen, como su acción es meramente personal, no podrá ni perjudicar a las enajenaciones ni pretender que queden sin efecto cualesquiera otras cargas reales que se hayan impuesto sobre la finca".

2º. *Principio de aplicación directa de la fuerza expansiva del derecho real*<sup>53</sup>

Se trata de un simple desarrollo de la naturaleza de derecho real de la hipoteca. La ejecución es mera realización del derecho real de hipoteca. Sobre la obligación asegurada no cabe pleito ni discusión. Constituida la hipoteca, no cabe discusión sobre la obligación asegurada. Lo único que cabe es ejecutarla directamente. El ejercicio de la acción hipotecaria es el ejercicio de una acción específicamente registral<sup>54</sup>.

En la discusión en el Senado del Proyecto de la que sería Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de abril de 1909, el Sr. BLANCO RAJOY<sup>55</sup> defendía la siguiente tesis: "Si, pues, tratándose del desahucio, del interdicto y de todos los derechos donde está preestablecido un título análogo al que puede ostentar el acreedor cuando ejercita esta acción (la acción hipotecaria), la sentencia no se dicta sin su audiencia, por qué vosotros condenais al hipotecante o al ejecutado a que se le despoje de sus bienes sin esa audiencia?".

El Sr. ALVAREZ GUIJARRO<sup>56</sup> argumentaba frente a esta tesis: "... ni el Gobierno, ni la Comisión, ni nadie en el Senado ni en el Congreso ha indicado deseos de reformar o revocar... tres artículos del Código civil. Es uno el artículo 1.858, que define y determina la esencia y la naturaleza del contrato de hipoteca, y los otros los artículos 1.876 del mismo Código y 1.877, que establecen que la hipoteca sujeta directamente, independientemente y con abstracción completa de la persona, los bienes hipotecados a la obligación que garantiza, y que el acreedor hipotecario tiene acción directa completa y libre, prescindiendo de su deuda, de percibir el cobro de su crédito, contra los bienes del deudor..."

"En ese artículo (el proyectado 131 LH) que, efectivamente, es muy largo... se establece un solo precepto, y es que tan luego como la obligación esté vencida y no satisfecha se celebre la subasta judicial".

---

<sup>53</sup> El artículo 130 de la Ley Hipotecaria (redactado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero) dice así: "El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo." Es decir, constituido el derecho real de hipoteca mediante la inscripción registral, como derecho real de garantía y de realización de valor, es procedente la ejecución directa, sin previos pronunciamientos judiciales.

<sup>54</sup> Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, "Acciones registrales en el Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil". *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, número 83, marzo-abril 1999, págs. 379 y ss.

<sup>55</sup> Vid. , *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y Evolución*. Tomo II, Volumen II. Leyes de 1909. Discusión parlamentaria. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1992. Págs. 345 y ss, en especial, 349 a 351.

<sup>56</sup> Se refería el Sr. ALVAREZ GUIJARRO al art. 3º de la Ley de Reforma de 21 de abril de 1909, que recogía las reglas del que sería art. 131 en el Texto de la Ley de 16 de diciembre del mismo año 1909. Vid. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y Evolución*. Tomo II, Vol. I, cit. pág. 683.

“... el Código civil dió por hecho que... no cumplida la obligación, el acreedor pudiera por medio de Notario, vender en pública subasta la prenda. Pues... establecida la obligación de la escritura de constitución de hipoteca, registrada la hipoteca, no cabe pleito sobre eso..., no hay que hacer más que vender judicialmente la finca, como notarialmente se vende la prenda, y esto es todo...”

### 3°. *Principio de inmediatividad dispositiva*<sup>57</sup>

La hipoteca es -esencia- un derecho real de realización de valor. La relación de inmediatividad o relación directa entre sujeto y objeto, propia de los derechos reales, se hace visible normalmente mediante la posesión: derecho a poseer del propietario, del usufructuario, del superficiario (y en esta casa tenemos la prueba, pues la Academia la posee como titular de un derecho de superficie), etc. En la hipoteca, el acreedor hipotecario no es poseedor; el hipotecante conserva la posesión de la finca. Pero la ausencia de *inmediatividad posesoria* está ampliamente compensada con la concesión al acreedor de *inmediatividad dispositiva* o facultades directas para pedir al Juez la venta de la finca en pública subasta para la satisfacción del crédito asegurado e impagado. Es consecuencia de la naturaleza de la hipoteca como derecho real de realización de valor.

### 4°. *Principio de la paz social*

El principio de inmediata efectividad de los derechos reales debe conectarse con el de la paz social.

En la STS 18 diciembre 1981 se declara que el procedimiento judicial sumario es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que hace el Juez, al no poderlo efectuar el acreedor por sí solo, por razones de paz jurídica

El ejercicio del esencial derecho (derecho con minúscula) del acreedor hipotecario de promover la venta del inmueble gravado, ha de ajustarse a Derecho (con mayúscula), mediante el cumplimiento de los trámites previamente tasados. Lo exige la paz social y lo impone la ley.

La esencia de los derechos reales de garantía está en la posibilidad que se otorga al acreedor de cobrar su crédito, sin la colaboración del deudor, mediante la realización del valor del bien gravado, procurándose, por acto propio, el reintegro de la cantidad que se le adeudaba. Pero, históricamente, se ha tratado de compensar la seguridad del acreedor al cobro mediante la utilización de un medio suficiente, con la limitación del exceso de poder de sus facultades que pudiera derivar en abusos, a través de una doble vía: prohibición del pacto comisorio y control de la enajenación o realización de la cosa que permita la obtención de un precio justo. Esta doble limitación culmina con la reconducción de la realización hipotecaria a la vía o cauce judicial o notarial.

La titularidad del acreedor hipotecario significa que tiene no solo un derecho de garantía sino también un derecho de realización de valor, si bien, por razones de paz social, no lo actúa por sí solo, sino que lo solicita del Juez, en base precisamente a ese derecho.

<sup>57</sup> El artículo 129 Ley Hipotecaria establece dos reglas sobre ejecución hipotecaria:

-La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente sobre los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III “De la ejecución dineraria” de la LEC con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

-En la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 CC, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas por el Reglamento Hipotecario.

El “ius vendendi”, centro y fuerza de la hipoteca, ha de actuarse con control del Estado, que no tiene por qué ser necesariamente judicial; basta con que se rodee de las garantías necesarias para evitar el abuso y los excesos que su ejercicio pudiera provocar. Por eso se admite y regula el pacto de ejecución extrajudicial ante Notario (artículo 129 LH). Pero ese derecho se actúa por el acreedor como acto propio, cualquiera que sea el modo como se lleve a efecto<sup>58</sup>.

##### 5º. Principio del respeto a los créditos preferentes o privilegiados

La ejecución garantiza el respeto jurídico y/o económico a los créditos preferentes, anteriores o privilegiados.

El análisis de la relación entre las garantías reales y los privilegios o preferencias legales, revela que los acreedores que cuentan con causas de preferencia de origen legal tienen una posición privilegiada, pues estas preferencias legales representan un elemento de riesgo para los acreedores ordinarios. Ahora bien, las garantías reales hacen que el crédito tutelado por ellas sea satisfecho con prioridad sobre la mayoría de los créditos que disponen de causas de preferencia de origen legal. La posibilidad de constituir convencionalmente garantías reales se presenta como una oportunidad de esquivar el impacto de los créditos privilegiados en caso de insolvencia del deudor. Por ello, el Derecho ha reaccionado con la creación de los *créditos superprivilegiados* que, por disposición legal, gozan de preferencia sobre los créditos tutelados por garantías reales<sup>59</sup>.

Las causas de preferencia de origen convencional o garantías reales, desarrollan una función de financiación de actividades económicas, responden a necesidades objetivas de la economía. La lógica de los privilegios es distinta: Los sistemas políticos tienden a la protección de aquellos acreedores que carecen de suficiente poder financiero y negociador para adoptar medidas de tutela de sus créditos. Es decir, las causas de preferencia de origen legal tienen una naturaleza esencialmente política<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Pueden verse en este sentido: GARCIA GARCIA, José Manuel, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*. CIVITA, SA. Madrid, 1994, pág. 43 y ss. DIAZ FRAILE, Juan María, “El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 635, julio-agosto 1996, pág. 1.339 y ss. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 641, julio-agosto 1997, pág. 1.255 y ss. SANTAELLA LOPEZ, Fernando, “Jurisdicción y ejecución extrajudicial”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 648, septiembre-octubre 1998. Págs. 1.663 y ss. NUÑEZ BOLUDA, Luis, “La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo relativo al procedimiento extrajudicial. Comentario a la STS de 4 de mayo de 1988”, en *Revista de Derecho Privado*, abril 1999, págs. 321 y ss.: Es de lamentar -dice el autor- que la autonomía de la voluntad no pueda generar formas de realización de los derechos privados que produzcan efectos frente a terceros sin incurrir en inconstitucionalidad.

En el campo del Derecho positivo, es de destacar que La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000, regula dos nuevas figuras, que revelan esta amplia libertad de ejecución dentro del principio de paz social y garantías del ejecutado: *El convenio de realización de bienes*, judicialmente aprobado, entre el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución. De modo que, cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta (artículo 640). Y la *realización por persona o entidad especializada* (artículos 641 y 642).

<sup>59</sup> GARRIDO, José María, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*. Cit., págs. 66, 75, 94 y ss.

<sup>60</sup> Vid. José María GARRIDO, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*. Cit., págs. 66 y ss.

Por estas razones, la ejecución hipotecaria, dentro de ciertos límites cuantitativos, respeta las preferencias legales de los créditos privilegiados (créditos laborales por salarios, créditos por gastos de la propiedad horizontal, privilegio de la Ley de Propiedad Intelectual a favor de los derechos de explotación del autor, créditos por cuotas de la Seguridad Social, hipotecas legales y privilegios hipotecarios, créditos por gastos debidos a la Sociedad de Servicios en el derecho de aprovechamiento por turno, afecciones reales urbanísticas, atribución de uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, arrendamientos durante los cinco primeros años de vigencia de los contratos, etc.).

#### 6°. Principio de saneamiento del Registro inmobiliario

La ejecución hipotecaria facilita el saneamiento del Registro inmobiliario, como instrumento de seguridad jurídica. El crédito hipotecario nace por la inscripción de su contrato constitutivo y se extingue por la cancelación de su inscripción<sup>61</sup>.

El saneamiento del Registro es un tema registral de particular importancia y que me es especialmente querido<sup>62</sup>.

La esencia de la publicidad registral, como instrumento de seguridad jurídica, radica en la protección del pronunciamiento registral, consecuencia de la exaltación de los derechos al estado registral. La fuerza de ese estado -amparado constitucionalmente (artículo 149.1.8.0 Constitución Española) y bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1.1 LH)- es de tal naturaleza que, en caso de desacuerdo o discordancia entre Registro y realidad, la presunción legitimadora mantiene aquel sobre ésta.

Sin embargo, no puede ser aspiración de ningún sistema registral avanzado mantener esa discordancia, sino todo lo contrario. Por ello, nuestra Ley Hipotecaria en su Título VI, precisamente, arbitra instrumentos que faciliten la "Concordancia entre el Registro y la realidad jurídica".

La ejecución hipotecaria, la realización del valor en cambio de la finca gravada, esencia de un derecho de vida estrictamente registral como es la hipoteca, quedarían incompletos con la sola inscripción del derecho del adjudicatario en la subasta. Es indispensable la cancelación del derecho ya realizado y de los demás que han nacido bajo su dependencia, condicionados al efecto erga omnes. Son los derechos *contradictorios o no preferentes*, cuyos respectivos asientos registrales deben ser eliminados mediante la cancelación y cuyo fundamento se encuentra en el efecto de vinculación general o *erga omnes*, propio de los derechos reales<sup>63</sup>.

\*\*\*

La importancia de la utilización del sistema de principios -sobre el que he pretendido profundizar, en relación con la hipoteca, en lo que ha quedado expuesto-, como garantía de eficacia de las instituciones jurídicas, queda fuera de toda duda. Se ha escrito<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Vid. AMOROS GUARDIOLA, Manuel, *La causa del crédito hipotecario*. Madrid, 1990, pág. 233.

<sup>62</sup> Puede verse mi trabajo "El saneamiento del Registro en la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 625, noviembre-diciembre 1944, pág. 2.495 y ss.

<sup>63</sup> Su traducción positiva está en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria. También se manifiesta en las facultades del titular del crédito hipotecario ejercitables "erga omnes": pedir ampliación de hipoteca (artículos 115 y 163 LH); acción de devastación (artículo 117 LH); percepción de indemnizaciones (artículo 110.2° LH); provocar la enajenación de la finca; pedir la posesión interina (artículos 1.858 CC, 690 LEC).

<sup>64</sup> Vid. CARRETERO GARCÍA, Tirso, *Los principios hipotecarios y el Derecho comparado*, en *Revista de Derecho Registral*. CINDER. Número 1, 1974, pág. 60.

que es necesaria la confrontación de los principios hipotecarios con las más recientes orientaciones jurídicas, dándose prevalencia al problema sobre el sistema y superando la “aburrida polémica” entre la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses, que debe sustituirse por la jurisprudencia de problemas y la jurisprudencia de principios.