

1.3. Derechos reales

LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA: SISTEMA ESPAÑOL.—II. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA: SU EVOLUCIÓN Y CARACTERES: 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2. ARGUMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES A FAVOR DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA.—III. FUNDAMENTO DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA.—IV. EFECTOS DERIVADOS DE SU INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.

I. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA: SISTEMA ESPAÑOL

La inscripción de los derechos reales, en un Registro específico para ello, es práctica común y generalizada de todos los sistemas registrales. Pero los efectos atribuidos a esa inscripción varían de uno respecto a otro. De este modo, la inscripción puede tener unos simples efectos declarativos, en cuanto proclama una situación jurídico-real ya formada y existente, o bien, puede formar parte del *iter* o proceso formativo de los derechos reales, configurándose entonces como inscripción de efectos constitutivos.

Inscripción declarativa sería, entonces, la que da publicidad de la existencia de un determinado derecho real, previamente formado, con los efectos registrales que de ello se derivan. Este tipo de inscripción se limita a declarar una situación real ya existente y perfectamente formada antes de la inscripción en el Registro.

Mientras que la inscripción constitutiva es, como su propio nombre indica, la que constituye o es elemento necesario en la producción de las modificaciones jurídico-reales, o, lo que es lo mismo, en la formación de los derechos reales. De forma que si los derechos no se inscriben, no llegan a existir como tales derechos reales. Es un elemento necesario en la formación o creación de los mismos, tanto *inter partes*, como para terceros.

Los distintos sistemas registrales de los diferentes países optan por dar un valor u otro a la inscripción de los derechos reales en el Registro. Así, mientras para Alemania y Suiza —y en general en todos los sistemas de corte germánico— la inscripción es constitutiva, salvo determinadas excepciones, en los sistemas de carácter latino la inscripción adquiere solamente un valor declarativo, ya que los derechos reales se forman con independencia del Registro y conforme a las pautas marcadas por el Derecho Civil puro.

Se puede afirmar, como regla general, que la inscripción en España es declarativa. Esto quiere decir que las modificaciones jurídico-reales se producen conforme a las normas del Derecho Civil, sin intervención del Registro, a

donde llegan ya plenamente conformadas, limitándose el Registro a dar publicidad de las mismas.

Desde la primera Ley Hipotecaria, se ha otorgado a la inscripción un valor meramente declarativo, ya que los derechos reales se formaban conforme a las normas del Derecho Civil existentes, respetando la nueva Ley, el sistema ya establecido. El sistema por el que se adquirían los derechos reales en Derecho patrio, era (1) —y sigue siendo— mediante el título y el modo. Título como acto o negocio por el que se constituye el derecho real, y el modo que equivale a la *traditio* o entrega de la cosa. Una vez que confluyen ambos factores, el derecho real está plenamente formado y existente. Este sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales se mantiene en la actualidad y así lo establece el Código Civil en su artículo 609, quedando la inscripción constitutiva para casos excepcionales como la hipoteca, tal y como recoge expresamente el artículo 1.875. Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria 1944 establecía que «la inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos», y que «tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico» (2). La actual Ley Hipotecaria de 1946 repite lo establecido por el Código Civil, al declarar en los artículos 1 y 2 que el objeto de la inscripción son los títulos por los que se crean, modifican o extinguen derechos reales, luego, se deduce que éstos llegan ya creados, modificados o extinguidos al Registro, aportando éste publicidad a aquellos; amén del artículo 145 LH, que establece expresamente, por el contrario, la inscripción constitutiva de la hipoteca.

La jurisprudencia, tanto registral como civil, ha proclamado en diversas ocasiones que en nuestro sistema hipotecario la inscripción es, por regla general, declarativa. Baste ver, en este sentido, la Resolución de 10 de enero de 1939, que dice textualmente: «que no tiene carácter sustantivo la inscripción de los actos traslativos de dominio que pueden nacer y vivir fuera del Registro». Con igual rotundidad se manifiesta la sentencia de 29 de junio de 1989, al declarar que: «el Ordenamiento Jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa». Corroboran que la inscripción es declarativa y no constitutiva —salvo excepciones— las sentencias de 21 de febrero de 1947 y 12 de mayo de 1961. A su vez, niegan el carácter constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho las siguientes sentencias: STS de 10 de

(1) Sólo en la Ley de Bases del Código Civil de 1843, y en concreto en la Base 52 propuesta por don Antón de Luzuriaga, se propuso un cambio en el sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales. A través de esta Base se pretendía introducir la inscripción constitutiva para todos los derechos reales. Es decir, para transmitir la propiedad —u otro derecho real—, no bastaba ya con el título (consentimiento) y el modo (entrega), sino que además era necesaria una formalidad adicional: la inscripción en el Registro. Sin esa inscripción los derechos reales no se constituían.

Cfr. Base 52: «para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, tomo II, Ed. Castalia, Madrid, 1974, pág. 78.

(2) Cfr. CASERO FERNÁNDEZ, R., *Leyes Hipotecarias*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960, págs. 122-123.

noviembre de 1954, 5 de abril de 1961, 29 de junio de 1975 y 31 de mayo de 1977. Y por último, apoyando la tesis de la inscripción declarativa, se manifiestan las siguientes sentencias que afirman que los derechos reales y el dominio nacen, viven y se extinguen fuera del Registro, por el sistema del título y el modo: 24 de mayo de 1952, 13 de marzo de 1964, 3 de octubre de 1974 y 31 de enero de 1978.

Pero, como toda regla general, la inscripción declarativa también tiene excepciones. De este modo, ciertos derechos reales necesitarán de la inscripción en el Registro para su constitución. Esto ocurre con el derecho de superficie, determinadas modificaciones jurídico-reales sobre fincas especiales, como las de reemplazo, fincas rústicas de extensión superior a cuatro hectáreas de regadío o veinte de secano, y las realizadas a favor de extranjeros sobre inmuebles sitos en zonas de especial importancia para la defensa nacional. Pero entre las excepciones a la regla general de inscripción declarativa, destaca, entre todas, la inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca.

II. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA: SU EVOLUCIÓN Y CARACTERES

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La hipoteca es un derecho real de garantía que sujeta determinados bienes inmuebles al cumplimiento de una obligación que garantiza, entre cuyas características se encuentra la de tener una constitución registral. El derecho real de hipoteca necesita de la inscripción en el Registro para existir o constituirse, de manera que si falta la inscripción registral, no nacerá el derecho real de hipoteca ni para las partes ni frente a terceros. Es la excepción más importante a la regla general de la inscripción meramente declarativa. La inscripción pasa a ser elemento necesario en la formación de la hipoteca; es por lo tanto constitutiva de la misma, y sin ella la hipoteca no ha nacido, ni siquiera *inter partes*. No tiene sólo efectos «constitutivos» frente a terceros —mejor dicho de inoponibilidad—, sino efectos constitutivos plenos, pues si no se inscribe el derecho real de hipoteca no nace ni para las partes contratantes.

Hoy en día, es comúnmente admitido el carácter constitutivo de la hipoteca, pues así parece desprenderse con absoluta claridad de los textos legales. Pero, no siempre a lo largo de la historia legislativa se ha reconocido este carácter.

Si nos remontamos a los orígenes de nuestra legislación hipotecaria, aparece un primer antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1836, en el que sí que se otorgaba cierto valor constitutivo a la inscripción de la hipoteca, ya que se exigía su toma de razón en el Registro. Esto quedaba reflejado en el artículo 1.751 (3), que decía lo siguiente: «la hipoteca convencional habrá de constituirse siempre en escritura pública. Debe tomarse razón en el Registro Público de Hipotecas, con arreglo a los términos que se expresan en el capítulo 6.º». De todas formas, del texto de este artículo pudiera interpretarse cierta inscripción constitutiva de la hipoteca, o simplemente la obligatoriedad de su inscripción, pues sólo emplea la palabra constituir con respecto a la escritura pública, que sí que será elemento necesario en la formación de la hipoteca,

(3) Artículo 1.751. Proyecto de Código Civil de 1836, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución», tomo II, vol. 1, *ob. cit.*, pág. 69.

no pudiendo deducirse lo mismo, con idéntica claridad, respecto a la toma de razón en el Registro.

Sin embargo, el hecho de que en el Proyecto de Ley de Bases de Código Civil de 1843 se mantuviera la inscripción constitutiva de la hipoteca, hace pensar que su antecedente legislativo pudiera estar orientado en esta misma dirección. En efecto, en las Bases 50 y 51 (4) de este Proyecto se recogía la inscripción constitutiva de la hipoteca. No obstante, este Proyecto no llegó a aprobarse, y en el nuevo Anteproyecto de 1848 se modificó la redacción de estas bases, estableciendo que la inscripción en la hipoteca produce los mismos efectos que en los demás derechos reales, tal y como recogía el artículo 32 de dicho Anteproyecto, es decir, efectos declarativos, pero, otorgándoles oponibilidad frente a los terceros desde el momento de su inscripción (5).

El Proyecto de Código Civil de 1851 asumió el Anteproyecto de 1848, y entre sus rasgos destacados se encuentra la eficacia constitutiva de la inscripción de la hipoteca (art. 1.786) (6) y, en general, de todos los derechos reales (art. 1.858) (7), pero sólo para terceros. Esto es lo que luego se concretará

(4) Cfr. Bases 50 y 51, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución», tomo II, vol. 1, *ob. cit.*, pág. 77.

Base 50: «no se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro Público».

Base 51: «lo dispuesto en la Base anterior se entenderá a las cargas que limiten o modifiquen la propiedad, salvo las excepciones que determine el Código».

(5) Artículo 32 del Anteproyecto de Código Civil de 1848, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución», tomo II, vol. 1, *ob. cit.*, pág. 83.

Artículo 32: «la inscripción de la Hipoteca está sujeta a lo que se determina en el título (Registro Público) respecto de la inscripción de los demás derechos reales, y produce los efectos que en el mismo título se expresan, además de los que especialmente se determinan en el capítulo siguiente».

Los efectos que respecto de la inscripción de los demás derechos reales se determinan en el Título dedicado al Registro Público, se encuentran en los artículos 94 a 100 del Anteproyecto. En concreto, el artículo 94 establece la inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a terceros, negando, por lo tanto la inscripción constitutiva, propiamente dicha, para los derechos reales, y consecuentemente para la hipoteca.

Artículo 94. Anteproyecto 1848, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España...», tomo I, *ob. cit.*, pág. 87: «ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos bienes, surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público».

Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el artículo 126».

(6) Artículo 1.786 del Proyecto de Código Civil de 1851, en GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV, Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid, 1852, pág. 184.

Artículo 1.786 del Proyecto de Código Civil de 1851: «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».

(7) Artículo 1.858 del Proyecto de Código Civil de 1851, en GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español», tomo IV, *ob. cit.*, pág. 223.

Artículo 1.858 del Proyecto Código Civil de 1851: «ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro Público».

Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el artículo 1.882, mientras no se haya hecho la anotación prevenida en el párrafo II del artículo 1.884».

—a mi entender, con la denominación adecuada—, en el principio de inoponibilidad, ya que lo que no esté inscrito no puede perjudicar al tercero inscrito o, lo que es lo mismo, los derechos nacen extrarregistralmente, pero para su oponibilidad *erga omnes*, necesitan de la inscripción. El mismo GARCÍA GOYENA (8), en los comentarios al citado artículo, extiende el principio de que las hipotecas no surten efecto contra tercero sino por medio de la inscripción, a todos los demás derechos reales, en virtud de este artículo.

Con la llegada de la Ley Hipotecaria de 1861 no se clarificaron mucho las cosas, ya que se siguió otorgando únicamente «eficacia constitutiva» a la inscripción de hipoteca con respecto a los terceros, es decir, se le hace oponible *erga omnes*, tras su inscripción (9). Lo mismo ocurría con el resto de los derechos reales y el dominio, puesto que esta Ley proclamó, con carácter general, el principio de inscripción declarativa. Por lo tanto, aún con la primera Ley Hipotecaria, la inscripción de hipoteca no era constitutiva para las partes, el derecho real de hipoteca nacía entre ellas con independencia de su inscripción en el Registro; es decir, producía plenos efectos para las partes, pero sin perjudicar al tercero hasta su inscripción en el Registro. Habrá que esperar a la publicación del Código Civil para que las cosas cambien.

El Código Civil de 1889 establece, de manera definitiva, la inscripción constitutiva de la hipoteca. El artículo 1.875 del Código Civil determina que «además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». A partir de este momento no queda lugar a dudas de la eficacia constitutiva de la inscripción de la hipoteca. Sin esa inscripción, el derecho de hipoteca no existe ni entre las partes ni para los terceros, la eficacia constitutiva es total.

Después de la publicación del Código, las sucesivas Leyes Hipotecarias se adaptaron al mismo, asumiendo sus modificaciones. De esta forma, la Ley Hipotecaria de 1909 incorporó la inscripción constitutiva de la hipoteca en su artículo 146 (10), cambiando la redacción anterior, que sólo hacía referencia a los efectos constitutivos para terceros, o de oponibilidad, «puedan perjudicar a tercero», por la más general y convincente, «queden válidamente establecidas». Lo mismo va a hacer la Ley Hipotecaria de 1944-46 que, aunque sigue manteniendo la inscripción declarativa como regla general en nuestro Dere-

(8) Cfr. GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español», *ob. cit.*, tomo IV, pág. 224.

(9) Cfr. en este sentido el artículo 146 LH de 1861, en «Leyes Hipotecarias y Registrales de España...», tomo I, *ob. cit.*, págs. 356-357.

Artículo 146 LH de 1861: «para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero, se requiere:

1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública.

2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley».

Confirmando esta idea se encuentra el artículo 114 LH: «la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés, no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente».

(10) Artículo 146 LH de 1909, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España...», tomo II, *ob. cit.*, pág. 738.

Artículo 146 LH de 1909: «para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:

1.º Que se hayan constituido en escritura pública.

2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».

cho, admite como excepción que el derecho real de hipoteca tiene constitución registral a todos los efectos, tal y como exige su artículo 145, que claramente expresa que para que la hipoteca quede válidamente constituida se requiere que se haya constituido en escritura pública y que esa escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

2. ARGUMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES A FAVOR DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA

Los argumentos que existen en defensa de la inscripción constitutiva de hipoteca pueden dividirse en legales y jurisprudenciales.

A) Legales: Con relación a los primeros hay que decir que hoy en día, la legislación declara abiertamente el carácter constitutivo de la inscripción en el derecho real de hipoteca, como ya hemos explicado en el punto anterior. La contundencia de los artículos 1.875 del Código Civil y 145 LH, deja claro que para que se constituya la hipoteca es necesario su inscripción registral. El primero de los artículos identifica a la inscripción con un requisito indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida; y el segundo utiliza la gráfica expresión «para que las hipotecas queden válidamente establecidas se requiere que la escritura se inscriba en el Registro». El tenor literal de estos artículos es suficientemente claro para expresar que, sin la inscripción, la hipoteca no se constituye o no se establece, es decir, que la hipoteca no existe, y por lo tanto, su inscripción es constitutiva.

A pesar de ello, no han faltado autores que han criticado la redacción del artículo 1.875 por considerar que es contradictorio el utilizar dos veces el término *constituir*, la primera vez al hablar de la escritura o documento, y luego se vuelve a repetir al hablar de la inscripción en el Registro. Estos autores se preguntan cuál es el factor determinante de la constitución de la hipoteca, si es el documento o, por el contrario, la inscripción. Puede que la redacción no sea la más acertada, y que el legislador debería haber cuidado las expresiones utilizadas, pero, creo que su intención se trasluce claramente, y ésta es la de establecer la inscripción constitutiva de la hipoteca, tal y como se desprende de su propia literalidad y de la interpretación sistemática con el artículo 145 LH y otros de la misma Ley. El hecho de que se emplee la palabra «*constituir*» tanto para referirse al documento o escritura pública como a la inscripción, no puede interpretarse más que en el sentido de que ambos son elementos necesarios para la constitución del derecho real. El primero de ellos actuaría como presupuesto, y la inscripción pondría fin al proceso constitutivo.

Ha sido la voluntad del legislador la que ha establecido el sistema de inscripción constitutiva para la hipoteca, a través de la redacción de estos dos artículos. Si el legislador así lo hubiera querido, habría propuesto un sistema de creación extrarregistral de la hipoteca, tal y como lo ha hecho para el resto de los derechos reales. Por lo tanto, la modificación introducida por el legislador en el Código Civil de 1889, y su posterior concordancia en las Leyes Hipotecarias de 1909 y 1946, en las que se cambiaron los efectos de la inscripción de la hipoteca, no ha sido por simple capricho, sino que tiene su justificación en la falta de posesión en la hipoteca —como luego veremos— y así ha de entenderse esta novedad legislativa. La innovación ha sido, por lo tanto, buscada y querida por el legislador. La inscripción constitutiva de la hipoteca

es, precisamente, lo que pretendía el legislador al introducir dicho cambio; de otra forma, nada más fácil que dejar las cosas como estaban.

Además de los preceptos legales mencionados (arts. 1.875 CC y 145 LH), existen otros que inciden y reiteran esta idea de la inscripción constitutiva de la hipoteca. Entre ellos se puede señalar al artículo 106 LH, que exige la inscripción de los inmuebles y derechos objeto de la hipoteca, y el artículo 159 LH, que determina que las hipotecas legales deben ser inscritas para quedar válidamente constituidas.

B) Jurisprudenciales: Son numerosas las ocasiones en las que, tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado, como el Tribunal Supremo, se han pronunciado a favor de la inscripción constitutiva de la hipoteca en Derecho español.

La DGRN lo proclama en las siguientes Resoluciones: la Resolución de 23 de junio de 1936 afirma que: «tratándose del derecho de hipoteca, cuya inscripción es de evidente valor constitutivo»; la Resolución de 24 de abril de 1959 declara que: «considerando que el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca, puesto de relieve tanto por el artículo 1.875 del Código Civil, como por los artículos 145 y 159 de la Ley Hipotecaria en vigor»; la Resolución de 9 de agosto de 1943 pone de manifiesto que la falta de inscripción supone la no-constitución de la hipoteca, «por no haber sido todavía inscrita la escritura correspondiente —de hipoteca—, no había sido establecida o constituida definitivamente en la forma ordenada por los artículos 146 de la Ley Fundamental y 1.875 del Código Civil»; la Resolución de 29 de octubre de 1946 determina que la hipoteca no despliega sus efectos como tal derecho real sino después de la inscripción, y son muy expresivas las palabras del Presidente de la Audiencia que dice a este respecto que: «como la hipoteca no se constituye hasta el momento de su inscripción, resulta indiferente que tal hipoteca, como contrato, se concertara antes de la incoación del juicio anotado, porque es lo cierto que se inscribió después que la anotación y sólo a partir de ese momento es cuando pudo surtir sus peculiares efectos»; en parecidos términos se expresa la Resolución de 20 de marzo de 1968, ya que la DGRN confirma la nota del Registrador que dice que: «la hipoteca existe solamente desde la fecha de su inscripción, y su eficacia no puede retrotraerse a la del otorgamiento de la escritura», como consecuencia de esto, resuelve como preferente una anotación de embargo anterior a la inscripción de una hipoteca, pero posterior al otorgamiento de la escritura pública que la contiene.

A su vez, el Tribunal Supremo reitera la doctrina de la DGRN en diversas sentencias a favor de la inscripción constitutiva de la hipoteca: la STS de 20 de noviembre de 1901 manifiesta que: «únicamente queda constituida con validez (la hipoteca) cuando el documento en que se otorga sea inscrito en el Registro de la Propiedad, según preceptúa el artículo 1.875 del Código Civil»; la STS de 12 de enero de 1943 establece que: «la consideración de ser la hipoteca, por Derecho Civil, un derecho cuya inscripción tiene valor constitutivo (arts. 1.875 CC y 146 y 159 de la LH), de tal modo que no queda constituida como tal y *erga omnes*, sino con la extensión que resulte registrada». El hecho de que la inscripción sea constitutiva en la hipoteca implica que ésta no nace como derecho real hasta que se registra, y por lo tanto, no produce los efectos derivados de su naturaleza de derecho real, ni goza de prioridad o preferencia alguna. En este sentido se manifiestan las siguientes sentencias: STS de 8 de abril de 1965; STS de 10 de marzo de 1973 y STS de 13 de julio de 1984.

III. FUNDAMENTO DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA

¿Por qué la inscripción de la hipoteca tiene este carácter especial? Porque así lo establece la Ley, y el legislador ha otorgado ese carácter constitutivo a la inscripción de hipoteca, por su singularidad, ya que la hipoteca carece de tradición, debido a la falta de desplazamiento posesorio de la finca hipotecada al acreedor, que es característica configuradora del derecho real de hipoteca.

En efecto, el derecho real de hipoteca surge con la intención de salvar el inconveniente que suponía, para el deudor, el desplazamiento posesorio de la cosa dada en garantía hacia el acreedor, que era el rasgo más típico de la prenda. Ya que, por ejemplo, si un deudor ofrecía como garantía de su deuda, la finca que cultivaba, tratándose de su fuente de ingresos, y ésta pasaba al acreedor, se planteaba el problema de cómo el deudor iba a hacer frente a su deuda, al quedar privado de su medio de vida y generación de recursos. Por este motivo, se desarrolló una nueva forma de garantía que, asegurando la deuda, no implicara desplazamiento posesorio de la cosa hacia el acreedor. Quedando, entonces, el inmueble bajo el poder directo del deudor, de manera que así podía obtener sus frutos y réditos con los que pagar la deuda contraída y garantizada con el inmueble. Esta forma de garantía que surgió sobre todo en el ambiente rural, ya que lo garantizado eran siempre fincas rústicas, se generalizó al resto de los inmuebles, configurándose la hipoteca como la garantía sobre inmuebles sin desplazamiento posesorio.

Pues bien, el hecho de que la posesión del inmueble esté atribuida al deudor, significa que el acreedor tiene un derecho real que garantiza su crédito, pero sin tener contacto posesorio con el inmueble ofrecido como tal garantía. La falta de posesión del acreedor caracteriza de tal forma este derecho real de garantía que es, precisamente, la causa de que sea un derecho real de inscripción constitutiva.

La falta de posesión y de contacto físico con la cosa, hace imposible tanto la publicidad derivada de aquélla, como la existencia de tradición o entrega. Esto conduce a que sea necesaria una nueva forma de publicidad de este derecho real, y que sea inaplicable el esquema general de la constitución y adquisición de los derechos reales en nuestro Derecho, que se explica mediante la teoría del título y el modo. El artículo 609 del Código Civil establece claramente que el dominio y los derechos reales se adquieren por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Al carecer la hipoteca de tradición, se hace necesario buscar otro esquema para su constitución, y un nuevo medio de publicidad. Por eso, el legislador establece que la inscripción en el Registro se hace necesaria para la constitución del derecho real de hipoteca. Para que el derecho real de hipoteca nazca o se constituya será necesario el título —o contrato— y la inscripción registral. De esta forma, también queda resuelto el problema de la falta de publicidad de la hipoteca, al proporcionársela la inscripción en el Registro.

Cabe plantearse, entonces, si la inscripción sustituye a la tradición. Propiamente hablando, no. Porque si hay carencia de tradición, ¿cómo va a quedar reemplazada?; si no existe y es ajena a la hipoteca, no se puede decir que quede sustituida porque nunca existió, y por tanto no puede sustituirse. Para RODRÍGUEZ GARCÍA (11) la inscripción no puede sustituir a la tradición porque

(11) Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., «Breve análisis jurídico comparativo de los sistemas hipotecarios alemán y español», en *RFDUC*, núm. 81, curso 1991-92, pág. 314.

la hipoteca no es un derecho real posesible, quedando por lo tanto, la tradición en un ámbito distinto. Del mismo modo, para GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, la inscripción, aún siendo constitutiva, no sustituye a la tradición, ya que «se trata de un supuesto que siempre está fuera de la actuación de la teoría del título y el modo, y donde nunca hay tradición, y donde no es posible la tradición porque la hipoteca es un derecho que no pone a su titular en contacto material con la cosa» (12).

Ahora bien, en un sentido más genérico o impropio, sí que se puede afirmar que, en cierto modo, la inscripción suple a la tradición, pues viene a desempeñar la misma labor constitutiva que ésta. Al no haber tradición, la inscripción se hace necesaria para la constitución del derecho real, y sólo en este sentido, considerando a ambos como requisitos de constitución de derechos reales, se puede decir que uno «suple» al otro. De todas formas, la mayoría de la doctrina (13) utiliza la palabra sustituir o suplir en este sentido, y considera que en la inscripción constitutiva de la hipoteca, la registración sustituye a la tradición.

Algún autor, como GÓMEZ GALLIGO (14), se separa de la doctrina mayoritaria, afirmando que en la hipoteca la inscripción no sustituye a la tradición porque ésta también existe en los derechos reales de inscripción constitutiva. Considera que existe tradición en su forma de tradición instrumental, es decir, de escritura pública tal y como determina el artículo 1.462 del Código Civil. La hipoteca se constituye, por consiguiente, mediante el título —contrato o acuerdo de voluntades— y el modo —que sería la tradición instrumental o escritura pública e inscripción en el Registro—. Para este autor: «la dificultad derivada de la inexistencia de posesión efectiva sobre el inmueble hipotecado se suple por el carácter instrumental que la escritura pública tiene como tradición».

Sin embargo, considero, al igual que la mayoría de la doctrina, que en la hipoteca no existe tradición, ni siquiera tradición instrumental. La tradición instrumental puede darse o sustituir a la entrega efectiva de la cosa, cuando pudiendo existir tradición o entrega (v.gr., en la compraventa, porque, en teoría, hay contacto posesorio con la cosa), no la hay. Sin embargo, en la hipoteca nunca puede haber entrega o tradición porque en ningún caso hay contacto posesorio con la cosa dada en garantía. Por eso, tampoco se puede hablar de tradición instrumental en este caso, porque ésta sólo encuentra su sentido cuando pudiendo haber entrega física de la cosa sobre la que recae el derecho real —porque se trata de un derecho real posesible— no la hay; y la hipoteca en ningún caso es un derecho real posesible, lo que le inhabilita para la existencia de tradición de ningún tipo.

(12) Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios y Oposiciones, Madrid, 1953, pág. 38.

(13) En este sentido, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Registral Inmobiliario*, tomo II, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 567; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 20; SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 36; CASSO Y ROMERO, I., *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, pág. 511.

(14) Cfr. GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La extinción del crédito hipotecario», en *BCEHC*, núm. 72, 1997, págs. 478-479.

IV. EFECTOS DERIVADOS DE SU INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Como ya se ha dicho, que la inscripción sea constitutiva en la hipoteca significa que es un elemento necesario en la formación de la misma; de manera que, sin ella, el derecho no nace ni entre las partes ni para los terceros.

Es obvio, entonces, que la consecuencia o efecto primordial de la inscripción constitutiva de la hipoteca es el nacimiento o constitución de ésta. O lo que es lo mismo, si no hay inscripción no existe, no nace, el derecho real de hipoteca (15). No es que sin inscripción, como muy bien apunta LACRUZ BERDEJO (16), el derecho se constituya *inter partes*, pero carente de eficacia *erga omnes*, es que no nace el derecho, tampoco, entre las partes. La falta de tradición de la hipoteca queda suplida por la inscripción registral, que viene a configurarse, así como elemento indispensable y necesario para el nacimiento del derecho real.

Si no hay inscripción, no existe el derecho real de hipoteca, pero, antes de la inscripción existe «algo». Los distintos autores hablan de «contrato de hipoteca», «préstamo», «contrato obligacional» (17), «acto jurídico, consistente en las declaraciones de voluntad del acreedor y deudor tendentes a la constitución de una garantía» (18). Todos ellos se están refiriendo a una misma realidad, a la cual denominan de distintas formas. Antes de la inscripción existe un mero contrato o declaraciones de voluntad de los interesados con la finalidad de que se constituya o nazca el derecho real de hipoteca. Por lo tanto, lo que existe antes

(15) La casi totalidad de la doctrina es coincidente en este aspecto. Confróntese, en este sentido, las opiniones de LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 1991, págs. 357-358; COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1968, pág. 348; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, pág. 1654; DÍAZ GONZÁLEZ, C., *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 5; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., «Apuntes de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 37; CÁNOVAS COUTIÑO, G., «El valor de la inscripción según Ramón de la Rica», en *RCDI*, 1948, pág. 278 (recogiendo las palabras de DE LA RICA); HERMIDA LINARES, M., «¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?», en *RCDI*, 1949, pág. 384; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 20; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Registral Inmobiliario», tomo I, *ob. cit.*, pág. 567; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, 1986, pág. 429; PAU PEDRÓN, A., *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Fundación para la Formación de Altos Profesionales, Madrid, 1996, pág. 175.

(16) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III-2, *ob. cit.*, pág. 357: «la inscripción en el Registro se erige en pieza constitutiva del derecho real de hipoteca. No es que, sin ella, el derecho se constituya *inter partes* pero carente de eficacia *erga omnes*: es que no nace el derecho tampoco entre quienes han sido parte en el contrato formal.»

(17) Cfr. COSSÍO Y CORRAL, A., «Instituciones de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 348; CHICO Y ORTIZ, J. M., «Estudios sobre Derecho Hipotecario», tomo II (1989), *ob. cit.*, pág. 1654; LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III-2, *ob. cit.*, pág. 358; BALLESTER GINER, E., *Derechos reales*, Organización Vello, Valencia, 1989, pág. 297; CHICO Y ORTIZ, J. M., «Estudios sobre Derecho Hipotecario», tomo II (1989), *ob. cit.*, pág. 1654; DÍAZ GONZÁLEZ, C., «Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario», tomo III, *ob. cit.*, pág. 5; HERMIDA LINARES, M., «¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?», *ob. cit.*, pág. 384.

(18) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Registral Inmobiliario», tomo I, *ob. cit.*, págs. 567-568.

de la inscripción no produce ningún efecto real, ni crea derechos. Luego, hasta que no se produce la inscripción, no nace ningún derecho de hipoteca de ese acto o contrato.

Sin embargo, ese contrato o acto previo está perfectamente formado antes de la inscripción. De manera que las cuestiones y requisitos que sólo a él le atañen e influyen, como las relativas a la capacidad de los contratantes, deben examinarse respecto a su validez, en el momento de su formación. Consecuentemente, una posterior incapacidad de los intervinientes no afectará para nada al derecho real de hipoteca que nacerá, después, al inscribirse.

Si antes de la inscripción sólo existe un contrato de hipoteca, está claro que de éste no derivará ninguno de los efectos correspondientes a los derechos reales. Del acuerdo de voluntades, únicamente, se derivarán acciones personales como, por ejemplo, la del artículo 1.279 del Código Civil.

Hasta que no se inscribe, no nace el derecho real de hipoteca, y sólo entonces se producen los efectos típicos de los derechos reales como la reipersecutoriedad, inherencia, y los característicos del derecho real de hipoteca de preferencia y prioridad. La inscripción en el Registro atribuye o dota al derecho real de hipoteca de todos sus efectos o consecuencias, como pueden ser: 1) se hace oponible, puede ejercitarse frente a terceros, a los cuales afecta o perjudica; 2) se convierte en privilegiado, lo que conlleva prioridad y preferencia con respecto a otros créditos; 3) le dota de acciones reales de defensa; 4) se puede ejecutar para llevar a cabo la realización del crédito; 5) como suma de todas ellas, sólo con la inscripción aparece la garantía real en que consiste el derecho de hipoteca, pues sin ella no hay afección de los bienes del deudor a la obligación asegurada (19).

RESUMEN

ABSTRACT

HIPOTECA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

MORTGAGE CONSTITUTIVE REGISTRATION

Se analiza en este artículo el peculiar carácter constitutivo de la inscripción del derecho real de hipoteca frente al resto de los derechos reales que nacen con independencia de la inscripción registral. Se hace un breve repaso a los antecedentes legislativos de los preceptos que establecen la inscripción constitutiva y se estudia el fundamento y los efectos del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca.

This article looks at the unique constitutive nature of registration in real rights of mortgage, in comparison with other real rights in whose creation registration plays no part. A brief overview is given of the legislative background of the precepts establishing constitutive registration, and a study is made of the foundation and the constitutive effects of mortgage registration.

(19) Resume perfectamente estas ideas, GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Registral Inmobiliario», tomo I, *ob. cit.*, págs. 567-568.