

crean un derecho verdadero, sino que garantizan un derecho constituido al parecer, aunque controvertido, y que su carácter es tan transitorio como el peligro que se trata de evitar. Por esto la ley, dando á la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que, á la denominación antigua de *hipoteca judicial*, debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida. Por razones fáciles de comprender sin necesidad de exponerlas, ha hecho extensiva esta denominación á las inscripciones de los derechos reales, que aún no han llegado á su perfección, ni están consumados, ó que son eventuales ó transitorios, ó que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanación antes de ser inscritos definitivamente en los Registros. Este cambio de nomenclatura no es nuevo; el sistema germánico lo adopta con el nombre de *prenotación*.

El haber sido siempre y ser hoy entre nosotros especial la hipoteca judicial, liberta á la ley de la necesidad de entrar en la cuestión á que en otros países ha dado lugar la que se extiende sobre todos los bienes presentes y aun sobre los futuros. Basta consignar que, recayendo siempre la hipoteca judicial sobre un hecho real determinado por la inscripción, cabe perfectamente dentro del sistema adoptado, porque ni perjudica al crédito territorial, ni disminuye el principio de la publicidad, base cardinal de que nunca se prescinde en la ley.

Si respecto á este punto tenía el legislador ya recientemente trazado su camino, y puede aun decirse que conforme á los principios del Derecho secular, lo mismo sucede en lo concerniente á los efectos de la hipoteca judicial. No debió buscarse el ejemplo de los pueblos en que, prevaleciendo el principio de que las sentencias constituyen de derecho una hipoteca sobre todos los bienes del condenado en ellas, cambian el crédito personal en un crédito real. Este principio, ni ha estado nunca escrito en nuestras leyes, ni ha sido introducido por la práctica.

Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que llevan el nombre de *anotaciones preventivas*, solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningún derecho, ni menos convierten *en real* el que no tenía antes semejante carácter; no puede decirse de ellas que son el premio de la carrera, como en otra nación se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para anticiparse á obtener la anotación al afán con que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos; no son un favor inmerecido que se da al acreedor más exigente; no modifican el carácter de las obligaciones, cambiando las simples en hipotecarias ni hacen al Juez agente de los litigantes, compeliéndolo á que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no había constituido. La hipoteca judicial, que sólo tiene por objeto asegurar las consecuencias del juicio, nunca ha tenido este carácter en España; no ha creado desde luego una acción hipotecaria á favor de aquel que había obtenido la retención, el embargo, ó la providencia de que no pudiera enajenarse la cosa mientras estaba pendiente el litigio; el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter; sólo ha adquirido mayor seguridad bajo el punto de vista de quitar al deudor los medios de destruir la cosa, de enajenarla, y de

constituirse él mismo en insolvencia. Por esto, en un concurso de acreedores ó en una quiebra, los que han obtenido á su favor hipotecas judiciales de la clase de las á que aquí nos referimos, no han tenido nunca, no tienen ahora por esta consideración un título de preferencia sobre los demás acreedores de su especie ni son calificados entre los hipotecarios.

Adoptando la ley estos principios, da nueva vida á nuestro derecho antiguo, proclamando otra vez que el acreedor que obtiene á su favor una anotación preventiva, cuyo objeto sea garantizar las consecuencias de un fallo, sólo gozará de preferencia sobre los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad á la anotación. Ni podía ser de otra manera sin violar los principios de justicia. El que contrata y no exige hipoteca, se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor, y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido, podrá el acreedor compelerle al pago acudiendo á la vía judicial; pero esta demanda no cambia ni la naturaleza del crédito ni la fuerza del título. Si se estableciera otra regla, resultaría que entre diversos acreedores de un mismo deudor que se hallaran en idéntico caso, sería de mejor condición el más exigente, el que guardara menos consideraciones, el que por mejores ó peores medios adquiriera noticias más exactas del verdadero estado en que se hallara la fortuna del deudor, el que tuviera un procurador más diligente. La ley, atemperándose al antiguo derecho, ha creído que ninguna de estas causas debía serlo de preferencia.

No faltará tal vez quien, apoyándose en el ejemplo de otros pueblos, invocando la santidad de la cosa juzgada, ponderando el escándalo que resulta de que cuando existe una condenación definitiva pueda el deudor vender los bienes inmuebles que posea y alzarse con su precio, ó gravarlos con cargas que antes no tenían, ó con hipotecas convencionales, viniendo de este modo á burlarse de la ley y de la ejecutoria, pretenda que toda sentencia condenatoria debe llevar consigo irremisiblemente una hipoteca sobre los bienes del condenado, hipoteca que en el sistema de publicidad y especialidad adoptado por la ley, debería convertirse en una inscripción sobre bienes determinados. El legislador no lo reputa necesario; así es que, no sólo el que ha vencido en juicio y obtenido ya una ejecutoria que obliga á su contrario á entregarle alguna cosa ó satisfacerle alguna cantidad determinada, sino también el que ha pedido y conseguido un embargo, un secuestro ó una prohibición de enajenar bienes inmuebles, ó la declaración de incapacidad, de presunción de muerte por ausencia, ó de interdicción de una persona, pueden obtener la anotación preventiva que los ponga á cubierto de todo peligro. El que no usa del derecho que la ley le da, impútese á sí mismo el perjuicio que su omisión le origine. Esto y sólo esto es lo que exige la justicia, porque la autoridad de la cosa juzgada sólo consiste en que no encuentre obstáculos la ejecución de la sentencia, y en que se asegure su cumplimiento, sin perjuicio de otros que tengan igual ó mejor derecho, no en dar al vencedor seguridad de pago que no estipuló, ni preferencias sobre otros acreedores dignos de igual protección que el que se anticipó á litigar ó que obtuvo antes una sentencia favorable. Lo que queda dicho respecto á las anotaciones preventivas que dimanar de actos judiciales para asegurar el éxito del juicio,

es extensivo á las que pueden obtenerse también del Juez, para evitar el abuso que, en daño del acreedor, pueda cometer el deudor de una cosa que posee, ó de su estimación. (*Exp. de mot.*)

§ 5.º

Doctrina legal. B.—De las hipotecas voluntarias.

19. Se expone *sistematizada* la doctrina legal bajo los siguientes epígrafes:

20. CONCEPTO.—Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes ó impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan (1).

21. CONTENIDO.—Comprende los *efectos generales y especiales* de las hipotecas voluntarias, y, entre los primeros, la importante doctrina de la *cesión*.

a. *Efectos generales*.—La hipoteca subsistirá, en cuanto á tercero, mientras no se cancele su inscripción (2).

El crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero, en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública, de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el Registro. El deudor no quedará obligado por dicho contrato á más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente. Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación ó con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro (3).

(1) Art. 133, L. Hip.—Las hipotecas voluntarias pueden constituirse válidamente, no sólo por convenio entre partes, sino por voluntad del dueño de la finca sobre que se constituyan, sin que conste la aceptación de la persona en favor de quien se grave.—El artículo 112 del Reglamento no ha establecido excepción alguna en el 133 de la ley, sino que se limitó á aplicar á casos particulares lo consignado en el mismo. Es inscribible la hipoteca constituida para responder de la ejecución de una sentencia dictada en rebeldía, aunque no resulte aceptada por persona alguna. (Res. Dir. Gen. Reg. 25 Junio 1877.)

(2) Art. 156, L. Hip.—El derecho de hipoteca se considera extinguido cuando de la escritura otorgada por los acreedores consta con la claridad suficiente, atendida la época en que se redactó el documento, la voluntad y consentimiento de los acreedores en dar por extinguido y cancelado dicho gravamen al declarar que transmitían la finca que estaba á ellos hipotecada en pleno dominio, y sin reservarse sobre la misma derecho ni acción alguna. (Res. Dir. Gen. Reg. 31 Marzo 1879.)

(3) Art. 153, L. Hip.—Antes de inscribirse el contrato de cesión de crédito hipotecario, se dará conocimiento al deudor, á menos que hubiere renunciado á este derecho en escritura pública, ó se estuviere en el caso del último párrafo del art. 153 de la ley, por medio de una cédula que redactará y firmará el Notario que haya otorgado la escritura, expresando en ella solamente la fecha de la cesión, la circunstancia de ser total ó parcial, y en este último caso, la cantidad cedida y el nombre, apellido, domicilio y profesión del

Si en los casos en que deba hacerse se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta (1).

Con el objeto de facilitar el crédito territorial, la nueva ley Hipotecaria de 1869 reforma el art. 153 de la de 1861, en la que se establecía que únicamente por escritura pública podía enajenarse ó cederse el crédito hipotecario.

Aunque son de mucha fuerza las razones que sirvieron de fundamento al citado artículo, era indispensable su reforma, ya porque algunas sociedades de crédito han hecho uso del hipotecario para emitir obligaciones transmisibles por endoso, ya porque se ha autorizado á los concesionarios de los ferrocarriles para la emisión de títulos al portador, garantizados con hipoteca, y ya, en fin, porque algunos grandes propietarios han principiado á utilizar el crédito territorial, emitiendo obligaciones hipotecarias, endosables y amortizables á largos plazos. Si para la circulación de las referidas obligaciones fuere precisa la escritura pública, como lo es para constituir la hipoteca, el derecho hipotecario sería ilusorio en algunos casos porque no fuera posible otorgarse dicho documento, y en otros porque se negaran á ello los interesados, por los gastos que había de ocasionarles. Para el objeto de la ley Hipotecaria, para el crédito territorial, lo esencial es que el registro dé á conocer las fincas gravadas y el importe de los gravámenes, sin que sea absolutamente necesario que se designen las personas que tienen derecho á exigir el cumplimiento de la obligación garantizada, lo cual se acreditará en los Tribunales de justicia cuando sea oportuno. Pero la reforma del citado artículo exige la adopción de algunas medidas que se disponen en la nueva ley para que las hipotecas de que se trata no puedan cancelarse perjudicándose á los interesados en ellas, ya que no son conocidos por el Registro. (*Exp. de mot. de la L. Hip. reform.*)

b. *Efectos especiales*.—La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura ó sujeta á condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega á contraerse ó la condición á cumplirse. Si la obligación asegurada estuviera sujeta á condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto al tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición (2).

cesionario. El Notario entregará ó hará entregar dicha cédula al deudor. Si éste no fuere hallado en su casa, se le hará la entrega en la forma prescrita para los emplazamientos en el juicio declarativo de mayor cuantía en la ley de Enj. civ. (Art. 108, Reg.)—Si el deudor no residiere en el pueblo en que se otorgue la escritura, se inscribirá el contrato, teniéndose por hecha la notificación, pero quedando obligado el cedente á acudir judicialmente en solicitud de que se busque al mismo deudor y se le comunique la cédula referida en la forma prescrita en los arts. 277, 300 y 526 de la ley de Enj. civ. de la vigente, y bajo la responsabilidad establecida en el art. 154 de la Ley Hip. (Art. 109, Reg.)

(1) Art. 154, L. Hip.

(2) Art. 142, L. Hip.

Cuando se contraiga la obligación futura, ó se cumpla la condición suspensiva, deberán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria, sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar á tercero la hipoteca constituida (1).

Respecto á la obligación condicional, no podía haber justo motivo de duda, porque la obligación existe, aunque nada se deba ni nada pueda pedirse hasta el cumplimiento de la condición modificadora.

No puede decirse lo mismo respecto á la obligación futura, porque no ha tenido aún nacimiento; sin embargo, existe otra obligación preliminar en que se constituye la hipoteca, y que lleva implícita la necesidad ó la suposición de la existencia de la segunda.

Mas cuando la obligación asegurada está sujeta á una condición resolutoria, sólo la hipoteca puede subsistir en toda su fuerza hasta que en el Registro se haga constar el cumplimiento de la condición, pues que desde entonces la obligación se desvanece, y sin obligación que garantizar no puede haber garantía. (*Exp. de mot.*)

Cuando se redima un censo gravado con hipoteca, tendrá derecho el acreedor hipotecario á que el redimente, á su elección, le pague su crédito por completo, con los intereses vencidos y por vencer, ó le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo. En este último caso se hará una nueva inscripción de la hipoteca, la cual expresará claramente aquella circunstancia y surtirá efecto desde la fecha de la inscripción anterior (2).

Los censos, como todos los demás derechos en la cosa, pueden ser hipotecados por el censalista. Esto, sin embargo, en nada puede disminuir la facultad que tiene el censatario para hacer la redención, porque no puede ser privado de su derecho por un acto á que es ajeno y en el que no ha contraído obligación alguna. Pero sería injusto que en tal caso fuera desatendido el derecho del acreedor hipotecario, y que la buena fe de éste quedara burlada por el hecho de pagar el censatario al censalista el capital del censo, destruyendo así el derecho hipotecario. Por esto la ley establece que el acreedor tenga entonces derecho, ó

(1) Art. 143, L. Hip.—Para hacer constar en el Registro el cumplimiento de las condiciones ó la celebración de las obligaciones futuras de que trata el art. 143 de la ley, presentará cualquiera de los interesados, al Registrador, copia del documento público de donde éste resulte, y en su defecto una solicitud, firmada por ambas partes, pidiendo el asiento de la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban dar lugar á ella. Si alguno de los interesados se negare á firmar dicha solicitud, podrá acudir el otro judicialmente, para que, conociendo del hecho en juicio ordinario, se dicte la providencia que corresponda. Si ésta fuera favorable á la demanda, el registrador extenderá, en virtud de ella, la nota marginal. (Art. 113, Reg.)

Cuando la condición cumplida fuere resolutoria, se extenderá una cancelación formal, previo los mismos requisitos expresados anteriormente. (Art. 115, Reg.)

(2) Art. 149, L. Hip. Concuera con el art. 1.608 Cód. civ., inserto y explicado en el 6.º de los núms. 60 y 74, Cap. XVIII de este Tomo.

bien á que se le pague por completo su crédito con los intereses, ó bien á que se le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo. Así se salva el derecho del acreedor hipotecario, sin perjuicio del censatario antiguo, á quien debe ser indiferente pagar á uno ú á otro, y sin daño del censalista, que está siempre obligado, tanto por la acción hipotecaria, como por la personal, á pagar en toda su extensión la deuda contraída. (*Exp. de mot.*)

22. ELEMENTOS PERSONALES.—Sólo podrán constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposición de sus bienes, ó, caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo á las leyes (1).

Los que con arreglo á lo expuesto tienen la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí ó por medio de apoderado con poder especial, para contraer este género de obligaciones, otorgado ante Notario público (2). La hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante, podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados; pero no surtirá efecto sino desde la fecha en que por una nueva inscripción se subsane la falta cometida (3).

Siempre ha tenido el apoderado necesidad de poder especial para sujetar á una carga hipotecaria los bienes de su representado. En la consignación de esta regla no podía haber la menor duda. Pero en el caso de que la hipoteca se hubiera constituido por el que no estaba suficientemente autorizado y fuere después ratificada por el dueño, podía suscitarse la cuestión del tiempo desde que debía empezar á surtir efecto. Basta considerar que la retroacción de la hipoteca puede perjudicar á un segundo acreedor hipotecario, que cuando prestó, lo hizo en la seguridad de que era nula la anterior hipoteca, y de consiguiente, que ésta no podía ser preferida á la que válidamente estipulaba, para conocer que no debe dársele efecto retroactivo. (*Exp. de mot.*)

(1) Art. 139, L. Hip.—Autorizados los condueños por la ley 55, tít. 5.º, Part. V, para enajenar la parte que les corresponde en la cosa común, aun cuando no se halle dividida, lo están para hipotecarla, conforme á los arts. 106, 107 y 108 de la ley Hipotecaria. (Res. Dir. Gen. 14 Febrero 1878.) Concuera con varios artículos del Cód. civ., tales como los 59, 61, 183, 317, 1.361, 1387, etc., insertos y explicados en los lugares que se expresan de los respectivos cuadros finales de cada volumen, pertenecientes á los Tomos II y V de esta obra.

(2) Art. 140, L. Hip. Concuera con el art. 1.713 Cód. civ., inserto y explicado en los números 40 y 48, Cap. XVIII, Tom. IV.

La facultad de constituir hipoteca voluntaria por medio de apoderado ha de ejercitarse con poder especial para contraer este género de obligaciones, según prescribe el art. 140 de la ley Hipotecaria. (Res. Dir. Gen. Reg. de 20 de Marzo de 1899, publicada el 9 de Abril.)

(3) Art. 141, L. Hip.—Siempre que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 141 de la ley, se ratifique por el dueño de los bienes hipotecados la hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante, se hará una nueva inscripción en la que se exprese el motivo que haya dado lugar á ella y se cancelará la anterior. Cuando se constituya una hipoteca á favor del Estado, de corporaciones civiles ó de entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción, pero sin perjuicio de que, después de aprobada la hipoteca ó fianza por la autoridad ó funcionario á quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal. Esta nota surtirá todos los efectos legales desde la fecha de la inscripción á que se refiera. (Art. 112, Reg.)

23. ELEMENTOS REALES.—Se rige esta doctrina, en esta clase de hipotecas voluntarias, por la de las hipotecas en general, expuesta en el párrafo anterior.

24. ELEMENTOS FORMALES.—Comprende las reglas de constituirse y extinguirse las hipotecas voluntarias.

Todo hecho ó convenio entre las partes que pueda modificar ó destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto ó promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción ó compromiso, no surtirá efecto contra tercero como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total ó parcial, ó de una nota marginal, según los casos (1).

No se considerará asegurado con la hipoteca el interés del préstamo, sino cuando la estipulación y cuantía de dicho interés resulten de la inscripción misma (2).

Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar á tercero se requiere:

Primero. Que se hayan convenido ó mandado constituir en escritura pública.

Segundo. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad (3).

Las inscripciones de hipotecas voluntarias sólo podrán ser canceladas en la forma prevenida en el art. 82 (4) de la ley (5).

25. TRÁNSITO DEL ANTIGUO AL NUEVO SISTEMA HIPOTECARIO, EN CUANTO Á LA DIVISIÓN Y REDUCCIÓN DE CENSOS É HIPOTECAS VOLUNTARIAS.—El que á la publicación de la ley tuviera gravados diferentes bie-

(1) Art. 144, L. Hip.—Conforme á lo dispuesto en el art. 144 de la ley, cuando el hecho ó convenio entre las partes produzca novación total ó parcial del contrato inscripto, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente. Cuando dé lugar á la resolución é ineficacia del mismo contrato en todo ó en parte, se extenderá una cancelación total ó parcial; y cuando tenga por objeto, bien llevar á efecto un contrato inscripto pendiente de condiciones suspensivas, ó bien hacer constar el pago de una deuda hipotecaria, se extenderá una nota marginal. (Art. 111, Reg.)

(2) Art. 145, L. Hip.

(3) Art. 146, L. Hip.—Toda inscripción de hipoteca voluntaria se ajustará á las disposiciones contenidas en el Reglamento para las inscripciones en general. (Art. 106, Reg.)

Toda inscripción de cesión de hipoteca se verificará también con arreglo á lo dispuesto para las demás inscripciones. (Art. 107, Reg.)—La cesión del derecho hipotecario se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción á favor del cesionario. No se hará constar en el Registro la transferencia, ni será necesario dar al deudor conocimiento de la misma en los casos de excepción mencionados en el art. 108 del Reglamento. (Artículo 110, Reg.)

(4) Como le deja reformado el Real decreto de 20 de Mayo de 1880, que estudiamos entre las *cancelaciones*, dentro de la doctrina del Registro de la propiedad.

(5) Art. 148, L. Hip., que también está reformado por dicho decreto, pues deroga su segundo párrafo.

nes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos, tendrá derecho á exigir que se divida entre los que basten para responder de un triplo del mismo capital (1). Si una sola de las fincas gravadas bastare para responder de dicha suma, también podrá exigirse que se reduzca á ella el gravamen. Si dos ó más de las fincas hubieren de quedar gravadas, cada una deberá ser suficiente para responder del triplo de la parte del capital que se señale (2).

El acreedor ó censalista podrá también exigir la división y reducción del gravamen en el caso previsto anteriormente, si no lo hiciere el deudor ó censatario (3).

Si los bienes acensuados ó hipotecados sin división y determinación del capital entre ellos en esa forma general, no bastaren para cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, sólo se podrá exigir la división de dicho capital, entre los mismos bienes, en proporción á lo que valieren, pero no la liberación de ninguno de ellos (4).

Las expresadas división y reducción de los censos é hipotecas se verificarán por acuerdo mutuo entre todos los que puedan tener interés en la subsistencia de unos ú otras. Si no hubiere conformidad entre los interesados, ó si alguno de ellos fuere persona incierta, se decretarán dichas división y reducción por el Tribunal en juicio ordinario y con audiencia del Fiscal del partido, si hubiere interesados inciertos ó desconocidos (5).

Verificándose la división y reducción del censo é hipoteca de conformidad entre los interesados, se hará constar por medio de escritura pública. Cuando haya precedido juicio y recaído sentencia, el Tribunal expedirá el correspondiente mandamiento. Se considerarán comprendidos en esta regla y en las precedentes los censos y censales no impuestos sobre fincas determinadas, pero asegurados con hipoteca general, de todos los bienes de los que los constituyeron, y en su consecuencia, podrá exigir el censalista que se imponga el gravamen de la pensión sobre bienes señalados que posea el censatario cuando éste no lo haga voluntariamente (6).

(1) Con arreglo á lo prescrito en el art. 119, que consigna el principio de la *determinación* de las hipotecas bajo la base de su *especialidad*, cuya doctrina queda expuesta en el § 4.º de este Art.

(2) Art. 383, L. Hip.—Por no destruir la integridad del precepto legal, que habla de los censos juntamente con las hipotecas voluntarias, consignamos también sus reglas, evacuando la referencia que hicimos á este lugar en el Cap. XVIII.

(3) Art. 384, L. Hip.

(4) Art. 385, L. Hip.

(5) Art. 386, L. Hip.

(6) Art. 387, L. Hip.—También, según este artículo, se hallan comprendidos en toda

Mediante la presentación de la escritura, ó del mandamiento judicial en su caso, se inscribirá en el Registro la nueva hipoteca ó gravamen en la forma que quede constituido, y se cancelarán los anteriores que deban reemplazar si estuvieren inscritos (1).

§ 6.º

Doctrina legal. C.—De las hipotecas legales.

26. Se estudia en este artículo la doctrina de las *hipotecas legales*, en lo que tiene de *general*, dentro de su clase; reservando las *reglas especiales* de cada una de ellas para los Tratados respectivos del Derecho civil (2).

27. CONCEPTO.—Las personas á cuyo favor establece la ley hipoteca legal, no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial, suficiente para la garantía de su derecho (3).

La ley no se propuso la extinción de las hipotecas legales, sino la reducción de su número, y dando nueva forma á las que deja subsistentes, convertirlas en *expresas* y *especiales*, quitándolas el carácter de *tácitas* y *generales*, medio de proteger con más eficacia y extensión los derechos para cuya garantía fueron establecidas.

Respecto á algunas hipotecas no se ofrecían graves dificultades. La ley no debe ser más solícita en proteger los derechos individuales que aquellos á quienes más inmediata y directamente corresponden. Si éstos renuncian á la garantía que para la seguridad de sus derechos pueden exigir y lo demuestran por el hecho de no reclamarla, semejante descuido no es imputable al legislador, que no debe considerar como incapaces de mirar por sí mismos á todos los que componen el cuerpo social, ni ejercer sobre ellos una tutela perpetua. Este es el fundamento de la supresión de algunas hipotecas legales: la ley se limita á declarar que los particulares son árbitros en pedir y estipular las hipotecas que quieran, pero no viene por un acto soberano á suplir su silencio ó interpretar su voluntad; estipule cada uno lo que mejor estime respecto á garantías; el legislador respeta y da fuerza coactiva á la expresión de la voluntad de los contratantes, pero no la suple ni la completa; no supone que quieren garantía cuando no la conciertan; no induce una presunción *juris et de jure* para dar á su silencio una interpretación equívoca muchas veces, y forzada otra. Así desaparecieron varias hipotecas legales entonces existentes, y entrando en las condiciones

esta doctrina de división y reducción, los foros de Galicia cuando se esté pagando la renta, sin poder determinar los interesados las fincas gravadas; siendo también aplicable á los foros de Asturias, León y cualesquiera provincias en donde exista aquella clase de contratos, esto último según el art. 317 del Reglamento.

(1) Art. 388, L. Hip.

(2) *Derecho de familia y de sucesión mortis causa.*—Tom. I, V y VI.

(3) Art. 158, L. Hip. Concuerda con el párrafo 2.º, art. 1875, Cód. civ., inserto y explicado los núms. 10 y 14, Cap. XXXIV, Tom. IV, en los núms. 48 y 57 de este Cap.

de las leyes generales de los contratos, cuando expresamente se estipulen, darán resuelta en parte la complicación que acerca de este punto se encontraba en nuestro Derecho.

Pero el legislador no debe, no puede desentenderse de que hay personas é intereses que requieren una protección más inmediata y una vigilancia más continua. Las mujeres casadas, los menores, los incapacitados, los hijos de familia constituidos en potestad, son los que, en primer término, necesitan que la ley venga en su auxilio, que los defienda, ya de su propia debilidad é inexperiencia, ya de los peligros que, cuando nada pueden por sí mismos y tienen que sujetar al arbitrio ajeno su conducta, pueden sobrevenirles por parte de aquellos á quienes la ley confía su defensa.

¿Y cuáles serán estos medios de protección? No podía subsistir la hipoteca tácita y general que reconocían nuestras leyes: su indeterminación, su eventualidad y su falta de inscripción la hacían incompatible con las dos bases que, como fundamentales del sistema hipotecario, ha adoptado la ley, la *especialidad* y la *publicidad*, al paso que de hecho daban frecuentemente á la garantía una eficacia ajena á la voluntad del legislador, como todos los días se demostraba en la práctica. Estas hipotecas ocultas son el vicio más radical del antiguo sistema, y de tal modo era necesario que desaparecieran, que si se hubiese declarado su subsistencia, aunque fuere sólo como excepción para proteger á las personas á que con ellas quiso favorecerse, las hipotecas tácitas no inscritas serían mayores en número que las inscritas. La excepción anularía la regla general y quedaría completamente destruída la reforma realizada.

Tampoco podía establecerse una ley como la que por algún tiempo rigió en Francia antes del Código Napoleón, sometiendo á la necesidad de la inscripción estas hipotecas, pero sin adoptar las medidas necesarias para que la inscripción se verificara. Esto equivaldría á cortar el nudo de la dificultad en lugar de desatarlo, dejando abandonados los derechos que la ley quiere garantir, porque ni el menor ni el incapacitado pueden mirar por sí mismos, y, por lo tanto, tampoco obtener la inscripción; y aunque la mujer casada y el hijo de familia tienen frecuentemente toda la capacidad intelectual necesaria para procurar la garantía de sus derechos legítimos, hay intereses de un orden superior ligados íntimamente con la constitución de la familia, con la armonía de los que la componen, con los respetos debidos á la potestad marital y paterna, que impelen al legislador á obrar con toda circunspección cuando se trata de la facultad de las mujeres y de los hijos para tomar precauciones y exigir seguridades que pueden parecer injuriosas al jefe de la familia. La ley, que, lejos de querer debilitar los lazos de la familia, ha procurado estrecharlos, no trata de introducir elementos de perturbación en los sentimientos de cariño, confianza y obediencia de la mujer y del hijo; así no ha podido establecer la regla aislada de la necesidad de la inscripción sin acompañarla de medidas que la redujeran á la práctica sin daño de los intereses de la sociedad doméstica. Por estas mismas consideraciones no ha aceptado la regla adoptada en Holanda y en algunos Estados alemanes, que equiparando á la mujer á las personas extrañas, únicamente la conceden la hipoteca cuando está estipulada é inscrita.

Sólo, pues, restaba á la ley el medio de establecer la hipoteca legal en favor