

artículos 383 y siguientes de la ley Hipotecaria, al autorizar la división y reducción de censos é hipotecas voluntarias, se refieren clara y expresamente al caso en que estos gravámenes afecten á diferentes fincas determinadas y concretas, constituyendo ya verdaderas hipotecas especiales (1).

45. HIPOTECAS LEGALES.—Según las terminantes prescripciones de la ley Hipotecaria vigente, sólo pueden ejercitar el derecho á que se constituya hipoteca aquellos interesados á cuyo favor se establecen hipotecas legales en alguno de los casos taxativamente señalados en el art. 168, ó aquellos que á la publicación de dicha ley tuvieran á su favor alguna de las hipotecas legales y generales que establecía la legislación anterior (2).

Los arts. 158 y 159 de la ley Hipotecaria referentes á las hipotecas legales que ella establece, no son aplicables á las que tuvieran su origen antes de regir aquella ley (3).

46. COSAS HIPOTECABLES.—Las leyes 1.^a, 15 y 16, tít. 13, Part. V, no prohíben que en la hipoteca de un establecimiento agrícola se comprendan expresamente los semovientes, aperos de labranza y demás efectos anejos al mismo (4).

47. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.—La hipoteca se extingue por la adquisición por el acreedor del dominio de la cosa hipotecada, principio esencial de la naturaleza de tal derecho, reconocido igualmente que por la ley actual, por las 29, tít. 7.^o, lib. XIII, y 9.^a, tít. 6.^o, lib. XX, en su párrafo inicial, del Digesto (5).

Reconociendo el demandado ser autor del documento privado en el que confesó haber recibido del demandante la cantidad que le tenía dada á préstamo con hipoteca, la sentencia que declara cancelada esta última obligación por virtud de aquel documento, nulo y sin efecto el juicio ejecutivo promovido por el prestamista para el pago de la cantidad prestada, como también la adjudicación de las fincas hipotecadas hecha en aquel procedimiento al ejecutante, condenando á éste á devolverlas al prestatario libres de toda carga, con los frutos percibidos y podidos percibir desde que el primero se incautó de ellas, y con deducción únicamente de las impensas necesarias, debiendo otorgarse la escritura que sirva al prestatario de título reivindicatorio del dominio pleno, no infringe los arts. 23, 31, 34, 77 y 144 de la ley Hipotecaria, el Real decreto de 20 de Mayo de 1880 sobre interpretación del art. 82 de la misma ley, y la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en el sentido de que las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no podrán cancelarse, si en ello no consiente el interesado, más que por providencia ejecutoria, pues admitido por la Sala sentenciadora que tuvo lugar el pago de la cantidad, las demás declaraciones son consecuencia precisa de aquel extremo; y en el propio caso, sea la que quiera la procedencia de la declaración que se haga en la sentencia respecto

(1) Sent. 30 Mayo 1871.

(2) Sent. 21 Enero 1874.

(3) Sent. 28 Junio 1871.

(4) Sent. 15 Febrero 1883.

(5) Sent. 17 Abril 1889.

de la subhipoteca del derecho del prestamista constituida por éste en favor de un tercero, es lo cierto que no incumbe á aquél la defensa de intereses cuya custodia no le está confiada, y por ello no tienen aplicación al caso el art. 107 número 8.^o de la ley citada, y la 8.^a, tít. 22, Part. III, por incongruencia que en este punto atribuya el prestamista al fallo, con la pretensión que se hubiera formulado en la demanda (1).

Inscrita una hipoteca en favor de una acreedora y de su marido, el fallo que declara que la primera, sin intervención de los herederos del segundo, á la sazón difunto, es la que debe formar la carta de pago para la cancelación de la hipoteca, sin imponerla también la obligación de hacer antes constar en el Registro, en el supuesto de ser única dueña del crédito hipotecario, esta circunstancia, ó la de allanar á su costa las dificultades que puedan presentarse para cancelarlo, infringe, además del art. 77, el 20 de la ley Hipotecaria y el 20 del Reglamento para su ejecución (2).

Siendo hechos notorios que la demanda se dirigió desde luego contra el actual poseedor de la finca hipotecada, y que al formalizarla habían transcurrido más de treinta años de vencida la obligación hipotecaria, es indudable que no ha infringido la sentencia las leyes 14, tít. 13 de la Part. V, que establece como requisito previo y necesario la exención en los bienes del primitivo deudor, ni la 5.^a, tít. 8.^o, lib. XI de la Novísima Recopilación, que fija el plazo de treinta años para extinguir las obligaciones en que hay hipoteca, señaladas en el recurso como indebidamente aplicadas (3).

ART. II.

CÓDIGO CIVIL.

§ 1.^o

Texto.

48. DERECHO REAL DE HIPOTECA.

Lo mismo los arts. 1.857 á 1.862 del Código, que contienen las disposiciones comunes á la *prenda* y á la *hipoteca*, que las especiales á esta última, que están comprendidas en los arts. 1.874 á 1.880, ambos inclusive, en la consideración de *contratos*, única bajo la cual el Código reglamenta esta institución de garantía, resultan insertos y sistematizados en otro lugar de este libro (4), por cuya razón no es preciso repetir su transcripción.

Son de transcribir aquí, además, los artículos siguientes:

Art. 838. Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes, ó un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

(1) Sent. 8 Julio 1889.

(2) Sent. 23 Noviembre 1889.

(3) Sent. 23 Marzo 1896.

(4) Núms. 9 y 10, Cap. XXXIV, Tom. IV.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todo los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo.

Art. 1.332. El donante por razón de matrimonio deberá liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos, con excepción de los censos y servidumbres, á menos que en las capitulaciones matrimoniales ó en los contratos se hubiese expresado lo contrario.

Art. 1.345. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior (1), la mujer que tuviese á su favor dote confesada por el marido antes de la celebración del matrimonio, ó dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo que el mismo marido se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales, ó la de otros semejantes ó equivalentes, en el momento de deducir su reclamación.

§ 2.º

Jurisprudencia según el Código civil.

49. HIPOTECA EN GENERAL.—El privilegio del acreedor hipotecario, según el art. 105 de la ley de 8 de Febrero de 1861, se limita á las cosas dadas en garantía de la obligación contraída por el deudor, quedando respecto á los demás bienes del mismo, en concurrencia con otros acreedores, en la condición y lugar que le corresponda, atendida la naturaleza de su crédito (2).

La simple expresión de los gravámenes de un inmueble en la escritura de venta de éste, no es otra cosa que la expresión gráfica y precisa de la situación legal del mismo, pues de estimarse como demostración del reconocimiento de la hipoteca interruptor del lapso de tiempo para la prescripción, acabaría con ésta respecto á todas las fincas gravadas con alguna hipoteca, que fuesen objeto de transmisión de dominio dentro de los plazos de la prescripción (3).

Los arts. 105, 110, 138, 139, 146 y 147 de la ley Hipotecaria, referentes á la naturaleza y efectos de la hipoteca, en nada modifican el 127 de la misma ley (4).

Hallándose anteriormente hipotecado un inmueble en favor de un tercero, no pudo legalmente otorgarse sin su consentimiento y autorización la escritura de dación en prenda pretoria de la finca por el dueño de ésta á un deudor, exigiendo necesariamente dicha prenda pretoria para su validez la intervención judicial (5).

La subsistencia contra terceros de todos los derechos reales inscritos, y en especial la de las hipotecas, se rige exclusivamente por las disposiciones de la ley Hipotecaria (6).

(1) «Art. 1.344. La dote confesada por el marido, cuya entrega no constase, ó constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales.»

(2) Sent. 30 Abril 1891.

(3) Sent. 23 Marzo 1896.

(4) Sent. 14 Marzo 1896.

(5) Sent. 17 Marzo 1893.

(6) Sent. 17 Enero 1891.

Las pensiones alimenticias asignadas con hipoteca se equiparan á los intereses pactados de un capital, garantizados del mismo modo, por lo que aplica rectamente el art. 147 de la ley Hipotecaria la sentencia que declara la preferencia del acreedor á quien están hipotecadas ciertas fincas para responder de una pensión, pero sólo por las dos últimas anualidades y la parte proporcional de la corriente (1).

La mención literal que el art. 33 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria exige que se haga al inscribirse inmuebles adjudicados á cualquiera de los partícipes en una herencia de la obligación impuesta al mismo de emplear su importe en pagar determinadas deudas ó cargas, implica la constitución de un derecho real sobre tales bienes, pues que de otra suerte nada significaría que se inscribiese en el Registro dicha obligación, cuando es evidente que todos los preceptos de la ley Hipotecaria están inspirados en el sentido de hacer constar, no las obligaciones meramente personales, sino las que afectan á la propiedad inmobiliaria, por cuya razón no puede menos de entenderse que desde que en la expresada forma se hace la partición ó división de los bienes de una herencia, los inmuebles destinados al pago de deudas ó cargas se hallan especialmente afectos á dicho pago por voluntad de los herederos, quedando, por lo tanto, subordinada á dicha responsabilidad cualquier transmisión ó gravamen posterior que sobre ellos se impongan (2).

50. CARACTERES DE LA HIPOTECA.—Dando la preferencia á un crédito hipotecario anterior al procedente de una escritura de depósito, no se infringen la ley 9.ª, tít. 3.º, Part. V, y los arts. 24 y 105 de la ley Hipotecaria (3).

Ineficaz la obligación principal, queda sin efecto la hipoteca voluntaria que garantiza su cumplimiento (4).

La declaración de haberse transmitido por el poseedor de un crédito hipotecario la mayor parte de las dos en que el mismo fué dividido, no es opuesta al art. 122 de la ley Hipotecaria, ni contradice el principio en él sancionado de la subsistencia íntegra de la hipoteca sin cancelar cuando se reduce la deuda garantizada (5).

No hay precepto que prohíba que en la escritura de hipoteca para asegurar una fianza consistente en valores públicos de distintas personas, se especifique y designe la correspondiente á cada cual (6).

Aun en el supuesto de que una obligación personal sea divisible entre varios herederos, es á todas luces evidente la indivisibilidad de la hipoteca tal como fué constituida por dichos herederos en garantía de su cumplimiento, toda vez que, según lo pactado, debía responder la finca hipotecada al pago íntegro y no parcial de la totalidad de la deuda, siguiéndose de ello que el acreedor pudo con perfecto derecho perseguir la garantía hasta hacerse pago, aunque el in-

(1) Sent. 6 Octubre 1896.

(2) Sent. 23 Mayo 1899.

(3) Sent. 7 Febrero 1891.

(4) Sent. 22 Enero 1892.

(5) Sent. 3 Diciembre 1892.

(6) Sent. 21 Marzo 1895.

cumplimiento de la obligación principal sólo fuera imputable á alguno y no á todos los deudores que constituyeron la hipoteca (1).

Los arts. 122 y 123 de la ley Hipotecaria consagran el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, estableciendo que ésta subsistirá íntegra mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, y que en el caso de que una finca hipotecada se dividiera en dos ó más sin distribuir entre ellas el crédito hipotecario por la voluntad y acuerdo del deudor y del acreedor, podía repetir éste por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez (2).

51. ELEMENTOS REALES.—El párrafo 9.º del art. 107 de la ley Hipotecaria no faculta al que hubiere vendido bienes con pacto de retro-venta para constituir hipoteca sobre su derecho de retraer, sino inmediata y directamente sobre los bienes retrovendidos, si bien tan sólo en cuanto al mayor valor que tuvieron después de descontado lo que el comprador deba percibir si la venta se resolviera; y no siendo hipotecable aquel derecho, tampoco puede su embargo afectar en perjuicio de tercero la libertad de los bienes retrovendidos (3).

52. HIPOTECAS VOLUNTARIAS.—Estimando una demanda de tercería de dominio en favor del comprador de la finca objeto de aquélla, no infringe la Sala sentenciadora los arts. 139, 140, 146, 147 y 148 de la ley Hipotecaria si la sentencia no desconoce en manera alguna el derecho del primitivo dueño para gravar sus bienes, ni la validez de la hipoteca que hubiera constituido en garantía de un préstamo, ni los efectos de la misma, ni su cancelación por los medios en la ley establecidos, sino que principalmente se funda en que por haberse segregado de la finca hipotecada, antes de que lo fuese, una cierta porción que pasó á ser finca distinta, separada de la otra é inscrita en tal concepto en el Registro con número especial, haciéndose constar la segregación por nota marginal en la inscripción de la primera, por no resultar este segundo inmueble sujeto á carga alguna, y por haberse vendido judicialmente al tercerista como libre, no puede afectar á éste la hipoteca constituida sobre la primera finca posteriormente á la mencionada segregación de la segunda, sin que para estimar lo contrario baste que ambos predios perteneciesen en la fecha de la constitución de la hipoteca á su antiguo dueño y que éste señalase al hipotecado la extensión que había tenido antes de desmembrarse ó la que tendría si los dos se hubiesen refundido legalmente en uno solo (4).

El art. 147 de la ley Hipotecaria se refiere sólo á los procedimientos ejecutivos entablados para realizar las hipotecas (5).

53. EFECTIVIDAD DEL CRÉDITO ASEGURADO CON HIPOTECA.—Si al adquirir el promovedor de una demanda de tercería de dominio la finca á que ésta

(1) Sent. 13 Noviembre 1895.
 (2) Sent. 12 Marzo 1897.
 (3) Sent. 4 Marzo 1893.
 (4) Sent. 7 Mayo 1890.
 (5) Sent. 10 Julio 1890.

se refiere, ya el vendedor había impuesto sobre la misma, para garantir el crédito de un tercero, hipoteca expresa y registrada en forma, es indudable que su adquisición venía subordinada á tan especial gravamen y que puede el acreedor exigir que sobre dicho inmueble se haga efectivo su crédito, cualesquiera que fueran los términos en que se hubiera redactado el contrato por cuya virtud viniera el tercerista á suceder al vendedor, por lo que la sentencia que no da lugar á la mencionada tercería no infringe la regla 13, tít. 34, Part. VII. ni las doctrinas relativas á la interpretación de los contratos (1).

La acción ejecutiva dimanada de un crédito hipotecario tiene el carácter de mixta, y por principal objeto el que aquel á quien asiste pueda perseguir la cosa hasta conseguir su pago (2).

Siendo el tercerista sucesor y continuador del negocio que tenía planteado el ejecutado por consecuencia de los contratos en que aquél adquirió de éste el inmueble con todos sus derechos, y con ellos la obligación hipotecaria, no puede ostentar el carácter de tercero al efecto de los arts. 127, 128 y 133 de la ley Hipotecaria (3).

No se infringe el art. 127 de la ley Hipotecaria declarándose que antes de reclamar del tercer poseedor de la finca hipotecada debe quien lo verifique cumplir el requisito del requerimiento al deudor principal, según exige el citado artículo (4).

Los arts. 23 y 33 de la ley constitutiva del Banco Hipotecario de 2 de Diciembre de 1872, y el 73 de sus estatutos, no limitan la acción del Banco á los bienes hipotecados, sino que, por el contrario, regulando y asegurando la efectividad de la hipoteca, objeto especial de dichas leyes, en nada alteran el carácter accesorio propio de este contrato, y, por consiguiente, mantienen el derecho del Banco á dirigirse, como tal acreedor hipotecario, contra la responsabilidad general del deudor para hacer efectivo su crédito en cuanto no le cubran las hipotecas constituidas (5).

El art. 1.924, núm. 3.º, del Código civil, lejos de decir que los créditos escriturarios asegurados con hipoteca de algunos bienes carecen de preferencia sobre otros del deudor, se la define, bajo la letra A, al establecer que sobre los bienes del deudor que no estuvieren afectos á hipoteca ó á otra obligación inherente, y después de los créditos que enumera en los párrafos 1.º y 2.º, gozarán de preferencia los que consten en escritura pública (6).

No es aplicable el art. 1.925 del Código civil cuando la sentencia recurrida reconoce que un crédito del Banco Hipotecario es preferente, como escriturario, al de un particular que no tiene este carácter (7).

El art. 134 de la ley Hipotecaria declara prescrita la acción por el simple

(1) Sent. 19 Junio 1891.
 (2) Ídem íd.
 (3) Ídem íd.
 (4) Sent. 14 Marzo 1896.
 (5) Sent. 11 Julio 1898.
 (6) Ídem íd.
 (7) Ídem íd.

transcurso de veinte años, contados desde que pudo ejercitarse, según el título inscrito (1).

Constando el gravamen en los libros del Registro de la Propiedad, pueden hacerse ejecutivas las responsabilidades consiguientes á un préstamo con hipoteca en el tercer poseedor de la finca gravada, si al tiempo en que aquél la adquirió regía ya la ley Hipotecaria (2).

El párrafo último del art. 133 de la ley Hipotecaria, en cuanto dispone que el procedimiento ejecutivo contra los bienes hipotecados no se suspenderá por las reclamaciones de un tercero, si no estuviesen fundadas en un título anteriormente inscrito, es inaplicable al tercero que á esta calidad reúna la de poseedor de dichos bienes, porque la relación legal en que éste se encuentra respecto á dicho procedimiento está especial y concretamente regulada por la primera parte del mismo art. 133, según la cual puede el acreedor dirigir la ejecución contra los bienes hipotecados, hállese ó no en poder del deudor principal ó de un tercero, debiendo, en este último caso, tenerse por parte en el juicio al tercer poseedor, y, por tanto, dársele audiencia para defender su derecho sobre los bienes que poseyera antes de ser condenado y ejecutado; siguiéndose de ello que si no hubiese podido defenderse dentro del juicio ejecutivo, por haber demandado el acreedor tan solamente al deudor principal, puede hacerlo el tercero fuera del propio juicio y oponerse á que la sentencia de remate dictada contra el deudor se ejecute en sus bienes, utilizando como medio de oposición la tercería de dominio con todos sus efectos, incluso el de la suspensión de la vía de apremio respecto á tales bienes (3).

Los arts. 114 y 147, párrafos primero y segundo de la ley Hipotecaria, son inaplicables cuando la cuestión litigiosa se limita en absoluto á discutir sobre la índole del título que respectivamente ostenten el ejecutante y el ejecutado, sin que la resolución de dicha cuestión así planteada implique, por lo tanto, la de la mayor ó menor extensión que, con sujeción á los citados artículos, deba darse al derecho preferente de uno de dos acreedores sobre el del otro, con relación á la parte de los intereses del crédito que excedan de los dos años y anualidad corriente á que los expresados artículos se refieren (4).

La doctrina establecida por la sentencia de casación de 18 de Junio de 1890 se refiere á la prelación de dos créditos personales, y no establece la prohibición de impugnar la tercería de dominio por otro título que no sea el que sirvió para despachar la ejecución (5).

54. CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO.—Aun cuando por el art. 153 de la ley Hipotecaria se determina que de toda enajenación ó cesión á un tercero, en todo ó en parte de un crédito hipotecario que no sea de los comprendidos en el último párrafo del citado artículo, debe darse conocimiento al deudor, la omisión de esta formalidad no es causa de nulidad de la escritura en que aque-

(1) Sent. 17 Enero 1891.
 (2) Sent. 22 Junio 1897.
 (3) Sent. 18 Mayo 1898.
 (4) Sent. 23 Mayo 1899.
 (5) Idem id.

llas se otorguen, y si sólo da derecho al cesionario para demandar al cedente los perjuicios que haya podido sufrir por consecuencia de la expresada falta con arreglo á lo establecido en el art. 154 de la propia ley, y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el mencionado art. 153 de la ley Hipotecaria, ni el 107 del Reglamento (1).

55. CANCELACIÓN DE HIPOTECAS.—Cancelada una hipoteca y no garantizándose con ella la parte del crédito cuyo plazo se aplazó, es indudable que carece de preferencia en concepto de hipotecario, y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el art. 24 de la ley Hipotecaria (2).

Según las leyes 21 y 38, tít. 13, Part. V, y los artículos 79 de la ley Hipotecaria y 67 del Reglamento general para su ejecución, para que se desate la obligación que *fecha sobre los peños*, ó proceda la cancelación total de la hipoteca constituida á favor del acreedor, es requisito indispensable que esté pagada la deuda ó se haya extinguido por completo el derecho real inscrito (3).

Siendo indivisible el derecho que nace de toda hipoteca, y no habiéndose justificado la total extinción de la que motiva el pleito por alguno de los medios que señalan el art. 79 de la ley Hipotecaria y el 67 de su Reglamento, es indudable que la sentencia que deniega la cancelación de un gravamen hipotecario se ajusta á dichos preceptos (4).

Sea el que quiera el sentido que se dé al art. 1.308 del Código civil, no cabe que se suspenda la cancelación de inscripción de una hipoteca cuya nulidad se reconoce y declara en la sentencia recurrida (5).

La cancelación de hecho y de derecho que establece el art. 139 de la ley Hipotecaria, es de los créditos posteriores cuando la finca se vende ó se adjudica en pago para el primer acreedor hipotecario, y el valor de lo vendido ó adjudicado no llega á satisfacer lo que éste acredita (6).

Se ajusta á los preceptos de los arts. 34, 79, 82 y 99 de la ley Hipotecaria la sentencia declaratoria de la nulidad de una cancelación de hipoteca si no se abonó el crédito garantido con la misma (7).

Lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 83 de la ley Hipotecaria, sobre no ser preceptivo, no se opone á que, mediando pacto entre los contratantes, se someta la cuestión, acerca de la procedencia ó improcedencia de la cancelación de hipoteca, al juicio de árbitros ó de amigables componedores (8).

56. ANOTACIONES PREVENTIVAS.—El art. 105 de la ley Hipotecaria, que habla de las hipotecas en general, y el 146, que se refiere á las hipotecas voluntarias, no tienen aplicación cuando sólo se trata de la anotación de embargo, que no prejuzga cuestiones de preferencia entre acreedores de fecha anterior á la anotación (9).

(1) Sent. 18 Noviembre 1891.
 (2) Sent. 15 Noviembre 1890.
 (3) Sent. 12 Junio 1891.
 (4) Sent. 13 Julio 1891.
 (5) Sent. 22 Octubre 1894.
 (6) Sent. 31 Enero 1896.
 (7) Sent. 17 Febrero 1898.
 (8) Sent. 1.º Octubre 1897.
 (9) Sent. 27 Enero 1890.

§ 2.º

Explicación.

57. DERECHO REAL DE HIPOTECA.—En la de los arts. 1.874 á 1.880, ambos inclusive, sólo caberelacionar con lo que decimos en otro lugar (1) las indicaciones siguientes:

1.ª Que el art. 1.874, al declarar que sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase, debe entenderse también relativo al *derecho real de hipoteca*, en tanto que es una reproducción literal del art. 106 de la ley Hipotecaria (2).

2.ª Que, en cambio, el art. 1.875, en su primer párrafo, contiene una novedad de la mayor trascendencia, en cuanto prescribe que «además de los requisitos exigidos en el art. 1.857 (3), *es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida*, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». Si ha de darse á las palabras de la ley su verdadero valor, resulta que este texto modifica esencialmente el concepto de la hipoteca, principalmente en su consideración de *contrato*, y aun el de *derecho real de hipoteca respecto de los que intervienen en su constitución*.

En cuanto al primero, es indudable que introduce como elemento *indispensable*, según dice, para la *perfección* del contrato de hipoteca, ó como el Código expresa «para que la hipoteca quede *válidamente constituida*», un elemento *formal* completamente *nuevo* y de carácter *doble*, cual es el *otorgamiento de documento público*, cuyo extremo no es sino un desarrollo del núm. 1.º del art. 1.280 (4), y su *inscripción en el Registro de la Propiedad*. Sin duda que los redactores del Código olvidaron en este punto que la ley Hipotecaria es una

(1) *Explicación* de dichos textos, al tratar de la *hipoteca* en la consideración de *contrato* en que el Código hace mención de esta institución de garantía; núms. 12 á 15, Cap. XXXIV, Tom. IV.

(2) Núm. 16 de este Cap.

(3) Art. 1.857. Son requisitos esenciales de los contratos de prenda ó hipoteca:

1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

2.º Que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca.

3.º Que las personas que constituyan la prenda ó hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes ó, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

Las terceras personas extrañas á la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando ó hipotecando sus propios bienes.

(4) Según el cual «Deberán constar en documento público:

1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.»

ley de *terceros* y que el contrato de hipoteca pertenece á la clase de los *consensuales*, y se perfecciona y es eficaz y válido entre los contratantes por *el sólo hecho del consentimiento*, que aunque después del Código deba constar en documento público, conforme al precitado precepto del art. 1.280, para nada necesita su eficacia ni la repetida consideración de contrato el hecho de la inscripción en el Registro, y sin embargo, atendido el tenor literal de dicho párrafo 1.º del art. 1875, habrá que desentenderse de la doctrina que así lo establecía, si se le ha de dar cumplimiento estricto, resultando con ello modificado el concepto jurídico y legal de la hipoteca, sobre todo en su carácter de *voluntaria*, ya que las de esta clase las define la ley Hipotecaria en su art. 138, diciendo que son «*las convenidas entre partes ó impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan*», sin que en este artículo ni en los siguientes, que á la hipoteca voluntaria se refieren, se diga nada que autorice para hacer depender la validez de su constitución de la inscripción en el Registro, como el referido art. 1.875 del Código previene. Es más: la doctrina de la ley Hipotecaria es precisamente la opuesta, de lo cual convence la lectura del artículo 146 que dice «para que las hipotecas voluntarias *puedan perjudicar á tercero*, se requiere: 1.º Que se hayan convenido ó mandado constituir en escritura pública, y 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley. Es decir, que la *validez* de la hipoteca no necesita su otorgamiento en escritura pública ni su inscripción; lo que sí necesita estos requisitos es *su eficacia respecto de tercero*: cosas ambas evidentemente distintas, aunque la aplicación útil de la hipoteca esté en su eficacia como institución de garantía respecto de tercera persona.

Comparado el Código con la ley Hipotecaria, lo que se observa es que este primer párrafo del art. 1.875, en el cual *generalmente*, y sin distinguir entre la hipoteca *voluntaria ó legal*, se exige para la constitución válida de la hipoteca la inscripción del documento en que se haya constituido en el Registro de la Propiedad, parece inspirado en el art. 159 de la ley Hipotecaria, cuyo tenor es el siguiente: «Para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan»; precepto de natural explicación desde el momento en que el concepto de la hipoteca legal, según el art. 158, que nace de los supuestos á los cuales otorga la ley el beneficio de la hipoteca legal, con arreglo al art. 168, queda reducido al *derecho* de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para garantía de las personas á cuyo favor la ley establece hipoteca legal. Es decir, que se ha tomado la *parte* por el *todo*, y en esta transposición y reproducción de textos de la ley Hipotecaria, lle-