

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXIV

Febrero 1948

Núm. 237

Pequeñas filosofías sobre ortodoxia y heterodoxia hipotecarias

BREVI EXCURSUS

Siempre que se lee un libro o un artículo o se escucha una conferencia, acuden al pensamiento del lector o escuchante nuevas ideas sugeridas por el contenido de lo escrito o referido. Acontece como con el cesto de cerezas: tras de la cereza aprehendida vienen otras sin querer. Esa trabazón de cosas y de ideas no es sólo un fenómeno natural, es también un prodigio de la psicología humana, que viene a explicar el *porqué* existe tanta variedad de trabajos sobre un mismo tema. Tal vez el mismo fray Luis de León, cuando desde el púlpito de su cátedra salmantina lanzó el famoso "decíamos ayer", no hizo más que expresar verbalmente un pensamiento sugerido por la lectura de "El viaje a Turquía", escrito por Cristóbal de Villalón probablemente por los años 1556 a 57, unos veinte años antes del retorno triunfal de fray Luis de León a su cátedra. El humanista Villalón pone en boca de uno de los personajes de su obra, llamado Juan de Voto a Dios, personaje a quien Justo García Morales identifica con Alonso de Portillo, que fué Rector de la Universidad de Alcalá (introducción a la edición de "Crisol" de 1944), el siguiente cuento: el padre del Duque de Medinaceli sentaba a comer en su misma mesa a un pintor que había viajado por Italia; conocía muy bien casi toda aquella nación, pero no había visitado Venecia; el padre del Duque exigió del pintor que cada día le hiciese la descripción de una ciudad italiana que previamente fijaba el día anterior a la co-

mida, y llegó por fin el turno a Venecia. El pintor, sin inmutarse, recibe el encargo, sale de la casa y no aparece el siguiente día ni en muchos otros. ¿Qué hizo el pintor del cuento? Villalón lo refiere del siguiente modo: "No sabiendo qué se hacer, toma su bordón, sin más hablar a nadie, y camina para Francia y pásase en Italia otra vez, y vase derecho a Venecia, y mírala toda muy bien y particularmente, y vuélvese a Medinaceli como quien no hace nada, y llega cuando el Duque se asentaba a comer muy descuidado, y dice: "En lo que vuestra señoría dice de Venecia, es una cibdad de tal y tal manera, y tiene esto y esto y lo otro." Y comienza de no dejar cosa en toda ella que no le diese a entender. El Duque quedóse mudo santiguando, que no supo qué se decir, como había tanto que faltaba."

LA BIOLOGÍA DEL DERECHO

Hemos traído a colación el cuento porque son muchos y muy distantes entre sí los trabajos que se dan a la publicidad sobre un mismo tema del Derecho hipotecario, y a esa diversidad sólo puede atribuírsele como motivo fundado el de las infinitas sugerencias que produce el pensamiento ajeno. Y al llegar a este punto y ver que a los estudiosos del Derecho registral inmobiliario se les ha clasificado en civilistas e hipotecaristas, y que más bien bajo este último nombre parece que se incluye a los innovadores o reformadores del llamado Derecho hipotecario, a los que viene a conceptuárseles como la vanguardia del Derecho registral, nos hemos preguntado: ¿es esto exacto?

Siempre hemos creído en la biología de todo lo que existe, y por tanto en la biología del Derecho; son "Las transformaciones del Derecho", de Pedro de Tourtoulon, respecto de las que Azcárate decía que "... la historia pone de manifiesto la realidad de esta ley biológica, según la cual la vida jurídica, como la vida toda, es *sucesiva y continua*, ley que olvidan así los que con menosprecio de la realidad, y por desconocer que en ella hay siempre un elemento sano en que pueden y deben encauzar las nuevas ideas, como los que, por desconocer la virtualidad de éstas, caen en la inamovilidad absoluta". (Carta escrita por Azcárate a D. Ramón Carande en 30 de septiembre de 1909, que aparece reproducida en el tomo I de los "Principios filosóficos de la historia del Derecho", de Tourtoulon, traducidos y publicados en dicho año por el Sr. Carande.)

Si la historia es la "experiencia del pasado", ella nos hace ver que a la quintaesencia de la libérrima voluntad contractual, que proclamara el Ordenamiento de Alcalá, hubo de sucederle un constreñimiento a lo formal, y ya en nuestros días, la científica teoría constitutiva del instrumento notarial, debida a la inteligencia de Rafael Núñez Lagos, sin olvidar el colofón que puso Bollain Rozalem en esta Revista. Y del mismo modo que por tal proceso biológico aparece la legislación notarial, acreedora hoy en día, por la perfección de su técnica y la extensión de sus conceptos, de una cátedra para su enseñanza didáctica, así también, por biología jurídica, surge la distinción de los efectos que las relaciones jurídicas producen respecto de las partes y respecto de terceros; y en su función biológica seguirá perfeccionándose la vitalidad de una rama del Derecho a medida que la biología de la humanidad requiera las transformaciones del Derecho.

Así, la humanidad en sus múltiples y cada vez más complicadas actividades necesita de la norma jurídica *apropiada*. El Derecho ya no existe en singular, sino en plural; y se habla de Derechos y ramas de un Derecho. Y cada una de estas ramas, especie de hijos, se desarrolla y crece, y tiene más necesidades que atender; y en ocasiones las nuevas exigencias de su campo de acción quedarán resueltas a costa de restringir o mermar la extensión del Derecho de que derivó. Así puede quedar justificado *por qué* la compraventa doble, la hipoteca, la opción, las llamadas adquisiciones a "nom domino", todas ellas actos jurídicos nacidos en el campo del Derecho civil, han de ser regulados en ocasiones, no por las normas del Código civil, sino por las de una de sus ramas; y esta necesidad explica a su vez por qué ha surgido la teoría del valor constitutivo de la inscripción registral para tales supuestos, y la corriente de la sustantividad de la inscripción.

Pero no se enfoca por estos horizontes biológicos la vigorosa pujanza del Derecho registral inmobiliario, y en ocasiones, hasta por mentalidades verdaderamente privilegiadas se desenfoca el problema de la vitalidad del derecho de los Registros de la Propiedad, dando ocasión con ello a una literatura peyorativa de la institución registral. Se concibe que Arhens haya podido decir de la hipoteca que tal como la entendía el Derecho romano era una verdadera calamidad social, porque esto lo decía refiriéndose a la agricultura. Pero, en cambio, no resulta bastante justificado que se diga que "en materia inmobiliaria parece mejor proteger lo estático, aunque sea a riesgo de lo dinámico" (Pe-

layo Hore, "La reforma hipotecaria". El artículo 34 en R. D. P. número 336, cita de Vallet en el núm. 369 de igual Revista correspondiente a diciembre último); porque quien posee la tierra y la cultiva a título de dueño, para ser tal necesita estar dentro de los presupuestos legales del dominio, y uno de estos presupuestos es precisamente, tratándose de la propiedad inscrita, el de inscripción registral, requisito que lo exige la Ley general o Código civil y no la Ley especial o Hipotecaria.

Ni tampoco hallamos exacto el símil del "burladero", aplicado a los Registros actuales, porque es casi imposible que en nuestro sistema pueda darse el engaño sino en conexión con la mala fe, y ésta no la ampara la legislación hipotecaria. (Esta palabra burladero constituyó una metáfora apropiada respecto de las antiguas Contadurías, como así lo hizo en el año 1861 Hernández Ariza, ni tampoco, en fin, parece que sean muy propias las hipérboles registrales, tan excesivamente abultadas y que en violento contraste con la medida doctrinal y la pureza de conclusiones ha escrito el estudioso y culto Notario don J. Vallet de Goytisolo.)

Nosotros creemos que las palabras transcritas y subrayadas de Azcárate encierran una verdadera filosofía para la crítica de la vanguardia y vanguardistas del Derecho, porque si en ocasiones la vanguardia puede mostrarse o aparentar una heterodoxia, a veces no es más que la biología de la ortodoxia.

LA FILOSOFÍA DE LOS VALORES

Hemos empleado ya repetidas veces la palabra *porqué*; todo porqué es un problema que tratamos de resolver por autorreflexión, y a esta autorreflexión vulgarmente se la llama filosofar. Y no anda desatinada la palabra, porque realmente existe un proceso intelectual que, partiendo de lo que se acaba de conocer, que es una realidad, se aspira a constatar la verdad o resolver las dudas por el hallazgo de una sabiduría que es un valor espiritual. Aunque el filosofar no sea filosofía, no por ello deja de ser una manera de discurrir basada en argumentaciones más o menos convincentes, que desde luego se parecen a la filosofía.

Esto lo corrobora la llamada Filosofía de los valores, trazada por la escuela de Baden, y que tiene uno de sus mejores representantes en

Max Ernesto Mayer. Hace resaltar en su "Filosofía del Derecho" (traducción de Luis Legaz Lacambra, publicado por Editorial Labor en 1937), con tan pulida limpieza la diferencia entre *realidad* y *valor*, que sin querer se nos fué el pensamiento hacia Pedro Gómez de la Serna, autor de uno de los más sugestivos *porqués* de una de las leyes españolas: la Hipotecaria.

Mayer dice: "La distinción entre la realidad y el valor, el ser y el deber ser, lo facticio y lo normativo es la base imprescindible de toda reflexión metódica. Pues la realidad (en el sentido acentuado en esta antítesis) comprende la totalidad de cuanto es accesible a la experiencia (interna o externa) de cuanto es conocido en la conexión de causalidad, mientras que las valoraciones escapan a la percepción, han de buscarse en el reino de las significaciones ideales y se originan en el nexo teleológico ("telos" significa fin). El *porqué* domina la ciencia de las realidades; el *para qué*, las ciencias del valor; ejemplos de esto lo tenemos tanto en los acontecimientos históricos como en las más vulgares acciones, que se *explican* por los motivos y se *juzgan* por los fines."

Esta doctrina de los valores, ¡qué admirable coincidencia tiene con la *realidad y nuevas ideas* de que nos habló Azcárate, como elementos de la biología del Derecho! Y, en efecto, ante una realidad tan amarga como la del auténtico tercero hipotecario que adquiere una finca y no puede señorearse, ¿no es una verdadera sabiduría y un excelente valor el artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria? En buena hora queden respetadas las leyes sociales frente a los abusos o ilegítimas pretensiones del propietario, pero no por ello vaya a quedar desamparado en la juridicidad de su derecho que es el *para qué* de la Ley Hipotecaria. Pero, ahora bien: es preciso procurar que esos nuevos valores sugeridos de las realidades apremiantes no emprendan el camino de la heterodoxia.

LAS PEQUEÑAS FILOSOFÍAS SOBRE ORTODOXIA Y HETERODOXIA HIPOTECARIAS

De *orthos*, que significa lo derecho, lo recto y de *doxo*, que significa opinión y criterio, se formó ortodoxo para significar lo conforme con una doctrina; y en oposición a ella se utiliza la de heterodoxo. ¿Hay heterodoxia hipotecaria? ¿Quiénes son los heterodoxos?

Nuestro sistema hipotecario nació a la vida jurídica con la Ley del 61, de cuya Exposición de Motivos fué autor el romanista D. Pedro Gómez de la Serna. Repetidamente, en aquella luminosa exposición se hizo resaltar que la nueva ley no modificaba en nada el Derecho civil, salvo en las relaciones jurídicas frente a terceros; así surge una separación absoluta entre los efectos que toda relación jurídica produce entre los contratantes o partes y respecto de los terceros, de modo y manera, que a partir del año 63 en que comienza a regir la ley, las relaciones de derecho entre partes se regulan por el Derecho civil, y las que afectan a terceros se someten a la Ley Hipotecaria.

Angel Sanz, refiriéndose a esta distinción, dice que "La Exposición de Motivos, con razones que hoy han perdido casi totalmente su valor, y dentro de la confusión de inscripción constitutiva y necesaria, planteó la cuestión a base de la célebre distinción de parte y terceros, que por tanto tiempo constituyó la obsesión constante de nuestro régimen" (pág. 267 de sus Instituciones). Ya D. Jerónimo González, en los Principios Hipotecarios había apuntado la esfumación de esos distingos *inter partes* y tercero; y por último es la misma Exposición de Motivos de la reforma de 1944 la que insinúa la desaparición de aquella distinción del 61 al decirnos que se da a la inscripción "tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán *plena eficacia legal*". Deliberadamente no aportamos la opinión de ningún Registrador, sino solamente las tres apuntadas. Y filosofamos de la siguiente manera: la ortodoxia es la clásica distinción, y si ésta desaparece ¿entramos en la heterodoxia?; ¿no será acaso la sustantividad de la inscripción el resultado de un proceso biológico?, o como nos dice la Exposición de Motivos de 1944 al emplear la frase *plena eficacia legal*, ¿no nos hallaremos frente a un nuevo valor jurídico cual es el de que la eficacia *erga omnes* sólo se obtiene mediante la inscripción?

La auténtica doctrina será la que entiende que los derechos reales nacen extrarregistralmente, con tradición o sin ella, pero su potencialidad adquiere la expansión *erga omnes* por la inscripción, incluso para la propiedad no inscrita, ya que para ella no existe el crédito hipotecario, que es una de las modalidades de la facultad dispositiva del propietario. Pero de todos modos, obsérvese que la vanguardia de la teoría la encontramos en el más culto de los hipotecaristas, en un preclaro Notario, y en un conjunto de verdaderos Doctores del Derecho.

Pensemos también sobre el valor de la inscripción hipotecaria. Limitémonos a la hipoteca voluntaria. Históricamente, y desde que la hipoteca apareció como institución jurídica, fué siempre un negocio jurídico que automáticamente creaba el derecho real de hipoteca sin necesidad de tradición ni siquiera de formalidades rigurosas; se crea el sistema hipotecario español a base de la distinción de partes y terceros dicha; la hipoteca no queda eximida de tal distinción, y las leyes del 61 y del 69 estampan un artículo 146 que imperativamente advierte que las hipotecas, para perjudicar a terceros, han de ser inscritas. Así se desliza la vida de la hipoteca hasta que se promulga el Código civil. Dos artículos tiene el Código que traen una revolución para la hipoteca: el 609 y el 1.875. Aquél, que no exime a la hipoteca, derecho real, de la teoría genérica de que los derechos reales se adquieren y transmiten por el contrato y mediante la tradición. Si queremos ser escrupulosos advertimos que no se emplea la palabra creación o constitución de la hipoteca y acudimos al capítulo de los contratos. ¿Se crea la hipoteca, derecho real, por el contrato, o por la inscripción, como afirma el 1.875? La jurisprudencia del Supremo ha resuelto el problema en este sentido. Ante esta contemplación, nos preguntamos nosotros: ¿han sido los hipotecaristas o los civilistas los que han dado valor constitutivo a la inscripción de la hipoteca? Pero a pesar de que la hipoteca nace según se afirma por la inscripción, en una buena ortodoxia, ¿no habrá que conferir algún efecto real al contrato, al menos *inter partes* y mientras no surja el tercero hipotecario?

Otro de los puntos de derecho hipotecario que inclina a filosofar es el del objeto de la inscripción. Prescindiendo de la sinonimia reglamentaria de documento y título, nosotros planteamos el problema sobre la base del título o causa jurídica y del derecho que deviene. Este planteamiento se halla resuelto de distinta manera por civilistas e hipotecaristas; pero lo curioso es que son los civilistas los que al afirmar que lo inscribible es el título y no derecho real, vienen a dar, sin pretenderlo, un valor más que declarativo a la inscripción registral. En cambio, los hipotecaristas, cuando sostienen que lo inscribible es el derecho real y no el título, no hacen más que propugnar y poner de relieve la ortodoxia hipotecaria de que los derechos reales nacen extrarregistralmente, y en tanto no hayan nacido no son admisibles en los Registros de la Propiedad los documentos que los contienen o constituyen.

Se ha hablado más de una vez que la inscripción sustituye a la tradición. Ni aún a pretexto de la espiritualidad de la hipoteca cabría sostener la tesis de la sustitución, no sólo porque la hipoteca nació siempre sin necesidad de la tradición desde los tiempos de Heineccio, y lo que jamás existió es imposible que tenga sustituto, sino porque al lado de la hipoteca existen otros derechos reales que nacen sin tradición como algunas servidumbres, para las cuales nadie se ha acordado de conferirles al vistoso ropaje de la inscripción para su nacimiento y vida, salvo el actual 313, que nos pondrá en grave apuro a Jueces, Notarios y Registradores. Pero, ¿podremos tildar por estas consideraciones, a tal artículo de revolucionario o heterodoxo? Si bien nos fijamos, podrá observarse que responde a la pura ortodoxia del 61, porque el estallido de la expansión real o *erga omnes* se da precisamente cuando el derecho se enfrenta con los intereses de un tercero, y para la regulación de los efectos jurídicos, de cualquier relación de derecho, respecto de terceros, se ha de estar a lo que dispone la Ley Hipotecaria.

Y, por último, al querer filosofar sobre lo que pueda ser el auténtico valor de la inscripción española, hemos llegado a tan extensas consideraciones que con el título de "Materiales para el análisis crítico del oficio de la inscripción en la vida de los derechos reales" tenemos ya redactadas unas cuartillas, que sometemos a la benevolencia de la Dirección de esta Revista para su publicación.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS

Registrador de la Propiedad.