

## Consideraciones sobre el «rango» y la nueva Ley de Reforma Hipotecaria (\*)

Angel Sanz no ha destacado con la debida energía que la protección registral otorgada al titular de la inscripción derivada viene concedida a través de la inscripción en que aquélla se apoya, ha puesto excesiva atención en la inscripción segunda... y ha mezclado indebidamente los principios de inscripción y de fe pública del Registro.

Llego, pues, a la conclusión de que la inscripción extendida a favor del tercer hipotecario no es constitutiva. En cambio, sostengo que tiene este carácter la inscripción de la hipoteca, porque dicha inscripción, «con otros elementos previos de carácter necesario —empleo palabras definidoras del propio Sanz—, da vida ella misma al derecho real».

El competente Notario de Madrid defiende la tesis de que la inscripción de la hipoteca es declarativa a través de una ingeniosa argumentación con la que pretende demostrar: que la fuerza constitutiva de los derechos reales reside en el título, y que no es lo mismo inscripción «constitutiva» que inscripción «necesaria».

Frente a esta tesis, sería pueril apelar al testimonio de nuestros hipotecaristas, cuando, como el mismo Sanz reconoce, el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca es afirmado sin excepción por la doctrina española. Sólo haré algunas observaciones.

El Derecho español ha de catalogarse en el grupo formado por aquellos sistemas positivos que exigen, para el nacimiento de los derechos reales, la concurrencia del «título» y el «modo» (artículos 609, párrafo 2.<sup>º</sup>, y 1.095, C. c.). Cuando se trata de derechos

(\*) Véase el número anterior de esta Revista.

reales que llevan consigo la posesión de las cosas, el modo está constituido por la tradición, y sólo la conjunción de tradición y título—no el uno sin la otra o ésta sin aquél—opera el nacimiento del derecho real. En la hipótesis de derechos totalmente ajenos a la idea de posesión—cual acontece en la hipoteca—, es preciso buscar, como modo, otro medio de publicidad que supla una tradición imposible: y surge la inscripción en el Registro, practicada—artículo 3.<sup>o</sup> de la L. H.—a virtud de la correspondiente escritura pública. He aquí, pues, cómo de esta manera lógica y natural el título y la inscripción vienen a operar, en nuestro Derecho positivo, el nacimiento del derecho real de hipoteca.

Áhondemos más en lo que queda enunciado. La hipoteca tiene su origen normal en un convenio entre hipotecante e hipotecario: en un contrato. Este contrato precisa, para su válida existencia, la concurrencia de sus elementos esenciales: consentimiento, objeto, causa (artículo 1.261, C. c.) y forma, por tratarse de un contrato solemne (artículo 1.875) en el que la envoltura formal no es exigida como simple requisito *ad probationem*. Vemos así—sin pensar, por el momento, en el Registro de la Propiedad—la necesidad de la escritura pública, para que ella—en unión de los restantes requisitos contractuales indispensables—dé vida al contrato formal de hipoteca. Pero del contrato, perfecto ya, no nace directamente la hipoteca como derecho real. Los contratos sólo generan obligaciones (artículo 1.089, C. c.), y el que me ocupa en estos momentos no puede ser la excepción. Del contrato de hipoteca surgen obligaciones, que, además—por ser contrato unilateral—, sólo pueden encontrarse del lado del acreedor hipotecario—acreedor en la obligación principal, pero deudor en el contrato accesorio de hipoteca—. «De la hipoteca, en su consideración de contrato—escribe Sánchez Román—y una vez producido el derecho real a que sirve de título, no pueden surgir más que una obligación y un derecho correlativo, a saber: la obligación de parte del acreedor hipotecario, cuando la principal se halla satisfecha, de cancelar en favor del deudor o tercero hipotecante el derecho de hipoteca, liberando la finca hipotecada de este gravamen, y el derecho de parte de éste para reclamar, en tal supuesto, dicha cancelación y liberación.»

De estas certeras palabras de Sánchez Román destaco no sólo

la idea de que el contrato de hipoteca únicamente hace nacer obligaciones, sino esta otra conclusión: que dicho contrato—perfecto como tal contrato, añado yo, con el otorgamiento de la escritura pública—sirve de *título* al derecho real de hipoteca. Para que este derecho real nazca, hace falta que al título siga el modo, o sea —tradición no existe ni puede existir—la inscripción. El maridaje del contrato solemne de hipoteca—título—con la inscripción registral—modo—da como fruto el derecho real hipotecario hasta ese momento inexistente. No puede, en buena técnica, negarse a la inscripción de la hipoteca el carácter de inscripción constitutiva.

En síntesis: frente a la conclusión de Sanz: «La omisión de la escritura provoca la inexistencia; la falta de inscripción suspende la eficacia» (1), presente yo esta otra: el contrato solemne de hipoteca se perfecciona por la escritura pública, pero el derecho real nace a virtud de la inscripción. La inscripción del derecho real de hipoteca es constitutiva.

\* \* \*

He pretendido refutar las dos primeras «razones»—a mi juicio, las fundamentales y básicas—esgrimidas por Angel Sanz en defensa de su tesis, que es la legal. Pero el reputar menos importantes las razones siguientes no me libera de comentarlas apuntando las observaciones que me sugieran. Sigue diciendo Sanz:

3.<sup>a</sup> razón: El avance de rango de los acreedores hipotecarios posteriores no supone ninguna injusticia, ni mucho menos un enriquecimiento injusto; por el contrario, su no avance y localización en una parcela de valor enriquece injustamente al propietario. Téngase en cuenta: a) Que si los autores alemanes hablan de injusticia en el avance, es debido a la práctica de fijar intereses mayores a las segundas y posteriores hipotecas, pero no por el hecho del avance en sí (Wolf, II, pág. 277; Nussbaum, página 146).»

Bien; pero, aunque así fuera, resulta de una vigorosa lógica tachar de injusto el avance, toda vez que, por la inferior posición económica y jurídica de los acreedores hipotecarios posteriores (2).

(1) Angel Sanz: Ob. cit., pág. 36.

(2) Véase la primera parte de este trabajo.

es muy natural que éstos compensen con la fijación de un interés más elevado la postura no privilegiada que ostentan al constituirse su respectiva hipoteca. Un avance automático posterior por desaparición de la hipoteca preferente, consuma la injusticia de acumular en un segundo acreedor hipotecario las ventajas de tal—intereses originarios más crecidos—con los privilegios del acreedor preferente.

«b) Que la regla romana—continúa Angel Sanz—guarda perfecta armonía con las normas aplicables a la responsabilidad personal e ilimitada en caso de créditos personales: de la misma manera que el acreedor personal puede dirigirse libremente contra los bienes que adquiera el deudor después de contraída la obligación, el acreedor hipotecario puede dirigirse, y con más razón teniendo un derecho real sobre la cosa, sobre la parte de ésta que quede libre mediante la extinción de créditos anteriores; de otro modo se daría el contrasentido, aplicando el sistema germano hasta sus últimas consecuencias, de que los acreedores personales podrían dirigirse contra el puesto libre y los hipotecarios no, a menos que lo hicieran exclusivamente por el crédito, sin la hipoteca. No puede decirse que en este razonamiento haya confusión entre crédito y derecho real, ya que, dado el carácter rigurosamente accesorio de la hipoteca en nuestro Derecho, deben aplicarse a ésta ciertos principios y normas propios de aquél.»

Las últimas palabras de Angel Sanz son una confesión de la endeblez de estos argumentos. Todo lo que escribe Sanz en este sentido es lo que él mismo apunta: confundir el crédito garantizado con el derecho real garantizador. ¿Que aquél es principal y éste accesorio? Indudable. ¿Que esta relación de accesorio a principal y viceversa produce consecuencias en la reglamentación de ambos derechos? Nadie lo puede discutir. Pero estas consecuencias no han de llevarse más allá de sus justos límites. La accesoriedad de la hipoteca significa, sencillamente, que—como dice Roca Sastre—ésta está conectada con el crédito principal y que sigue su suerte. Por eso, es requisito esencial que la hipoteca se constituya — nacimiento — para asegurar el cumplimiento de una obligación que el mismo Código (artículo 1.857) califica de «principal»; y por eso, también, supone el fin de la hipoteca—extinción—el hecho de extinguirse la obligación cuyo cumplimiento

aseguraba. Pero hipoteca y crédito son derechos de naturaleza distinta y sujetos a normas totalmente diferentes, sin que pueda tomarse como modelo a seguir por el derecho real de hipoteca la que sólo tiene aplicación adecuada a los derechos de crédito.

«Del cumplimiento de las *obligaciones*—dice el artículo 1.911 del C. c.—responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.» Y este precepto—que para nada afecta a los derechos reales—permite al acreedor hipotecario, en un sistema de puestos fijos, dirigirse—como *acreedor* y no como *hipotecario*—contra el puesto que quedó libre a consecuencia de la extinción de una hipoteca preferente. El que, como titular del derecho real de hipoteca, ascienda o no de rango por razón de la referida vacante de puesto, es cuestión aparte que debe resolverse con un criterio más «de orden público», como cuadra a la materia de derechos reales.

Y sigue escribiendo Ángel Sanz.

«c) Aunque se limitara la sustantividad del rango al tiempo de vigencia de las hipotecas, pero no al de su realización, como hace el Código suizo, siempre resultaría que el deudor podría contraer nuevas deudas o negociar con el puesto libre, en perjuicio de acreedores ya existentes; este perjuicio se ve más claro aún en el supuesto de haberse deteriorado la finca, de forma que no sea bastante a cubrir la segunda hipoteca, sin haber llegado el vencimiento de ésta y sin poderse, por tanto, ejecutar: la constitución de nueva garantía en este supuesto sobre el rango libre anterior, no sólo supondría un enriquecimiento injusto del propietario, sino un acto fraudulento que bordearía los linderos de la estafa.»

Pues que, *en tales casos*, se pongan en juego las normas del Código penal, respondo yo. Me parece mucho más lógica esta solución—correctivo eficaz de una hipótesis posible, pero improbable, nacida de un régimen de puestos fijos—que la de rechazar de plano un sistema—el de rango inalterable—justísimo en sus líneas generales, en su orientación global y en la inmensa mayoría de sus aplicaciones concretas. Frente a esa hipótesis particular que Sanz presenta, de enriquecimiento injusto para el propietario a consecuencia de la fijeza de los puestos hipotecarios, ¿cuántas otras podrían ofrecerse de injusto enriquecimiento de los acreedores posteriores en su automático avance—característico del sistema de las-

ticidad—para llenar el puesto que dejó vacío la hipoteca preferente? Abominar de un excelente sistema jurídico por la posibilidad de alguna aplicación particular injusta es algo así—permítaseme un ejemplo muy español—como rechazar de modo definitivo a un gran torero por una sola tarde de infortunio.

\* \* \*

A las dos últimas «razones» de Angel Sanz—la cuarta y la quinta—las dedico un brevíssimo comentario. La cuarta está destinada a fijar los inconvenientes teóricos y prácticos de la hipoteca de propietario, y ya dije más atrás que yo también rechazo esta figura jurídica y que, por otra parte, su admisión no es indispensable para la organización de un sistema de puestos fijos.

En cuanto a la quinta razón—pronóstico del fracaso práctico del sistema, por lo arrraigadísimo que está la regla romana en la vida española—, yo, sin dotes de profeta, no me atrevo a pronosticar. Me limito a ensalzar lo que yo creo excelencias de los puestos fijos; contemplo el rezumante espíritu de justicia del sistema y confío—nada más que confiar—en sus beneficiosos resultados prácticos.

\* \* \*

Con esto termino mis apreciaciones sobre el «rango» y sobre lo que no ha hecho y, a mi juicio, ha debido hacer la nueva Ley de Reforma Hipotecaria.

¿Impresión final?

Pues que la reforma adolece de timidez en este y en otros varios extremos (1). Y, nota curiosa, esta timidez, este no atreverse nuestros legisladores a consumar indiscutibles mejoras en el Derecho patrio merece los elogios casi unánimes de los comentaristas españoles. En general, se alaba al reformador timorato, y se le alaba en nombre de lo genuinamente nacional, reputándose a la Ley de Reforma mantenedora, cuando no restauradora, de las más puras esencias jurídicas españolas.

Si es así; si la nueva Ley tiene, efectivamente, ese significado, bien está la orientación de la reforma hipotecaria. Pero permítaseme

(1) Véanse mis trabajos en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, números de marzo de 1944 y de abril y junio de 1945.

que muestre mi poca credulidad. ¿Es que, de verdad, todo lo que no ha sido recogido por la nueva Ley de Reforma debe considerarse como exótico, como extraño a lo genuinamente nacional?

Tomemos un ejemplo al azar: el de la inscripción constitutiva. Yo, pensando en ella, me lleno de asombro cuando observo el aplauso unánime que se dedica a la Ley de 30 de diciembre de 1944 por lo que tiene de representativa de lo «auténticamente patrio». Porque, sobre la base de la no admisión por la nueva Ley de esta clase de inscripciones, yo recorro rápidamente la historia de nuestro Derecho inmobiliario y veo que desde la «robración»—institución conocida por los Fueros de Alcalá de Henares y Sepúlveda, fundamental en lo que Oliver llama «elemento *nacional o indígena*», componente de la legislación civil castellana que estaba en vigor a la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861—hasta la célebre base 52, redactada por Luzuriaga en 1843, todo es proclamar la necesidad de una forma pública, más o menos rudimentaria, para conseguir la plena eficacia, ya sea de las ventas de bienes raíces—«robración»—, ya del derecho real de la hipoteca—proyecto de Código civil de 1836—, ya de este derecho, de los demás derechos reales limitativos y de los «títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares»—bases 50, 51 y 52 de Luzuriaga—. Todo esto significa dar a la forma pública un valor *constitutivo*. Y es Derecho *español*, genuinamente español.

Leamos a este propósito lo que dice D. Bienvenido Oliver comentando las bases de Luzuriaga: «La idea de limitar los efectos de la publicidad a los terceros no surgió hasta mucho tiempo después. Para los eminentes juríscos de la gran Comisión de 1843, que echaron los verdaderos cimientos de nuestra moderna codificación civil y penal, esta limitación y restricción puesta a los efectos de la publicidad era completamente desconocida. Ni una sola indicación he encontrado en los libros de sus actas que demuestre lo contrario. Es más: presumo que si alguien la hubiera propuesto, no hubiese sido aceptada. Tan penetrados del *origen histórico* y del valor jurídico del contenido de la proposición de Luzuriaga estaban aquellos insignes codificadores.»

A modo de inciso, un corto examen de conciencia: hace más de un siglo, Luzuriaga preconizaba la inscripción constitutiva; hoy se rechaza este dogma como materia de importación.

Continúo con el proceso histórico.

Después, buscando Luzuriaga en el Anteproyecto de 1848 un criterio transaccional que armonizara los divergentes puntos de vista puestos de manifiesto en la célebre discusión habida entre él, García Gayena y Bravo Murillo, se introdujo en la primitiva base 52 la frase «en cuanto a tercero», que echó raíces en la legislación española.

Pero ténganse en cuenta tres cosas: 1.<sup>a</sup> Que aquello supuso un desplazamiento del problema, del campo del principio de inscripción al de fe pública registral. Como dice Roca Sastre (1), «cuando, con estilo de transcripción francesa, la exposición de motivos de la Ley del 61 expresa que la falta de inscripción sólo pueden alegarla los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse, en rigor elimina del sistema la inscripción de tipo constitutivo y declara que tiene bastante con la fe pública registral más o menos intensa. Al modificarse, en los trabajos de elaboración de la Ley de 1861, la base 52 proyectada por Luzuriaga se abandonó el campo de la inscripción constitutiva, que es completamente extraño a toda noción de tercero, para reducirse al de la fe pública registral; concebida entonces bajo la idea negativa e incompleta de que la inscripción era un simple requisito de oponibilidad a terceros».

2.<sup>a</sup> Que los hipotecaristas de entonces—y los de ahora, hasta la nueva Ley—clamaron incesantemente por la consagración del sistema de inscripción constitutiva; sistema que, después de lo dicho, puede muy bien ser calificado de «genuinamente español».

3.<sup>a</sup> La exposición de motivos de la Ley del 44, al referirse a la inscripción constitutiva y justificar el por qué no se implanta en la nueva Ley aquel tipo de inscripción, no hace la menor alusión a lo histórico o nacional como supuestas razones en defensa de la repulsa hacia la inscripción constitutiva. Al contrario: de las palabras del preámbulo de la Ley viene a deducirse que el legislador es, teóricamente, partidario de aquella figura de inscripción, y si la rechaza, ello obedece a la razón práctica de que «más del sesenta por ciento de la propiedad española no ha ingresado en el Registro». La Ley del 44, manteniendo el sistema de inscripción simple-

(1) Ob. cit., tomo I, pág. 160.

mente declarativa, adopta—contra sus propias convicciones teóricas—una solución que ella misma considera mala, pero se abraza a ella a impulsos de un imperativo práctico y tangible—ese agobiador sesenta por ciento de bienes no inmatriculados—y como mal menor. Mientras tanto, los autores de comentarios a la nueva Ley—en este caso «más papistas que el Papa»—presentan a ésta como modelo de norma jurídica, respetuosa con lo tradicionalmente español.

\* \* \*

A la vista de este ejemplo, mucho me temo que los defensores a ultranza del vigente Derecho positivo no se hallen colocados en ese «justo medio», que es donde está la virtud, y que asistamos a uno de esos bruscos virajes—tan españoles—que experimenta por oleadas la opinión de nuestros juristas. Antes «se llevaba»—que en Derecho también hay «modas»—lo extranjero, y todo lo que venía de fuera—especialmente lo que procedía del macizo y arquitectónico sistema inmobiliario alemán—era recibido por los doctos con ferviente entusiasmo. Las normas germanas eran consideradas como verdaderos modelos, y a los técnicos en la materia les obsesionaba la idea de verter sobre nuestro Derecho positivo los principios básicos del Derecho alemán, sin parar mientes en que las maravillosas fórmulas de aquel país pudieran no aclimatarse al ambiente jurídico de España.

Hoy hemos dado el salto a la otra orilla y nos hemos colocado en el polo opuesto. Si antes era bueno todo lo alemán, aunque en algún punto no lo fuese o aunque no se adaptara a la idiosincrasia española, ahora nada que derive del Derecho hipotecario teutón se estima de viable incorporación a las normas positivas de España.

Y, francamente, ni lo uno ni lo otro. Creo que en la armonía jurídica española no disuenan todas las notas alemanas, y que hubiera sido un acierto, en vez de aceptar o rechazar en bloque, haber traído a nuestras leyes, no sólo lo de raíz española—por ejemplo, inscripción constitutiva—, sino aquellas instituciones y matices—tales como el sistema hipotecario de puestos fijos—que, por estar inspirados en un alto espíritu de justicia y ser esta idea permanente y universal, no pudieran haberse calificado de exóticos.

LUIS BOLLAIN.  
Notario