

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

Y al alcanzar este punto en el desarrollo de mi trabajo, llega a mis manos la obra de Sanz Fernández, titulada *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. La amistad que me une con el autor—compañeros él y yo de las primeras fatigas docentes en los ya lejanos tiempos de colegio—impide a mi pluma todo elogio a un libro que bien lo merece.

Me encuentro ante unos comentarios verdaderamente auténticos—puesto que Sanz fué vocal de la Comisión de reforma—de la Ley nueva. Y en ellos se defiende el criterio legal en el punto concreto que me ocupa: es decir, se justifica el porqué sigue apartado el vigente régimen hipotecario español del sistema de puestos fijos y sustantividad de rangos. «La Comisión redactora del proyecto de Ley Hipotecaria—escribe Angel Sanz (1)—rechazó su admisión teniendo en cuenta las siguientes razones especialmente aplicables al sistema hipotecario español.»

Voy a ir transcribiendo estas «razones» y a ofrecer al lector el comentario que me sugiere cada una de ellas.

«1.<sup>a</sup> Conceptualmente es imposible—escribe Angel Sanz—llegar de manera absoluta a la parcelación del valor de un inmueble y negar la fuerza expansiva de la hipoteca, como la de todo derecho real, sobre su objeto. El derecho real de hipoteca se dirige a la obtención de un valor del inmueble, pero recae sobre éste en su totalidad (Nussbaum, pág. 76) y no sobre el valor. La división de varios grupos de valor en compartimientos estancos y separados es

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

(1) Ob. cit., pág. 148, nota.

contraria a la naturaleza del derecho real de hipoteca y aun a la de todo derecho real sobre cosas. Por ello no admitió este punto de vista el Derecho romano y lo rechazó, a pesar de los precedentes germánicos, la depurada técnica del Código civil alemán, aceptando como principio el de los romanos. De la misma manera, el Código suizo lo establece con una importante reserva, que supone la verdadera admisión del principio romano; aunque existan rangos o puestos libres de carácter preferente, en caso de realización del inmueble, el precio corresponde a los acreedores hipotecarios, según su rango, sin tomarse en consideración los puestos libres (artículo 815).»

No cabe dudar que la hipoteca, aunque sea un derecho real en-derezado a proporcionar al acreedor garantizado con ella el valor en cambio de una cosa, recae no sobre el valor, sino sobre la cosa misma. Esta idea, admisible sin ningún esfuerzo, tiene su refrendo positivo en los artículos 105 y 106 de la Ley Hipotecaria, equivalentes a los 1.876 y 1.874 del Código civil. En ellos se establece que la hipoteca «sujeta directa e inmediatamente los *bienes* sobre que se impone...», y que sólo pueden ser hipotecados «los *bienes inmuebles* y los *derechos reales* enajenables *impuestos sobre los bienes inmuebles*». Doctrinal y legislativamente, pues, el objeto del derecho de hipoteca es la cosa hipotecada, el inmueble gravado, y no el valor o fracción de valor que—llegado el momento oportuno—puede extraer de aquélla el acreedor hipotecario. Pero, sentada esta base, no se puede olvidar lo que antes dejé apuntado: que la hipoteca es un derecho de realización de valor (artículo 1.858 del Código civil), que actúa, además, en función de garantía del cumplimiento de una obligación principal dineraria. Y si a esto se añade que en la hipoteca el inmueble gravado no pasa a poder del acreedor hipotecario—no hay desplazamiento de posesión—, viene a resultar: que el poder directo e inmediato—técnicamente indiscutible—de la persona sobre la cosa parece como si en la realidad se esfumara para dar paso a otro poder, concreto y tangible, orientado hacia el valor en cambio de la finca hipotecada. En el terreno de lo vulgar—vulgar, pero impregnado de verdad jurídica—pudiera representarse gráficamente al acreedor hipotecario en el momento en que la hipoteca desarrolla toda su fuerza—obligación principal vencida y no satisfecha—como especie de prestidigitador que, trans-

formando hábil y limpiamente en dinero la finca hipotecada—mediante la venta de ésta instada por él—, mete su mano en la bolsa del precio obtenido y saca de ella el dinero necesario para hacerse pago del crédito a su favor que la hipoteca garantizaba y que no fué satisfecho voluntariamente. Y, siguiendo por esta senda en el razonamiento, no sería violento imaginar a un acreedor hipotecario autodefiniendo así su propio derecho: «Yo, acreedor de A por un total de 100.000 pesetas, y garantizado en mi crédito con hipoteca sobre la finca F, tengo derecho, si A no me paga cuando la deuda cumpla, a extraer del valor del inmueble—previa venta del mismo—las 100.000 pesetas que, por todos conceptos, me debe mi deudor.» El acreedor hipotecario, pues, ve, como objeto *práctico* de su derecho, no la finca hipotecada, sino la fracción del valor de dicha finca, suficiente a pagar el crédito garantizado.

Por lo expuesto, no hay inconveniente en concebir la hipoteca—que tiene por verdadero objeto, no me cansaré de repetirlo, la cosa hipotecada—como un derecho recayente sobre el valor o parte del valor de la finca. Y una vez que en este plano de lo perceptible por los sentidos se ha operado esta mutación en la determinación del objeto de la hipoteca—de la cosa hipotecada pasa a serlo la fracción de valor de ella, suficiente a cubrir el crédito del titular hipotecario—, resulta de una licitud inatacable organizar el régimen de hipotecas sobre la base de un sistema de puestos fijos—inmutabilidad del rango inicial de cada derecho—respaldado por el hecho innegable del papel importantísimo que en esta institución supone la prelación o prioridad del rango y asentado en la idea de que «la hipoteca—son palabras de Nussbaum en la misma obra y página citadas por Sanz—representa meramente una fracción de valor de la finca».

Ahora bien; admitir la parcelación del valor de un inmueble—medula de los puestos fijos—supone ciertamente, como dice Sanz, negar fuerza expansiva a la hipoteca; pero no creo que ello sea contrario a la esencia institucional de este derecho. La hipoteca—me ajusto a la clásica sistematización española (Sánchez Román, de Diego)—es un derecho real limitativo del dominio, un *jus in re alienum* que, como todos los de su género, restringe y limita en un aspecto parcial—la hipoteca en el sector del *jus disponendi*—las facultades dominicales pertenecientes, naturalmente, a otro su-

jeto, pero que, además, es un derecho en sí restringido, *limitado*. Sobre esta base, lo único indispensable para mantener la esencia institucional de la hipoteca es concebir esta figura jurídica como un derecho de realización de valor constituido en función de garantía y con las demás características tantas veces repetidas. Esto sentado, convengamos en que un sistema de puestos fijos, con su inseparable régimen de fraccionamiento del valor de la finca gravada, no produce menoscabo alguno en la pureza conceptual de la hipoteca.

Hay más: en España se admite, en un caso concreto, el mecanismo de las parcelas de valor. Y este caso es el de la finca hipotecada y gravada, además con anotación preventiva por crédito refaccionario. Juegan en defensa de esta tesis los siguientes textos positivos: el artículo 59 de la Ley Hipotecaria—que asigna a este tipo de anotación todos los efectos de la hipoteca—, y especialmente los artículos 61 y 64 del mismo Cuerpo legal, de cuya combinación resulta que el valor de la finca gravada—en la hipótesis por ellos prevista—se escinde en dos grandes parcelas: una, constituida por lo que valía el inmueble antes de comenzar la refacción; otra, consistente en el plus valor, esto es, en lo que aumentó la valoración de la finca a consecuencia de la refacción misma. Pues bien; dado el supuesto de que las hipotecas se hayan constituido antes de extenderse el asiento de anotación por crédito refaccionario, el principio de prioridad sólo juega rígidamente en la parcela del primitivo valor de la finca. Allí, en efecto, las hipotecas gozan de prelación respecto de la anotación preventiva. Pero en la parcela del plus valor, la anotación, saltando por encima del *prior tempore potior jure*, revisita rango preferente. No quiero decir con esto que el Derecho español siga en este punto el sistema de los puestos fijos en la organización del régimen hipotecario. Lo único que sostengo es que la base de aquel sistema, o sea la disgregación del valor de las fincas hipotecadas en parcelas distintas y sin comunicación entre sí—que Sanz presenta como contraria a la naturaleza del derecho real de hipoteca—, no es del todo desconocida en el Derecho positivo español.

2.<sup>a</sup> razón. En nuestro Derecho—sigue diciendo Angel Sanz—la inscripción no constituye por sí la hipoteca, aunque como requisito formal necesario deba acompañarla siempre; partiendo nuestro sistema de esta base no puede admitir en modo alguno parcelas ni

puestos, que serían contrarios a esta base esencial del artículo 1.875 del Código civil.»

El argumento resultaría irrefutable si fuese cierto su punto de partida. Evidentemente, siendo el Registro de la Propiedad el necesario crisol de las «parcelas» y de los «puestos» y habiendo de delimitarse unas y otros al tiempo de constituirse las distintas hipotecas recayentes sobre una misma finca, todo ese mecanismo de puestos y parcelas tiene que venirse abajo desde el momento en que se piense que la inscripción española de la hipoteca es, aunque requisito formal necesario, tan declarativa como la de cualquier otro derecho real. Pero considero extraordinariamente violento dar por bueno este punto de partida.

Permítaseme una breve digresión para exponer en pocas líneas la síntesis de esta originalísima, audaz y hábilmente defendida postura científica de Sanz en punto tan interesante del Derecho Hipotecario (1).

La idea fundamental que preside nuestro sistema se puede desarrollar—según Angel Sanz—en tres afirmaciones:

«1.<sup>a</sup> Para adquirir el dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles es suficiente el título y, en su caso, la tradición...»

«2.<sup>a</sup> La inscripción tiene fuerza simplemente declarativa en tanto no sea preciso otorgarle otra superior eficacia para fortalecer el tráfico jurídico y garantizar el crédito territorial. Normalmente es voluntaria; únicamente es necesaria en la hipoteca...»

«3.<sup>a</sup> Cuando es preciso para asegurar el tráfico, la inscripción tiene fuerza constitutiva y da fuerza al derecho real por sí misma, aunque apoyándose en una aparente adquisición derivativa...»

Nada tengo que oponer a la primera afirmación. Sobre ser inquestionable en nuestro Derecho, queda al margen de la línea medular de mis argumentos. Pero las dos afirmaciones últimas son inadmisibles; y, frente a ellas, sostengo: que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, y que todo lo referente a la seguridad del tráfico—inscripciones derivadas, terceros—cae de lleno en el principio de la fe pública del Registro sin que roce para nada el principio de inscripción, en cuyo ámbito tiene su sede la materia de inscripciones constitutivas y declarativas.

(1) Ob. cit., págs. 35 a 45.

Sin perjuicio de los contactos y entrecruces inevitables en toda disciplina sistemática y orgánica, los principios de inscripción y de fe pública tienen significación y desarrollo totalmente distintos e independientes. El primero contempla a la inscripción en su relación con el derecho inscrito y proclama el valor de aquélla respecto de éste. El segundo, enfocando el problema de la posible discordancia entre el Registro y la realidad, decreta la presunción *juris et de jure* de que el Registro es exacto en beneficio del que, confiado en él, adquiere onerosamente y con buena fe e inscribe su adquisición. En la esfera del principio de inscripción sólo miramos al asiento hipotecario y su contenido, y decimos: El derecho real «nace» a virtud de la inscripción, o bien, la inscripción se limita a «declarar» la anterior existencia jurídica del derecho inscrito. Y surge, sin desparramar la vista, sin desviar la mirada de una inscripción concreta, la técnica de las inscripciones «constitutivas» y «declarativas». En cambio, para situarnos en el ámbito propio de la fe pública registral, tenemos que pensar en el tráfico inmobiliario, en la cadena del tracto sucesivo con sus eslabones de asientos derivados los unos de los otros y, a través de un proceso mental, llegar a la idea de que cada inscripción, aisladamente considerada, tiene un contenido que, concordante o no con la realidad, se presume exacto con presunción *juris tantum*, pero que en el enlace, en la concatenación de unas inscripciones con otras, en la contemplación de una inscripción como base o raíz de la siguiente, la presunción de exactitud del Registro se hace *juris et de jure* en favor del titular de la inscripción derivada. Una inscripción, primera o posterior, «constituye» o «declara» lo ya constituido—principio de inscripción—; un asiento registral se considera inatacablemente exacto, aunque no lo sea, en función y beneficio de otro asiento derivado de aquél—principio de la fe pública—.

Ambos principios no pueden mezclarse ni confundirse. Y confusión y mezcla es decir que tiene carácter constitutivo la inscripción practicada a favor de tercero protegido por la fe pública cuando realidad y Registro—el Registro en que se apoyó el tercero—no concuerdan. Ciertamente que, en tal caso, no teniendo el transmitente el derecho que tabularmente ostenta, la adquisición del *accipiens*—tercero—sólo es derivativa en apariencia—ya Jesús Saldaña, siguiendo a Wieland, definía al tercero como «el que adquiere un

derecho inscrito en el Registro por modo originario y ministerio de la ley»—, y que, en este sentido, la norma que así estatuye da vigor constitutivo a la inscripción de que el tercero es titular. Pero el argumento me parece un tanto retorcido. El problema debe centrarse mirando a la inscripción que tenía por titular al transmitente antes que a la derivada. Yo me fijo preferentemente en aquella inscripción—a la que llamaré «primera»—, y digo: Cuando de ella deriva otra inscripción posterior, la presunción de exactitud de dicha inscripción primera—hasta entonces *juris tantum*—se hace *juris et de jure* con la exclusiva finalidad de que el que adquiere bansiéndose en ella, apoyándose en sus pronunciamientos, tenga segura una adquisición que ya no podrá quedar coja por quiebra del apotegma jurídico «*nemo dat quod non habet*». No; a virtud de esta ficción legal en aras de la seguridad del tráfico—ficción que se proyecta (subrayo esta verdad) sobre la inscripción primera—, el *accipiens* adquiere aunque al *tradens* no tenga. Nadie da lo que no tiene, es verdad; pero es que se presume—con presunción *juris et de jure*—que el transmitente tiene aquello de que no es titular más que en el Registro. Es decir, que cuando surge la inscripción derivada queda orillado el obstáculo que se levantaba para la firmeza de la adquisición, pero no porque tal inscripción sea constitutiva—como pretende Angel Sanz—y haga nacer en su titular un derecho que no tiene el titular de la inscripción primera, sino porque, sincronizado con el momento de extenderse en los libros del Registro la inscripción derivada y precisamente para proporcionar la más completa seguridad al titular de ella, se presume—sin admitirse prueba en contrario—que la inscripción primera es exacta y que, por tanto, quien en el Registro aparece transmitiendo tiene lo que transmite.

En una palabra: si en un plano estrictamente cronológico y mirando sólo a la inscripción derivada pudiera sostenerse el carácter constitutivo de ésta, en el orden lógico—descubriendo sucesión de momentos donde todos los fenómenos son simultáneos—no tenemos más remedio que ver descansar toda la fuerza de la ficción legal en la inscripción primera, y la norma positiva en este caso particularísimo—medula de todo el sistema—dice que el transmitente es titular verdadero del derecho que transmite. Después—un «después» en la lógica y no en el tiempo—el pleno vigor de la inscrip-

ción derivada viene, por añadidura, como consecuencia. El único punto vulnerable habría de buscarse en la carencia de facultades dispositivas del *tradens*, y esta mancha ya la lavó la propia ley reconociéndole estas facultades, o lo que es igual, reputando exacta la inscripción primera. En el juego de las inscripciones primera y derivadas—del que brota la enérgica protección al adquirente de buena fe—el legislador no se dirige a la inscripción derivada para decirle: «Tienes virtud para hacer nacer un derecho hasta ahora inexistente»—lenguaje de inscripción constitutiva—, sino que habla de la inscripción primera en estos términos: «Te reputo exacta, aunque no lo seas—lenguaje de fe pública registral—; hago a tu titular titular verdadero y, de este modo, el inscribente en la inscripción segunda adquiere derivativamente de ti y su adquisición es firme e inatacable. Así queda conseguida la finalidad fundamental que yo persigo: proteger a los terceros adquirentes que confían en los pronunciamientos del Registro.»

LUIS BOLLAIN ROZALEM.

Notario.