

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1988.

Año XXXVIII	Septiembre-Octubre 1962	Núms. 412-413
-------------	-------------------------	---------------

Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861 (*)

Entre los actos conmemorativos del centenario de nuestra memorable Ley Hipotecaria del 8 de febrero de 1861, figura la celebración del presente acto en la sede de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; y ha sido dispuesto que en él tomase parte mi modesta persona, que tanto se honra en pertenecer a esta docta Corporación, así como al ya centenario Cuerpo de Registradores de la Propiedad.

No puedo menos que testimoniar la satisfacción que esta coyuntura me depara, y agradezco al mismo tiempo la gentileza que ello significa.

* * *

El título de este discurso me permite destacar los *méritos* que concurrieron y el *alto grado de valentía* que representó la formulación y aprobación de la Ley Hipotecaria de 1861, principalmente habida cuenta de la época en que la misma apareció y del estado

NOTA.—Conferencia dada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 5 de mayo de 1961, con motivo del Primer Centenario de la mencionada ley, que publicamos con autorización de la citada Academia.

que entonces se encontraba la legislación sobre la materia en los países latinos e incluso en los germánicos.

En este cometido procuraré armonizar la brevedad de esta disertación con el deseo de evitar, en cuanto sea factible, la repetición de ideas y consideraciones, en parte ya vertidas en publicaciones nuestras, producto de una ya añeja dedicación al estudio del Derecho Hipotecario o inmobiliario registral.

* * *

Los legisladores que prepararon y llevaron a buen fin la Ley Hipotecaria del año 1861 se dieron perfecta cuenta, naturalmente, de la importancia que la misma entrañaba para el país, y aunque se diga que no llegaron a medir todo el real y potencial alcance o trascendencia que el nuevo sistema tenía para el régimen de la propiedad inmueble de España, hay que reconocer que su esfuerzo fué considerable, por lo que dicha Ley es merecedora de los más cálidos elogios, no sólo por el elemento normativo que desarrolló en torno a su objetivo fundamental de proteger registralmente al tercero adquirente y con ello asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, sino también por el valor de los elementos que en estado primario, o todavía no desenvueltos por completo, en ella se contenía.

* * *

Es sabido que la Comisión que elaboró la Ley Hipotecaria de 1861 repetidamente había manifestado, a través de sus componentes, y así lo hizo constar en la magnífica Exposición de Motivos que la encabezó, que los objetivos que la Ley perseguía:

Asentar la propiedad territorial sobre sólidas bases que le dieran fijeza, seguridad y certidumbre, mediante la publicidad de las transmisiones del dominio de inmuebles, y la constitución y transmisión de los derechos reales sobre los mismos.

Y establecer la publicidad de las hipotecas, para facilitar la obtención de dinero a los propietarios de bienes inmuebles y garantizar debidamente a los que se lo prestaran.

La necesidad de comprender en la nueva Ley todo lo relativo al primer objetivo propuesto era inexcusable, por su carácter fun-

dañental—dijo el gran hipotecarista BIENVENIDO OLIVER—, y la Comisión entendió que aquella fijeza, seguridad y certidumbre de la propiedad inmueble únicamente podía lograrse por medio de la inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble de todas las mutaciones, cambios y modificaciones jurídicas acaecidas en ella. Pero la Comisión—agrega—no trató en la Exposición de Motivos de la Ley la materia relativa a la *aseguración de la propiedad inmueble* con la misma extensión y profundidad que la referente al derecho real de *hipoteca*, diferencia que él mismo considera inexplicable, porque el primer objetivo era básico, ya que el otro era mera consecuencia. Y tanto fué así que cuando dicha Exposición de Motivos procura explicar en qué consiste la *publicidad registral*, expresa que ella quiere decir que desaparezcan las *hipotecas ocultas*, que ninguna carga o título no inscrito afecte al que adquiera la finca o la reciba en *hipoteca*, etc., de todo lo cual resultaba que este concepto de publicidad, tal como la Comisión lo expuso, era muy distinto del sistema que trataba de introducir y que en la realidad introdujo.

La preocupación básica fueron ciertamente las hipotecas—afirma dicho insigne hipotecarista—, y el mismo Ministro de Gracia y Justicia, que presentó el proyecto, dijo en una sesión de las Cortes (la del 6 de enero de 1861), que de lo primero que debió ocuparse la Comisión fué asegurar la propiedad inmueble *porque era la base de la hipoteca*. Y en la misma idea coincidieron varios parlamentarios que intervinieron en el correspondiente debate en las Cortes, en el que por un destacado vocal de la Comisión, y parlamentario, llegó a decirse, al defender la sistemática adoptada por la Ley Hipotecaria, que otro ilustre vocal de la misma Comisión, don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, era partidario de iniciarla con un artículo definitorio del *derecho real de hipoteca*, y hacerla seguir de la regulación de la misma, para dejar a una segunda parte de la Ley lo relativo a la inscripción de la propiedad inmueble y de los demás derechos reales sobre ella. En el mismo sentido uno de los diputados, que precisamente era de los que entonces dirigían la oposición hacia la Ley Hipotecaria, se lamentó en las Cortes de las innovaciones tan radicales que la Ley introducía en el país, criticándola por haber ido más allá de las exigencias racionales del *crédito hipotecario*. Y otro diputado del mismo grupo expresó

que la Ley que se discutía no era lo que debía ser, pues había de limitarse a regular el derecho de *hipoteca*.

Esta fué una de las causas de adoptarse oficialmente la denominación de *Ley Hipotecaria*, aunque CÁRDENAS, ponente de la misma, la calificara de *Código de la propiedad territorial*.

Mas a pesar de aquella denominación y de que la preocupación de los legisladores de 1861 fuese el *derecho real de hipoteca inmobiliaria*, en esta Ley se contenían las normas suficientes para que quedara establecido en España un sistema inmobiliario registral que entonces, en pleno auge en las naciones latinas del llamado sistema de transcripción, constituía una excelente creación legislativa, que además encerraba en su seno los gérmenes necesarios para que, merced a ulteriores desenvolvimientos, llegara a alcanzar la legislación inmobiliaria registral española la línea de los ordenamientos más avanzados y a la vez más ponderados sobre la materia.

No es que pueda ser atribuído a los legisladores registrales del año 1861 el fenómeno del legislar inconsciente. Ciertó que las leyes, sobre todo las altamente innovadoras, una vez promulgadas se desconectan de sus creadores y producen un resultado normativo que a veces alcanza proporciones mayores que las pensadas originariamente. Los legisladores de 1861 se dieron cuenta de la importancia de la Ley, aunque no midieran de un modo absoluto la relevancia jurídica toda de su sustancia actual y potencial que en la misma se comprendía, cosa perfectamente explicable en aquellos tiempos.

Concretamente, respecto del aseguramiento de la propiedad inmobiliaria por medio del Registro, el aspecto al que se atribuyó más importancia en la Ley Hipotecaria del año 1861 fué, naturalmente, el de la *protección de terceros adquirentes*, a base de *hacer prevalecer el título inscrito sobre el no inscrito* en hipótesis como las de la doble venta sucesiva de una misma finca a favor de personas distintas, y en las demás de índole análoga, para ampliarlo notablemente a otro campo de gran alcance, pero siempre dentro de la pauta fundamental de que *lo no inscrito en el Registro no podía afectar o perjudicar al tercer adquirente que, amparado en él, hubiere registrado su adquisición*.

Sobre esta idea, que constituyó el fulcro o punto central de

apoyo contemplado y, en cierto modo, plasmado por nuestra Ley Hipotecaria de 1861, girará principalmente esta disertación, a base de diferenciar la parte normativa de la misma, ya casi formada o evolucionada, y la parte restante, necesitada de ulteriores desenvolvimientos perfeccionadores, que reformas legislativas sucesivas cuidaron de destacar e incrustar en el cuerpo de la Ley.

* * *

Consideramos útil para nuestro empeño partir de la referida cuestión típica de la doble venta, que resuelta, fuera de toda idea registral, por la Ley *Quotiens* del *Codex* de Justiniano (3, 32, 15), pasó a las Leyes de Partidas y fué glosada por nuestros antiguos juristas clásicos, entre ellos GREGORIO LÓPEZ y ANTONIO GÓMEZ, conforme a la solución romana de dar preferencia al comprador que antes hubiera obtenido la *tradición* de la cosa vendida (*cui res fuerit tradita*).

El proyecto del Código civil en 1851 no siguió esta fórmula romana respecto de los bienes inmuebles: prescindió del mecanismo adquisitivo del título y el modo y, por tanto, de la tradición; pero como adoptaba el sistema inmobiliario de Registro, dispuso en su artículo 1.859 que en dicho caso de doble venta de inmueble *pertenecería «la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título»*.

La Ley Hipotecaria de 1861 no recogió este precepto, sino que en forma más general, e indudablemente pensando en la existencia de varios títulos contradictorios relativos a una misma finca o derecho real inmobiliario, dispuso en su artículo 23 que *los títulos inscribibles que no se hayan inscrito «no podrán perjudicar a tercero»*. Después, el Código Civil, en su artículo 1.473, vino a repetir (aparentemente sin grandes variaciones) aquella norma del proyecto de Código Civil de 1851, al disponer que de mediar inscripción en aquel caso de doble venta de un mismo inmueble, *«la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro»*.

La fórmula del artículo 23 de nuestra primera Ley Hipotecaria venía a coincidir, al menos en su formulación legal, con la empleada por preceptos de varias Leyes inmobiliarias registrales euro-

peas de aquellos tiempos y señaladamente con la del artículo 3.º de la Ley francesa de transcripciones del año 1855, según el cual, los títulos registrables no registrados *no pueden ser opuestos a terceros* que los hayan registrado conforme a la Ley, precepto éste que hoy también inspira al artículo 2.644 del vigente Código Civil italiano, que dispone que tales actos o títulos no registrados *no tienen efecto respecto de terceros*.

Entre nuestra Ley Hipotecaria de 1861 y aquellas otras legislaciones extranjeras de sistema de transcripción, a pesar de la referida coincidencia, que con el tiempo se debilitó, existía una importante diferencia en cuanto a los efectos de la inscripción respecto de terceros adquirentes protegidos, consistente en que, así como en tales legislaciones extranjeras la protección no alcanzaba a más, en cambio en la Ley Hipotecaria española de 1861, aparte de los efectos de dicho artículo 23, establecía otros también importantes, cuales eran los derivados del artículo 34 de la propia Ley y demás preceptos concordantes de la misma, efectos que con las posteriores reformas se intensificaron.

Sin embargo, al artículo 23 de dicha primera Ley Hipotecaria se le reconoció entonces superior importancia, conforme lo demuestran las tan conocidas palabras del entonces Ministro de Gracia y Justicia cuando presentó a las Cortes del año 1860 el proyecto de dicha Ley, al afirmar que este artículo 23 era tan fundamental *que en él se condensaba la Ley Hipotecaria*, como si ésta no contuviera más que este precepto de importancia. Y esta creencia fué bastante general hasta hace algún tiempo.

La esfera de aplicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 era de gran amplitud, pero siempre referida a títulos traslativos de la propiedad de inmuebles o de constitución, transmisión, reconocimiento, modificación o extinción de derechos, gravámenes o cargas reales sobre los mismos, pues suponía un conflicto entre títulos de esta naturaleza y, por tanto, inscribibles, pero que eran incompatibles o contradictorios entre sí, de los que los de fecha anterior no llegaron a inscribirse, mas sí los de fecha posterior. Por esto el dispositivo legal que entrañaba dicho artículo 23 ofrecía una elocuente aplicación en el caso clínico de la doble venta cuando la segunda o ulterior se anticipaba en la inscripción. La primera o anterior venta, que no se había inscrito, *no podía per-*

judicar a tercero, preceptuaba este artículo 23; tercero, que en nuestro caso, era el segundo o posterior comprador que inscribió tempestivamente su título de compra y el cual hizo suya la cosa comprada, porque según el artículo 1.473 del Código Civil esta cosa *pasaba a pertenecer al adquirente que antes había inscrito*; siempre que este título fuese traslativo.

Esta prevalencia se decía era un efecto derivado del *principio de publicidad registral*, que en el caso examinado, como en los demás similares, operaba decisivamente en el proceso adquisitivo. Esto era, indudablemente, apartarse, no sólo del régimen de las Leyes civiles vigentes, sino incluso del régimen registral imperante al tiempo de promulgarse la Ley Hipotecaria de 1861, que era el adoptado para las Contadurías de hipotecas por la Real Pragmática del año 1768, que estableció la *registración obligatoria*, que afectaba tanto a las partes como a los terceros adquirentes, mientras que la nueva Ley afirmaba limitar los efectos de la inscripción a los *terceros*, pero sin extenderlos a las *partes contratantes*.

La alteración que en el régimen entonces vigente introdujo la Ley Hipotecaria de 1861, con su criterio protector del tercero que inscribía antes su título adquisitivo, fué enorme, pero lo imponía la necesidad de asegurar el tráfico jurídico sobre inmuebles, que en aquellos tiempos iba manifestándose en ritmo creciente, debido a los cambios operados en varios aspectos de la vida económica del país. El repetido artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, a pesar de la novedad que implantaba, no originó entonces mucha discusión en nuestra doctrina científica.

Si bien este precepto se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los llamados sistemas registrales de transcripción, es de destacar que fué pensado bajo el clima de la *buena fe* concurrente en el tercer adquirente protegido. La Exposición de Motivos de la Ley lo funda en el razonamiento de que «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique, por una falta que a él le es imputable, al que, sin haberla cometido, *ni podido conocer*, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe». Y uno de los autores de la Ley, LA SERNA, al explicar en qué consiste dicho artículo 23, dice que la razón de la prevalencia a favor del segundo comprador que inscribió su título, es que si el primero no inscribió el suyo dió lugar con ello a que el

comprador segundo, *engañado por el silencio del Registro* acerca de la primera venta, comprara la finca *«creyendo* que el dominio existía aún en el que la vendió», y por esto el nuevo adquirente no podía ser perjudicado por la compra anterior.

Hay que atribuir mucha importancia al sentido de estas palabras, que a pesar de no reflejarse explícitamente en el texto de la Ley, respondían al criterio, de *signo positivo*, de la *protección de la confianza en el contenido del Registro* y constituían el germen u origen de los requisitos de buena fe, de previa constancia registral del derecho del transferente y, en cierta manera, del de onerosidad negocial, básicos para el tercero protegido por el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, y que en las evolutivas reformas sucesivas tendrían plena cristalización legal.

* * *

La importancia que desde un principio tuvo el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 es evidente, aunque la doctrina científica no penetrara *entonces* más a fondo en el estudio del papel desplegado por la inscripción, según este precepto, en el sistema registral adoptado, tanto respecto *al íntimo proceso adquisitivo del tercero inscrito* como en lo concerniente a *la repercusión posible de la inscripción en orden a la tradición como modo de adquirir*.

Veamos ahora estos dos aspectos:

En el primero, el problema consiste en determinar, en relación a dicho artículo 23 de la primera Ley Hipotecaria, si, por ejemplo, ante el esquema inicial de la doble venta, la inscripción practicada del título del segundo comprador desempeña el cometido de *factor esencial constitutivo o estructural* para la producción del resultado adquisitivo, en el sentido de que éste no tiene lugar de faltar la inscripción; o bien, si esta inscripción actúa como *factor de simple refuerzo, robustecimiento o consolidación* de la adquisición ya operada por el tercero (que es el segundo comprador inscrito) y origina, en consecuencia, la *ineficacia* de la compra anterior no inscrita.

De aplicar al artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 (hoy artículo 32) consideraciones doctrinales modernas, forzoso es reconocer que la doctrina dominante niega a la inscripción, prevista

en este precepto, *valor esencial constitutivo*, porque el mismo presupone que lo que se inscribe es un título adquisitivo *ya formado*, y el propio artículo 1.473 del Código Civil lo demuestra al disponer que la propiedad del inmueble vendido pertenecerá al *adquirente* que antes lo haya inscrito, aunque se trate del segundo o ulterior comprador. Por otro lado LA RICA, y con él varios otros escritores, estiman que la Ley Hipotecaria *eliminó la tradición como modo de adquirir la propiedad inmueble*, por haber sido ella *sustituida por la inscripción*, con su *valor constitutivo* anejo.

Esta cuestión del valor constitutivo de la inscripción ha originado abundante controversia, principalmente en la doctrina italiana.

En general, predomina en España y en la mayoría de países latinos, el criterio de que la inscripción no surte efectos propiamente adquisitivos entre las partes contratantes, sino tan sólo respecto de determinados terceros, y así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Se sostiene que la inscripción no interviene, en principio, en la mutación, cambio o modificación de los derechos reales inmobiliarios, pues éstos surgen sin necesitar del auxilio del Registro de la propiedad inmueble. El valor de la inscripción en el dinamismo de tales derechos es el de dilucidar la pugna o conflicto jurídico entre los dos o más adquirentes entre vivos cuyos títulos son incompatibles entre sí, y del que es ejemplo más sencillo y expresivo el ya referido de la doble venta.

Esta pugna o conflicto de derechos se resuelve a base de preferir al tercer adquirente que primeramente inscribió su título en el Registro, aunque sea quien adquirió ulteriormente, fórmula que adoptó en su artículo 23 la Ley Hipotecaria de 1861 y que innovó de tal modo el régimen de la adquisición de la propiedad inmueble por negocio jurídico *inter vivos*, que a primera impresión parece asignar a la inscripción la virtualidad propia de *otro modo de adquirir acoplado al de la tradición*. El resultado de esto sería que, por ejemplo, en aquel caso más simple de la doble venta, en el que el segundo comprador inscribe su título y el primero no, difícilmente podría sostenerse que la inscripción es meramente *declarativa*, es decir, que publica una adquisición ya realizada, porque el segundo comprador, conforme a la Ley civil pura, nada

había podido adquirir; pero, en cambio, si se entendía que éste había adquirido por la fuerza del Registro, la adquisición sería *a non domino*, y a *título originario y no derivativo*, y la inscripción tendría valor *constitutivo*.

Evidentemente, si lo que impera en el mecanismo adquisitivo de bienes inmuebles por negocio jurídico entre vivos es el del sistema del artículo 609 de nuestro Código Civil, de raíz romana, el segundo comprador nada pudo adquirir del vendedor, porque éste ya había enajenado la propiedad de la cosa por él vendida y, por tanto, había dejado de ser dueño de ella, y es norma clásica que nadie puede transmitir lo que no se tiene. Es decir, aquel segundo comprador habría pretendido adquirir inútilmente de quien ya no podía enajenar la cosa vendida, por pertenecer ésta al primer comprador.

Mas como el artículo 23 (hoy 32) de la Ley Hipotecaria impide que el título no inscrito del primer comprador pueda *perjudicar* al que compró después e inscribió antes su título, y el artículo 1.473 del Código *atribuye la propiedad* de la cosa vendida al primero que inscriba, de ahí que la inscripción no pueda tener un valor *puramente declarativo* desde el momento que produce este efecto atributivo de la propiedad y origina la ineficacia de la primera adquisición, a pesar de cumplirse en ella los requisitos de dicho artículo 609 del Código Civil.

Pero a la conclusión de afirmar que en este caso la inscripción es *constitutiva* llegan pocos tratadistas, incluso en la doctrina italiana, pues ya hemos indicado que la opinión dominante es contraria a atribuir aquel valor a la inscripción registral, aunque no exista unanimidad dentro de este grupo doctrinal al tratar de explicar el verdadero alcance de esta inscripción en los casos como los de nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1.473. del Código.

PUGLIATTI (1) indica varias de las teorías de dicho grupo italiano, entre ellas las diferentes que sustentan MAIORCA, CARLOTTA FERRARA, FUNAOLI, CORRADO y otros, como la tesis procesalista de FERRI, que sostiene que los preceptos del tipo de nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria contienen una norma dirigida al Juez, que le impone dar por inexistente la primera adquisición no inscrita,

(1) *La trascrizione*, I-1, 1957, pág. 434.

así como la compleja teoría de RAVÀ, que considera impotente, aún en Italia, el efecto traslativo de la compraventa *solo consensu* para efectuar la transferencia de la posesión formal del derecho y la legitimación dispositiva del mismo, por estimar esencial para ello la *tradición*, integrada por el acto de documentación, y la *inscripción*, que sirve no solo para señalar la mutación jurídica acaecida, sino, además, de causa eficiente de la transferencia de la legitimación.

Pero nosotros nos inclinamos más bien por la teoría de GENTILE (2), que por varias razones sostiene que la adquisición del segundo comprador es a *título derivativo* y no originario, por entender que después de la primera venta, y mientras su inscripción no tenga lugar, no se ha perfeccionado todavía la separación de la propiedad, de la cosa vendida, de la persona del vendedor y, por ello, éste continúa siendo propietario de la misma, aunque de un modo *temporal* y *condicionado*, por hallarse legitimado para disponer del inmueble vendido. Por esta razón, en tanto el primer comprador no inscriba su adquisición, el referido vendedor podrá enajenar el mismo inmueble a un segundo comprador, aunque *potencial* y *condicionadamente*, y así, por consiguiente, a un tercero, cuarto o quinto sucesivos adquirentes, todos los cuales serán también propietarios únicamente *potenciales* o *sub condicione*, y tan sólo el de esta serie de adquirentes que antes inscriba su título se *transformará* en propietario *puro* y actual.

Y termina dicho jurista por desechar la tesis de que la transmisión no inscrita es perfecta entre las partes, mas no respecto a tercero, porque esto es una contradicción *in terminis*, un círculo cuadrado, sin que valga arreglarla con decir que por la Ley civil el primer comprador llegaría a ser propietario *erga omnes*, menos para el segundo comprador que inscribió con anterioridad, pues después de haber éste inscrito, el primer comprador no encontrará a nadie dispuesto a tratar con él acerca de su fantasmal propiedad. Uno no puede ser o no ser, a la vez, propietario de una misma cosa. Luego la inscripción tiene un relieve mayor del que se le suele conceder. Ella no es únicamente un modo de *publicidad*, como no tiene una mera función *declarativa* y, por contrapartida, una función *extintiva* del anterior acto no escrito. La

(2) *Il nuovo Codice civile comentato*, 1958. VI. pág. 7

inscripción es—para dicho autor—una *circunstancia constitutiva* de la adquisición inscribible. No es, ciertamente, un *elemento* del acto inscrito, pues este acto es perfecto como tal. Es una *circunstancia*, porque es un hecho secundario y no principal; *accede* al acto inscrito. Es *constitutiva* la inscripción porque sólo efectuada ésta tempestivamente hace *definitiva* la adquisición, que hasta aquel momento era únicamente potencial y estaba condicionada precisamente a este evento o *conditio iuris*. En relación al enajenante, la inscripción actúa como suceso final que marca la *extinción* de su derecho de propiedad, ya que por la inscripción a favor de cualquiera de los varios adquirentes, dicho enajenante ya no podrá ser más considerado propietario del inmueble vendido.

Esta es la tesis que consideramos más aceptable sobre este importante problema que plantea el artículo 32 (antes art. 23) de nuestra Ley Hipotecaria, por ser el que a nuestro juicio explica mejor y destaca la trascendencia del precepto. Se dirá, acaso, que ante la contundencia del efecto práctico de esta norma huelga toda construcción dogmática, pero bueno es desentrañar su verdadero juego (3).

Ciertamente, no es fácil especificar la indole de la protección que a favor de tercero que inscribe su título estableció por primera vez en España el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861,

(3) Prueba de ello es la decisiva importancia de puntualizar cuál es el preciso momento de producirse la adquisición, a los efectos, entre otros, de determinar la concurrencia del requisito de la buena fe en el comprador, por ejemplo. Nosotros venimos sosteniendo que es el momento en que, otorgada la compraventa, sea efectuada la tradición, real o sucesánea, que es cuando precisamente conviene consultar el estado registral de la finca, prescindiendo del tiempo en que tal compraventa sea inscrita, conforme tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y señaladamente en la sentencia de 29 de marzo de 1960 a pesar de que no faltan autores que sostienen lo contrario. Este problema se halla íntimamente relacionado con lo que acabamos de exponer en el texto, pues si la inscripción ha sustituido a la tradición, pasando ésta a ser constitutiva, la buena fe debería tenerla el tercer adquirente al tiempo de inscribirse su título. Puede verse también, entre aquella jurisprudencia, la sentencia de 28 de marzo de 1861.

Lo mismo ha de afirmarse respecto al momento en que debe estar cumplido el requisito de haber el tercero adquirido su derecho del titular, según el Registro, momento que, a nuestro juicio, será también el de ser completada por la tradición el contrato de finalidad traslativa de inmuebles.

Con posterioridad a esta conferencia, se ha dictado, en este último sentido, la sentencia de 24 de abril de 1962, la cual se apoya en la de 26 de febrero de 1949.

que en puridad responde a la necesidad de tutelar a este tercero, porque con ello la Ley tutela asimismo la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; pero no precisa llegar a reconocer a la inscripción, que prevé dicho precepto, la consideración de *constitutiva*, aunque el confusionismo existente en la nomenclatura jurídica empleada en este aspecto no permita todavía producirse con mayor precisión. La inscripción en estos casos no dejará de ser de naturaleza declarativa, aunque no sea pura, sino *calificada*, porque ella *robustece* o *consolida* la adquisición del segundo comprador o ulterior adquirente que se anticipó en la inscripción de su título lo que origina la *ineficacia* de la primera adquisición y el *cese definitivo* de la propiedad del transferente. Y aun en el caso de que fuese el primer comprador o anterior adquirente el que haya inscrito oportunamente su título, la inscripción en este supuesto será *confirmatoria* de su adquisición y, por repercusión, *impedirá o extinguirá*, según los casos, la del segundo o ulterior adquirente.

En el otro aspecto indicado antes, esto es, acerca de la influencia que el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 pudo tener sobre la subsistencia de la *tradición* como modo de adquirir la propiedad del inmueble, consideramos suficiente poner de relieve, que si bien el expresado sector doctrinal, que estima *sustituida la tradición por la inscripción*, entiende en consecuencia alterada por la Ley Hipotecaria la denominada teoría del título y el modo, vigente antes y después del Código Civil, empero, la referida doctrina dominante da por subsistente, en todo caso, el mecanismo transmisivo de los contratos de finalidad traslativa seguidos de la tradición respecto al dominio y demás derechos reales que entrañan posesión, sin admitir que la Ley Hipotecaria eliminara aquélla. Y aunque existan divergencias en este grupo, estas divergencias no afectan al aspecto sustancial del supuesto, debido a la necesidad de superar el grave escollo que surgiría si, conforme a la jurisprudencia, para la viabilidad de la tradición precisara que el *tradens* se hallare en posesión de la cosa objeto de la transferencia, pues basta pensar en el repetido caso de la doble venta para observar que, entregada por el vendedor al primer comprador la posesión del inmueble comprado, la transmisión al segundo comprador sería, normalmente, imposible de efectuar, por cuyo

motivo no podría surgir propiamente un tercer adquirente inscrito en la persona de este segundo comprador, pues éste no habría podido adquirir tal inmueble, lo que imposibilitaría la actuación del resorte protector del artículo 23 (hoy 32) de la Ley Hipotecaria. Este problema no puede darse en los sistemas de transcripción, porque, en general, adoptan la fórmula de la transmisión por el solo consentimiento de las partes, fórmula ésta que también seguía el proyecto del Código Civil del año 1851, preparado por una Comisión, varios de cuyos componentes formaron parte de la Comisión que formuló la Ley Hipotecaria de 1861.

Por tanto, como tal resultado inutilizador de dicho artículo 23 es inconcebible, aquella doctrina dominante ha encontrado la solución, unos, como VALLET, entre varios, mediante utilizar la *presunción posesoria* que a favor del titular registral enajenante establece actualmente el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36 de la misma, y otros, como LACRUZ BERMEJO y MANUEL GÓMEZ, a base de hacer valer la *tradición instrumental* y demás formas espiritualizadas de aquella, e inclusive el acuerdo de transferencia entre las partes.

He ahí, pues, expuesto con explicaciones modernas el verdadero alcance del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861.

* * *

Si en nuestra primera Ley Hipotecaria no se hubiera contenido otro precepto importante, de orden substantivo o material, que dicho artículo 23, el sistema introducido por ella habría sido casi idéntico al de los denominados sistemas de transcripción, salvo en cuanto al artículo 17 de la misma Ley, en cuanto cierra el Registro al título o títulos anteriores no inscritos que hayan resultado ineficaces por la inscripción del segundo o posterior. Pero *nuestra Ley fué mucho más allá, y con sus posteriores reformas avanzó aún más.*

Efectivamente, con su artículo 34, y los artículos 36, 37 y 38 que lo complementaron, la Ley Hipotecaria de 1861 imprimió al sistema que instauraba un notable avance en la protección de los terceros adquirentes inscritos, en contraste con las legislaciones registrales de los países latinos. No es que fuese decisiva la protección que con estos preceptos brindaba la ley, tal como, en definiti-

va, se articularon y entendieron; pero sentaba un criterio que si no era del todo completo, inmunizaba en gran parte al tercero inscrito respecto a determinadas *acciones*, que de otra manera podrían haberle perjudicado.

Según dicho artículo 34 y demás concordantes de la primera Ley Hipotecaria, las adquisiciones que el tercero derivare de quien según el Registro aparecía con derecho para ello, una vez inscritas, no podían invalidarse ni resolverse por el ejercicio de acciones que anulasen, resolviesen o revocasen el derecho del otorgante, salvo que lo fuesen en virtud de *título anterior inscrito* o de *causas que resultaren claramente del Registro*.

Estos preceptos no tenían todo el alcance deseable, pero constituían un adelanto innegable y señalaban el camino a seguir en el futuro.

El artículo 34, y demás concordantes, respondían rigidamente a la expresada regla de que *lo no inscrito no podía perjudicar a terceros adquirentes protegidos*, pero así como lo no inscrito era, para el artículo 23, los *títulos* anteriores al inscrito, en cambio, para el artículo 34 y complementarios eran las *acciones* de nulidad, o de otra especie, no emanadas de títulos inscritos o cuyas causas no resultaren claramente del Registro.

El caso que servía de prototipo para el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 era el de la doble venta, en la que dos actos dispositivos, unos inscrito y el otro no, se producen en sentido *horizontal*, por proceder de un mismo titular; pero para el artículo 34 y concordantes el prototipo era el caso de la venta nula inscrita de un inmueble, cuyo comprador vende a su vez a un tercero que inscribe su título, por cuya razón estos dos actos se producen en dirección *vertical*.

En el primer supuesto se prescinde de si la primera venta no inscrita era nula, pues válida o no quedaba ineficaz si la segunda se inscribía; pero en el segundo, la nulidad o validez de la primera venta, así como su inscripción o reflejo registral, eran circunstancias decisivas.

En ambas situaciones el tercero protegido es un *subadquirente*, pero este carácter tiene más relieve en la segunda que en la primera.

En la Ley Hipotecaria de 1861 el artículo 23 por un lado y el 34 y concordantes por el otro, formaban el cuadro de defensas del tercero protegido por el Registro. Pero la protección del artículo 23 se consideraba entonces más efectiva.

A esta circunstancia se debe precisamente el hecho de que así como dicho artículo 23 se fué reproduciendo casi intacto o sin sustanciales variaciones en su formulación legal, en las sucesivas reformas hipotecarias, en cambio, el artículo 34 sufrió repetidos retoques.

En el año 1869 se modifica este artículo 34 porque había sembrado la alarma una opinión formada a la vista de la posibilidad de lograr la inscripción de un título falsificado en enajenación, lo que ocasionó fuerte polémica, que por cierto sirvió mejor para comprobar la existencia de otro peligro. Para obviar esta dificultad, dicha reforma del año 1869 dió, en este mismo artículo 34, a los terceros adquirentes el medio de evitar el peligro averiguado, medio que consistió en el trámite de una *notificación*. Gracias a este retoque, por la fuerza del Registro, unida a tal notificación, podían *convalidarse* actos nulos inscritos.

En el año 1877 volvió a reformarse el artículo 34 de la Ley, en el sentido de subordinar la protección registral del tercer adquirente a la circunstancias de que lo fuese a *título oneroso*.

Y, por último, en la gran reforma hipotecaria de 1944-46 es *suprimido*, por desuso, aquel indicado trámite de la notificación, se exige explícitamente que el tercer adquirente ha de ser de *buena fe* para merecer la protección del Registro, y se sustituye la antigua redacción del mismo artículo 34 por otra más expresiva de la idea de que al tercero se le protege porque se presupone que adquirió *confiado* en el contenido del Registro, merced a lo cual el sentido *negativo* del amparo registral que inspiraba dicho artículo 34 de la ley, es cambiado por el *positivo* del mantenimiento del tercero en su adquisición, cualesquiera que fuesen los vicios o reparos que dieran lugar a las correspondientes acciones que pudieran enervar o destruir la titularidad inscrita del transferente, siempre que en los asientos no constarán claramente las causas de ello.

Congruentemente con esta reforma, se modificaron los artículos concordantes con dicho artículo 34, preceptos que si fueron

reducidos en su número, se agregaron otros que contemplaban el problema en planos generales o diferentes. Asimismo se armonizaron con esta reforma los preceptos relativos a asientos de *cancelación*. Y además se puntualizó el *alcance de la prescripción adquisitiva en cuanto a tercero*.

* * *

Esta es la situación normativa a la que actualmente se ha llegado en orden al aspecto más vital de nuestro régimen inmobiliario registral, producto todo, aunque posteriormente evolucionado, del sistema que instauró la Ley Hipotecaria de 1861, pues en ella se sentaron los pilares básicos de lo que, con el andar del tiempo, había de llegar a ser, y que tienen su máxima expresión en los referidos artículos 32 (antes 23) y 34 de la Ley Hipotecaria vigente.

Hemos dicho que las reformas ulteriores no han afectado estructuralmente al artículo 23 antiguo (salvo que ahora es el artículo 32), más si afectaron al artículo 34, lo que es comprensible, pues éste requería más audacia legislativa. Pero el sentido *positivo* de la evolución indicada de este artículo 34 ya fué contemplado por los que prepararon la Ley Hipotecaria de 1861, aunque no tuviera de momento plena expresión en el texto legal. Y lo demuestran aquellas referidas palabras de la Exposición de Motivos de la ley, así como las de LA SERNA, dirigidas a justificar que, *si se protege* al segundo comprador que inscribió, es debido a que el silencio del Registrador respecto de la primera venta *le hizo creer* que el dominio de la cosa vendida aún permanecía en la persona del vendedor.

Estas palabras, que responden a lo que en el porvenir había de ser el denominado *principio de fe pública registral*, eran un anticipo relativamente no muy lejano de lo que con la reforma de 1944-46 había de tener perfecta consagración legislativa. Claro que LA SERNA refería tales palabras al artículo 23 de la Ley, pero esto demuestra la *comunicabilidad* del doble dispositivo protector de terceros adquirentes, pues aunque se entienda que dicho artículo 32 actual contempla un supuesto distinto del que tiene presente el artículo 34 y concordantes, todos de la Ley Hipotecaria, por referirse el primero a *títulos* no inscritos y el otro a *acciones* ener-

vadoras no reflejadas claramente en los libros registrales (y en esto coincidimos plenamente con nuestro eximio compañero Núñez Lagos), no obstante creemos que el tercero adquirente, o sujeto protegido por uno y otro precepto, debe reunir los mismos cuatro requisitos indispensables para tal protección registral, porque a este respecto ambos artículos forman una unidad inescindible y, además, porque, de otra manera, se produciría una desigualdad inadmisibile.

Podrá aducirse que al exigir que los requisitos para la protección registral de los terceros del artículo 32 deben ser los mismos requeridos para los terceros del artículo 34 y concordantes implica una modificación substancial de aquel primer precepto en su actuación aparentemente originaria, y que esto supone que el antiguo amparo que se entendía desplegaba este artículo 32, quedaba debilitado o disminuído y que, por tanto, es menor que el que reciben los terceros protegidos por los sistemas de transcripción, pues el artículo 34 de la ley, a medida que con sus posteriores retoques intensificaba la protección registral, a su vez restringía las condiciones que debían darse para que el tercero pudiera acogerse a tal protección. Evidentemente, esto es hasta cierto punto verdad, pero, repetimos, no vemos razón alguna convincente para establecer una *diferencia* de trato entre los terceros adquirentes, amparados por ambos preceptos básicos, sino, por el contrario, estimamos más justificada su absoluta equiparación en punto a la necesidad de tener que reunir todo tercero los requisitos de *buena fe*, de *onerosidad* y de *previa inscripción del derecho del transferente*, además de la natural exigencia de haber el tercero *inscrito* su adquisición. Así lo entiende reiterada jurisprudencia, sobre todo en cuanto al requisito de la buena fe.

* * *

Antes de dar por terminadas estas disquisiciones en materia inmobiliaria registral a base de la Ley Hipotecaria del año 1861, queremos añadir que esta ley es también digna de un alto juicio favorable, por introducir además en nuestro ordenamiento registral inmobiliario estos otros criterios fundamentales:

1) El *sistema de registraci3n por fincas*, que mediante abrir a cada una de ellas la correspondiente hoja o registro particular, establece una regla de orden en el modo de llevar los Registros de la Propiedad, con importantes repercusiones favorables para la aplicaci3n y efectividad de los principios hipotecarios de car3cter material.

La concentraci3n del historial jur3dico de cada finca en su respectiva hoja o registro particular, impuesta por dicha Ley Hipotecaria de 1861, ha sido un poderoso elemento auxiliar del proceso evolutivo de que hab3a de ser objeto la protecci3n del tercer adquirente por el referido art3culo 34 y por los dem3s preceptos relacionados o concordantes con el mismo, y adem3s sirvi3 de coadyuvante para que en el futuro fuese posible la cristalizaci3n del *principio de legitimaci3n registral*, que en la esfera dispositiva tabular se hallaba insito de antiguo en el art3culo 20 de la ley.

2) Asimismo, es digno de alabanza el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861 de extender la inscripci3n en el Registro *a todos, absolutamente todos, los actos y hechos jur3dicos* que implicasen mutaci3n, cambio o modificaci3n jur3dica de trascendencia real inmobiliaria, sin distinci3n entre adquisiciones entre vivos y por causa de muerte.

3) Gracias a esta medida se hizo posible implantar, por la misma Ley Hipotecaria de 1861 el denominado *principio de tracto sucesivo* o de *continuidad registral*, que varias legislaciones latinas todav3a no lo han adoptado o no lo han verificado hasta hace poco tiempo, como, por ejemplo, en Francia e Italia, aunque, por cierto lo han hecho de modo diferente al nuestro, seguramente por faltarles aquel mecanismo del sistema de registraci3n de fincas, que la ley francesa del a3o 1955 pretende conseguir en extracto con su fichero inmobiliario, lo que hace posible que en estas legislaciones, en el tan repetido supuesto de doble venta y dem3s an3logos, lleguen a inscribirse incluso las adquisiciones anteriores que hayan quedado ineficaces por obra de preceptos como el de nuestro art3culo 1.473, 2, del C3digo civil, cuando seg3n el art3culo 17 de nuestra Ley Hipotecaria, ya existente en la ley del a3o 1861, queda cerrado el Registro a tales adquisiciones ineficaces, resul-

tado al que colabora también el artículo 20 de la ley, que regula el mencionado principio de tracto sucesivo registral.

4) También la Ley Hipotecaria de 1861 estableció en nuestro sistema los *principios de especialidad, de legalidad y de rogación*, así como el de *prioridad*.

* * *

Lo que la Ley Hipotecaria no hizo fué adoptar, ni siquiera esporádicamente, el sistema de inscripción *constitutiva* como tampoco la de tipo *obligatorio* o *forzoso*. Ningún atisbo de inscripción *constitutiva* cabe observar en dicha Ley, como tampoco se descubre en ella rastro alguno de inscripción *obligatoria* o *coactiva*, ni siquiera en materia de hipotecas legales.

Ha sido posteriormente cuando han aparecido esporádicamente casos de inscripción *constitutiva* como en las hipotecas por obra de nuestro Código civil, y también por disposiciones singulares, han tomado cuerpo casos de inscripción *obligatoria*.

* * *

Y con estas palabras doy por terminada esta exposición, encaminada a proclamar una vez más las excelencias de la admirable Ley Hipotecaria española del año 1861. Y decimos admirable no sólo por su estricto contenido normativo, sino también por su fondo potencial, que posteriores reformas legislativas han desenvuelto y que han situado a nuestro sistema inmobiliario registral a la altura de las legislaciones progresivas y modélicas en la materia. Tanto es así, que, a nuestro entender, es difícil superarlo en substancia, aunque merezca numerosos retoques, de mayor o menor importancia o entidad, aunque siempre de carácter marginal.

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE,
Registrador de la Propiedad.
Notario de Barcelona.