

Recordemos en este Centenario del régimen hipotecario al verdadero fundador del mismo

DON CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA fué el principal fundador de nuestro régimen hipotecario, y somos ingratos si no le recordamos y reconocemos con sonoridad de apología en el Centenario de la Ley Hipotecaria de 1861.

Veamos la historia y antecedentes de esta Ley y veremos a LUZURIAGA desde 1843 al 1852 en la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, como encargado de proyectar el Ordenamiento inmobiliario, y se destaca siendo autor de la base 52, que fué aprobada por los 12 ilustres miembros de la Comisión el 5 de diciembre de 1843, que establecía en España la inscripción constitutiva, adelantándose a muchas legislaciones modernas que adoptan el principio de hacer depender la adquisición de la propiedad de la inscripción, sin hacer distinción alguna entre las partes contratantes y terceros.

Esta base 52 decía: «Para que produzcan efectos los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público». Triunfó LUZURIAGA con esta base ante la Comisión de Códigos, compuesta toda ella por grandes jurisconsultos y doctos magistrados, y aunque alguno de ellos no estuviese conforme del todo, como don FLORENCIO GARCÍA GOYENA, con aquella reforma, la más trascendental de la época en materia de Derecho civil, ha cedido ante el peso del criterio unánime de los otros miembros.

El Gobierno tácitamente aceptaba las bases aprobadas por la Comisión, ya que ésta se dedicó a continuación a la redacción y discusión del articulado de los distintos proyectos de Códigos; pero el 31 de julio de 1846 se suprimió esta Comisión, hasta que el 11 de septiembre del mismo año fué reorganizada y ha vuelto a formar parte de ella el mismo LUZURIAGA; y componían la Sección de lo Civil don JUAN BRAVO MURILLO, destacado jurisconsulto, que la presidía; don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA y don FLORENCIO GARCÍA GOYENA, éstos magistrados y juristas de fama.

Procedió la Sección a revisar los títulos del proyecto del Código Civil, encargándose LUZURIAGA de los títulos relativos a las hipotecas y a la organización de la propiedad inmueble, y, naturalmente, había de tener muy en cuenta la base 52, aprobada en 1843, y, al poner el presidente a discusión el 21 de octubre de 1846 el título relativo a la compraventa, surgió el debate sobre si el dominio de las cosas se transfiere con la entrega o desde que se perfecciona el contrato: LUZURIAGA tenía que ser consecuente con su base 52, y opinaba que la traslación del dominio de bienes inmuebles se debe realizar solamente mediante la inscripción y por la entrega, agregando, con mal acierto, el requisito de la entrega al de la inscripción, igual que el Derecho de Prusia; GARCÍA GOYENA decía que «el dominio de la cosa vendida pasa, respecto de los contribuyentes, por su voluntad o consentimiento, pero no respecto de terceros; y ante estos criterios tan opuestos, BRAVO MURILLO se opuso a la tesis de LUZURIAGA, diciendo que no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos (la inscripción y la entrega).

En esta ocasión recibió un duro golpe la base 52, y por ello LUZURIAGA no podía continuar airoso encargado de la ponencia que se le había confiado; pero se inclinó a una transacción con GARCÍA GOYENA, y convinieron en que la base 52 no exigiría para entre las partes la inscripción, pero sí con respecto a *terceros*, y así se redactó la citada base como sigue: «Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero* los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de los bienes raíces en el Registro público». Como se ve, tal base así formada limita la exigencia de la inscripción para que los títulos constitutivos y traslativos del dominio produzcan efecto en

cuanto a terceros solamente, quedando los efectos de tales actos entre las partes regidos por el Derecho civil; es decir, que la base limita la eficacia de la inscripción en cuanto a las personas llamadas terceros o que no tienen la consideración de partes en un acto o contrato, frente al que se les contempla para protegerles o perjudicarles.

Anteproyecto de Luzuriaga aprobado en 1848.

LUZURIAGA, basado ahora en dicha base reformada, hizo un anteproyecto sobre el régimen inmobiliario, formando dos títulos: uno, sobre Hipotecas, y otro sobre el Registro público. Tal anteproyecto fué aprobado provisionalmente por la Sección de lo Civil en las Juntas que celebró los días, 4, 5 y 6 de mayo de 1848.

Luzuriaga quiso reforzar su sistema con el criterio de los altos Tribunales.

LUZURIAGA, que era un gran jurista y magistrado, ha tenido interés en que el Tribunal Supremo y las Audiencias Territoriales estudiasen su anteproyecto, y que luego, con su alto criterio, emitieran informe sobre el mismo, para que así la Ley Hipotecaria fuese bien «recibida» por los Tribunales ordinarios y la interpretasen en su vigencia como algo propio, con tendencia, por esto, a estimar la inscripción con gran eficacia.

Los informes de los Tribunales reflejaban conocimiento sólido de los regímenes inmobiliarios que entonces se ponían en moda, y se manifestaban partidarios de un sistema inmobiliario de rigidez, fundada en el deseo de dar fuerza y seguridad a la propiedad inmueble, y al mismo tiempo, al ser técnico el sistema, resultase fácil el conocimiento del mismo y exacta la interpretación. Deseaban de tal manera la rigidez y el engranaje perfecto en el Ordenamiento inmobiliario, que la Audiencia de Granada, en su informe, propuso nada menos, como medida preliminar para el planteamiento del Registro público, la inscripción obligatoria de todas las fincas en el plazo de veinte años, en la inteligencia de que se

considerasen prescritos los derechos entonces existentes sobre ellas, si en dicho plazo no se practicaban las inscripciones respectivas, salvo si los dueños fuesen menores, que se les concedían cuatro años después de llegar a la mayor edad.

LUZURIAGA, por tanto, manifestó a la Sección de lo Civil que «creía conveniente el que, después de un ligero examen hecho por la Sección, se remitieran los dos títulos que había redactado al Gobierno para que éste oyera el dictamen de los Tribunales superiores acerca de tan importante materia y sobre tan radicales innovaciones que se hacían en el régimen inmobiliario». La Sección accedió a la petición del ponente para que, «así ilustrada con las luces de los Tribunales, podría conseguirse mayor acierto en la redacción definitiva». La Sección elevó el anteproyecto al Gobierno y unas preguntas formuladas aparte para que éste remitiera copia a los Tribunales, y así lo acordó en Real orden de 25 de septiembre de 1948.

El Tribunal Supremo y las Audiencias, antes de transcurrir dos años, habían emitido su informe, y es de destacar que fueron muy poco discordes los informes, en sentido favorable, sobre la conveniencia de implantar en España el sistema inmobiliario que se formulaba en el anteproyecto de LUZURIAGA para dar seguridad y certeza a la adquisición del dominio de las fincas y de los Derechos reales sobre las mismas.

La inscripción es modo de adquirir, según Luzuriaga.

No perdamos de vista, pues, en la interpretación que debemos dar a los efectos de la inscripción, que LUZURIAGA no se separa del alcance de la base 52 aprobada el 5 de diciembre de 1843, nada más que en el sentido de no hacer precisa la inscripción para que los títulos constitutivos y traslativos del dominio tengan efecto entre las partes; o sea que LUZURIAGA consideraba, a tenor de dicha base, constitutiva la inscripción respecto de terceros, significando que la adquisición de bienes inmuebles y Derechos reales se efectúa íntegra y definitivamente por la inscripción, por la que el titular cumple la formalidad externa que la Ley exige en la transmisión de la propiedad inmueble, con efectos contra todos, quedando los

demás adquirentes, si los hubiere, burlados en sus derechos de naturaleza civil, inútiles contra el título inscrito, aunque tengan la posesión.

Así, pues, todo el articulado substantivo del anteproyecto relativo al régimen inmobiliario, es el desarrollo de la base 52.

Se puede conocer el pensamiento de LUZURIAGA, no sólo por los artículos del anteproyecto, que pasaron íntegramente al proyecto del Código Civil de 1811, sino por la exposición de motivos y las concordancias de los artículos, redactadas por LUZURIAGA, publicadas por GARCÍA GOYENA en 1852.

El proyecto de 1851, como hemos dicho, adoptó casi en su totalidad respecto á los dos títulos, el de Hipotecas y el del Registro público, el anteproyecto de LUZURIAGA, y por tanto viene a ser un antecedente necesario de la Ley de 1861, y por lo mismo deseamos poner de relieve la doctrina de este ilustre autor, de la que traen su origen muchas de las disposiciones básicas de nuestro sistema hipotecario.

Luzuriaga y el tercero en sentido positivo y negativo.

LUZURIAGA, en la base 52 reformada, se refiere a la eficacia de la inscripción en sentido positivo: «Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero* los títulos constitutivos y traslativos del dominio... ha de ser precisa la toma de razón...» Y luego nos dice en el anteproyecto, en sentido negativo, y como consecuencia del sentido afirmativo, en el artículo 94, que «ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces, o constitutivo de cualquier otro Derecho real sobre los mismos bienes, surte efecto *contra tercero*, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público».

Considera LUZURIAGA que la inscripción tiene su eficacia principal estimándola como modo de adquirir preferente, dejando sin efecto los títulos o derechos de fecha anterior, que se opongan al título inscrito; y así, dice en el artículo 95 del anteproyecto que «cuando el propietario enajena unos mismos bienes raíces a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título»; y como consecuencia de la prioridad en sentido material establecida en este artículo,

decía en el 58 del anteproyecto que «después de haber inscrito un acto entre vivos traslativo de la propiedad de bienes raíces, no se hará inscripción de ningún derecho adquirido sobre los mismos bienes contra el propietario anterior que lo ha transferido...»

En el artículo 57 establece, para ser consecuente con el concepto que tiene de la eficacia de la inscripción, el principio del tracto sucesivo, al decir: «No se hará ninguna inscripción cuando los bienes a que se refiere no se hallen inscritos con anterioridad como propiedad de la persona por quien haya sido otorgado el título que se presenta, o a cuyo cargo aparezca el derecho que se pretende inscribir».

En el artículo 96 aparece implícita la fe pública registral, según se puede ver: «Cualquier otro Derecho real adquirido *contra el que aparece del Registro propietario de los bienes sujetos al mencionado derecho, o inscrito en su cuenta, surte efecto contra cualquier título, anterior a dicha inscripción, no registrado en el oficio público o registrado con posterioridad*».

El artículo 97 también establece la prioridad entre los Derechos reales sobre unos mismos bienes que dice se regularán por la prioridad de su inscripción.

LUZURIAGA expresa el fundamento de todos estos artículos con las palabras siguientes: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción, y desde su data, surte efecto *contra tercero* la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción».

Aquí puede observarse que LUZURIAGA presentia el efecto legitimador de la inscripción; su expresión deja correr el velo para que entre la luz de la legitimación dispositiva a través del tracto sucesivo y de la prioridad y se asoma el efecto convalidante de la inscripción, que fué recogido luego en los artículos de la Ley de 1861 31, 34 y 264, que fueron adicionados al proyecto de Ley Hipotecaria de 20 de octubre de 1857.

¿Quién es este *tercero* a que alude LUZURIAGA en la base 52 en el anteproyecto de 1848 y su exposición de motivos? Tercero en la base y en el artículo 94 del anteproyecto es cualquier sujeto que no es parte en ese título traslativo o constitutivo de que nos habla

y que es titular de una relación jurídica que choca con tal título; por esto mismo puede haber muchas clases de terceros desde el punto de vista del Registro, desde el punto de vista negativo o positivo del Registro; puede haber terceros que no han inscrito, y el tercero o terceros que han inscrito; puede haber terceros perjudicados con la inscripción y terceros protegidos. Luego ya diremos quiénes son unos y otros. A los terceros perjudicados se refiere LUZURIAGA expresamente en el citado artículo 96 y en el 98 del anteproyecto. El 98 dice: «El tercero que sufre perjuicio por la aplicación de lo dispuesto en cualquiera de los cuatro artículos anteriores gozará de acción personal contra el propietario u obligado por cuyo hecho hubiese experimentado daño...»

Luzuriaga consideraba de interés público el Registro de la Propiedad.

Decía en la exposición de motivos del proyecto del Código Civil de 1851: «El verdadero objeto de la Ley Hipotecaria es hacer pública la traslación de la propiedad y poner de manifiesto su valor activo y pasivo, condiciones que la razón y la experiencia presentan de consuno como indispensables para asentar el crédito territorial. Veía con claridad el carácter de interés público que tiene la inscripción, y por lo mismo llamaba a la institución registral *Registro público* y no Registro de la Propiedad, y así se llamó hasta la reforma de la Ley Hipotecaria de 1869, que le tituló Registro de la Propiedad. Y decía: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contratar con el propietario: ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar; no el daño aislado de una persona privada».

Presenta Luzuriaga la legitimación registral activa y pasiva.

Se desprendía de sus palabras en la exposición de motivos: «Todos han reconocido que el suelo, instrumento el más vasto y seguro de la producción, debe recibir de la Ley las condiciones necesarias para ser transmitido en toda libertad (inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable)—legitimación activa—y para poder ser obligado en igual seguridad—legitimación pasiva—: condiciones que sirvan de fundamento al crédito territorial, que en vano se procurará fomentar de otro modo». Seguía diciendo: «En el *título* anterior (en el de Hipotecas) se han consagrado los principios de publicidad y especialidad para las hipotecas. En éste (en el *título* de régimen inmobiliario) se consignan las reglas para la ejecución de ambos principios, no sólo en cuanto tienen relación con la hipoteca, sino en cuanto interesen a la propiedad territorial. El fin a que esta Ley aspira es poner de manifiesto la situación de la propiedad inmueble y no sería consiguiente si limitara su solicitud sólo a las hipotecas. Antes que todo es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera, la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia: si la necesidad u otra causa, sobreponiéndose al temor, dan la resolución de comprar, a pesar de aquel peligro, queda siempre el de perder las mejoras; y, aunque nada de esto hubiera, el legislador debe procurar que la propiedad no esté incierta, que el fraude y la clandestinidad no vengán a frustrar los contratos, y, sobre todo, que el dominio del suelo sea tan seguro, que sirva de base para asentar sobre él, con toda confianza, el crédito, de tal modo que ofrezca a los prestamistas mayor garantía que el que se funda en la Industria. Por esta razón se ha extendido el principio de *publicidad* a todos los actos relativos a la propiedad territorial. También se ha extendido a todas las cargas y restricciones que limitan el valor o la circulación de la misma propiedad por hallarse en caso idéntico a la hipoteca».

«La Sección del Código Civil ha hecho la aplicación de estos principios (el de publicidad y el de especialidad) en este *título* y en el siguiente, y, en su consecuencia, nuestra Ley Hipotecaria

concuenda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel doble principio; sistema que ha recibido el nombre de alemán, porque, en efecto, Alemania es su cuna y su teatro. Puede, desde luego, tenerse entendido que las principales disposiciones de estos dos *títulos* convienen sustancialmente con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico, admitido en otros diecisiete Estados».

Por causa del reparo que GARCÍA GOYENA puso a la base 52, aprobada en 1843, diciendo que la necesidad de la inscripción no alcanzase a las partes, pero sí respecto a terceros, LUZURIAGA ha tenido que montar el andamiaje de nuestro sistema hipotecario mirando a la relación jurídica del tercero que se interfiere con la relación jurídica de los contrayentes a que alude GARCÍA GOYENA, y que tal interferencia puede producir la disminución o la supresión de la eficacia de esta relación, y a esto se refiere el alcance del artículo 94 del anteproyecto de LUZURIAGA, que pasó a ser el artículo 1.859 del proyecto de 1851, luego al 23 de la Ley del 61 y al 606 del Código Civil, y en este sentido es muy importante el efecto de la inscripción, ya que los títulos no inscritos no enervan la eficacia de los títulos no inscritos anteriores que tengan civilmente mejor modo de adquirir, y en cambio los títulos legales inscritos, aunque la adquisición no sea a tenor del artículo 34, hacen decaer la eficacia de los anteriores no inscritos, y así, lo mismo da que tal artículo 23, hoy 32, esté expresado en sentido negativo que positivo; o sea que tales títulos no inscritos no desvirtúan la regla clásica *nemo dat quod non habet* del Derecho civil, que protege al primer adquirente, y, por el contrario, la eficacia de la inscripción establece el principio contrario, al considerarle efectos de modo de adquirir íntegro y definitivo, haciendo tránsito en la publicidad del acto o contrato la transmisión de la propiedad y la constitución de Derechos reales, si tiene su titular que enfrentarse con otro tercero, resultando tal preferencia por el cumplimiento de las formalidades externas que preceptúa el sistema. Todo esto lo refería LUZURIAGA al valor inmediato de la inscripción, en función de modo adquirir, y que pasó a nuestro Ordenamiento inmobiliario vigente, rectamente interpretado.

Repetimos, pues, que el tercero a que generalmente aludía LUZURIAGA era al adquirente anterior no inscrito, al tercero pasivo,

al tercero a que hacía referencia GARCÍA GOYENA, al que no es parte en el contrato en cuestión, pero que es titular en otro opuesto. Es el mismo tercero a que se hace mención en la Pragmática de Don Carlos y Doña Juana, en la que se mencionaba la falta de toma de razón, diciendo que los contratos a que se refiere «si no se registran dentro de seis días después que fueren otorgados no sea obligado a cosa alguna *ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor*». Pero tal Pragmática sancionaba la falta de inscripción con la ineficacia de la escritura, aun entre los mismos otorgantes, pues que su regla general fué «que no se registrando dentro de seis días después que fueren hechos los contratos, no hagan fe ni se juzguen conforme a ellos». LUZURIAGA veía tal fuerza en la inscripción de los Derechos reales sobre inmuebles, que la consideraba, en cuanto a tercero, condición esencial de la existencia de los mismos, y por ello estimaba la inscripción como un verdadero modo de adquirir.

En las preguntas formuladas a los altos Tribunales y que se acompañaron a la copia del anteproyecto, se da a entender que el tercero a que se hace referencia puede ser: 1.º El adquirente anterior que tiene un título desconocido que puede dejar frustrado el derecho de otro adquirente por la fuerza que le atribuye la legislación civil; y 2.º En tales preguntas surge la alusión a otro tercero, que es el adquirente que, cumpliendo la formalidad de la inscripción, deja sin efecto otro título no inscrito.

En 1852 seguía LUZURIAGA con su gran prestigio de jurista, y así vemos que el ministro de Gracia y Justicia, don VENTURA GONZÁLEZ ROMERO, encargando a don FRANCISCO CÁRDENAS la formación de un proyecto de Ley Hipotecaria; una vez hecho, se recomendó la discusión y la revisión del mismo al señor CÁRDENAS y a LUZURIAGA, a los dos más capacitados para la formación de nuestro sistema hipotecario. Tal proyecto fué elevado al Ministerio, de donde desapareció, según afirma el señor CÁRDENAS, pero este mismo dijo que en tal proyecto se hacía esencial la inscripción para que la transmisión de la propiedad de los inmuebles perjudicara a *tercero*.

*El «tercero» en la discusión del proyecto de Ley de Bases
y del proyecto de la Ley Hipotecaria, en las Cortes.*

Al reformarse la Comisión de Códigos en 1856, LUZURIAGA dejó de pertenecer a tal Comisión, nombrándose otra que ha tenido muy en cuenta la doctrina del mismo, contenida, como hemos dicho, en el anteproyecto de 1848 y en su exposición de motivos, que pasó integramente al proyecto del Código Civil de 1851 y a la exposición de motivos de este proyecto. Luego, en la discusión del proyecto de Ley de Bases de 1857, entre el ilustre profesor de la Universidad de Barcelona, don FRANCISCO PERMANYER y don FRANCISCO CARDENAS, se vuelve a hablar del *tercero*: Había una base, la primera, que decía: «Que no se tendrá por constituido, modificado, ni extinguido ningún derecho sobre cosa inmueble, sino mediante su inscripción en el Registro público y desde la fecha». En el debate habido entre PERMANYER y CÁRDENAS, le exponía aquél a éste las tres situaciones o supuestos en que podía ser obligatoria la inscripción: «Puede ser obligatoria la inscripción en el sentido de que sin ella todo derecho sea ineficaz *contra terceros poseedores* (los adquirentes anteriores no inscritos), y que sin ella no pueda ejercitarse la acción hipotecaria, ni reclamación en juicio sin hacer esa inscripción; y puede también ser obligatoria en el sentido de que, sin ella, no haya siquiera hipoteca, ni haya podido constituirse o empezado a existir el derecho. Estoy por esta última de las soluciones propuestas». Deseaba PERMANYER saber en qué iba a consistir el efecto de la inscripción. Y contestó CÁRDENAS a PERMANYER: «Entre el sistema que declara que no debe haber absolutamente ni hipoteca ni contrato, ni para los interesados ni para el *tercero*, sino desde el momento de la inscripción, y el sistema que establece que haya, no solamente contrato desde la inscripción, sino desde la fecha en que se celebre, existe un término medio que consiste en *no dar efecto a la hipoteca, respecto de tercero*, sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura». Esto que dice CÁRDENAS viene a ser igual a lo que decía GARCÍA GOYENA a LUZURIAGA, «que el dominio de la cosa vendida pasa, respecto de los contrayentes,

por su voluntad o consentimiento, pero no respecto de terceros». Es decir, que el efecto que se da al contrato entre las partes cesa con la interferencia del tercero, de no estar aquél inscrito, pues que, si lo estuviese, el efecto se extiende a todos. Quería decir CÁRDENAS que el derecho de hipoteca, como los demás derechos reales sobre inmuebles transmitidos o extinguidos mediante contrato, serían perfectos para los contratantes desde el contrato; pero, respecto al tercero, que puede tener un interés opuesto a las obligaciones estipuladas en aquel contrato, sólo desde el momento en que se inscribe tal contrato y no antes produce efectos respecto de otros de mejor derecho ante el Derecho civil; respecto de terceros con derechos anteriores sin inscribir o posteriores con posesión.

Por esto mismo LUZURIAGA centraba su idea en los efectos de la falta de inscripción del título traslativo o constitutivo y concibe el artículo 94 del anteproyecto, expresándolo en sentido negativo en sentido de la falta de inscripción, pero atribuyendo a ésta el efecto de modo de adquirir en el juego de efectos de los títulos sin inscribir y de los títulos inscritos, y así entendía que puede quedar decaído el título de adquisición anterior, aunque esté revestido de tradición real, lo mismo que éste pudo dejar sin efecto otra adquisición anterior con escritura pública sin entrega real, o una adquisición anterior mediante documento privado con cláusula de que se conviene la entrega ficta de la finca, según reciente sentencia del Tribunal Supremo, basándose en la sentencia de 4 de junio de 1927; poniendo en juicio comparativo los diversos modos de adquirir que admite nuestro derecho, a tenor de la Ley Hipotecaria y de los artículos 606, 1.473 y 1.537 del Código Civil. De cuando en cuando nuestro Tribunal Supremo establece efectos atributivos en este sentido a la inscripción considerando eficacia traslativa de la posesión civilísima, al decir que, celebrado el contrato a medio de escritura pública y habiéndose inscrito en el Registro de la Propiedad, el adquirente *quedó investido de la posesión civilísima, y habiéndose transmitido los bienes a su vez por otra escritura pública igualmente inscrita a un tercero, dicha posesión se transfirió a éste, aunque al iniciarse el litigio no se hallase en la tenencia material del predio.*

Casi veinte años de estudio y discusión de proyectos y anteproyectos para llegar a la aprobación de la Ley Hipotecaria de 1861.

Efectivamente, después de tantos años de intenso estudio del régimen hipotecario en proyecto, pero manteniéndose siempre la doctrina de LUZURIAGA, fué aprobada nuestra Ley Hipotecaria. El proyecto de la Ley Hipotecaria de 20 de octubre de 1857 fué estudiado profundamente por todos y cada uno de los miembros de la Comisión de Códigos, llevándose a la vez a cabo el estudio del proyecto del Reglamento hipotecario, durante el plazo de siete meses; y resulta curioso saber que al mismo tiempo que se discutían los artículos del Reglamento se repasaban los artículos del proyecto de la Ley, y así iban viendo las lagunas o la necesidad de nuevos artículos para la Ley, que se iban adicionando, agregándose al proyecto más de 200 artículos, entre ellos los artículos 31, 33, 34 y 264 de la Ley aprobada, a los que luego se ha dado tanta importancia.

La necesidad de estos artículos se vió de la manera siguiente: Los miembros de la Comisión de Códigos, al estudiar y discutir los artículos del proyecto de la Ley Hipotecaria y los de su Reglamento, y al leer los comentarios de los artículos y la exposición de motivos de que había sido autor LUZURIAGA, veían que se le consideraba a la inscripción un valor de supremo modo de adquirir de tal manera, que en el Registro público no se conozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción; se hallaban ante un problema y se preguntaban, a la vista de la doctrina de LUZURIAGA, en aquel momento de articular el proyecto de la Ley y de su Reglamento: ¿se le va a considerar a la inscripción fuerza atributiva de manera que la verdad registral equivalga siempre a la verdad real? Es decir, ¿puede el titular inscrito oponerse en el contenido de la inscripción con independencia del contrato a que se refiere, de manera que deba atenerse exclusivamente a lo que resulte de la inscripción, cualquiera que sea el valor del documento o del acto inscrito? La Comisión no aceptó tal fuerza atributiva a la inscripción y agregó al proyecto el artículo 33, que dice: «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». O sea que el modo

de adquirir nunca dará fuerza al título si éste es nulo, y por esto tal precepto no resta valor a la eficacia natural de la inscripción como modo de adquirir, pues que lo mismo se puede decir de la tradición real estableciendo que la entrega real de la finca no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes; o lo que es lo mismo, que diría LUZURIAGA: que los títulos sujetos a inscripción inscritos perjudican o enervan los títulos anteriores, los derechos anteriores que serían preferidos de no mediar la inscripción, como consecuencia del sentido general del régimen inmobiliario instaurado, que establece que el que inscribe un derecho se antepone al que dejó oportunamente de inscribir su derecho que había adquirido sobre la misma finca. Pero los mismos miembros de la Comisión también veían que con el artículo 33 podría agrietarse el muro de la firmeza del sistema y pensaron en otros artículos que evitarían el peligro, protegiendo la buena fe del adquirente, que confía en la titulación del transferente y en el Registro, y así agregaron los artículos 31, 34, 36 al 41 y el 264 de la Ley. Tenemos mucho interés en recalcar, para enderezar torceduras, que la eficacia de la inscripción en nuestro régimen deriva generalmente del artículo 23 de la Ley, hoy el 32, como modo de adquirir, y éste fué el pensamiento de los principales autores de la misma, a través de los respectivos proyectos, de los comentarios y exposición de motivos de LUZURIAGA, de la revista de CÁRDENAS «El Derecho Moderno», de la exposición de motivos de la Ley de 1861, hecha por don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, pero estudiada y discutida durante doce días por todos los miembros de la Comisión y principalmente por don FRANCISCO CÁRDENAS, y luego por los comentarios a la Ley de que es autor el mismo GÓMEZ DE LA SERNA.

Si leemos el segundo y el tercer párrafo del artículo 1.473 del Código Civil, en relación con el 606 y con el 1.537 del mismo Código, y con los artículos 31, 32, 34 y 37, el último párrafo del 40 y el 220 de la Ley Hipotecaria, se ve que puede hacer respecto a una finca: 1.º Tercero con su título inscrito; y 2.º Terceros que no han inscrito; y éstos pueden ser tercero con posesión y tercero sin posesión. Así que, llamaremos a los terceros que no inscribieron su título *terceros pasivos*, pasivos a los acontecimientos jurídicos, sin hacer nada para prevenirse contra otro título preferente ante la

Ley. A los terceros que inscribieron su título les llamaremos: *terceros simplemente activos y terceros activos confiados*.

Los simplemente activos son los que inscribieron su título, procurando, después de otorgarlo, su inscripción por todos los medios legales, sin preparar previamente al otorgamiento los antecedentes acreditativos del derecho del transferente, inscribiendo luego su título bien por inmatriculación, bien apurando el tracto sucesivo, inscribiendo el título del causante, o reanudando el tracto mediante información de dominio o con acta de notoriedad. La eficacia de estas inscripciones, aparte de la legitimación o apariencia de exactitud y de pertenencia, está en el modo de adquirir registral, resultando preferido el título inscrito frente a los que no inscribieron, siempre que el título inscrito sea obligacionalmente válido. Los terceros activos confiados son los que inscribieron su título ateniéndose o pudiéndose atener cuando lo otorgaron a la situación jurídica de la finca, según el Registro, al amparo de los artículos 31, 34, 37, 40 y 220 de la Ley Hipotecaria. A estos terceros no les pueden obstar títulos y causas que ellos no pudieron conocer por los libros, ya se trate de nulidad de fondo o de forma, falsedad, falta de derecho en el transferente, rescisión, resolución, etc.

Tiene mucha importancia, para dar realce a la eficacia de la inscripción, considerarla como modo de adquirir preferido, según se ve en el citado artículo 1.473 del Código Civil, traído del anteproyecto de LUZURIAGA, y ésta fué la voluntad de los autores de la Ley Hipotecaria, confesada en la Exposición de Motivos de la Ley del 61. Por esto vamos a copiar las palabras de tal Exposición, que reflejan, quiéranlo o no los escribas, el verdadero sentido de la Ley. Son las palabras que tratan del modo de adquirir en Roma, en Francia, en nuestro Derecho antiguo y en la nueva Ley. Se pone por epígrafe: «La falta de inscripción no puede ser alegada por los contrayentes, sino por los terceros perjudicados». Por los terceros que serían perjudicados si mediase la inscripción a favor de otros: «La Comisión ha considerado, ante todo, en la cuestión propuesta, los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba ser de condición mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando a la

buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes, buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla. Por eso no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por eso se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse».

Y aquí debe con franqueza exponer la Comisión el gran cambio que acerca de este punto introduce el proyecto en los principios generales del Derecho actual.

Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, o, lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es dueño el que primero lo compró, sino aquel que tomó de ella posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragón, en el que basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública para que el dominio o el Derecho real quede en el adquirente (igual que sucede hoy con el artículo 1.462 del Código Civil). Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos, que mereció ser adoptado en el Código Civil francés. Separándose éste del derecho antiguo y de las formas saludables introducidas por la Ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico, pero más expuesto también a graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera tanto respecto a los contrayentes como a un tercero, por el mero

consentimiento. «No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de hipotecas, al menos desde el punto de vista del proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros, que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de la transacción dar lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento».

Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de «la seguridad de un tercero, el dominio y los demás Derechos reales, en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste la inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo (el derecho civil, diremos hoy). Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso (no hubo tradición real ni ficta); si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos (porque se ha dado publicidad del acto o contrato por medio de la inscripción y por haberse cumplido la formalidad externa de la misma, que diría LUZURIAGA); si no se inscribe, aunque obtenga la posesión será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». Este que ha cumplido con el requisito de la inscripción aparece como tercero activo protegido, contemplado frente a la venta que no se ha inscrito, aunque tal venta haya sido seguida de la posesión... Aquí la Exposición de Motivos configura un tercero parecido a los que pueden resultar del artículo 1.473 del Código Civil: tercero activo protegido por la inscripción, tercero pasivo con posesión y tercero pasivo sin posesión.

El tercero de la Ley Hipotecaria de 1861.

El artículo 27 de la Ley de 1861 definía el tercero expresando un concepto negativo y que coincidía con el tercero a que aludían los proyectos y comentarios que precedieron a la Ley Hipotecaria;

o sea, que dicho artículo parece ser que aludía a los terceros anteriores que no intervinieron en el acto o contrato inscrito; y decía: «Para los efectos de esta Ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». GÓMEZ DE LA SERNA, al comentar este artículo, embrolla el concepto en vez de aclararlo; pero por el comentario de otros artículos se deduce que él entendía que el tercero del artículo 27 era el tercero que es titular de un Derecho real sin inscribir, relativo a la misma finca, incompatible con el derecho inscrito. Al comentar el artículo 25 de la Ley, «los títulos inscritos no surtirán efecto en cuanto a tercero sino desde la fecha de la inscripción»; y este artículo lo comentaba GÓMEZ DE LA SERNA como sigue: «La disposición de este artículo, lo mismo que las del 26 y 28, es en realidad complemento del artículo 23, según el cual el título no inscrito no puede perjudicar a tercero. Consecuencia necesaria de esto es que no surta efecto contra el que no intervino en el acto o contrato hasta el tiempo mismo en que se inscriba (que no surta efecto el título que se va a inscribir contra otro título de mejor derecho ante el derecho civil, hasta el momento mismo de la inscripción). De otro modo quebrantaría el principio de publicidad, que es la base fundamental de la Ley Hipotecaria, y a pesar de toda diligencia que empleara el adquirente, o aquel que constituyera a su favor un Derecho real podría ser defraudado por la mala fe del que apareciera como dueño en el Registro. Otras veces lo hemos dicho: los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso sobre el que bajo la garantía de las Leyes adquirió lo que, según el Registro, pertenecía al que ya había enajenado. sino sobre el que, pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuantos acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo y dió lugar al segundo contrato. Guarda armonía en este punto el artículo 17 de la Ley, según el cual, como queda expuesto, inscrito en el Registro un título de dominio no puede inscribirse otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble». En estas palabras de GÓMEZ DE LA SERNA se asoma la idea del tercero perjudicado con la inscripción y el tercero protegido por la misma; esto es, el tercero en cuyo favor se generan los efectos de la inscripción, que es el titular del derecho inscrito.

También el artículo 29 de la Ley de 1861 daba a entender que

el tercero es el titular de un Derecho real oculto, y que la simple mención del derecho a favor de otro, le puede perjudicar, trabando puesto registral.

El artículo 31 decía: «La nulidad de las inscripciones de que trata el artículo precedente no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito». ¿A qué tercero se refiere este artículo? GÓMEZ DE LA SERNA tampoco acierta a expresar su verdadero sentido y creía que el tercero de este artículo era el general que dominaba en la Ley, el titular de un Derecho real no inscrito anterior al acto o contrato que contiene la inscripción nula, sin darse cuenta de que este artículo tiene alcance de fe pública registral, refiriéndose al adquirente confiado que tomó por base la inscripción nula, antes de ser declarada la nulidad.

Debemos decir categóricamente que los artículos de carácter substantivo adicionados al proyecto de Ley de 1857, como son los artículos 31, 33, 34, 36 al 41 y 264 de la Ley de 1861, no merman el sentido general de la doctrina de LUZURIAGA, considerando la eficacia de la inscripción como un modo de adquirir superior a la tradición real o ficta. Al contrario, se agregaron tales artículos, por una parte, para eliminar de la eficacia de la inscripción la razón o causa jurídica manchada con la nulidad o ilicitud del acto o contrato inscrito, o con la nulidad de la forma de la inscripción, y, por otra parte, tales artículos engrandecen la eficacia de la inscripción, convalidándola con la fuerza espiritual de la buena fe del adquirente, amparado en lo que le publica el Registro, sin conocer de otra manera la inexactitud del mismo o la falta de titularidad o del derecho en el transmitente; y así, podemos dar una idea general del tercero activo como el titular que adquiere por título oneroso inscrito, creyendo que el derecho del causante es verdadero.

Los artículos 30 y 33 fueron agregados al proyecto para suspender la eficacia de la inscripción por causa de nulidad, en pro de los terceros civiles anteriores o de mejor derecho; pero como esta suspensión, sin excepción alguna, habría de contrariar el principio fundamental del artículo 23, se adicionaron los artículos 31, 34, 36 a 41 y 264, para poder reanudar la eficacia de la inscripción, que estaba suspendida, con el fin de proteger al titular que de buena fe adquiera confiado en la publicidad y cumplimiento con la

formalidad de la inscripción. Pero este titular inscrito no es el único tercero que existe acreedor a la protección registral, como opinan algunos tratadistas, con enorme daño para la institución; existen también, y quizá sean en mayor número, los titulares preferidos ante la Ley Hipotecaria y ante el Código Civil, por haber cumplido con la formalidad de la inscripción como modo de adquirir, confiando en la titularidad del transferente.

Luzuriaga fundaba la eficacia de la inscripción en su virtud de modo de adquirir.

LUZURIAGA quiso, como hemos visto, establecer en España la inscripción constitutiva, y al no lograrlo, se lanzó a instaurar un régimen hipotecario en el que proclamaba la eficacia de la inscripción como modo de adquirir la propiedad de los bienes raíces con carácter superior y preferente en caso de doble enajenación.

Los principales tratadistas siguen la doctrina de Luzuriaga.

Conviene hacer constar con sonoridad de apología de LUZURIAGA, que aceptaron la doctrina de LUZURIAGA, considerando la eficacia de la inscripción como modo de adquirir preferido, la mayoría de los hipotecaristas y de los tratadistas de Derecho civil: GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias, Motivos y Comentarios al Proyecto del Código Civil de 1851*, editada en 1852, apoya tal doctrina; don FRANCISCO CÁRDENAS manifiesta su conformidad en su revista titulada «El Derecho Moderno», fundada en 1847, y en su *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación de 1872*; don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA apoya tal doctrina no sólo en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, sino en los comentarios a esta Ley, principalmente al comentar el artículo 23; don BIENVENIDO OLIVER ESTELLER, en su obra *Derecho Inmobiliario Español*, que dice categóricamente que según la doctrina de LUZURIAGA, la formalidad de la inscripción queda elevada a la altura de modo de adquirir el dominio de los inmuebles; GALINDO y ESCOSURA dicen en su obra que, según el contenido del artículo 23 de

la Ley Hipotecaria, aceptado por el artículo 1.473 del Código Civil, la inscripción es modo de adquirir respecto de terceros (págs. 281 y 364 del 2.º tomo). El señor MARTÍNEZ MOREDA, en sus comentarios a la Legislación Hipotecaria, afirma que la inscripción es modo de adquirir (pág. 181 del 2.º tomo). Don EUSTAQUIO DÍAZ MORENO, en su obra hipotecaria, afirma que en nuestra legislación «hay dos modos de adquirir el dominio y los Derechos reales en las cosas inmuebles: uno, el del Derecho civil, entre otorgantes; otro, el de la Ley Hipotecaria, respecto de terceros. La inscripción confiere *erga omnes* el derecho a quien lo adquiriera, si lo inscribe: en cuanto al transferente, porque la escritura pública y, mejor, la inscripción, equivalen a la posesión; en cuanto a terceros, o sea todos los demás, porque la misma inscripción es el modo creado por la Ley para adquirir absolutamente. No existiendo inscripción continuaron y continúan rigiendo las reglas del Derecho civil, y así (art. 1.473 del Código Civil), si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá, siendo inmueble, al que antes la haya inscrito en el Registro, y, no existiendo inscripción, pertenecerá a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe. El artículo 609 del mismo Código Civil declara en términos generales que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, añadiendo que también puede adquirirse por la prescripción. Tratándose de bienes inmuebles, todo eso ha de entenderse sujeto a las disposiciones de la Ley Hipotecaria, si existe una inscripción contraria al derecho adquirido en virtud de aquellos títulos». Y nosotros agregamos: que el artículo 609 ha de entenderse sujeto a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y del mismo Código Civil en sus artículos 606, 608, 1.473 y 1.537.

También ARAGONÉS dice que la inscripción tiene eficacia de modo de adquirir. MORELLY TERRY dice, al exponer el sentido del segundo párrafo del artículo 1.473 del Código en relación con los artículos 17 y 23 de la Ley Hipotecaria, lo que sigue: «El Código respeta la Ley Hipotecaria y el principio del artículo 606; porque la tradición en los bienes inmuebles, existiendo un título inscrito,

se realiza mediante la inscripción y el comprador primero que no inscribe, no adquiere, porque respecto a él no media tradición. Esto es lo que dice la Exposición de Motivos explicando el principio del artículo 23, y esto es lo que afirma el artículo 17 al decir que, inscrito un título de transmisión de dominio, no podrá ya inscribirse ningún otro de fecha anterior que lo contradiga, por el que se grave o transfiera la propiedad del mismo inmueble, sin distinción alguna y sin que, por tanto, influya ante la Ley Hipotecaria la buena o mala fe del adquirente, porque para ella y para el artículo 1.473 en ese caso, esa buena o mala fe, es un elemento extraño, ya que no se trata de eso, sino de si medió o no tradición, y, por consiguiente, adquisición respecto a inmuebles. Véase, pues, que, aunque la distinción entre partes y terceros se explique por el principio sólo de publicidad, ese criterio, aplicado en vista del artículo 27, aisladamente no puede sostenerse cuando se examinan los artículos 17, 23 y 34 y otros de la Ley y los citados del Código Civil, porque en ellos, y aun cuando nada más que con relación a los terceros y no a las partes, nuestra legislación quedó influida por el sistema alemán, y la inscripción significa algo más que una simple notificación, *significa una tradición*, y con ella una adquisición independiente por completo de la buena o mala fe, del conocimiento o desconocimiento de la relación».

DON CARLOS LÓPEZ DE HARO dice en los *Comentarios a la Ley y Reglamento Hipotecarios*: «La máxima *prior tempore, potior jure*, no es un premio a la diligencia, ni un castigo al abandono; tiene sus raíces en el Derecho civil, por la equivalencia de la inscripción a la tradición. De modo que no es sólo y simplemente una cuestión de fechas, sino de derechos, y tal es el sentido del artículo 1.473 del Código Civil».

DON JERÓNIMO GONZÁLEZ dice en el tomo 1.º de sus *Principios...* (pág. 206) lo siguiente: «Cómo se engrana este mecanismo (el de la tradición, según el artículo 609) con los principios hipotecarios, no se dice claramente, aunque la intención de aplicarlos para proteger al tercero se vislumbra en el fondo, y de cuando en cuando aflora a la superficie del articulado (el art. 1.537 del Código Civil). Momentos hay, sin embargo, en que puede creerse aceptada una orientación decisiva hacia la substantividad de la inscripción, o, mejor dicho, en que se le atribuye valor constitutivo, por ejemplo,

en el artículo 1.473, que, caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes le haya inscrito en el Registro, y con más energía en el 1.875, que exige igual requisito para que la hipoteca quede válidamente constituida». Y en el mismo tomo, pág. 370, al hablar de los artículos 609 y 1.095 del Código, dice: «La inscripción del título adquisitivo, sin embargo, transformará la *situación obligatoria en real*, aunque en este supuesto los textos citados nada digan».

AZCÁRATE decía que el Registro tiene un fundamento racional o cuanto se deriva de la naturaleza misma de la propiedad, y por lo mismo, ateniéndose a las palabras de la Exposición de Motivos, afirmaba: «La consecuencia de esta organización se ha expresado diciendo que la inscripción o transcripción ha sustituido a la tradición; que la inscripción en el Registro puede considerarse como la forma moderna de la transmisión de la propiedad y que las reformas llevadas a cabo en este punto han verificado una revolución en la doctrina del título y modo».

MANRESA decía en el comentario al artículo 609 del Código Civil que la inscripción no es una simple prueba, ni es un requisito o formalidad indiferente: es mucho más que eso, es la garantía más eficaz del hecho real, es, bajo cierto aspecto, la base de lo que antes se entendía por modo de adquirir en la tradición, el medio de que todos respeten y todos reconozcan estos derechos, y aquellas personas a quienes corresponden; y dice además que «no siendo obligatoria la inscripción, el Código, en un caso de duda (artículo 1.473) da la preferencia al título inscrito si lo hay, mas no habiéndolo, recurre a otros medios o a otros signos de preferencia. De aquí el dualismo en la legislación respecto a bienes inmuebles». Esto decía MANRESA, aunque no le gustaba lo preceptuado por el Código, y opinaba que debía modificarse.

DEMÓFILO DE BUEN dice en las notas que puso en la traducción de la obra de Derecho civil de AMBROSIO COLIN y de H. CAPITANT, lo siguiente: «Dentro del sistema del Derecho civil español, los Derechos reales se transmiten por los contratos mediante la tradición; perfecto el contrato y hecha la entrega real o fingida, el Derecho real está creado. Si se prescinde de la institución del Registro, en caso de doble venta, la cosa vendida pertenecerá al que primero entró en posesión, puesto que desde el momento en que la

entrega se efectuó se convirtió en propietario, y si después volvió a vender el vendedor ya dispuso de una cosa que no era suya. El establecimiento del Registro viene a alterar la lógica indiscutible de este sistema. Organizada tal institución, ya no se reputa decisiva la entrega de la cosa para la creación del Derecho real. Sólo basta, dentro del sistema español, en que la inscripción es voluntaria cuando no hay inscripción. Si la hay, no adquiere ya el que primero obtiene la posesión, sino el que primero inscribe, como ya lo reconoce nuestro Código Civil en su artículo 1.473».

DON FELIPE CLEMENTE DE DIEGO dice: «En el caso de una doble venta a dos distintos compradores, la Ley de Partidas dispuso que perteneciera la cosa al comprador que primero entró en la posesión de ella. La Ley Hipotecaria atribuye la preferencia, con respecto a inmuebles, al primero que la inscribió en el Registro. Esta distinción de mueble e inmueble es el criterio que inspira el artículo 1.473 del Código, agregando que, cuando no hay inscripción, el primero que tomó posesión del inmueble es el preferido, y si ninguno tomó posesión, el que presente título de fecha más antigua, siempre en ambos casos, que haya buena fe por parte del adquirente».

DON CALIXTO VALVERDE se expresa en iguales términos y además es partidario de que la inscripción sea el único modo de adquirir los bienes inmuebles; y lo mismo PÉREZ Y ALGUER en las notas del Derecho civil de ENNECCERUS.

DON RICARDO HOYUELOS dice, al comentar el artículo 1.473 del Código Civil, lo que sigue: «Dado el papel que el Registro desempeña respecto a la transmisión del dominio, compréndese la primacía que a la inscripción concede el artículo 1.473»; y dice, además, al comentar el artículo 1.537: «El artículo 1.537 no tiene más fin que consignar la declaración solemne del acatamiento, y respecto a dicha Ley (la Ley Hipotecaria), en orden a la venta de bienes inmuebles. Como Ley especialísima, sus preceptos siempre prevalecerán sobre los del Código, de carácter general, aun ante el silencio de éste; pero el legislador ha preferido hablar para cerrar el paso a toda suspicacia jurídica».

Como puede observarse, casi todos los tratadistas de Derecho Hipotecario y de Derecho civil consideran la eficacia de la ins-

cripción como modo de adquirir superior a la tradición real o ficta, sin separarse, como se ve, de los propósitos de don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA y de sus seguidores, como CÁRDENAS y GÓMEZ DE LA SERNA, derivando tal eficacia como modo de adquirir, con fuerza constitutiva en cuanto a terceros, del cumplimiento de la formalidad externa de la inscripción, formalidad a la que LUZURIAGA daba enorme importancia en su anteproyecto de 1948.

Declaramos, pues, y una vez más, que los propósitos de los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 fueron siempre considerar la eficacia de la inscripción como derivada de dos fuerzas: una, más general y corriente, y otra especial que actúa reforzando a aquélla cuando precisa de la legitimación del derecho del transferente. En la primera fuerza se produce la presunción de pertenencia mediante la apariencia auténtica de adquisición legal con efecto de modo de adquirir, como consecuencia de lo establecido en el artículo 23, hoy 32, en sentido negativo, y en el artículo 25 de la Ley de 1861, en sentido positivo, como si dijéramos: lo que no está inscrito no está en el mundo, y lo inscrito desvirtúa los títulos no inscritos. El artículo 25 decía que los títulos inscritos producen efecto contra tercero desde la fecha de la inscripción. Este artículo 25 fué suprimido por la Ley vigente, como si no fuera útil su contenido que determinaba el efecto positivo de la inscripción y el momento en que los títulos inscritos surten efecto contra tercero. ¿No es preciso esto? Claro está que lo es: Por ejemplo, cuando el titular inscrito vende la finca y el comprador no inscribe y luego el vendedor hipoteca la misma finca y el acreedor inscribe antes que el comprador, y más tarde éste inscribe la compra, pero su título ahora inscrito sólo produce efecto desde la fecha de la inscripción y no desde la fecha de la compra y, por tanto, no perjudica el derecho del acreedor. Este efecto positivo de la eficacia general de la inscripción respecto de títulos traslativos, se halla establecido en el artículo 1.473 del Código Civil, al decir que la propiedad pertenece al adquirente que antes haya inscrito su título, y respecto a acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias tenemos el artículo 37 de la Ley.

Esta presunción de pertenencia sólo se puede destruir si se prueba que el titular inscrito adquirió de mala fe o que era inexacto el derecho del transferente, menos cuando la falta de derecho

en el que otorga deriva de haber enajenado antes, ya que en tal caso rige categóricamente el artículo 1.473.

La eficacia de la inscripción, en este sentido amplio, deriva de la doctrina de LUZURIAGA, basada en la publicidad registral y en el cumplimiento de la formalidad externa de la inscripción, aunque el titular no haya adquirido en los términos del artículo 34 de la Ley, que es de efectos especiales, con tal de que el titular tenga buena fe y que su título sea obligacionalmente válido y lo mismo que el derecho del transferente sea lícito, a fin de que la relación devenga relación real absoluta, toda vez que la inscripción, en el sentido del artículo 32 de la Ley y del 1.437 del Código, es constitutiva en pro de tercero, tal como lo pensaba LUZURIAGA, el mismo GARCÍA GOYENA y luego CÁRDENAS, PERMANYER y ahora don JERÓNIMO GONZÁLEZ y PÉREZ Y ALGUER.

La otra fuerza especial de la eficacia de la inscripción deriva, no solamente de la formalidad externa de la registración a nombre del adquirente, sino de la apariencia jurídica de exactitud e integridad, al amparo de los 31, 34 y 264 (hoy el 220 y también el artículo 40) de la Ley Hipotecaria.

¿Fué bien interpretada la Ley Hipotecaria de 1861?

¿Ha cubierto la Ley Hipotecaria de 1861 todos los propósitos de sus autores? ¿Se ha interpretado la Ley de acuerdo con la voluntad del legislador? Si no se cumplió la voluntad del legislador, ¿se interpretó la Ley en el sentido objetivo, o sea el sentido que tiene la Ley en concepto de fuerza viva y constante, teniendo en cuenta el sistema jurídico que conviene y las circunstancias actuales, aunque se opongan (que no se oponen) a la voluntad del legislador? Se ve claramente que no fué interpretada la Ley de 1861, en su siglo de vida, de conformidad con la voluntad del legislador y, menos todavía, fué interpretada respondiendo al sentido objetivo, ya que, en este supuesto, los interpretadores habrían de entender la Ley siguiendo adelante la formación del contenido de la misma, en progresión del desarrollo del sistema que fué establecido, para que desapareciera el caos que expresaba paladinamente el Real Decreto de 8 de agosto de 1855.

Queremos decir que la Ley de 1861 pudo cubrir los propósitos de los autores de la misma, si fuese conocida y aplicada con más exactitud; si los comentáristas, si los escribas, no fueran infieles a aquella voluntad colectiva que aprobó la citada Ley, tan profundamente laborada y tan claramente explicada por las ilustres Comisiones en el cuarto de siglo que precedió a la promulgación de la misma. Aquella voluntad colectiva y firme de las Cortes ante la necesidad de la Ley, por la defectuosa legislación de entonces, se manifestó, como decía don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, callando todos los partidos, que en el palenque de la política discuten sus respectivas doctrinas, la voz del patriotismo ahogó todas las pasiones.

De LUZURIAGA arranca, pues, nuestro actual régimen hipotecario; de él partió el propósito de la inscripción constitutiva, contenida en su base 52 de 1843; y ¿por qué ahora en el Centenario de la Ley de 1861 no se formula por lo menos un proyecto de Ley de Bases con igual propósito, siquiera sea limitada la inscripción constitutiva a los bienes inmuebles inscritos? ¿No será acreedor LUZURIAGA a que se le ponga una lápida en nuestro Colegio, en la que como inscripción se lea la citada base 52?

MANUEL VILLARES PICO.

Registrador de la Propiedad.