

VARIA

Notas sobre el tercero, la je pública, la sustantividad y la legitimación.

En los Boletines de la Asociación de Registradores de la Propiedad cubanos, correspondientes a los meses de octubre de 1951 y enero de 1952, aparecen dos trabajos de nuestro ilustre y competente compañero de profesión doctor don Agustín Aguirre, Professor de Derecho Hipotecario en la Universidad de La Habana, que copiamos a continuación por estimarlos de gran interés al significar un certero juicio de nuestra reforma hipotecaria de 1944, un acertado intento de síntesis de conceptos amplios, bien enfocados y mejor expuestos, y una contribución valiosísima para esclarecer ideas un tanto confusas, tarea que se ha impuesto el autor precisamente por su calidad de maestro y que creemos ha realizado satisfactoriamente.

1. Hablar del tercero desde el punto de vista inmobiliario es referirse al régimen hipotecario nuestro. El tercero es la piedra angular —y hasta filosofal— del sistema inmobiliario de publicidad cubano. Y no decimos español porque ya España superó la etapa de la «tercería hipotecaria» como enigma y laberinto jurídico. Actualmente el concepto del tercero es en la legislación hispana, de extrema sencillez. Tal como se presenta en la vida diaria, sin complicaciones. La trascendencia y eficacia del régimen español moderno está, no en la vieja tercería hipotecaria, sino en el juego de los principios que lo informan y sustentan. Y en él aparece el tercero claramente señalado, sin ambigüedades ni contradicciones. De ahí que el legislador hispano de 1944 en vez de definir el terce-

ro, lo cita como titular a quien normalmente protege y ampara el sistema. La plena legitimación o fe pública del régimen está centrada en las disposiciones básicas que contienen los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. La inscripción —dice el primero— no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. El tercero —agrega el segundo— que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscripto su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. Para llegar a esta fórmula de gran sencillez y precisión, el legislador peninsular revisó cuidadosamente el viejo régimen e introdujo en el mismo una reforma altamente depuradora, que se asienta en los mejores principios hipotecarios y permite la consideración del tercero sin complejidad alguna, en su acepción gramatical y como titular de derechos inscriptos. Y es bueno añadir que, conforme al precitado artículo 34 de la Ley española, la buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Y que los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente. Esto mismo —y otros puntos que aparecen en la reforma española de 1944— defendimos para nuestra Patria en la obra que publicamos el año 1939.

2. Pero nuestra legislación sigue por los caminos de las reformas circunstanciales e inconexas. Sin método ni orientación fija. El casuismo y las conveniencias políticas con propósitos simplemente electorales lo presiden casi todo. Y las excepciones carecen, la mayoría de las veces, de un estudio previo debidamente realizado. Por esto hay que continuar la tarea de presentar una síntesis sobre el tercero en el Derecho Hipotecario cubano, intentando así, cuantas veces nos sea dable y con los mejores antecedentes, aportar algunos rayos de luz en la tiniebla interpretativa de esta vieja entelequia jurídica.

3. El medio que consideramos mejor a la finalidad de expresar un claro concepto del tercero hipotecario es la determinación de la idea genérica, comprensiva de toda actividad humana de orden jurídico. Y en tal sentido es tercero quien no interviene en un acto o relación jurídica determinada y si tomá parte en él no lo integra

subjetivamente ni, en su consecuencia, deriva del mismo derecho alguno. Es un concepto negativo o de exclusión, que significa no ser parte en un acto o contrato. Implica desconocimiento total de la concreta actividad humana que se toma en consideración. O conocimiento, sin participación interesada, del acto o relación jurídica que se contempla. Es, en suma, el llamado tercero civil absoluto. El *poenitus extranei*.

4. De esta idea vamos al mundo hipotecario o registral. Al mundo de las inscripciones. Y de inmediato advertimos la necesidad de estimar posiciones distintas: perjuicio a tercero; beneficio o protección a tercero; y —en situación intermedia— sin perjuicio de tercero.

5. Cuando un estado registral o de inscripción perjudica a tercero, esta cualidad se atribuye a quien no ha sido parte en el acto o contrato que el asiento protege, aunque ese titular aduzca derechos legítimos no registrados. Si tales derechos aparecieren inscriptos se está ante un caso de doble inscripción, cuyo fallo precisa fundarse tanto en los antecedentes registrales como en los de orden estrictamente civil.

6. Si el estado registral beneficia a tercero, este titular es, exactamente, quien reúne todas las condiciones que el Derecho hipotecario presupuesta para otorgar la plena legitimación o amparo de la fe pública del Registro. En sentido general, este tercero está definido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y se complementa con los requisitos de buena fe y onerosidad que exige la jurisprudencia.

7. En definitiva, ambas ideas —con perjuicio de tercero y beneficio o protección a tercero— no son otra cosa que facetas distintas de un mismo concepto, el de tercero; constituyen las dos posiciones determinantes de su relatividad. Cualquiera de ellas supone siempre la existencia de la otra. Mas entre las dos hay un concepto que deja en suspenso la fe pública del Registro. Es la situación intermedia que presentan los estados registrales «sin perjuicio de tercero». Cuando se dice que un acto o contrato inscripto no perjudica a tercero, significa necesariamente que hay o puede haber otro titular a quien se considera tercero y a quien se protege, directamente o por reserva de derechos. Por esto, la expresión, «sin perjuicio de tercero o no perjudica a tercero» quiere decir, en todo ca-

so, que la inscripción no ampara por sí al titular según el Registro. O sea, que mientras la inscripción aparezca realizada en tal forma, el régimen hipotecario carece de verdadera sustantividad. No existe legitimación plena. Y cualquier titular, inscripto o no, puede reclamar los derechos que le asistan. La fuerza expansiva del concepto traspone los límites hipotecarios e invade el amplio campo del Derecho común. La fe pública del Registro carece de su máxima virtualidad. No funciona la excepción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino la regla del artículo 33 del mismo cuerpo legal.

8. En resumen, pues, cuando un estado registral o de inscripción perjudica a tercero es porque existe un titular a quien el régimen hipotecario ampara: tercero a quien la inscripción beneficia. Hay legitimación plena a beneficio del titular inscripto y en perjuicio de cuantos no hubieran inscripto sus derechos. Y cuando la inscripción es realizada «sin perjuicio de tercero» hay simple legitimación, sin que la fe pública proteja plenamente al titular inscripto.

9. Las circunstancias o requisitos que han de concurrir para determinar a favor de un titular la condición de tercero amparado por la Ley, constituye el presupuesto que fija el régimen nuestro al objeto de conceder, en el orden jurídico, la plena legitimación. Esto nos lleva al estudio de los conceptos de fe pública, sustantividad y legitimación, que estudiaremos a continuación. Digamos ahora, en conclusión, que la concurrencia de los elementos presupuestados en la Ley, en la forma y cantidad que ella exige, otorgan una protección máxima. En caso distinto toda adquisición está sometida a la revisión que la propia Ley admite. En el primer supuesto hay incluso adquisición a *non domino*, mientras en el segundo queda pendiente toda controversia o discusión de los derechos inscriptos.

10. Dice Kelsen (páginas 115 y siguientes de su «Teoría General del Derecho y del Estado»): «De acuerdo con la naturaleza de la norma fundamental, podemos distinguir dos diferentes tipos de órdenes o sistemas normativos: estáticos y dinámicos. Dentro de un orden estático las normas son válidas, lo cual significa que los individuos a quienes se aplican deben conducirse como el contenido de tales normas dispone. En cambio, las normas de un orden dinámico han de ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto.

Una norma forma parte de un sistema dinámico si ha sido creada en la forma establecida en último término por la norma básica. Por esto lo que llamamos orden jurídico, en cuanto sistema de normas positivas, es siempre de naturaleza dinámica.»

La fe pública del Registro es un concepto estático, pasivo. En cambio, la sustantividad y la legitimación son conceptos dinámicos, activos, aplicados el primero a la valoración, hecha por la Ley, acerca de la mayor o menor eficacia de los derechos inscriptos, y el segundo a los efectos de los asientos registrales.

11. La fe del Registro pone de relieve una situación jurídico-privada que el órgano de la publicidad evidencia. Un estado registral a la vista de todos y al cual la Ley atribuye determinado valor como punto de partida de cualquier negocio jurídico. Se dice que un derecho está amparado por la fe pública del Registro cuando éste lo muestra bajo las circunstancias establecidas por la Ley. Y en esa pública manifestación la Ley determina su valor para fines comerciales o de transacciones. Es como si la Ley dijera —usando el sentido metafórico— los quilates que corresponden al derecho publicado, para que todo el mundo conozca las bondades y defectos o limitaciones del mismo.

12. La sustantividad gradúa, conforme a las normas legales, la trascendencia o virtualidad de los derechos registrados. La sustantividad tiene reglas generales y excepciones, según el régimen de que se trate. En un régimen de sustantividad plena la inscripción es, generalmente, constitutiva y la cancelación extintiva. Las excepciones están reguladas como situaciones de inexactitud registral. En uno adjetivo o de sustantividad mínima la inscripción es meramente declarativa, la cancelación carece de relevancia y las inexactitudes prevalecen como normal desenvolvimiento de los actos y contratos sobre inmuebles. Y en un sistema de sustantividad media la inscripción es inicialmente declarativa pero sus pronunciamientos operan muchas veces como si la inscripción fuera constitutiva; la cancelación sigue el mismo camino de la inscripción, aunque en escala descendente; y las inexactitudes del Registro están reguladas conforme a la naturaleza del derecho o derechos cuestionados.

13. Legitimación es virtualidad o trascendencia de lo inscripto a favor del adquirente de un derecho real inmobiliario, con eficacia

erga omnes. Está legitimado quién adquiere en las condiciones determinadas por el Derecho hipotecario y, por ello, obtiene un asiento inatacable, en unidad perfecta e indestructible con el derecho adquirido. La forma da el ser al acto. Mediante el proceso activo —tráfico en el comercio inmobiliario— de legitimación, sus beneficiarios están protegidos aún contra el verdadero titular no inscripto. En toda legitimación han de concurrir, necesariamente, las circunstancias presupuestadas en la Ley. No sólo las que en sentido general y en nuestro régimen, fija el artículo 34 de la Ley hipotecaria para las inscripciones, sino también las que, en su caso, exige el artículo 97 de la propia Ley para la cancelación. En la anotación preventiva jamás puede hablarse de legitimación, sino de suspensión de la fe pública del Registro y, mirando a los efectos de los variados tipos de anotación, es posible hablar de sustantividad —sin legitimación— de las distintas clases de asientos. Quedan fuera de la legitimación los tractos —adquisición, modificación y extinción— que, conforme a la Ley, son atacables. Por ejemplo —según nuestro sistema— la excepción de anulabilidad por causas que resulten claramente del Registro (algunas veces en forma negativa por referirse a requisitos necesarios exigidos por el asiento y omitidos: claramente resulta del Registro la omisión de un requisito indispensable para la total validez del trato); las acciones rescisorias y resolutorias en los casos que se advierten al estudiar los artículos 36, 37, 38, 39, 40 y 41 de la Ley Hipotecaria; las adquisiciones de bienes hereditarios comprendidas en los casos de la primera parte del párrafo segundo del artículo 23 de la Ley y en el párrafo tercero del mismo precepto; la posesión inscripta, según lo establecido en los artículos 35 y 394 de la Ley; las adquisiciones de terceros no comprendidas en el artículo 97 de la repetida Ley Hipotecaria; y, en general, toda causa de invalidación que o bien aparezca del Registro o pueda ser referida al tercer adquirente por el juego del principio de buena fe, ampliamente aceptado —en lo subjetivo y en lo objetivo— por la jurisprudencia cubana. Legitimación, como certeza dijó el gran jurista Sohm, no es facultad de disponer, pero la suple en el comercio inmobiliario. Cuando hay legitimación el acto inscripto vale contra todo el mundo, apoyado en lo que aparece del Registro, es decir, en la fe pública. Quien así adquiere está plenamente amparado por el régimen hipotecario. Sin embargo, como

el Registro únicamente puede garantizar los derechos en cosa inmueble, no los hechos que ocurren sin conexión ni reflejo exacto en sus constancias, si determinada legitimación carece de existencia en el orden real, por falta de la cosa sobre que aparecen recaer los derechos, por discordancias entre el inmueble que consta del Registro y el que tiene existencia física, o por situaciones de orden posesorio admitidas por la Ley y que niegan o se oponen, en la concreta realidad de las cosas, a los datos o manifestaciones abstractas del Registro, entonces es indispensable determinar hasta dónde alcanza, en el dicho orden de los hechos, la legitimación que en el Registro tiene su fundamento cardinal. Para ello es necesario acudir al sistema jurídico del país, en sus distintos aspectos y en cuanto el mismo permita armonizar los derechos en cosa inmueble con la existencia de la cosa misma y con las situaciones de hechos a que la Ley hace producir efectos jurídicos. Tal armonía y cotejo dirán el alcance real de la legitimación concedida por el Registro en el orden estricto de los derechos. El Registro, pues, no garantiza —por notoria y real imposibilidad— los hechos, sino los derechos. Pero en tanto —y en cuanto— los hechos aparezcan reflejados en el Registro y las constancias de éste sean conformes a los hechos, la legitimación opera sin limitación alguna.

14. Para los tratadistas españoles —inspirados en el sistema germano: constitutivo— la legitimación establece una presunción *juris tantum*. Y en presencia de una legitimación plena afirman que se produce una presunción *jure et de jure* como efecto de la fe pública del Registro. Pero si admitimos, como ellos exponen, que el principio de legitimación está sujeto a las graduaciones y controversias de las presunciones *juris tantum*, ciertamente lo equiparamos a la sustantividad, porque ésta es usualmente concebida en los grados máximo, medio y mínimo, con las naturales consecuencias de contradicción que ello implica respecto al régimen. Y si admitimos que la fe pública es el principio de máxima eficacia de las adquisiciones, entonces excluimos de ella todos los innumerables casos en que la fe pública no produce tales efectos, según la Ley.

Sin embargo, cuando vemos en la fe pública un concepto de normoestática, en que lo mostrado por el Registro tiene el valor que aparece en la Ley, conforme a la evidencia de las circunstancias registrales, fácilmente comprendemos que son los efectos de esa fe

pública los que corresponden a la nomodinámica y, en su consecuencia, a la sustantividad de la inscripción, en cuanto ésta precisa el grado de protección registral surgido de la fe pública, que en la legitimación alcanza su máximum de plenitud, para conceder un derecho inatacable. Entendidos estos conceptos de otro modo, en nuestro sistema, siempre aparecerán ante el juicio de todos, y como bien dice Castán, sumamente borrosos. En el sistema alemán, donde la inscripción es obligatoria, de *numerus clausus* y constitutiva, es fácil exponer el concepto de fe pública del Registro y referirse al aspecto dinámico o de comercio inmobiliario mediante la teoría de las inexactitudes. Pero en nuestro sistema, donde la inscripción es voluntaria, de *numerus apertus* y generalmente declarativa, se hace preciso distinguir con claridad lo que es, positiva y negativamente, la fe pública del Registro y los efectos que de ella podemos derivar en los múltiples aspectos de nuestra casuística legal inmobiliaria. Basta pensar en las referidas causas de nulidad, de precisión, resolución, ineficacia, etc., para advertir las grandes dificultades de nuestra técnica.

15. Hay entre los llamados principios hipotecarios una evidente interrelación y, a la vez, una necesaria interdependencia. La unificación de ellos está en el sistema. Lo medular del sistema nuestro es su protección a tercero y éste adquiere tal carácter sólo mediante el cumplimiento de las condiciones presupuestadas en la Ley. A nuestro juicio, no deben confundirse los principios con los presupuestos hipotecarios. El principio es base, cimiento, síntesis. El principio es norma y concepto superior que integra, rige y sustenta al sistema. El presupuesto es regla, casuísma, ordenación detallada: desenvolvimiento del principio con mayor o menor flexibilidad. El principio es uno, el presupuesto es vario. Con símil de arquitectura puede afirmarse que los principios constituyen los cimientos sobre que se levanta el edificio —sistema— hipotecario. Los presupuestos forman la estructura del régimen, o sea, la armazón del edificio. Entre principio y presupuesto hay la misma relación que entre antecedente y consecuente. Y tal relación se desenvuelve conforme al criterio legislativo que se estudie: de mínima, media o máxima sustantividad. Nuestra Ley Hipotecaria trata —como dijimos en notas anteriores— de perjuicio y de beneficio o protección a tercero. Y también de «sin perjuicio de tercero». Ya dijimos lo que tales con-

ceptos significan y anunciamos la necesaria relación de ellos con los principios y sus consecuentes presupuestos, que estamos exponiendo.

16. La fe pública da lugar al sistema escogido por la Ley. Y los efectos que la Ley concede a la fe pública determinan los grados o presunciones del sistema. Los sistemas propiamente sustantivos son, como el germano, predominante objetivos: la inscripción es constitutiva. Ella presume la existencia del derecho, así como la cancelación la extinción del mismo. Los relativos, o de sustantividad media, atienden al proceso de adquisición extraregistral y principalmente al sujeto. La inscripción declara el derecho, lo afirma, pero no presume su existencia. Esta depende fundamentalmente de la causa jurídica y, con ella, de la prueba consiguiente. Y la cancelación es una manera de extinguir un asiento a beneficio de tercero, lo cual requiere la concurrencia de una doble titulación: la cancelatoria y la del tercero. Un sistema relativo se aproxima a uno sustantivo en la justa medida que ampara los derechos de terceros adquirentes; y se aleja del mismo en cuanto señala efectos declarativos a la inscripción. Los sistemas de sustantividad mínima o adjetivos niegan toda virtualidad legal a la fe pública del Registro. Esta carece de verdaderos efectos. Son sistemas de mera publicación de títulos, cuyos efectos de oponibilidad o mera preferencia no afectan a la naturaleza del derecho registrado.

17. Cuando el sistema es de sustantividad absoluta hay legitimación plena: el título es inatacable. Y como la inscripción tiene naturaleza constitutiva, al hablar del título éste queda comprendido en la inscripción. Si el sistema es de sustantividad presuntiva, la legitimación plena aparece en los casos de presunciones *jure et de jure*. En los relativos, el juego de las presunciones gana en extensión lo que pierde en intensidad. La teoría del tercero absorbe, en estos sistemas, la sustantividad del régimen. Y ante una casuística interminable hay legitimación plena en los casos que concurren unánimemente los múltiples factores presupuestados por la Ley y la jurisprudencia. Y, por último, en los sistemas adjetivos no existe propiamente legitimación alguna.

18. En conclusión, pues, la fe pública del Registro es un concepto que abarca todo el sistema. La sustantividad, los grados en que el sistema desarrolla la fe pública. La legitimación tiene pleno significado cuando la sustantividad es máxima. En la casuística de la

Ley Hipotecaria y de su Reglamento aparecen las múltiples condiciones que presupuesta el régimen cubano, según la naturaleza del derecho inscripto y las circunstancias que concurran en cada caso. La mejor síntesis al respecto creemos haberla construído en el ordinal 4 de este trabajo. El estudio en detalle de esas condiciones o presupuestos significa llevar a cabo la exposición sistemática de nuestro ordenamiento positivo antedicho. Es tarea de mayor aliento y espacio.

PEDRO CABELLO
Registrador de la Propiedad