

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Abri1 1949

Núm. 251

El Registro de la Propiedad Español (*)

EL INFLUJO EN OTROS SISTEMAS

Además de su enorme difusión, este registro pignoraticio, por la sistemática y detalle con que fué elaborado, influyó notablemente en los restantes sistemas hipotecarios, que siempre consagran una parte especial a la hipoteca, adopción o calco de aquél registro.

Esto ha producido, incluso en las leyes más típicamente germánicas del siglo XIX que centran el sistema sobre la inscripción de dominio, una superposición cíclica de regulaciones inmobiliarias. Nunca se llegó a una síntesis perfecta sino a una yuxtaposición de sistemas. Así, la Ley de Sajonia de 6 de noviembre de 1843 trata por separado los efectos del Registro inmobiliario o régimen de publicidad del dominio; y los efectos del Registro hipotecario o régimen de publicidad de la hipoteca y derechos análogos. Más perfecto aún el proyecto de Ginebra, de diciembre de 1827, de tan conocido influjo en los autores de nuestra ley, estableció tres regulaciones distintas e independientes para los efectos de la inscripción: efectos de la inscripción de propiedad (arts. 48 a 56); efectos de la inscripción de los derechos limitativos del dominio (arts. 67 a 70), y efectos de la inscripción de hipoteca (art. 128). Esta "parcelación" legal de la materia, trascendió al modo de llevar los asientos. La Ordenanza de Weimar, de 15 de mayo de 1838, establece claramente en el párrafo segundo de su artículo 1.º: "El folio

(*). Véase en número anterior de esta REVISTA.

destinado en el Registro municipal a cada finca se divide en tres rúbricas: la primera consagrada a la propiedad; la segunda, a las restricciones y a las cargas de la propiedad, a excepción de las servidumbres personales, y la tercera, a las servidumbres y a las hipotecas." Este sistema de casilla, a su vez, produce la regulación y efectos diferenciados de los derechos de cada rúbrica. La superposición de Registros aparece también muy clara en la Ley Hipotecaria de 1830 para el territorio de Mecklenburg-Schwerin y Strelitz, que partiendo del mero Registro de hipotecas, expresamente dice que la inscripción es de tres clases (art. 6.º). La primera clase destinada a la inscripción de propiedad (art. 7.º), que tiene tratamiento de modo de adquirir (art. 8.º) y efectos específicos (arts 8.º al 15). La segunda clase (art. 16) la constituyen las servidumbres reales, los diezmos, las prestaciones censales y ciertas clases de venta no comprendidas en la transmisión de la primera clase, y las restricciones a la facultad de disponer, incluyendo en esta categoría los fideicomisos. La tercera clase (arts. 18 a 42) comprende los créditos que entrañan hipoteca, la separación de patrimonios, las servidumbres personales y ciertas prestaciones censales de carácter temporal. La Ley del Ducado de Nassau de 21 de marzo de 1774 establece dos secciones: I. De los contratos de venta y de cambio; y II. De las hipotecas y de las obligaciones en justicia (el art. 32 prohíbe en absoluto la anticresis). Es más: el Código civil del Cantón de Vaud de 1819, de reducido registro hipotecario, por causa de la distribución en secciones, rebasa y se escapa *a forciōri* de su sistema meramente hipotecario en cuanto consagra un capítulo (cap. V, arts. 1.596 a 1.600), a los efectos de los privilegios y de las hipotecas entre los acreedores hipotecarios, y otro capítulo (capítulo VI, arts. 1.601 a 1.609) a los efectos de los privilegios y las hipotecas frente *al tercer poseedor*, regulación que sin querer, por la propia naturaleza de las cosas, asoma al régimen de publicidad del dominio.

A poco que se medite sobre las leyes hipotecarias del siglo pasado se ve que en realidad hay tres regímenes distintos que en muchas leyes se superponen, y lo que hoy parece redundancia, fué en su época fino matiz y precisa diferenciación.

Este fenómeno de las leyes hipotecarias tiene hondas raíces dogmáticas. Cuando en la primera mitad del siglo XIX se redactan los Códigos civiles y las Leyes hipotecarias, todavía no se ha vulgarizado la sistemática de Savigny, y se acepta como dogma inconcusso un dualismo o una contraposición, clásica y secular, consagrada por romanistas

y prácticos del *modernus usus pandectorum*, entre el dominio de una parte y los *iura in re aliena* de otra. Todo el que quiera entender el pensamiento de los legisladores del siglo XIX, singularmente en materia hipotecaria, que no deje de tener presente, olvidando de momento la dogmática unitaria del derecho real de la escuela de Savigny, que para todo el siglo XVIII y para el codificador del XIX, no existe una teoría del derecho real, sino, de conformidad con la dogmática de Vinnio, dos: la del dominio, por un lado, y las de los *iura in re aliena*, por otro; o lo que es igual, la teoría de la acción reivindicatoria de la propiedad, de una parte, y la teoría de las acciones confesoria, negatoria e hipotecaria, por otra. Los Registros inmobiliarios se organizaron teniendo por campo de gravitación una u otra esfera, y los sistemas hipotecarios, dentro del llamado principio de publicidad, responden a uno u otro sistema, o a ambos a la vez, pero no como síntesis, sino como superposición.

Dejando a un lado, para más adelante, los Registros del *Grundbuchsystem*, algunas de cuyas peculiaridades también se superponían a los Registros del principio de publicidad, manteniéndonos únicamente dentro de este grupo de registros del *Drittewirkung*, de la tercivalencia, de los efectos respecto de tercero, a tenor de las indicaciones que acabamos de hacer, podemos formar de primer momento y *grosso modo* dos grupos de Registros:

a) Unos, que tienen por objeto la inmunidad de tercero inscrito frente a todas o frente a algunas de las acciones confesoriales o hipotecarias extrarregistrales. (Código austriaco, Ley belga, por ejemplo.)

b.) Otros que, además de esa inmunidad, superponen un régimen por el que dejan ilesos al tercero frente a acciones reivindicatorias, revocatorias o de nulidad *ex tunc*. (Sistema español.)

Esta clasificación tiene una justificación político-histórica. Los legisladores del siglo XIX admitieron con facilidad, en vista de las necesidades del crédito hipotecario, que el título de dominio inscrito o transscrito produjera una decadencia o preclusión de acciones confesoriales o hipotecarias no inscritas; mas les era duro admitir que, parificados con la acción confesoria (o con la hipotecaria) corrieran igual suerte los derechos de carácter reivindicatorio o revocatorio que asistían al legítimo dueño, con propiedad sagrada e inviolable, incluso cuando este legítimo y auténtico dueño no hubiera inscrito. Por eso, matizando más de menor a mayor eficacia, tenemos tres grados en la escala de

valores de la inscripción, aun dentro del *Drittwirkung* o eficacia respecto de tercero:

a) *Eficacia de primer grado o débil.* Sistema francés. El Registro inmuniza frente a *actos* o *contratos*—constitución voluntaria—sujetos a registración y no inscritos o transcritos. Esto quiere decir: las situaciones reales constituidas por *voluntad de las partes* al margen del Registro, *sujetas a transcripción*, y, sin embargo, no transcritas, no perjudican a tercero que inscribe o transcribe. Pero en este sistema está excluida toda protección del adquirente registral frente a acciones reivindicatorias, de nulidad y de resolución *ex tunc*, aun cuando no consten expresamente en el Registro. La seguridad del dominio está únicamente en la usucapión. También carece de protección el adquirente:

1.º Frente a la acción confesoria derivada, ya de actos no sujetos a transcripción, ya de usucapión; y

2.º Frente a la acción hipotecaria derivada de hipotecas tácitas y de ciertos privilegios.

La transcripción produce preferencia en la colisión, pero no verdaderos efectos de publicidad sustantiva o material.

b) *Eficacia de segundo grado o intermedia.* Sistema austriaco. El Registro inmuniza a tercero de *toda acción real* no inscrita procedente de derechos limitativos del dominio, derechos de garantía o créditos y privilegios (art. 443 C. c. austriaco). La protección del tercero es mucho más amplia y eficaz que en el sistema francés, pues resultan excluidas acciones reales de tipo confesorio o hipotecario que deban su origen a *hechos jurídicos* al margen y además del acto o contrato. Mas la inscripción en el Código austriaco no convalida irrevocablemente el derecho de propiedad inscrito, y el adquirente inscrito no deja de ser en todo momento un sucesor a título singular intervivos de su causante, quedando en todo su vigor la regla: *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet* (art. 442). La inscripción no convalida en ningún caso *iuris et iure* la propiedad, y en todo momento únicamente es una presunción legal que admite prueba en contrario (artículo 323). En el Código austriaco la inscripción es necesaria: significa el modo o *traditio* instrumental para perfeccionar la transmisión. Pero nunca es constitutiva ni defiende eficazmente a tercero frente a las acciones reivindicatoria o revocatoria del dominio inscrito.

En el Código austriaco el círculo de inmunidad es más amplio que en el francés; abarca y excluye de la propiedad inscrita absolutamente to-

das las acciones confesorias, incluso aquellas no derivadas de títulos sujetos a inscripción. Pero queda siempre viva la acción reivindicatoria extraregistral.

c) *Eficacia de tercer grado o fuerte.* Sistema germánico. No sólo hay preceptos encargados de proteger a tercero frente a acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, sino también otros preceptos lo protegen frente a acciones reivindicatorias o revocatorias no inscritas. Este último y progresivo paso también lo dió el sistema español en 1861 con una intuición y una técnica superior a todos los sistemas coetáneos del llamado principio de publicidad. Por mucho que se compare la ley española de 1861 con el artículo 23 de la ley de Sajonia de 1843, o con los artículos correspondientes del proyecto de Ginebra de 1827, siempre resulta la fórmula española más amplia y más perfecta, y eso que mantenía la voluntariedad de la inscripción, eliminando respecto de sus modelos los preceptos que establecían la inscripción obligatoria (26).

En el sistema hipotecario español hay, como en el proyecto de Ginebra de 1827, superpuestos tres tipos, como tres círculos concéntricos, de eficacia:

1.º Un tipo primario de inmunidad del tercero frente a las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, procedentes de *títulos* sujetos a inscripción. Es el sistema que se apoya en el artículo 32 de la ley. Los *títulos* sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito.

2.º Un tipo secundario de inmunidad de tercero frente a acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, procedentes de actos no voluntarios, o sea, situaciones nacidas fuera del Registro, sin título, por la ley o por usucapión. Este sistema se deriva del artículo 13 de la ley. Los derechos reales nacidos de *hechos* no inscritos no perjudican a tercero inscrito.

3.º Un tipo terciario de inmunidad frente a acciones reivindicatorias, revocatorias o resolutorias, que no consten en el Registro y que se concretan en el mal llamado principio de fe pública encerrado en el

(26) En muchos sistemas germánicos se exigía obligatoriamente la inscripción, pero con distinto significado del de forma solemne o del de inscripción constitutiva. La inscripción era obligatoria para mantener al día el libro registro, para no producir de hecho el divorcio entre propietario inscrito y propietario verdad. Así, por ejemplo, la Ordenanza prusiana de 1783.

artículo 34 de la Ley, aunque en relación con el 36. La propiedad inscrita es, por regla general, irreivindicable.

La ley española parte del hecho indiscutido de que en España es posible la existencia legal fuera del Registro de toda clase de derechos reales—a excepción del de hipoteca, para el cual la inscripción es necesaria—. El legislador español de 1861 aceptó y consagró ese hecho de la existencia y eficacia de acciones reales fuera del Registro, y sólo quiso proteger a tercero inscrito frente a la eficacia de dichos derechos reales. Para ello sometió a publicidad al mismo dominio, organizó el folio real y el principio de especialidad y recogió un precepto de exclusión, inspirándose principalmente en el artículo 1.º de la ley belga de 1851 (27).

¿Qué acciones reales desde fuera del Registro podían perjudicar a tercero?

Dentro de la acción real llamada confesoria (*confesoria in rem actio*) por una tradición que arranca del Edicto perpetuo de Adriano, se comprendían los derechos de servidumbre predial; las servidumbres personales regulares (usufructo, uso y habitación); las servidumbres perso-

(27) Art. 1º «Tous actes entre-vifs... seront transcrits en entier. Jusque-là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude.»

«C'est dans l'intérêt des acquereurs de droits réels immobiliers—dice Martou—que la disposition a été demandée, c'est pour eux qu'elle a été faite. Il en était de même sous la loi de brumaire, dont l'art 26 restreignait le droit d'invoquer l'omission de la formalité aux personnes qui avaient à protéger un droit analogue à ceux par la transmission desquels la transcription était nécessaire.» (Martou. *Commentaire de la loi du 16 décembre 1851*. Bruxelles, 1855, pág. 84). «... Mais qu'est-ce qui empêchait le premier acquereur de se mettre en règle? La formalité qui lui était prescrite est dictée par un intérêt d'ordre public. S'il l'a omise, a qui peut-il s'en prendre sinon à lui-même? Evidemment c'est sa négligence qui l'aurait compromis, ce n'est pas la vérité de la loi» (ibid., pág. 85).

Art. 26, ley 11 de Brumario año VII: «Les actes traslatifs doivent être transcrits...; jusque là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auront contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi.»

El régimen de la ley de Brumario fué suprimido por el mezquino régimen de transcripción del Código de Napoleón, que a su vez ha sido sustituido por la ley francesa de 23 marzo 1855, que no ha llegado, ni mucho menos, a restaurar el sistema de la ley de Brumario. Véase Grasset: *Les projets de Réforme hypothécaire depuis le Code civil*. París, 1907, págs. 19 y s.

nales irregulares (art. 531, C. c. español); los derechos del enfiteta (28) y los de los pensionistas en los censos.

Además de la *confesoria in rem actio*, perjudicaba a tercero, por su carácter real, la acción hipotecaria, y por encima de ella había con eficacia real algunos créditos, llamados "singularmente privilegiados", y al par de ella, otros créditos simplemente privilegiados.

Finalmente, perjudicaba a tercero la acción reivindicatoria y la pupliciana, pues el dominio nacía y nace de conformidad con la más pura teoría del título y del modo, mediante contrato y tradición, amén de los modos de adquirir clásicos, ocupación, accesión, usucapión, etc. (artículo 609 del C. c.).

Todas estas acciones y estos derechos reales pueden existir fuera del Registro, teniendo por fuente, bien un *título* (acto o contrato), bien un mero *hecho* (usucapión, servidumbre o hipoteca legales, etc.). Todas estas acciones, por su carácter real, se pueden ejercitar *contra tercero*, aunque éste ignorara su existencia. Había que decretar la inmunidad de ese tercero en cuanto se acogiera al derecho de asilo del Registro. Resultaba así una regla básica y fundamental: *Lo no inscrito no perjudicaba a tercero inscrito*. Esta idea arquetípico guió al legislador español, pero no se atrevió a proclamarla en toda su integridad. Jurídicamente ese arquetípico contenía dos manifestaciones o tipos, según que los derechos y acciones reales no inscritos hubieran nacido, bien de *título*, bien de mero *hecho*. Así, un primer tipo diría: Los títulos no inscritos no perjudican a tercero inscrito. Un segundo tipo: Los derechos reales derivados de *hechos* no inscritos no perjudican a tercero inscrito. El primer tipo lo formuló el legislador de 1861, pero no el segundo. El segundo tipo lo fué centrando la jurisprudencia en el artículo 13, máxime después de haberse abierto el Registro a los *hechos* por la ley de 1869. Cada tipo tiene una serie cíclica de subtipos. Veámoslo.

II DRITTWIRKUNG O TERCIVALENCIA: EL TIPO PRIMARIO Y SU SERIE CÍCLICA.

Los *títulos* sujetos a inscripción y no inscritos no perjudican a tercero. Esta regla fué la protagonista de la ley. La formuló el artículo 23

(28) Cuando el enfiteta alcanza la condición de propietario y reduce al llamado dominio directo a un *iura in re aliena*, la *actio confesoria* compete al decadente dominio directo.

de la primitiva ley de 1861 (art. 32 del texto actual), del cual se dijo que contenía en sí toda la ley.

Dice así el artículo 32 de la ley actual, que es el 606 del C. c.:

“Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén *debidamente* inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.”

Como aplicaciones de ese precepto, tenemos los siguientes subtipos:

Primer subtipo: Acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias *ex nunc*:

Art. 37: “Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra *terceros* que hayan *inscrito* los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley” (29).

Segundo subtipo. Acción hipotecaria:

A) Nacimiento del derecho de hipoteca:

a) *Hipoteca legal:* Art 158, párrafo 2.º: “Las personas a cuyo favor concede la ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho.” La hipoteca legal se reconduce al mismo sistema que la hipoteca voluntaria: o las partes, reconociendo voluntariamente su situación ante la ley, otorgan escritura pública de constitución de hipoteca.

(29) «Se exceptúan — sigue el artículo — de la regla contenida en el párrafo anterior:

Primero. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.

Segundo. Las de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

Tercero. Las de retracto legal, en los casos y términos que la leyes establecen.

Cuarto. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:

a) Cuando hubiese adquirido por título gratuito.

b) Cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicara, por sí solo, complicidad en el fraude.

En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años contados desde el día de la enajenación fraudulenta.

En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan.»

teca; o la hipoteca se constituye por resolución judicial. En uno y otro caso, la hipoteca, incluso legal, sólo nace mediante un título público. Por eso añade el artículo 159: "Para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyen." No hay acción hipotecaria por *hechos* que puedan dar lugar a hipoteca legal. La acción hipotecaria procede siempre de título inscrito.

b) *Hipoteca voluntaria*: El artículo 146 de la primitiva ley de 1861, moviéndose dentro del principio de "los títulos no inscritos no perjudican a tercero", estableció respecto de la hipoteca voluntaria:

"Para que las hipotecas voluntarias puedan *perjudicar a tercero*, se requiere:

· Primero. Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública. (No hay hipoteca sin título.)

Segundo. Que la escritura se haya inscrito en el registro que se establece por ésta ley. (El título no inscrito no perjudica a tercero inscrito.)"

A través del artículo 1875 del C. c. español, el artículo anterior cambió de redacción:

"Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:

· Primero. Que se hayan constituido en escritura pública. (No hay hipoteca sin título constitutivo.)

Segundo. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. (La inscripción equivale al modo de adquirir.) La acción hipotecaria necesita título y modo. La inscripción es necesaria porque en este caso está en el lugar de un modo de adquirir.

B) *Modificaciones en el derecho garantido con hipoteca*. En consonancia con la regla "los títulos no inscritos no perjudican a tercero inscrito", constituida la hipoteca, su modificación no perjudica a tercero, si no está inscrita.

Art. 144. "Todo hecho ó convenio (30) entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso.

(30) El artículo comprende *hechos y títulos*. El pago fué siempre para la doctrina española un *hecho*; éste es el motivo de que el texto legal se refiera a *hecho*.

no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos."

Tercer subtipo: Usucapión:

La usucapión ordinaria, como exige *justo título*, pertenece a la serie de eficacia de los *títulos* no inscritos; la extraordinaria, que no exige título, a la de los *hechos*.

La ley de 1861 recogió la usucapión ordinaria, sujetándola al mismo principio y tipo de "los títulos no inscritos no perjudican a tercero inscrito". Así, decía:

Art. 35. "La prescripción no perjudicará a tercero, si requiriendo justo *título* no se hallare éste inscrito en el Registro." "El término de la prescripción empezará a correr en tal caso, y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción." Esta doctrina la recoge en su integridad el artículo 1.949 (31) del Código civil, hoy vigente. La prescripción o usucapión extraordinaria, sin título, como derivada de un *hecho* (*hecho posesorio*) quedaba al margen de la Ley Hipotecaria en toda su eficacia civil. La primitiva ley de 1861 no exigía ni admitía la inscripción de la posesión como hecho (32). Por lo mismo no reguló su eficacia en la usucapión extraordinaria. Es verdad que el *propietario* que careciese de título de dominio podría inscribir su derecho (de propiedad) justificando su posesión en el Juzgado (art. 397, ley 1861). Pero se trataba de un precepto de Derecho transitorio, para facilitar la *inscripción de propiedad*; nunca la posesión. Era un dominio presunto, un *título supletorio*.

La ley de 1869, al llevar al Registro la posesión, antepuso en el artículo 35 un párrafo: "La prescripción que no requiere justo título, no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla." La última reforma hipotecaria (ley de 1944 y texto refundido de 1946) expulsa del Registro la posesión, y por consecuencia, el *hecho de poseer* queda otra vez fuera de la Ley Hipotecaria y sólo dentro del Código civil.

(31) Art. 1.949: «Contra un *título* inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo.»

(32) Genovés: *La posesión y el Registro de la Propiedad*, Barcelona, 1945, págs. 7-8.

El *hecho* de la posesión perjudica a tercer adquirente inscrito en los mismos términos que su *scientia* o *mala fides*, en la teoría de los modos de adquirir. Se ha sacado así el problema de la serie "los títulos (o los hechos) no inscritos no perjudican a tercero, para trasponerlo al sistema de la buena o mala fe en el llamado principio de fe pública". (Luego lo veremos.)

III.—EL TIPO SECUNDARIO Y SU SERIE CÍCLICA.

Los derechos reales, sin título, nacidos de *hechos* no inscritos, no perjudican a tercero inscrito.

Los redactores de la primitiva Ley Hipotecaria (1861) no comprendieron en su sistema los *hechos*, ni inscritos, porque no se inscribían, ni no inscritos, porque ni se excluyeron, ni se postergaron como los *títulos*. La ley hablaba de "títulos sujetos a inscripción" y no de *hechos* sujetos a inscripción y, en efecto, enumeraba los títulos sujetos a inscripción, y omitía la posesión, la usucapión extraordinaria, la sucesión testada o intestada, amén de la ocupación y accesión. De pasada y refilón admitió la primitiva ley la eficacia registral de ciertos *hechos*: los eventos de las condiciones.

Todos los *hechos* quedaban intocados en su eficacia sustantiva por la primitiva ley, inmersos, vivos y virulentos en el Derecho civil tradicional. Esos hechos con eficacia real forman cuatro subtipos. Para la mejor diferenciación de los subtipos del tipo primario, prefiero llamarlos *infratipos*:

Primer infratipo. Derechos reales constituidos directamente por la ley. Un mero hecho sirve de agente provocador de la ley: usufructos, servidumbres e hipotecas legales. (De la hipotecas legales ya he hablado.) Los usufructos legales quedan sujetos íntegramente al Derecho civil: El usufructo por razón de la patria potestad, por ejemplo, no está sujeto a inscripción. La servidumbre legal, del mismo modo que la hipoteca legal, sólo da derecho a pedir la constitución del derecho real mediante título.

Segundo infratipo. Derechos reales limitativos constituidos por usucapión extraordinaria. (La ordinaria, como hemos visto, requiere justo *título* y entra como subtipo en el tipo primario.)

La prescripción extraordinaria no entraba en juego en la primitiva ley, que sólo gravitaba sobre *lo sujeto a inscripción*, pero no sobre *lo*

no sujeto, como el hecho posesorio, base y raíz de la usucapión extraordinaria. La cosa tenía su importancia: era volver en parte al régimen de cargas ocultas proscrito por la exposición de motivos de la primitiva ley. La ley de 1869, como ya vimos antes, incluyó en el artículo 35 el hecho posesorio que producía la prescripción o usucapión extraordinaria y que perjudicará o no a tercero inscrito, según esté previamente inscrito o no el indicado hecho posesorio. El nuevo artículo 36 de la vigente ley hipotecaria admite la usucapión de los *iura in re aliena* en contra del Registro. Circunscribiendo la prescripción adquisitiva o usucapión extraordinaria a la servidumbre y otros *iura in re aliena*, tenemos:

1.º En la ley de 1861 tales derechos reales se podían adquirir por usucapión extraordinaria en contra del Registro.

2.º En la ley de 1869 la regla anterior quedó derogada: Ninguna usucapión extraordinaria si no está inscrito el hecho posesorio que la motiva. Sin embargo, el Tribunal Supremo aplicó el principio de publicidad—nadie puede alegar ignorancia de lo inscrito—a situaciones patentes y ostensibles, pero no inscritas: no es excusable la ignorancia de tales situaciones notorias—vino a decir el Tribunal Supremo—.

El Tribunal Supremo fué un precursor de los reformadores de 1944: centró el problema de todos esos derechos reales derivados de hechos no inscritos en el artículo 13. El texto primitivo del artículo 13 se limitaba a indicar los requisitos (forma) de la inscripción de servidumbre. Desde luego, la servidumbre registrada, que perjudicaba a tercero, había sido inscrita cumpliendo los requisitos del artículo 13. La servidumbre no inscrita tenía una doble manifestación: si tenía título, era un caso, más que de servidumbre; de título no inscrito; si, por el contrario, no tenía título, aunque excluida del ámbito del artículo 32, no podía perjudicar a tercero inscrito más que cumpliendo los requisitos del artículo 13 si se hubiera inscrito. El artículo 13, lo dijera o no lo dijera su texto, aparte de ser precepto de forma, era un precepto de eficacia.

Dentro de estos derechos reales existentes sin título fuera del Registro, hay que distinguir, según la jurisprudencia del Supremo, los siguientes grupos:

a) Derechos reales ocultos. (Censos, hipotecas, alguna servidumbre.) La Ley Hipotecaria precisamente fué un antiséptico contra ellos. No perjudican a tercero inscrito.

¿Y si el tercero conoció la existencia de esas cargas ocultas? Para el Tribunal Supremo no basta el mero conocimiento. En vez de conocimiento, se trata de asentimiento. Es indispensable que "el conocimiento se revele evidentemente por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero" (23 marzo 1906); "Por actos propios del adquirente o hechos cuya significación no pueda desconocerse, demostrativos de su asentimiento.. pues no consta que el tercero haya realizado acto alguno que implique su reconocimiento (del gravamen) como tampoco lo implica la noticia más o menos vaga o exacta que pudiera tener del hecho del gravamen al adquirir la finca." (23 septiembre 1897); Los derechos de pastos como no ostensibles sobre la finca, "sin que resulten de las propias inscripciones, donde en su caso deberían constar, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, no perjudican a tercero". (28 junio 1897); no basta probar que fueron comunicadas al tercero las cargas; es preciso que el tercero abandone su situación pasiva, actúe por actos propios inequívocos demostrativos de su asentimiento. (Sents. T. S. 29 y 30 sep. 1897; 13 mayo 1903, 24 noviembre 1915, etc.) (33)

b) Derechos reales *patentes* El principio de publicidad impide alegar ignorancia de lo inscrito, que por esto perjudica siempre a tercero. Fuera del Registro también actúa el principio de publicidad, porque *la evidencia hace inexcusable la ignorancia*. Cuando una servidumbre es ostensible y pública por signos externos, objetivos, materiales y evidentes, no puede ser desconocida por el tercero y, por tanto, le perjudica como si estuviera inscrita. No es problema de conocimiento efectivo. Aunque demostrara el tercero su absoluta ignorancia, le perjudicaría la carga extrarregional. Así el T. S. tiene declarado el perjuicio ineludible del tercero respecto de las siguientes cargas:

a) *El emplazamiento de una presa o azud.* Perjudica a tercero "porque según aprecia la Sala sentenciadora, debía serles conocida la limitación de referencia, sin que de ella pudiesen alegar ignorancia al adquirir la fábrica" (13 ene. 1913); (14 oct. 1905, igual doctrina respecto a un cauce; 11 ene. 1895 respecto de un acueducto, etc.).

b) *Luces y vistas ostensibles.* "Carece de la calidad de tercero para los efectos determinados en los artículos 2.º, 13, 23 y 27 de la

(33) La nueva Ley de 1946, en su artículo 13, no exige el requisito de la buena fe. Hay que entender que para el artículo 13 nuevo está íntegramente vigente esta jurisprudencia anterior a 1946.

Ley Hipotecaria el que adquiere bienes gravados legítimamente con cualquier servidumbre, respecto de cuya existencia, por revelarse mediante *signos ostensibles e indubitados*, no pueda dudarse, aunque la tal servidumbre no estuviera especialmente inscrita en el Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el gravamen, falta por entero la razón en que tales preceptos legales se fundan." (5 abr. 1898; 31 marzo 1902).

c) *Vertiente de agua de tejado* (Stillicidi). "En el caso del presente recurso se trata de una de las servidumbres más ostensibles, que lo mismo a tenor del Derecho antiguo que del vigente, puede adquirirse sin título por el lapso de tiempo" y perjudica a tercero (12 octubre 1904).

d) *Signo aparente puesto por el que fué dueño común* de dos fincas contiguas. "El signo ostensible y permanente de una servidumbre es el título característico de su existencia; allí donde se revele hay que suponer el derecho anterior en ejercicio.. y revela la existencia inequívoca de la servidumbre objeto de la contienda" (17 nov. 1911; 7 febrero 1896.)

Examinando toda esta jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede apreciar dos cosas: primero, se centra el problema en los conceptos de publicidad y carga oculta, y no en el principio de buena fe. Segundo, no se trata de que el tercero, *de facto*, conozca e ignore la existencia de la servidumbre (principio de buena fe), sino de que por lo ostensible y público de la servidumbre o derecho, no pueda alegar ignorancia excusable (principio de publicidad). El Tribunal Supremo sigue el principio "de internis non iudicat".

La Ley Hipotecaria de 1946 redactó nuevamente el artículo 13 diciendo: "Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derechos sobre que recaigan" (34).

(34) El artículo fué concebido como una aplicación del folio real: la única inscripción eficaz es la que se haga en el folio real abierto a la finca gravada, y no la que se haga, indebidamente, o de pasada (antiguas menciones del derogado art. 29) en el folio de otra finca. Desdichadamente, había de «efectos contra terceros», en plural, como si se tratara de un registro de prioridad, en vez de, o bien omitir la norma de eficacia, como el primitivo artículo 13, o bien acomodarla a la terminología del artículo 32, del 37 ó del 144.

A *sensu contrario*, los *iura in re aliena* que no consten inscritos en el folio real correspondiente, no deben perjudicar a tercero. Sin embargo, el artículo 36 (35) limita esta regla negativa:

1) Los *iura in re aliena* que son susceptibles de posesión y, por tanto, de adquisición por usucapión extraordinaria, perjudican a tercero, si éste consiente dicha posesión durante todo el año siguiente a la adquisición de la finca (36). "Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente y ésta pueda adquirirse por prescripción, el año se contará desde que el titular (el tercero) pudo conocer su existencia" porque "tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocerla" "o en su defecto desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente".

Transcurrido dicho año, el tercero pierde todo amparo de la Ley Hipotecaria y queda sometido a la legislación civil.

2) Los *iura in re aliena*, no susceptibles de posesión, no perjudican a tercero si no estuvieren debidamente inscritos. Siguen la regla general del artículo 13.

Tercer infratipo. Los hechos en condición. Hay otra clase de *hechos no inscritos* que pueden tener importancia en los efectos inmunitantes de la inscripción. Son los *eventos* de las condiciones.

La primitiva ley de 1861 mencionaba entre las circunstancias que habría de tener la inscripción las "condiciones" del derecho que se adquiría. Se abarcaba así todo el contenido de un acto o contrato, cuando la palabra condición tenía sentido de pacto o estipulación (37). Naturalmente, la resolución o rescisión (art. 1.124 del C. c.) por incumplimiento de condiciones u obligaciones bilaterales, alcanzaba al tercero y, singularmente, el impago del precio aplazado. Muchas inscrip-

(35) El artículo 36 se refiere a un único tercero: el del artículo 34. Pero los terceros comprendidos en los artículos 32, 37 ó 144, etc., son muchos más que los comprendidos en el 34.

(36) La servidumbre y los derechos reales susceptibles de posesión no están en ningún caso comprendidos en el apartado a) del artículo 36, que se refiere a posesión «a título de dueño por persona distinta del transmitente». Los *iura in re aliena* no se poseen a título de dueño. El apartado a) sólo se refiere a la usucapión extraordinaria del dominio. Por lo mismo, para el artículo 13, lo mismo que para el 32, no hay principio de buena fe.

(37) El número 9 del artículo 61 del correspondiente Reglamento obligaba al Registrador a copiar literalmente las *condiciones* contenidas en el título.

ciones expresaban la "forma y plazos en que se hubiere convenido el pago" (38) (art. 11).

Ni que decir tiene que si entraban en el Registro las "condiciones" en sentido amplio, con más razón tenían acceso las condiciones en sentido técnico: la condición suspensiva y la resolutoria. Con arreglo a este régimen en el Registro había incrustados dos medios de influir en su eficacia por *hechos* ajenos al Registro: el incumplimiento de condiciones impropias y tácitas; y el incumplimiento o el cumplimiento de condiciones propias y expresas.

El texto refundido de 1946 suprime totalmente la repercusión registral de las condiciones tácitas. El artículo 9.^o de la ley (39) sólo se refiere al ingreso en el Registro de las condiciones técnicas: suspensivas o resolutorias; y el 23 al modo de hacer constar su cumplimiento o incumplimiento. El mecanismo es bien sencillo: al tercero no le perjudican más condiciones suspensivas, resolutorias, revocatorias o rescisorias que aquellas que consten de modo expreso en el Registro, en los términos que hemos expresado al hablar del primer subtipo. Los *hechos* de cumplimiento o incumplimiento que no se refieran a condiciones en sentido técnico estricto, no afectan a tercero, ni siquiera tratándose del pago o impago del precio aplazado (art. 11).

Cuarto infratipo Los *hechos* que dan lugar a la sucesión testada o intestada.

Cuando se redacta la ley de 1861 no existe nuestro Código civil. El influjo de la doctrina y Código franceses es trascendental. En la legislación belga de 1851, la sucesión era un mero hecho, por el principio "le mort saisit le vif". La herencia la produce un *hecho*—el de la muerte—y no un título, y menos un acto o contrato del heredero o herederos. La ley de 1861, siguiendo a la belga, omitió toda referencia a derechos hereditarios. Sin embargo, en España el testamento había tenido siempre consideración de *título*; cuando menos la sucesión testada, por obedecer a un acto voluntario y documental, debía incluirse en la serie de títulos sujetos a inscripción. Por otra parte, la adquisición de la herencia se verificaba por un *acto* del heredero: la aceptación.

La ley de 1869, subsanando la de 1861, acogió por primera vez el título universal, como título inscribible y, por lo tanto, como pertene-

(38) Muchas veces los interesados, por desidia, no hacían constar en el Registro el pago del precio al finar el plazo.

(39) Y el correspondiente (51) del Reglamento.

ciente al sistema del artículo 32. Así se produjo el artículo 16 de la vigente ley: "Los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular que no los señale o describa individualmente, podrán obtener su inscripción, presentando dicho título con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquél transmitido, y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir" (40). Y al artículo 23 (hoy 32), como no podía menos, se le acusó la reforma agregándole un segundo párrafo.

"La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado, no perjudicará a tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma."

"Exceptúanse los casos de herencia testada o intestada, mejora o legado, cuando recaiga en herederos necesarios." (41).

El tercero a que se refiere este artículo no es el heredero ni el legatario en ningún caso, pues el adquirente *mortis causa* no tiene jamás la cualidad de tercero. Mas este adquirente *mortis causa* puede transmitir los bienes a un tercero—tercero hipotecario del artículo 34—en perjuicio de un heredero de mejor derecho a quien correspondería la *petitio hereditatis*: tal titular de la petición de herencia es el tercero a que se refiere el artículo transcrita. Hay, pues, tres personas en el juego: un heredero aparente o presunto que inscribe a su nombre los bienes de la sucesión: no es nunca tercero. Un comprador de esos bienes: tercero hipotecario. Y un heredero real (porque el testamento que lo instituye es posterior al del heredero aparente, o el de éste se anula, etc.) que reclama la herencia asistido de la *petitio hereditatis*. Si entabla la acción en cualquier tiempo, antes de que el heredero aparente venda los bienes, no se aplica la Ley Hipotecaria, sino solamente el Código civil.

(40) Fué en las leyes de 1869 y 1909 un segundo párrafo, un poco más barroco, del artículo 21. Se incluyó entre las circunstancias que debían tener las escrituras públicas (y la inscripción). El legislador asimiló al título universal el singular genérico o abstracto que diera derecho a los bienes sin describirlos.

(41) Este último párrafo fué adicionado por la ley de 17 de julio de 1877. Actualmente ambos párrafos integran el artículo 28, habiéndose fijado el plazo en dos años y sustituido la expresión «herederos necesarios» por «herederos forzados». El artículo 16 de la vigente ley es un residuo histórico innecesario, dado que la teoría del título universal está recogida en el artículo 14, nuevo en la última Ley.

Si la entabla después de la venta y antes de los *cinco* (42) años, tampoco está protegido el comprador. Si la entabla después de los cinco años, o si los herederos inscritos son herederos forzosos—hijos legítimos o padres, por ejemplo—, la *petitio hereditatis* no cabe contra el comprador de los bienes.

Dadas las concomitancias históricas y técnicas entre *petitio hereditatis* y reivindicación, el párrafo a que nos referimos, redactado de otra forma, debió incluirse por los legisladores del 69 en el artículo 34 de la Ley y no en el 23 (hoy 32).

ACCIÓN REAL Y TERCERO CIVIL. SUCESIÓN E INMUNIDAD.

La distinción entre eficacia “*inter partes*” y eficacia *erga omnes* procede de las posibilidades de mutación subjetiva en una relación jurídica. Las obligaciones eran en el Derecho romano intransmisibles; quedaba siempre su eficacia entre las partes. Las cosas, por el contrario, eran transmisibles produciendo la figura del *successor in re*, *ture singulari*.

El derecho real sigue a la cosa como la sombra al cuerpo. Es inherente a la cosa y, por tanto, afecta a todo *successor in re*. Mientras la obligación—y por tanto, la acción personal—sólo tiene una dimensión: la longitud (las partes son dos puntos terminales de una recta), el derecho real y la *actio in re* tienen una segunda dimensión: la profundidad; la trascendencia al *successor in re*, llamada trascendencia real o eficacia *erga omnes possidentis*. A ese *successor in re* se le llama tercero; es el demandado—o legitimado pasivamente—por una acción real: *reus actione reali coactus*.

La relación *inter partes* excluye la acción real. Cuando entre demandante y demandado hay un vínculo contractual, una relación jurídica *iure obligationis*, no se entabla una acción real. La relación obligacional *inter partes* se sobrepone a la real. En este sentido, el tercero de que me ocupo—*reus adversus realem actionem*—tiene una misma nota genérica con el tercero del sistema de la prioridad: es también un *tertius non agens*.

Pero hay una última diferencia: el tercero de la prioridad es un sujeto pasivo colectivo e indeterminado, que hemos visto colocado fuera y circunyacente del Registro; el tercero de la acción real es un sujeto

(42) Hoy son dos años.

pasivo singularmente determinado—*ob rem*—por la posesión de la finca gravada: es el adquirente—no importa si de la propiedad o de la posesión—de una finca gravada; es un “*successor in re, iure singulare*”. Es el titular de la nuda propiedad frente al usufructo; el del dominio directo frente al útil (o viceversa); el del predio sirviente frente al dominante; el poseedor o dueño frente a la acción hipotecaria; en una palabra, el demandado frente a una acción, confesoria o hipotecaria. Y también el titular del derecho de usufructo respecto al reivindicante que reclama la finca al nudo propietario o de la segunda hipoteca frente al de la primera que ejecuta.

Aunque la frase “tercer poseedor” se ha circunscribo en estos últimos tiempos, de espaldas a la historia, al *adquirens iure singulare* de una finca hipotecada, en realidad el tercero *reus actione reali* no es otro que el mismo tercero poseedor. Históricamente al tercero afectado por la acción real, *después* que ésta había triunfado—*post evictionem* (43)—se le llamada “tercer poseedor” si había sido vencido en una ejecución hipotecaria, o “poseedor de buena fe” (44) si había sido eviccionado por una acción reivindicatoria. Tercer poseedor y poseedor de buena fe no son situaciones primarias, sino ulteriores, en liquidación: aluden a un conjunto de derechos de un vencido y desposeído judicialmente. Pero mientras esta situación no llega, no son más que terceros frente a una acción real.

El derecho real puede ser clandestino. El tercero que compra puede, sin saberlo, comprar una finca gravada. Frente a este fenómeno, el principio de publicidad a través del Registro puede tomar una de estas dos posiciones:

(43) La evicción procede por cualquier derecho (art. 1.475 C. c.) y no como algunos creen sólo por el dominio del actor. El artículo 1.502, derivado de la acción de evicción por la regla *tunc incipit actio quam ea per rerum naturam praestari potest*, coloca en la misma línea la acción reivindicatoria y la hipotecaria.

(44) Mejor que el artículo 433 del Código civil, la Ley 39 del título 28 de la III Partida, caracterizaba el concepto de «*ex propietario*» diciendo: «A buena fe compran los omes, o ganan casa . e acaesce que viene después el verdadero señor della, a demádaseia, e vencelo en juicio. E en tal caso como este dezimos que el señorío de los frutos que oviese recibido, e despendido del heredamiento *este vencido*, que deben ser suyos ..» La buena fe la define positivamente dicha ley «cuidando que es suyo de aquellos que lo enajenan o que han derecho de lo faz»; y negativamente, la Ley 40 «sabiendo que aquellos de quien las han, que no han derecho de los enajenar».

a) Inexistencia. No existe derecho real que no nazca por y desde la inscripción. Sin inscripción no hay más que derechos personales. El Registro es el padre del derecho real. Esta postura, en la mayor parte de los países, tropieza violentamente con el Derecho tradicional. En España, con la teoría del título y modo (contrato y posesión).

b) Ineficacia relativa. Los derechos reales nacen desde luego fuera del Registro con arreglo al más estricto Derecho civil tradicional. Pero el tercero, el posible *reus adversus realem actionem*, si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. Frente a la persecución de la acción real, en el Registro hay un derecho de asilo: frente a las embestidas de derechos extraregistrales, la inscripción, como ha dicho González Palomino, "es un burladero". Tal es la posición del Registro español: el Registro no es cuna, sino castillo. En el castillo no se nace; se defiende.

Naturalmente, el derecho de asilo "se gana", acogiéndose a lugar sagrado", entrando en el Registro. Si el tercero, en el sistema de la prioridad, es un tercero "externo" al Registro, el tercero de la acción real es un tercero "interno". En la "prioridad", el Registro, respecto a los terceros externos, es la "ordinatio creditorum" (45); en la publicidad, respecto del tercero interno es un *refugium*: es el alcázar del tercero en campo poblado por derechos reales no inscritos. Los terceros externos se ordenan radialmente frente al Registro. Los terceros internos sucesivamente dentro del Registro. Tercero externo es un concepto circunvolutivo; el interno, consecutivo. Partes y tercero interno son conceptos terminales. en el trato sucesivo, el tercero interno es un eslabón final. El tercero externo está determinado por una relación jurídica inscrita; el interno, por una no inscrita.

Ese tercero que fuera del Registro es un sucesor y está afectado por cualquier acción real, en el Registro queda ileso. Pero ileso de las acciones reales extraregistrales: *no de aquellas que deban su origen a títulos inscritos y consten expresamente en el Registro*. Lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito. A *sensu contrario*, el artículo 32 dice: Los títulos debidamente inscritos perjudican a tercero inscrito. Esto significa:

1). Los derechos y situaciones de eficacia real se han de derivar de títulos debidamente inscritos: esto es, han de tener su causa en títulos sujetos a inscripción e inscritos: Los derechos reales no nacen por la

(45) Incluso al propietario se le llama «acreedor de dominio».

inscripción, sino por el título. No hay inscripciones abstractas ni sustantivas. La inscripción integra y amplía una eficacia, no la crea.

2) Los títulos *indebidamente* incritos no perjudican a tercero: los derechos personales, las situaciones no incluidas entre los títulos y derechos sujetos a inscripción no perjudican a tercero inscrito (arts. 11, 29 y 98).

3) No todo el contenido del título perjudica a tercero, sino solamente el recogido *debidamente* por la inscripción. El sistema español no es de transcripción, sino de inscripción; no es Registro de documentos, sino de títulos. El Registrador, después de juzgar o calificar el título, lo extracta, según detalladas normas legales y reglamentarias. *Calificación* y *extracto* forman parte del principio de legalidad: ambos transforman un Registro de documentos en un Registro de títulos. El extracto es un título a escala reducida. El Registrador expresa el título y recoge conceptos, no derechos subjetivos aislados e individualizados. Los errores de su actividad son errores *materiales* y errores de *concepto* (art. 211 ley); y no como en el B. G. B. alemán errores de hecho y errores de derecho.

Pues bien; lo que perjudica o beneficia a tercero es el extracto, el contenido del asiento registral; nunca el contenido no recogido en el Registro del título que se inscribió. Sin embargo, por excepción perjudica a tercero el título más allá del contenido expreso del asiento:

a) A tercero le perjudica el contenido *natural* de los derechos constituidos en el título inscrito. El Registrador recogerá escrupulosamente cuanto en el título signifique desviación del tipo legal del derecho, acto o contrato que se constituya. Los *naturalia negotia*, los deberes legales del titular, etc., perjudican a tercero aun cuando no consten expresos en el asiento, mientras no resulte clara su derogación.

b) El crédito hipotecario (*). Es casi una aplicación del principio anterior. El crédito hipotecario no se ejecuta con el certificado del Registro, sino que el título ejecutivo es la escritura pública, lo mismo si la acción es *inter partes* que contra tercer poseedor. Aun en este caso, el Juez, para despachar la ejecución, no investiga si el motivo que origina la acción está expreso o no en el Registro. Le basta con que esté en el título. Claro está qué en la práctica la cosa carece de importancia

(*) Lo mismo sucede en todo sistema de casilla respecto de la hipoteca

porque el Registrador ha inscrito en el asiento todas las estipulaciones de la hipoteca.

c) La modificación del crédito hipotecario inscrito. El artículo 144 de la Ley dice: "Todo hecho o convenio entre las partes que pueda *modificar* o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos." El convenio modificador con sólo cruzar el folio real dejando constancia en él, perjudica íntegramente a tercero. También en este caso, más que la Ley, los buenos usos del Registro español ha evitado todo problema en la práctica.

ILESIÓN, PERO NO EXTINCIÓN.

La ilesión del tercero interno no implica la muerte de los derechos reales no inscritos.

Estos derechos reales, aun cuando no estén inscritos, existen por obra y gracia del título o del hecho constitutivo. Además de existir, son eficaces y valen:

a) *En todo caso* frente al titular inscrito que ha sido parte en el título constitutivo, pues *inter partes* no cuenta la inscripción.

b) *En algún caso* frente a derechos reales no inscritos, pero conexos *ob rem* con la cosa. El derecho real tiene siempre eficacia trascendente por fuero civil. Unicamente la pierde al chocar con el muro del registro si detrás de este muro está cobijado el tercero. Mientras no haya tropiezo con la inmunidad del tercero inscrito, hay eficacia *erga omnes*. Cabe una acción real extraregistral contra la nuda propiedad no inscrita, estando inscrito solamente el usufructo o seudousufructo, o viceversa.

c) *En ningún caso*, es decir, son totalmente ineficaces esos derechos reales vivos fuera de Registro frente a tercero cuando se trata de derechos de hipoteca, aun cuando fueren legales.

¿Qué requisitos necesita ese tercero interno para su protección? Nada más que uno: inscribir. Ni siquiera hace falta como en el artículo 34 que exista una previa inscripción.

Es verdad que el heredero, aunque inscribe, no está protegido: pero es que el heredero no es tercero su personalidad se funde con la de su causante. Los requisitos de *onerosidad* y *buena fe* no se exigen

al tercero del artículo 32 y concordantes de la Ley. No cabe la analogía con el artículo 34, de otra contextura técnica.

El tercero del ciclo del artículo 32 es un tercero determinado por la acción real. *Civilmente*, toda acción real le perjudica. Si se refugia en el Registro, queda ileso frente a las acciones reales no inscritas.

El tercero del artículo 32 y la buena fe.—Por otra parte, los redactores de la Ley Hipotecaria, al redactar el artículo 32, no solamente prescindieron, sino que teniéndolo en cuenta, lo *rechazaron*, del requisito de la buena fe.

En efecto, tuvieron de modelo el artículo 1.^o de la Ley belga de 1851, cuya génesis y antecedentes conocía maravillosamente Gómez de la Serna. El tercero, según la Ley belga, debe haber contratado *sin fraude*. Estas palabras no existían en la redacción primitiva del proyecto. Fueron introducidas por el Parlamento a consecuencia de la discusión tenida por M. Jullien con el ministro de Justicia.

Pero el mejor comentarista de la Ley belga, Martou, tan conocido de Gómez de la Serna (ob. cit., tomo I, pág. 85), criticó la innovación diciendo:

“Este sistema—sin fraude—no está en armonía con los principios de la ley nueva. Fundado sobre una base errónea, recela peligros que la práctica no tardará en hacer sensibles. Se dirá que es preciso evitar que un adquirente de buena fe sea eviccionado por un adquirente posterior obrando en complicidad con el vendedor. Mas ¿qué es lo que impide al primer adquirente ponerse en regla? La formalidad que le está prescrita está dictada por un interés de orden público. Si él la ha omitido, ¿a quién se puede quejar sino a él mismo? Evidentemente es su negligencia la que le habrá comprometido, no la severidad de la Ley. La seguridad de los terceros ¿puede ser completa en un sistema en el que sufren los efectos de actos no transcritos porque se declare, más o menos arbitrariamente, que aquellos terceros los han conocido? ¿No es abrir la puerta a contenciones infinitas el admitir que el simple conocimiento de *hecho* suple al conocimiento legal resultante de la formalidad prescrita? Este conocimiento de *hecho* puede nacer de circunstancias de naturaleza variada. ¿A qué medios de prueba se habrá de recurrir? ¿Qué grado de conocimiento habrán de tener los terceros de la convención precedente? Nos metemos así en una muchedumbre de dificultades, se alimenta una fuente inagotable de procesos, se suspende sobre la propiedad las incertidumbres.”

bres que la ley nueva, por su finalidad, tenía precisamente que disipar. Hubiera sido mejor apoyarse antes que nada sobre principios de rigor y decisivos y no sobre temperamentos de equidad, en los que la aplicación siempre arbitraria y variable desembocará frecuentemente en consecuencias en todo opuestas a las que se espera alcanzar. Esto no había escapado a los Tribunales franceses bajo el imperio de la ley de brumario del año VII. La corte de casación de Francia decidió en varios fallos que el conocimiento personal que hubiera tenido un segundo adquirente de una enajenación anterior, no le privaba del derecho de oponer la falta de transcripción. No se puede, decía, acusar de fraude al que compra un inmueble habiendo podido saber que ya estaba vendido a otro, cuando esta primera venta no ha sido transcrita, y consecuentemente, no ha habido traslación de propiedad. No hay fraude en aprovecharse de una ventaja ofrecida por la Ley, y es el primer adquirente quien debe imputarse a sí mismo, al no transcribir su título, no haber usado de una diligencia igual a la del adquirente posterior."

Ante estos y otros razonamientos, la Comisión que redactó la primitiva Ley española prescindió, *a sabiendas y con deliberada intención*, de la frase "sin fraude" de su modelo, la Ley belga. La jurisprudencia del Supremo y el texto de la nueva Ley no autorizan tampoco a introducir en los preceptos que examinamos el llamado principio de buena fe. Por otra parte, este principio, técnica e históricamente, acompaña a los modos de adquirir la propiedad. Pero el Registro español, por voluntad expresa de todos los legisladores en la materia—1861, 1869, 1909, 1936—ha sido colocado al margen y fuera de los modos de adquirir y dentro de los medios de proteger al tercero. No afecta al nacimiento del derecho subjetivo, sino a su eficacia. Pero en el Derecho, lo importante es la eficacia. La eficacia mide al derecho.

IV. EL TIPO TERCARIO. LIMITACIONES A LA REIVINDICACIÓN.

Cubiertas ya dos etapas en la redacción de la Ley de 1861, no se había planteado el problema en la Comisión de Códigos. Después de la acción pauliana no se había pasado de discutir la *restitutio in integrum* que quedó incluida en el artículo 36 con las acciones rescisorias, según un apunte de puño y letra del Secretario de la Sección de lo civil, señor Molero, que encontré en la archivo de la Comisión.

Un buen día aparecen redactados los artículos 33 y 34. Tengo el indicio que tal vez fué el agente provocador un discurso de Permanyer. El problema fué éste: si se interpreta con rigor el precepto de que los títulos sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito, ¿quedan o no queda fuera de combate la acción reivindicatoria derivada de títulos no inscritos? Si quedan ineficaces las acciones confesoria e hipotecaria, ¿por qué no la reivindicatoria? Pero si el artículo 23 (hoy 32) incluía en su ámbito y, por tanto, excluía a la reivindicación, resultaba que la inscripción se hacía inatacable por títulos anteriores, no inscritos, ni de posible inscripción por el artículo 17. En la inmensa mayoría de los casos vendría a resultar que la inscripción convalida títulos inválidos frente a acciones de nulidad derivadas de títulos anteriores no inscritos. El artículo 23 (hoy 32) vendría a sentar el principio de integridad de la inscripción en un Registro de títulos: Los títulos no inscritos no existen. Únicamente cuentan los títulos inscritos para el tercero.

Al plantearse el problema en la Comisión se dijo que había que aclararlo. En apoyo de esta tesis se invocaba el artículo 442 del Código austriaco, que salvaba expresamente de la eficacia del Registro la regla *nemo plus iuris in aliud transferre potest quam ipse habet*. La inscripción en el Registro austriaco tenía valor de *traditio* en la transferencia de inmuebles y protegía frente a las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas; pero no contra la reivindicatoria. Esto, sin embargo, acontecía en el sistema austriaco por un precepto expreso. La Ley española ¿debía decirlo también expresamente?

Gómez de la Serna, basándose principalmente en la Ley belga, sostenía que sin aclarar nada en la nueva Ley se lograba igual resultado que en Austria. No obstante, podía aclararse que la reivindicación no se detenía nunca ante el Registro. Se acordó fijar un límite a la eficacia del artículo 23 declarando que "la inscripción no convalida los actos y contratos nulos" (46).

La Comisión, sin embargo, vió que la limitación al artículo 23

(46) Los autores de la Ley y los primeros comentaristas vieron claramente en el artículo 33 la significación de límite y tope del 32 (entonces 23). Así, Pou decía: «El legislador... no había podido menos de conceder ciertas ventajas a los títulos registrados, cuando se hallaban en oposición con otros que no tuvieran este requisito. Sin embargo, estas ventajas no podían ser ilimitadas, pues si se hubieran concedido a los títulos inscritos, que tal vez

(hoy 32) podía dejar la propiedad sin garantías. Había que limitar la limitación.

El criterio anterior implicaba, desde luego, que la inscripción no convalida jamás los actos y contratos nulos. Pero si quien adquiere su derecho, confiado en que el Registro le dice quién es el verdadero dueño, pudiera perder lo adquirido, no obstante su fe en el Registro, por nulidad o resolución del derecho del transmitente, se puede decir que la ley del Registro no protege la propiedad. No se trata de proteger al tercero civil que inscribe frente a acciones extraregistrales. Se trata de amparar a quien confió en una declaración positiva del Registro. Hay que proteger al tercero, pero al tercero basado en una inscripción precedente, determinado por una relación jurídica previamente inscrita. Es decir, habrá dos inscripciones en juego: una, la que ha inspirado la adquisición al tercero. Otra, la inscripción si-

fueran ilegítimos, mayores beneficios que los que la necesidad exigía, se habría perjudicado notablemente y sin razón conocida a los títulos legítimos no inscritos. Por eso se fija *un límite* en el artículo 33 de la Ley, según el cual la «inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes».

«Sentada en términos absolutos esta proposición, se encontró el legislador con otro inconveniente, a saber: que ya no bastaban los asientos del Registro para servir de garantía al que pretendiese adquirir una propiedad, toda vez que podía ser nulo el título inscrito. Entonces, en la alternativa de tener que atentar contra el objeto primordial de la Ley, el de asegurar la propiedad, o tener que conceder a la mera inscripción en el Registro el efecto de convalidar actos nulos, distinguió la situación de aquel que en el Registro apareciéra (*) como dueño, sin serlo, considerándolo ya en relación con el verdadero propietario, ya con aquella tercera persona a la cual hubiera traspasado sus derechos. En la calidad de *supuesto* dueño, dispuso que fuera ineficaz la inscripción del título al efecto de vencer en juicio al propietario legítimo. Como a causante de un tercero, mandó que tampoco pudiese servirle dicha inscripción (**) al efecto de legitimar su título, aunque si favorecería al tercero para el efecto de *conservar* la propiedad adquirida, en el caso de ser vencido dicho causante (***) en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resultasen claramente del mismo Registro; es decir, en caso de ser vencido por alguno de aquellos medios cuya noticia no estaba al alcance de dicho adquirente, por no resultar con toda claridad del Registro.»

(*) Titular registral en la técnica de hoy.

(**) O asiento. Rechazó así el sistema de fe pública.

(***) La acción no va dirigida nunca, como en los artículos 13 y 32, directamente contra el tercero inmediato y su asiento, sino contra o a través del causante y su asiento hasta llegar al tercero inmediato o tercero de subinscripción.

guiente que cobija al tercero. De donde resulta que este *tercero no está determinado por relaciones jurídicas extraregistrales*, sino frente a una relación jurídica claudicante contenida en el asiento precedente.

Los autores de la Ley, por este caminó, sin precedentes legales (47), pero con una intuición maravillosa, formularon la doctrina en los siguientes términos: *Inter partes* el problema del título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho civil. A tercero civil inscrito—tercero inmediato—no le perjudica lo no inscrito (art. 23, hoy 32), pero siempre que no se trate de acciones de ineffectuación, pues la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, y el tercero del artículo 23 (hoy 32) si bien lo amparamos frente a gravámenes, no es el tercero que protegemos frente a la nulidad. No obstante, si el título inválido e inscrito, o mejor dicho, si el asiento claudicante que encierra un acto o contrato nulo ha inducido a error a un adquirente posterior, respecto de éste no se hace efectiva la nulidad o resolución del derecho de su causante o trasmitente. Para este tercero especial la resolución o la nulidad ha dejado de ser *ex tunc*: Queda protegido frente a la acción reivindicatoria. Así lo consagra el artículo 34: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro" (48).

La perfección de la dogmática española sobre la irreivindicabilidad no es posible conocerla sin saltar del sistema del *Drittwirkung*, o del principio de publicidad, al sistema de la eficacia sustantiva de la inscripción, o *Grundbuchsystem*, del que se ha derivado el principio de fe pública.

* * *

(47) Gómez de la Serna (*Comentarios*) no cita ninguno.

(48) Al vigente texto se ha llegado después de varias reformas que omitió. El problema de la acción reivindicatoria se convirtió en el de la nulidad, de un lado, porque puso de relieve la posible fuerza convalidante de la inscripción, lo que iba en contra de la voluntad del legislador; de otro, porque el titular inscrito, demandado en la reivindicatoria, inscribió mediante un *título* y, por tanto, según la jurisprudencia y convicciones entonces vigentes, si el demandado poseía con título, había que pedir previamente o a la vez la nulidad de dicho título. La reivindicatoria

V. EL "GRUNDBUCHSYSTEM" O EFICACIA SUSTANTIVA DE LA INSCRIPCIÓN.

Recordemos lo dicho: El mundo del derecho hipotecario de origen germánico discurre por dos cauces:

- a) El del principio de publicidad, que ya hemos en gran parte examinado, caracterizado por la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de tercero (*Drittewirkung*); y
- b) El del principio de inscripción sustantiva denominado (*Grundbuchsystem; Prinzip der formalen Rechtskraft, Buchstandesprinzip*, en el que el texto, la *narratio*, el *dictum* del asiento, se sobreponen a todo y a todos, incluso a las partes (49)). Los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (fe pública absoluta).

Esto no era una decisión caprichosa de la ley. Obedecía a un sistema. Se entendía que la transmisión se verificaba por cesión judicial (*Auflassung*), y que el asiento era su *forma sustancial* única. Entre asiento y *Auflassung* había la misma correlación que hay entre testamento abierto y voluntad del testador. Salvo nulidad por falta de consentimiento, no cabe invocar más voluntad que la expresada en el tenor literal (texto) del mismo testamento. (C. c 675.)

Sin embargo, dentro de este sistema surgió la diferenciación. En primer lugar, las adquisiciones por ministerio de la Ley, singularmente las hereditarias, no se producían por la inscripción ni desde la inscripción. La inscripción respecto de ellas tendría un valor documental, pero nunca sustantivo o constitutivo.

En segundo lugar, las renovaciones de las leyes hipotecarias de la primera mitad del siglo XIX, dieron lugar en la misma Alemania a nuevos perfiles dogmáticos. Mientras en Bremen (ley en vigor desde 1.º de mayo 1834), la inscripción sigue siendo la forma (50) de la *Lasung*, en Luebeck, dentro del más puro germanismo, por la ley de 6 desde el lado pasivo y registral era una acción de nulidad. Por otra parte, se ganaba en amplitud.

(49) Artículo 7 del Estatuto de Hamburgo, de 1605, por ejemplo. Brema v Luebeck, tenían régimen semejante.

(50) El artículo 17 de la citada Ley de 1.º de mayo de 1834 decía: «... la propiedad entera y sin ningún engaño queda asegurada al propietario así investido. Ninguna reivindicación, ni oposición, ni pretensión de acreedores puede ser formulada a menos que se trate de reservas de propiedad inscritas.»

de junio de 1818 (art. 2.^o) se celebra la *Auflassung* ante el Tribunal en sesión pública—*actum*—, *Auflassung*, que es recogida en acta—*dictum*—por el Protonotario asistido de Secretario judicial. La copia de este acta se inscribe en el Registro de Actas (art. 3.^o) ; la inscripción no es forma sustancial del acto; el acuerdo del Tribunal, después de un procedimiento de edictos y purga, es lo que hace la adquisición inexpugnable; pero no la inscripción. Por eso, el folio registral puede ser rectificado por error en vista de las actas del Protonotario. El *actum*—la *Auflassung* en audiencia judicial—se sobrepone al *dictum*. El valor reposa sobre la homologación judicial y no sobre el texto exclusivo de la inscripción.

En tercer lugar, la dogmática civil afina y distingue a través de fuertes polémicas, de una parte, entre voluntad y declaración, entre negocio verdadero y simulación, entre realidad y apariencia; y de otra, entre el acto y su documentación, entre el *actum* y el *dictum*.

Consecuencia de todo ello fué que incluso en el sistema del llamado *Prinzip der formalen Rechtskraft* o *Buchstandsprinzip*, o de la fuerza probante de la inscripción, se distinguió los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes*, de aquellos otros en que podía ser corregido el asiento inexacto, porque lo sustantivo y principal era la *Auflassung* y no el asiento. (Oldemburgo, Brunswick, Coburgo-Gotha, Schwarzburgo-Lippe, Schwarzburgo, etc.). En los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes*, el texto tiene fe pública (*). El *dictum* es incanjeable por el *actum*. Por el contrario, en los restantes casos el *actum* se sobreponía siempre al *dictum*.

En el último tercio del siglo XIX, con la experiencia adquirida por los sistemas del principio de publicidad, del *Dritt wirkung*, una mentalidad de jurisprudencia salomónica concilió las dos tendencias dentro del *Grundbuchsystem*, y creó el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del B. G. B. La inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung*, hasta convertirse en un acto aparte que, sumado a la *Auflassung*, integre la transmisión de la propiedad. La inscripción es un elemento constitutivo, pero no la total forma solemne de la *Auflassung*. La inscripción no es válida más que precedida o seguida de la *Auflassung*. Sin *Auflassung* la inscripción no es más

(*) La fe pública ha de referirse siempre a un texto documental. (Principio de literalidad.)

que una mera apariencia. La *Auflassung* influye en definitiva sobre la existencia o subsistencia de la inscripción. La verdad del Registro es una verdad meramente supuesta o presunta *erga omnes*. Valdrá siempre el *actum* sobre el *dictum*, la *Auflassung* sobre la inscripción, salvo el caso de que a ese asiento claudicante hubiera seguido otro asiento a favor de un adquirente a título oneroso y de buena fe. En este caso la ley ante la presencia del tercero en el asiento posterior transforma el asiento precedente en su *total literalidad* en verdad definitiva, impuesta, *iuris et de iure*. Este asiento anterior, en beneficio del tercer adquirente cobijado en el asiento posterior, se cristaliza y recobra la fe pública que tenía en el *Grundbuchsystem* (Principio de fe pública: *Offentlichkeitsglaube*). Respecto y para tercero el asiento precedente se ha convertido en un asiento del sistema de la inscripción sustantiva, con exactitud e integridad en su *narratio*.

A primera vista parece que la protección del tercero frente a acciones reivindicatorias o revocatorias no inscritas, es la misma en el sistema del principio de publicidad y en el sistema de la fe pública. Aunque la diferencia es sutil, en el sistema del principio de publicidad nunca se convalida, tanto si la nulidad es de forma (art. 30) como si es de fondo (art. 33), el asiento anterior inválido, que queda en todo caso anulado y sustituido (art 53 R. H.), y lo único que sucede es, que esa nulidad no perjudica al tercero incrustado y amparado en el asiento posterior (arts. 31 y 34). En el sistema de la fe pública el asiento que no se altera por causa del tercero, es el precedente. El tercero convalida el texto del asiento de su transmitente: para tercero esa inscripción previa es siempre exacta e íntegra.

En España el asiento impugnado, lejos de convertirse en exacto e íntegro, se anula y desaparece en su texto documental, porque la inscripción es el accesorio del título (51): pero su desaparición no perjudica a un tercero que concreta y define el artículo 34.

Aunque estos últimos años anteriores a la reforma de 1946 se ha generalizado la expresión *fe pública registral* para expresar la inmunidad del tercero, teniendo en cuenta la historia dogmática del concepto *fe pública registral*, no resulta muy correcta la expresión. El

(51) «Es principio elemental de Derecho hipotecario que la inscripción no altera la modalidad ni la eficacia del título inscrito.» (S. T. S., 11 de mayo de 1927.)

principio de fe pública registral consagrado en el B. G. B. tiene las siguientes diferencias con la situación análoga de la ley española:

a) La fe pública del B. G. B. procede, como hemos dicho antes, del *Grundbuchsystem*, que dota de fe pública al asiento del transmitente, convirtiéndolo en un documento íntegro y exacto en beneficio del tercer adquirente de buena fe, que en su caso, advendrá en un asiento posterior. La llamada fe pública en la Ley Hipotecaria española procede del principio de publicidad, del *Drittirkung*, de la efectividad respecto de tercero. En España, el asiento del transmitente puede desaparecer por nulidad de fondo (art. 33) o de forma (art. 31), o por ser declarado inexacto (art. 40). No subsiste, sin necesidad de que se haya alegado *falsedad*. Lo único que sucede es que la inexactitud o la nulidad del asiento, no perjudica a tercero. Al asiento nulo sustituye otro asiento nuevo, y vale siempre el contenido del nuevo asiento, *en todo*, salvo en lo que perjudica a tercero. En España, pues, se trataría de una fe pública sin texto, sin documento, porque el texto o documento, en el supuesto de nulidad, ha desaparecido.

b) La fe pública del B. G. B. convierte *iuris et de iure* el asiento del transmitente en exacto e íntegro. Garantiza la adquisición del tercero en el modo y sólo con las cargas que dice el texto de dicho asiento: Únicamente los derechos reales expresos en ese texto existen para el tercero. La fe pública del asiento implica inexistencia total de lo que no expresa su texto. En España, por el contrario, los derechos reales fuera del Registro existen (esfera del ser), pero no perjudican a tercero (esfera del valer). La fe pública del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no niega la existencia a *derechos reales* que gravan la finca, y tampoco los excluye. De la existencia se encarga el derecho civil y de la exclusión o postergación los artículos 13 y 32 de la Ley. El artículo 34 no comprende los *derechos subjetivos* de carácter real y únicamente se refiere a *derechos postetativos (Gestaltungsrechte)* de impugnación —nulidad o resolución—que afectan al dominio o a los derechos reales como objeto de la enajenación o gravamen, esto es, objeto de una sucesión intratabulas o emanación de un derecho matriz antecedente.

La exactitud (52) del artículo 34 se refiere:

(52) Podría decirse que como en España se inscriben títulos, la exactitud e integridad de Registro se refiere también a títulos: a) *Integridad*: Los títulos sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito. b) *Exactitud*: Los títulos inscritos son los únicos que perjudican a

- 1) A la existencia de la titularidad en el transferente registral (art. 38), adquisición *a vero domino*.
 - 2) A la facultad de enajenar del transmitente (arts. 27 y 34).
 - 3) A la inexistencia de causas extintivas de la titularidad no expresas en el Registro (art. 34).
- c). La fe pública del B. G. B. es un modo de adquirir (*a non domino*). La de la ley española un modo de *retener o mantener*.

Se ha dicho en España que el efecto del artículo 34 de la Ley es la adquisición *a non domino*. El texto de la ley únicamente dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho. No cabe duda que para que este derecho sea mantenido, la adquisición tendrá que llegar a ser irrevocable *en manos* del tercero. Pero una cosa es la irreivindicabilidad y otra cosa diferente la adquisición *a non domino*. Es decir, se puede hablar de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivincibilidad; como en Alemania se puede hablar de irreivindicabilidad como un efecto de la adquisición *a non domino*.

“Después de la recepción del Derecho romano—dice Ewald (*)— llegó a ser Derecho común el principio romano de la ilimitada persecución de la propiedad mueble (*Ubi rem meam invenio, ibi vindico.*) Pero en muchos derechos particulares se conservó la irreivindicación de la propiedad mueble por el brocardo *Hand wahre Hand*. En un principio aparece la no persecución de la cosa mueble como exclusión de la acción reivindicatoria. Quien adquiere de un comodatario, acreedor pignoraticio, depositario, etc., llega a ser poseedor inatacable, pero no propietario. Mas poco a poco se supone en interés, primero del tráfico comercial, y después del tráfico por negocio jurídico en general, que a consecuencia de la exclusión de la acción, el adquirente—de buena fe—(53) adviene propietario”. “Esta evolución se termina con las codificaciones modernas. Todavía *das Allgemeine Bürgerliche Gezettbuch* (54) de Austria (§ 377) como el Código civil suizo (933, 714)

tercero a tenor de la inscripción. Pero ya hemos puesto de manifiesto el valor del extracto del título (inscripción) respecto a tercero.

(*) *Der Ruckerwerb des Nichtberechtigten*, en el tomo 40 (1926) de los *Jherings Jahrbucher*, pág. 299.

(53) Y agrega Ewald, en nota: «El requisito de la buena fe surge también ahora por primera vez.»

(54) Código civil austriaco.

ven en la exclusión de la acción reivindicatoria *lo primordial* de lo que como una *mera consecuencia* aparece la adquisición de propiedad de buena fe. Mas el B. G. B. (§ 932) ha abandonado definitivamente el antiguo punto de vista: ha puesto abiertamente al servicio exclusivo del tráfico el principio *Hand wahre Hand* y lo ha transformado en una norma jurídica sobre la *adquisición y pérdida* de la propiedad. El B. G. B. estima tan decisivo la adquisición de la propiedad por el adquirente de buena fe, que silencia totalmente la pérdida de la propiedad del antiguo propietario: tal pérdida es una *consecuencia evidente de aquella adquisición* " "Lo que ahora vale para las cosas muebles tiene que valer también para las fincas. Más si para las cosas muebles se aplica el § 932 del B. G. B., para las fincas el § 892 del B. G. B."

En los Derechos austriaco, suizo y español, no hay *directamente* adquisición *a non domino*. Únicamente, por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis*. Sólo en el Derecho alemán existe la adquisición *a non domino* entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el B. G. B.; y un *principio* en Austria, Suiza y España. El asunto tiene importancia práctica. De entre los muchos ejemplos de Ewald, por su sencillez, escojo el siguiente. A. entrega en depósito su bicicleta a N., quien la enajena a Z., teniendo éste buena fe. Después de algún tiempo, Z. entrega la bicicleta otra vez a N. (no importa con qué motivo). Se presenta A. en casa de N., y reclama y recibe su bicicleta. ¿A quién pertenece la propiedad? Según el sistema alemán de adquisición *a non domino*, y por consecuencia de esta adquisición perfecta de Z., A. perdió la propiedad y la acción reivindicatoria. Z. tiene acción reivindicatoria, pues la entrega de N. a A. no fué una enajenación, sino una mera devolución de depósito. Según el sistema austriaco y suizo de irreivindicabilidad frente a tercero, Z. será mantenido en su adquisición, pero no adquirió la propiedad en ningún momento. Únicamente A. había perdido la acción reivindicatoria, pero exclusivamente frente a Z. Ahora A. no readquiere de N. su propiedad, porque A. ya la tenía, sino solamente la posesión. El mismo mecanismo de readquisición de la propiedad se puede dar en el Registro a través de las transmisiones fiduciarias de fincas.

EL TERCERO DEL ARTÍCULO 34.

El tercero del artículo 34 es distinto del tercero de los artículos 13 y 32 de la ley. Se pueden diferenciar:

a) Por la relación jurídica determinante.

En los artículos 13 y 32 la relación jurídica determinante es ajena al Registro; en el 13 es además existente de *hecho*, pero sin forma documental; en el 32 con forma documental (título). En el artículo 34 la relación jurídica determinante está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero, tiene forma documental, pero de carácter registral.

b) Por la conexión transversal *ob rem*.

El tercero del artículo 32 está conectado con la cosa *por un título* inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en tanto no sea parte o heredero de parte. No se puede ser tercero a título hereditario. El tercero del artículo 34 está conectado *ob rem* por la *inscripción*, y sólo por la *inscripción*, y su conexión es únicamente a título oneroso.

c) Por el sujeto determinado.

El tercero del artículo 32 (o del 13) es un tercero civil que inscribe. Como tercero civil es el sujeto pasivo individualmente determinado por su contacto jurídico con la cosa. Sobre dicho sujeto pasivo se hacen efectivas, en ejecución de sentencia, las acciones reales. Las acciones reales perjudican directamente a tercero civil. Salvo que inscriba. Para este tercero el Registro es un burladero. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad. El tercero del artículo 34 es un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su *causante* o *transmitente*.

El tercero del artículo 32 es el sujeto pasivo, pero directo e inmediato de una acción confesoria o hipotecaria no inscrita, y su cualidad de tercero es una excepción procesal. El tercero del artículo 34 no es sujeto pasivo de la acción, pues la acción de nulidad o resolución va dirigida contra su *causante* y su cualidad de tercero no es propiamente una excepción, sino una objeción. Contra el tercero del artículo 32 hay acción. Es tercero civil, pero no procesal. Procesalmente puede ser parte. Contia el tercero del artículo 34 no hay acción extraregistral nin-

guna. La acción tiene que estar basada en causas expresas en el Registro. O, por el contrario, la acción tiene por objeto destruir su cualidad de tercero, discutiendo la naturaleza de su título (oneroso o lucrativo) o su buena fe.

REQUISITOS HABILITANTES DEL TERCERO DEL ARTÍCULO 34.

Para que el tercero del artículo 34 quede inmune, son precisos los siguientes requisitos:

a) Doble inscripción: que el enajenante esté registrado—asiento transmitente—y que el adquirente llegue a estarlo. No basta para proteger al tercero como los artículos 13 y 32 una sola inscripción que sirva de parapeto frente a las embestidas de relaciones jurídicas no inscritas (teoría del "burladero" de González Palomino), sino que son ineludibles dos inscripciones: la del enajenante, que contiene la relación jurídica determinante y claudicante, y la del adquirente que cobija al tercero. Es, pues, este tercero un tercero no de inscripción, sino de sobreinscripción.

b) Título oneroso. El título gratuito no se protege frente a acciones de impugnación. Pero sí frente a acciones confesorias. La causa onerosa o gratuita juega sólo frente a la nulidad o resolución del artículo 34.

c) Buena fe. La buena fe consiste en la ignorancia de la inexactitud del Registro en cuanto a los motivos de nulidad o de resolución no inscritos. El tercero ha de ser un *homo ignorans*, contrafigura del *homo sapiens* del siglo XVIII. No se habló de este requisito por la ley de 1861. Don Jerónimo González, inspirándose en el B. G. B. y recogiendo fragmentos dispersos de frases en la Ley, en su exposición de motivos, y en la Jurisprudencia del T. S., construyó una teoría hipertrofiada del requisito de la buena fe. La Ley de 1946 no ha seguido exactamente a Don Jerónimo. La buena fe la incluye la nueva Ley en el artículo 34 únicamente con referencia a la teoría de la inexactitud del Registro en cuanto a las acciones de nulidad o de resolución. Téngase en cuenta que el B. G. B. puede admitir con gran amplitud el concepto de buena fe, porque en el B. G. B. la inexactitud del Registro tiene un ámbito muy restringido, y a la *scientia* del tercero le quedan, por lo tanto, muy pocas posibilidades. En el sistema español la inexactitud del Registro (art. 40), por existir derechos rea-

les legalmente válidos fuera del Registro, es de una gran amplitud.

Por eso, la llamada fe pública y la buena fe sólo juegan en el ámbito del artículo 34, y no en el de los artículos 13 y 32.

Para centrar un poco el problema de la buena fe, recopilemos algunas noticias históricas.

Los glosadores empezaron a comparar *traditio* y *usucapio* (55). La *traditio* necesitaba una *iusta causa*. La *usucapio* un *iustus titulus*. *Justa causa* y *iusto titulus* son para glosadores y postglosadores la misma cosa. En la causa o título estaba la adquisición *virtualiter*. En el modo—*traditio-usucapio*—la adquisición advenía *actualiter*. La aplicación de los conceptos de potencia y acto que en Aristóteles están en una misma línea de importancia, se desequilibran a favor de la potencia, dejando al acto, por su carácter de necesidad, como mera *consecuencia*, en segundo plano. Cobró así una importancia decisiva el *titulus* quedando restringida la eficacia de la *traditio* (56) a un *hecho de ejecución* del título hasta que Savigny y sus discípulos, con una labor quizás más que histórica, arqueológica, le restituyeron parte del perdido y olvidado rango, dándole a la *traditio* perfiles de negocio jurídico autónomo. Los germanistas, aprovechando la naturaleza más o menos abstracta que se le daba a la *traditio* por los romanistas, incluyeron la *traditio* y la *Auflassung* como negocios jurídicos autónomos en la nueva categoría de *négocios abstractos*, de negocios o contratos reales (*Einigung—dinglicher Vertrag*). Germanistas y romanistas con el contrato abstracto destruyeron toda la labor del Derecho civil desde Bolonia hasta mediados del siglo XIX, desintegrando el concepto unitario de título o causa en dos conceptos distintos: *titulus* para la usucapión, y *causa* a los meros efectos de la *condictio sine causa*, para la transmisión abstracta del dominio.

La equiparación medieval y del Derecho común entre usucapión y tradición, produjo otra consecuencia: la del requisito de la buena fe. La usucapión además de título exigía buena fe, en el sentido de ignorar el usucapiente que en su título o modo de adquirir había motivo

(55) Al hablar de la buena fe, siempre que me refiero a la *usucapio* sin adjetivos, se trata de usucapión ordinaria, única en que cabe hablar de buena fe.

(56) El negocio real pierde su sustantividad y autonomía, es parte integrante del negocio obligacional, o simple modo de adquirir. Cfr. Gierke, D. P. R., pág. 109.

de nulidad. Era evidente que por la correlación entre los modos de adquirir—*traditio* y *usucapio*—la buena fe era un elemento común a ambos (57). Por tanto, toda adquisición del dominio mediante *traditio* necesitaba de la buena fe en los mismos términos que la usucapión.

Esta necesidad de la buena fe se trasladó desde la *traditio*-modo a la compraventa-título, por una cuádruple vía:

a) De un lado, la debilitación de la *traditio* como negocio autónomo la dejó reducida a un hecho de ejecución o cumplimiento de la compraventa (obligación del vendedor de entregar la cosa). La compraventa pasa a ser lo principal en el fenómeno adquisitivo. Al comprador como adquirente es a quien se le debe exigir la buena fe.

b) De otro lado, en la adquisición irreivindicable en tiendas y mercados mediante compraventa se vió por los juristas una prescripción instantánea. La teoría de la usucapión, y por tanto, el principio de buena fe se reflejó en la teoría de las compraventas e inmunitades de ferias y mercados.

c) Por la teoría del *ius ad rem* en su sentido técnico estricto. Entre las dos esferas conceptuales de *ius in re* y *ius obligationis*, más que un tercer grupo intermedio hay un puente que desde el *ius obligationis*, de donde saca el ser, conduce al *ius in re* al que le roba cualidades. esto es, eficacia, valer.

Fijado el concepto de *ius ad rem* definitivamente para Alemania gracias a la obra de Heymann (*Zur Geschichte des ius ad rem*, Weimar, Böhlaus, 1911) en España pusieron la figura de manifiesto Atard y D. Jerónimo González. Atard configuró unos supuestos, D. Jerónimo González otros, pero en ellos quedó de manifiesto que en todos los casos de título perfecto en la clásica teoría del título y modo, antes de la entrega de posesión, había algo más que una obligación de dar o entregar, en cuanto el *tradens* puede ser forzado ineludiblemente a realizar la entrega de la cosa.

Esta situación lógica y jurídica de *necesidad* no originaba el derecho real hasta la entrega, pero había rebasado la eficacia obligacional del título produciendo un *ius ad rem*.

Mas si el *acciens* al recibir la posesión conocía la existencia de

(57) La l. 24 C. de *rei vind*, 3, 32, se entendió común a ambos modos de adquirir.

una venta anterior, faltaba la buena fe, y el *ius ad rem* del primer comprador se sobreponía al *ius in re* del *accipiens*. Esta interferencia de la buena fe en la doble venta de una misma cosa la encontramos ya en la glosa *ad iure* a la ley "quotiens" del título "de reivindicacione" del Código de Justiniano (15 C 32, 3.º). Al texto latino los glosadores interpolaron las palabras *bona fide, vel sine dolo*. Para los postglosadores y juristas posteriores fué *ius receptum* la necesidad de la buena fe en el comprador adquirente de la cosa (Antonio Gómez, *Variae res*, libro II, cap. XIX, 5.º).

d) Por la teoría de las nulidades canónicas. La casuística del *ius ad rem* va involucrada en los canonistas con la teoría de la perfección o invalidez de los actos y contratos. Algunos canonistas tienden a suplantar la jerarquía *ius in re, ius ad rem* por la de *ius vel actus plenus aut perfectus* y *ius vel actus minus plenus aut imperfectus*. En general, por influjo de la usucapión, el conocimiento de los vicios del propio *titulus adquirendi*, o del del antecesor, dejaba claudicante no sólo la adquisición, sino todo el negocio jurídico, dando paso a la necesidad de las usucapiones extraordinarias. La doctrina de la buena fe se aplicó así a toda la teoría de los medios de impugnación de un acto o contrato. Este sistema trasciende hasta el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española.

La formación de la teoría del requisito de la buena fe en el Derecho común, dentro de la teoría del título y modo, nos pone de manifiesto también las excepciones que el principio de buena fe tenía en el mismo Derecho común.

a) Por falta de *traditio*. No hacia falta la buena fe del adquirente cuando se adquiría el derecho real (*ius plenum*) sin *traditio*. Así en la hipoteca, en la colación de ciertos beneficios eclesiásticos, etc. En general, en todos los casos en que los romanistas no exigían la *traditio*.

b) Por falta de *usucapio*. Tampoco regía el principio de la buena fe en los derechos reales no susceptibles de ser adquiridos por usucapión ordinaria. Así, la servidumbre y los demás derechos reales contenidos y amparados en la acción confesoria que no se adquirían por prescripción adquisitiva ordinaria—única que exige buena fe—, sino solamente por la extraordinaria con el único requisito del plazo.

En la dogmática germana del siglo XIX hay una contradicción. Los romanistas y pandectistas rompieron el paralelismo entre usuca-

pio y *traditio* para imponer la construcción del negocio jurídico abstracto; pero al mismo tiempo conservan y defienden no sólo el paralelismo, sino la asimilación en cuanto al concepto de buena fe y lo llevan al B. G. B. con carácter general para toda adquisición de derechos reales. También suprimen la usucapión ordinaria como medio de adquirir los inmuebles y endosan la buena fe de esta usucapión ordinaria al concepto de fe pública del Registro; que es un medio de adquirir.

En España rige la doctrina del título y modo y, por tanto, la buena fe en el derecho de cosas ha de tener el ámbito que le asigna tradicionalmente tal concepción clásica. Por otra parte, no hay necesidad de ampliar el concepto de buena fe, como se ha hecho en el B. G. B., a manera de correctivo de la rigidez del negocio real abstracto. El concepto del título tiene espiritualidad bastante para evitar los excesos del materialismo del negocio abstracto sin hipertrofiar el ámbito de la buena fe.

La buena fe en el Código civil, a los efectos de la usucapión (1.950), y, por tanto, dada la analogía histórico-conceptual, en la *traditio*, esto es, en la adquisición derivativa, consiste en la creencia de que la persona del transmitente es el verdadero dueño y que puede transmitir el dominio. Es la buena fe referida al momento de la adquisición (58), y a las facultades de enajenación del tránsmitente. La buena fe se basa en el Código civil en dos ejes: 1) Creencia en que la adquisición se hace a *vero domino* (59); 2) Facultad de disponer del *dominus*.

En la Ley Hipotecaria la buena fe es la misma del Código civil encajada dentro del llamado principio de fe pública. Como dice Roca Sastre (I, pág. 322), el campo de aplicación del requisito de la buena fe no es mayor que el del principio de *publica fides* registral.

El artículo 34 ciñe la pretendida fe pública a límites muy semejantes a los del artículo 1.950 en cuanto a la buena fe.

La exactitud del artículo 34, según hemos dicho, comprende:

a) Existencia de la titularidad del transferente (art. 38). Adquisición a *vero domino*.

(58) El 433 del C. c. se refiere en apariencia a la buena fe posterior a la adquisición y al ejercicio del derecho del adquirente.

(59) Esto implica creencia en la existencia e irrevocabilidad de la titularidad.

- b) Facultad de enajenar (art. 27).
- c) Inexistencia de causas de extinción de la titularidad (acciones de impugnación).

El conocimiento de la inexactitud se ha de referir concretamente a una de esas circunstancias; así:

a) La creencia de que el transmitente es el verdadero dueño se encuentra perturbada en cuanto el tercero conoce la existencia fuera del Registro de un propietario por usucapión. La titularidad registral resulta inexacta, y el conocimiento por parte del tercero adquirente paraíza el principio de legitimación. Este cauce de las relaciones entre buena fe del tercero y usucapión contra tabulas lo recoge el artículo 36. No es más que una concreción de la teoría de la buena fe.

b) Para que exista buena fe en el tercero es indispensable que crea que la persona que le transmite la finca no solamente es su dueño, sino que puede transmitir su dominio (1.950) de conformidad con la teoría del título y del modo (compraventa y tradición). La tradición sólo la puede realizar quien tiene la posesión civil y efectiva de la finca. La *traditio* instrumental es meramente presuntiva. En último término valdrá siempre la *traditio* real y efectiva. Cuando el tercero conoce—esfera de experiencia—o ha debido conocer—esfera de la conducta normativa—que la finca tiene un poseedor *ad usucpcionem*, distinto del titular inscrito, sabe positivamente dicho tercero que el titular registral no le puede hacer *traditio* VÁLIDA y, por tanto, conoce que el titular no le puede transmitir, que carece de facultades para ello, que el Registro, en cuanto a las facultades de disposición del titular, es inexacto. La posesión extraregistral, conocida por el adquirente del artículo 34, en los términos del artículo 36, suprime toda eficacia a la protección del Registro.

c) El conocimiento por el tercero de los motivos de resolución o causas de nulidad de eficacia real o *ex tunc*, que no constan en el Registro, produce el mismo efecto y le perjudican como si estuvieran inscritas. Este cauce de la mala fe queda por completo en el artículo 34

Las tres circunstancias se encierran en una sola: conocimiento de los vicios del propio título o del del antecesor (*ius vel actus minus plenus aut imperfectus*).

FACILIDAD EN EL EJERCICIO DE ACCIONES.

La Ley sienta la presunción (art. 38) de que todo derecho inscrito existe y pertenece a su titular. Esta presunción actúa en los *juicios declarativos* relevando de la prueba al titular inscrito y, consecuentemente, imponiendo la carga de la prueba al contrario.

La presunción referida tiene además una eficacia que rebasa los juicios declarativos en una doble manifestación: a) En cuanto a la posesión; b) En cuanto a la hipoteca.

a) *Posesión*.—El dominio inscrito presume posesión. El propietario inscrito es poseedor según la Ley (art. 38). Mas como la posesión de hecho puede tenerla otra persona, la misma Ley (art. 41) regula un procedimiento rápido y eficaz para reintegrarse el propietario en la posesión sin necesidad de acudir a los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento civil (interédictos, desahucios, etc.).

El procedimiento no sólo es aplicable contra los poseedores de hecho, sino contra quienes, sin título inscrito, se opongan a los derechos inscritos o perturben su ejercicio. El poseedor o perturbador no contesta demanda alguna. Su derecho, si es que lo tiene, debe ejercitarse convirtiéndose en demandante: ha de presentar una demanda de *contradicción* del derecho inscrito basada únicamente en las causas taxativas que le señala la Ley.

b) *Hipoteca*.—La Ley Hipotecaria establece y regula con todo detalle (art. 131) un proceso ejecutivo, extrarrápido y contundente. El deudor o tercer poseedor no es parte y no puede oponer excepciones. Todo lo que tenga, que alegar habrá de ser reservado para un juicio declarativo ordinario posterior; en el ejecutivo, únicamente el pago es eficaz.

Este aspecto de la Ley Hipotecaria española es muy importante: A la propiedad y a los derechos reales no sólo hay que darles claridad y seguridad, sino eficacia. La rapidez en la ejecución del derecho inscrito es una necesidad en el tráfico jurídico del siglo XX.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS,
Notario