

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Marzo 1949

Núm. 250

## El Registro de la Propiedad Español (\*)

REGISTRO Y NOTARIADO

En la actualidad las naciones civilizadas tienen registros de la propiedad para los inmuebles. Cada registro quiere y debe ser un *objeto parlante*. Pero lo que dice cada asiento lo interpretan los legisladores de modo distinto. Salvo en Alemania, Suiza, España y Australia, en todas partes el régimen del registro para la propiedad y las hipotecas es objeto de una constante aspiración de reforma. El profano se encuentra en un mar de confusiones y, a veces en lugar de comprar una finca, ha comprado un pleito. Hasta que un día oye hablar del acta Torrens, sistema que inspira a los hombres sencillos con horror a los pleitos, la misma fe ingenua que el esperanto a los aterrados ante las faltas de orto-

(\*) Memoria presentada al Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, octubre 1948) por Rafael Núñez Lagos, notario de Madrid.

El Sr. Núñez Lagos, presidente de la Delegación española en dicho Congreso, logró que el notariado latino, apartándose de la tradición francesa, aprobara por unanimidad en la Comisión y por aclamación en el Pleno, su adhesión al sistema de Registro español.

Las ideas de esta Memoria fueron desarrolladas por su autor en Conferencia en el Colegio de Escribanos de Buenos Aires el día 23 de enero de 1947. Son trozos y extractos de un libro en preparación, titulado *Legitimación y reivindicación en el Registro de la Propiedad*.

grafía, las complicaciones de la sintaxis y la multiplicidad de idiomas. Se trata de movilizar, de comercializar la propiedad, olvidando lo que dijo el Barón de Stein: "Quien mueve el suelo, lo deshace en polvo".

Toda organización del Registro de la propiedad debe ser vigilada por el notariado. No hay que olvidar que el Registro en Australia y en Alemania del norte se montó prescindiendo del notariado, entre otras razones porque no existía allí el notariado. Por otra parte, la actitud inhibitoria ante los proyectos de reforma no deja de ser peligrosa. Creo de gran utilidad para el notariado de todo el mundo estar "alerta" y "enterado".

En España tenemos un sistema de registro de la propiedad perfectamente articulado con la organización notarial. No nos ha reportado quebranto alguno. Antes al contrario, ha robustecido el prestigio del notariado español y ha logrado gran parte de los efectos del Registro inmobiliario alemán y suizo, dentro de un Código civil completamente latino y en buena parte napoleónico. Y es más: ha resistido victoriosamente los simplismos doctrinarios del acta o sistema Torrens. Frente al sistema español, las teóricas excelencias del acta Torrens no tienen nada que hacer. Ni una sola de las ventajas de este sistema está ausente de la ley española. Por si fuera poco, el sistema Torrens se implantó en el Africa colonial española. A pesar de ser el acta Torrens el sistema más recomendado para los países nuevos y coloniales—fué creado en y para Australia—el resultado en el Africa española no ha sido muy halagüeño. Constantemente tuvo que ser corregido por injertos del sistema peninsular español. En todo momento demostró éste su superioridad. Principalmente, por su *flexibilidad*, por su adaptabilidad, dentro de los llamados "sistema reales".

Yo he visto en Estados Unidos un sistema de máximo peligro para la función notarial: el seguro de títulos. Antes de 1880 el comprador debía encargar a un experto abogado el examen de los títulos de propiedad del vendedor. Algo semejante al "referencismo" argentino. Tomándolo de Filadelfia, que por lo visto tuvo prioridad, en 1881 se formó en Nueva York la *Title Guarantee and Trust Company*. El sistema ha corrido por todos los Estados Unidos: el comprador, al comprar, firma una póliza—(todos los gastos, incluida la prima, un uno por ciento)—asegurando, como si fuera un automóvil, la adquisición del inmueble contra todo riesgo de evicción y saneamiento. Las

compañías de seguros han sustituido íntegramente el régimen del Registro de la Propiedad. Toda la contratación sobre inmuebles—ventas, hipotecas, etc.—se verifica a través de las compañías de *Title assurance*. Las oficinas de contratación inmobiliaria—*Real Estate*—funcionan en conexión con la compañía aseguradora. Los efectos del contrato de compraventa son eventos del contrato de seguro. Esto ha ocurrido en Estados Unidos porque el mundo jurídico, como la naturaleza, tiene horror al vacío. Con un notariado rudimentario y pequeñas imitaciones del acta Torrens en algunos Estados, la iniciativa privada de las compañías de seguros tuvo que llenar la necesidad de firmeza en el tráfico jurídico.

El sistema de registro español ha hecho totalmente innecesario para el comprador el pensar en tal clase de seguros. Para la propiedad no se concibe en España más seguro que el de incendios.

El sistema de Registro de la Propiedad español fué establecido por la ley de 8 de febrero de 1861. Ha sido *ligeramente* modificado, para adaptarlo a las necesidades de los tiempos y a los progresos de la legislación en Alemania y Suiza, por leyes de 21 de diciembre de 1869, 15 de agosto de 1873, 21 de julio de 1876, 17 de julio de 1877, 16 de diciembre de 1909 y 8 de febrero de 1946.

Desde la ley de 8 de febrero de 1861, al régimen del registro de la propiedad inmueble se le llama *sistema hipotecario*, y a la ley, ley hipotecaria. El nombre es equívoco para los profanos. No se trata de un mero registro de hipotecas: comprende todos los derechos reales, empezando por el dominio. Fácilmente podría pensarse que sería mejor haberlo llamado sistema (o ley) inmobiliario. Los autores de la ley tuvieron en cuenta las opiniones de los autores alemanes de su época, y singularmente la ley belga de 16 de diciembre de 1851, que fué llamada ley hipotecaria, no obstante comprender todos los derechos reales. Y es que el Derecho hipotecario sólo es una parte del Derecho inmobiliario: aquella que funciona a través del Registro de la propiedad. Quedan fuera del Registro de la propiedad, y por tanto de la esfera de su Derecho especial, todo el Derecho de inmuebles que no se refiere concretamente a la constitución, modificación, transmisión o gravamen del dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Personalmente creo que el nombre sirvió en buena parte para que el proyecto de la primitiva ley suscitara menos recelos y oposiciones. Un proyecto de reforma que incluirá en su título la palabra *propie-*

dad hubiera parecido revolucionario. Quizá el nombre fué un problema de táctica política.

#### LOS ANTECEDENTES DE LA LEY

Corrientemente se ha dicho en España que la ley del Registro de la Propiedad es de inspiración germánica. Hay parte de verdad en ello, pero no tanta como se pretende.

Durante el siglo XIX el Derecho español está fuertemente influido por la codificación francesa y sus intérpretes. Los proyectos de Código civil siguen muy de cerca al de Napoleón. Fué uno de los motivos por los que no llegaron a ser ley. Al terminar el primer tercio del siglo XIX, en la misma Francia, espejo del mundo entonces, había la gran agitación hipotecaria. El sistema de transcripción, tal como lo estableció el Código de Napoleón, estaba desacreditado. Una brillante literatura jurídica había puesto de manifiesto los defectos del Código y las ventajas de los sistemas alemanes y suizos. El Gobierno francés organizó la gran encuesta de 1841, recogida más tarde (1844) por el ministro guardasellos Martin du Nord, y sirvió de documentación a los redactores de las leyes hipotecarias francesas de 1855. En Bélgica se reflejaba la opinión jurídica francesa. En el mismo año 1841 el Gobierno nombra una Comisión para reformar el sistema hipotecario del Código de Napoleón, que trabaja con intensidad, hasta 1848, y elabora la ley de 16 de diciembre de 1851 con un sentido más germánico que las leyes francesas. Mejor dicho, la ley de 1851 vuelve en buena parte a la ley del 11 de brumario del año VII, que había recogido el régimen francés de *nantissement*, muy semejante al sistema germánico.

En España, al prepararse el proyecto fracasado de Código de 1851, un jurista y político, Luzuriaga, redacta los títulos del Código correspondientes al Registro y a las hipotecas. Aunque en sus escritos invoca constantemente los sistemas alemanes, no conoce el alemán, ni siquiera lo que sobre los sistemas germánicos había dicho por aquellos decenios en la misma Alemania el más popular de los paladines del sistema: Mittermayer. Luzuriaga copia al sistema alemán a través de los autores franceses. Luzuriaga fracasa con el proyecto de 1851.

Por los documentos que he visto en el archivo de la Comisión General de Codificación, investigando estos orígenes del sistema hipotecario español, puedo afirmar que, presididos por Cortina, los autores

de la ley fueron un romanista—Gómez de la Serna—y un historiador—Cárdenas—. Acaso aquí reside el éxito de un sistema germánico en suelo latino: hubo un tupido filtro a través de un fuerte espíritu tradicional. En 1843, Gómez de la Serna es ministro de la Gobernación (interior). En agosto del mismo año, lo encontramos exilado, con el general Espartero, en Londres. Desde aquí va y viene a Bruselas. En el exilio escribió su Curso de Derecho romano. Se pone en relación con los profesores de Bruselas y con los redactores de la ley hipotecaria belga. Años más tarde él llevará a la ley española el sistema de sus artículos 23, 35, 36, 37 y 38 (1), tomándolo del sistema belga. Sin embargo, la ley española aún fué más germánica que la belga. Pero, los resultados a que habían llegado las leyes alemanas y suizas se lograron en España sin desnaturalizar un Derecho civil heredado de los postglosadores de Bolonia.

Se trata ahora de mostrarnos cuál es la armadura lógica del sistema. No temáis que os dé una lección de Derecho alemán. Yo no soy nadie para dar lecciones. En cuanto al Derecho alemán, en otro tiempo en gran auge en España, hoy la opinión está dividida entre los que están hartos y los que aparentan no estarlo. Aparte quedan los que no lo conocen pero lo invocan. Nuestro sistema hipotecario no es un álgebra de principios y conceptos alemanes, sino un producto de evolución histórica, algo con dimensión en el tiempo y raíces en el sistema civil. Nuestro sistema, si un día fué un inmigrante alemán, hoy es ya completamente español. Las hojas de morera germánicas son ya rica seda española.

#### EL REGISTRO SE LLEVA POR FINCAS

Un registro público no es más que una organización de hechos o actos auténticos, con una finalidad determinada.

El acto auténtico pertenece a la historia del notariado en el sur de Europa. En el norte de Europa, sin notariado, la autenticidad la daba la intervención de las municipalidades o ayuntamientos.

En una primera etapa el acto auténtico se recoge en un documento aislado. En la siguiente etapa, después de la fabricación del papel, los documentos se coleccionan. El orden cronológico se impone. Los pro-

(1) Me refiero al texto de la ley de 1861. Hoy artículos 32, 36 y 37.

tocolos notariales en la mayor parte de Europa y los libros de actas de las municipalidades de la Alemania del Norte contienen la historia de los actos auténticos de los primeros siglos de la cultura de Occidente. No existe división de poderes. La autoridad local—(en la Alemania del Norte los escabinos (concejales), presididos por el burgo-maestre o alcalde)—gobierna y administra justicia. Los libros de actas de las sesiones de la municipalidad van reflejando la actividad múltiple de los escabinos: al lado de una deliberación de carácter político o administrativo, consta una sentencia o un traspaso de propiedad. La clasificación por materias se imponía. El modelo vino del libro de contabilidad.

La invención del libro Mayor había llevado a los grandes terratenientes (señores feudales y monasterios) a adoptar el “folio personal”; a cada llevador de tierra (colono, precarista, enfiteuta, etc.) una cuenta. Los registros de este libro no eran más que un mero apunte del acto, un aparato de consulta, sin efectos jurídicos. En las ciudades nórdicas alemanas, el avance en la técnica contable había producido el “folio real”. No sólo a las personas, sino a las cosas se les abría una “cuenta” (mercaderías, efectos, etc.) Las municipalidades modernizaron sus libros. Establecieron sus “Libu rationum”. Con los actos jurídicos hicieron lo mismo: crearon libros especiales: *Liber obligatorum et censum*, *liber impignorationum et reddituum*, etc., y dentro de ellos abrieron cuenta a cada inmueble. Se desembocó así en el sistema del folio real. Pero en vez de un aparato de consulta—*Aktanfzeichnung*—tiene los efectos señalados por la ley al *acto jurídico* inscripto.

En España—singularmente en Cataluña (2)—empezó a diversificarse el protocolo notarial, con clasificaciones parecidas a la de las ciudades alemanas. Los Reyes Católicos, con la Pragmática de Alcalá de 7 de junio de 1503 salieron al encuentro de esa tendencia, imponiendo el orden cronológico a los protocolos notariales. Tal vez se frustró así una evolución que hubiera producido, como en la Alemania del Norte, de modo espontáneo el Registro de la Propiedad.

Había, pues, unos hechos: En la Alemania del Norte no había notarios. Sus funciones estaban refundidas con las judiciales en manos de los escabinos. La clasificación de sus actos auténticos llevó al Re-

(2) *Liber testamentorum*; *liber venditionum*; *capibrevium reddituum*

gistro de la Propiedad, y la imitación de los libros de contabilidad al "folio real". A cada finca se le abre su cuenta corriente.

La ley española, apartándose de la belga y la francesa, adopta el sistema del folio real. El Registro se lleva por fincas y no por personas. En 1861 (3) no había ni atisbos de catastro en España. No obstante, los autores de la ley no dudaron que se podía establecer el folio real, única manera de asentar el "principio de especialidad". Al fin y al cabo, en las regiones de Alemania y Suiza, donde tradicionalmente venía funcionando el folio real, tampoco había catastro. Bastaba una buena descripción empírica de la finca, con los datos exigidos por la ley para identificar cada finca. En efecto: en ochenta y siete años de vigencia de la ley, el sistema ha funcionado sin producir pleitos la identificación de la finca.

A la entrada de una finca en el Registro se le llama "inmatriculación". La descripción de la finca es la cabeza y fundamento del folio registral. La ley detalla el modo de describir las fincas para su identificación. A cada finca que se matricula se le da un número.

#### EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Sobre la finca perfectamente identificada funciona el principio de especialidad: No es posible un derecho real sino en tanto en cuanto afecte a una finca concreta e individualizada. No caben hipotecas ni otros derechos reales *generales* sobre el patrimonio genérico del deudor. El derecho real se ha de incribir precisamente en el folio real de la finca a que afecta: cada derecho real y toda transmisión o modificación no pueden constar en el Registro, sino en la cuenta corriente de la finca (art. 13).

Este principio de especialidad, cuando de hipotecas se trata, sufre un mayor rigor, y se habla de "principio de determinación". Además de una finca individualizada, hay que reseñar (art. 12) el importe de la obligación garantida, el de los intereses y el de la cantidad pactada para pago de costas y gastos judiciales. En todo momento debe constar en el Registro, con toda claridad, el pasivo total de la finca.

La correlación entre finca y derecho real tiene dos consecuencias:

(3) En la actualidad, aunque en gran número de provincias existe un Catastro geométrico y topográfico de bases muy científicas, sin embargo, el Registro jamás ha tenido en cuenta el Catastro.

a) En grado de mínima: no es posible constituir derechos reales sobre partes integrantes de una finca. La hipoteca sobre la *parte sur* de una finca, o sobre un piso de una casa, por ejemplo, es sólo posible *dividiendo* previamente la finca, de tal suerte que la porción gravada forme finca independiente. No sería posible la transmisión de sólo la escalera de una casa.

b) En grado de máxima: tampoco es posible la hipoteca o el derecho real *solidaria y conjuntamente* sobre varias fincas. Hay que determinar la cantidad o parte del gravamen de que cada finca debe responder (art. 119). Lo mismo vale cuando en vez de fincas son derechos integrantes del dominio o participaciones proindiviso de una finca. Hay, sin embargo, una diferencia: cuando se trata de gravar varias fincas no tiene excepción ninguna la necesidad de la distribución del gravamen; cuando lo gravado son derechos integrantes del dominio o participaciones proindiviso de una finca, podrán acordar todos los titulares respectivos la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca. Porque en este supuesto la hipoteca sobre *derechos* diferentes se transforma en hipoteca sobre finca.

*Lo que se inscribe en el Registro.*—*Las distintas clases de Registros.*—En esa cuenta corriente de la finca, ¿qué se inscribe? Grosso modo podríamos decir que todo lo que afecta a la finca. Es decir, todos aquellos derechos que conceden sobre la finca un derecho de preferencia o un derecho de persecución. En primer lugar, el dominio y sus transmisiones. En segundo lugar, los derechos reales sobre inmuebles. En tercer lugar, el derecho de arrendamiento en algunos casos. En cuarto lugar, ciertas resoluciones judiciales: sobre a) interdicción de las personas (incapacidades, interdicción civil); b) interdicción sobre las cosas: embargos por deudas, secuestros, prohibiciones de enajenar, reclamaciones sobre las cosas (declaraciones de litigiosidad, derechos eventuales, etc.).

No se crea, sin embargo, que en el Registro español se inscriben derechos reales. La distinción entre derechos reales y de obligación es fundamental en todo régimen de Registro de la Propiedad. Los derechos personales (*jus obligationis*) no llegan al Registro como no sea a través de un embargo o secuestro judicial. Es, pues, necesario, para traspasar extrajudicialmente el Registro, que se trate de un derecho real. Sin embargo, el Registro español no es un registro de *derechos*, sino de *títulos*.



## REGISTRO DE DERECHOS

El *Registro de derechos*, como si dijéramos en Química el registro de cuerpos simples, es el resultado del aislamiento, independencia y abstracción de un elemento: el derecho subjetivo de naturaleza real. Sólo se ha producido en el B. G. B. alemán. Allí es el resultado de ciertos factores históricos y técnicos que brevemente examinaré:

a) Derechos reales independientes. La escuela de Bolonia, interpretando bien o mal—sobre esto hay sus eternas discusiones—el Derecho romano, creó la conocida teoría del título y modo—compraventa y tradición, por ejemplo—que es la seguida en España por lo menos desde las Partidas hasta incluso el Código civil. En esta teoría el Derecho real no nace, como Minerva, de un golpe de hacha en la cabeza de Júpiter, sino que debe su nacimiento al cumplimiento de *ciertos contratos* que previamente han producido una *obligación de dar*. El derecho real es un pago o cumplimiento de una obligación de dar (*traditio* respecto de la compraventa). La obligación de dar es el claustro materno del derecho real. Pero el derecho real no logra jamás verse enteramente desprendido del claustro materno. La *obligatio* puede condicionar suspensivamente el nacimiento del derecho real; puede, después de nacido, condicionar *su vida* con limitaciones — “*contenido elástico del derecho real*” —; y hasta *su muerte*, con condiciones o términos resolutorios.

En el B. G. B. el derecho real, aislado químicamente como el oxígeno en el laboratorio, por obra y gracia de los pandectistas a partir de Savigny, proclama su independencia de las obligaciones. El derecho real nace y existe *per se*, sin contacto ni dependencia de las obligaciones. Los derechos reales del B. G. B. son hijos de la segunda mitad del siglo XIX, de la época de la emancipación de los siervos, y hasta quizá de la emancipación de la mujer. En España se emanciparon los siervos : las mujeres a medias. Pero a la vista de tales desgracias aún no sumamos la emancipación de los derechos reales. El título es el germen, la condición, límite, y *causa* del modo. El título es toda la embriología del derecho real.

b) *Numerus clausus* — Los seres independientes tienen su personalidad aislada, fija y determinada. El B. G. B. señala exactamente el número preciso de derechos reales. No hay más derechos reales que los

exhaustivamente señalados en el Código. Son plazas limitadas. La autonomía de la voluntad no puede crear nuevos derechos reales y, aunque muy difícilmente los puede yuxtaponer, desde luego no los puede mezclar y confundir. Las legislaciones latinas, y también la española, haciendo dormir al derecho real en su cuna de obligaciones, mantiene el sistema liberal contrario: el *numerus apertus*. La voluntad puede crear y configurar derechos reales.

c) Contratos reales. Para que el derecho real sea independiente y aislado de la obligación, la ley alemana, en contra de las latinas, crea compartimientos estancos para la obligación y para el derecho real. Obligaciones y derechos reales, nacen, viven y mueren, cada uno en su mundo, con completa independencia. Por eso hay contratos *obligacionales*, que crean obligaciones, y contratos *reales* que crean solamente derechos reales. El contrato real, desconocido en las legislaciones latinas y en la española, es abstracto, desconecta el derecho real de su causa, título u obligación precedente. Son como los juicios sintéticos *a priori*. Pero ya preguntaba Nietzsche a la filosofía de Kant ¿son posibles *a priori* niños vivos? Los niños y los derechos reales son *a posteriori*; nacen con figura humana, etc., pero después de un período de concepción y gestación, después de toda una abultada embriología. Los juicios sintéticos *a priori* de Kant o los derechos reales del B. G. B. son productos artificiales, sin contrato con la vida normal. Por eso unos y otros han sido objeto de fuertes repulsas en la misma teórica alemana de nuestros días.

d) Derechos reales acuñados. Para la personalidad no sólo se necesita desprenderse del claustro materno, sino además tener figura humana. Con un color o con otro, feos o guapos, únicamente los nacidos son considerados por el Derecho como personas cuando tienen figura humana, esto es, la figura o forma que el legislador ha señalado. Para que los derechos reales sean independientes, el legislador alemán les ha dado *figura* predeterminada. El *numerus clausus* significa antes que nada "tipicidad", contenido fijo y rígido. En una palabra, los derechos reales están *acuñados* en el mismo Código civil alemán, tienen "perfiles monetarios". Si las monedas eran bienes, ¿por qué no convertir los bienes en moneda? La autonomía de la voluntad no puede alterar, si no es levemente, su contenido. No cabe un usufructo con amplia libertad de pacto en el título de su constitución, ni una pro-

piedad sujeta a condición resolutoria, ni un dominio que altere el contenido de sus facultades legales

Nada de esto ha sido recogido por la legislación española. En ella rige la teoría del título y modo; no hay contratos abstractos reales: el *numerus apertus* y su contenido elástico presiden la regulación de cada uno de los derechos reales: existe la posibilidad en todo momento de derechos reales sujetos a condición o término suspensivo o resolutorio; en una palabra, en España, como en las legislaciones latinas, el derecho real nace y vive mezclado o en dependencia con las obligaciones. Por eso al Registro de la Propiedad no se pueden llevar derechos reales acuñados. El derecho real será la sustancia, pero en cada caso la autonomía de la voluntad acotará en el *título constitutivo* la forma del derecho real: el derecho real *en la ley* será lingote de oro; pero no moneda. El título es crisol y troquel. La diferencia entre el registro español y el del B. G. B. está en esto: el Registro español es un registro de lingotes, el alemán, un registro de monedas acuñadas por el Estado. Por eso el Registro español no es un registro de derechos, porque los derechos no son sólidos, acuñados, sino más bien líquidos, que adoptan la forma del envase o título que los contiene.

*Registro de hechos.*—Ya que el Registro de la Propiedad español no es ni puede ser un registro de derechos subjetivos, ¿será acaso un registro de hechos? Tampoco. Los hechos jurídicos más importantes son el nacimiento y la muerte. Como registros de hechos tenemos en España el Registro civil, sección de nacimientos y sección de defunciones; el protocolo notarial en cuanto a las actas; el Registro mercantil respecto a los comerciantes individuales (el hecho del ejercicio habitual del comercio); los de la propiedad industrial e intelectual, etc. Los registros de *hecho* constatan hechos. Mientras los hechos constatados sean verdad, el registro desarrolla su plena eficacia. Al mismo tiempo, los mismos hechos sin el registro también tienen su eficacia. La no verdad del registro—(falsedad o error)—destruye o rectifica el asiento. La inscripción depende en todo momento de la verdad *in rerum natura* del hecho.

Señalemos algunas características de esta clase de registros.

1.<sup>a</sup> No produce inmunidades respecto de tercero. No tienen la llamada *Drittwirkung*. El crédito hipotecario puede ser cedido a tercero; y, aunque estuviese pagado, no estando cancelado, la ley lo impone como existente en beneficio de tercero adquirente. Por el contrario,

aunque haya inducido a error a tercero el acta de nacimiento de persona fallecida sin haberse hecho constar su defunción en el Registro, no ampara al tercero para nada y la ley no finge ni puede fingir *iure et de iure* vivo a nadie. Por mucho que el Registro de la Propiedad industrial en el sistema español—sin previo examen—se esmere, si después de concedida una patente de invención resulta que el invento carecía de novedad, legalmente no hay tal invento, y la patente se anula para todos. En una palabra, la inscripción en los registros de hecho ni beneficia ni perjudica a tercero.

Otras características del Registro de hechos tienen menos importancia, tales como son las de:

2.<sup>a</sup> Son un medio privilegiado de prueba.

3.<sup>a</sup> Constituyen un *título* de estado o de derechos (título de estado de hijo legítimo, certificado de patente, etc.).

4.<sup>a</sup> Origina una presunción *iuris tantum* de la existencia de los derechos atribuidos por la ley (art. 14 ley Propiedad industrial).

Basta tener en cuenta que el Registro de la Propiedad español está basado, principalmente — aunque no exclusivamente — en los efectos respecto de terceros para excluirlo de todo tipo de registro de hechos.

*Registro de actos y contratos.*—El registro y el funcionario público no intervienen en un mero hecho, sino en un hecho cualificado: en una o varias declaraciones de voluntad formuladas directamente ante el encargado del Registro. (Inmediatividad o intermediación.) El Registro civil en cuanto a las secciones de matrimonio, y ciudadanía y vecindad civil; el protocolo notarial en cuanto a escrituras públicas, etc. El registro de actos y contratos es en síntesis un *registro de consentimientos* creadores de obligaciones. Son sus características:

a) Principio de intermediación. Las partes se comunican entre sí y con el funcionario de modo directo, inmediato, y por lo general, oralmente. Si falta esta característica, el registro se convierte en un registro de documentos o de títulos.

b) Principio de legalidad. El funcionario interviene conforme a las leyes en cuanto a los requisitos personales habilitantes (capacidad física y jurídica, identidad de las partes), elementos de fondo y formalidades del acto.

c) Principio de inscripción. El momento constitutivo de un acto o contrato está referido siempre al momento del consentimiento. La inscripción es forma sustancial y coetánea del consentimiento en los

registros de actos y contratos, y, por tanto, la inscripción es constitutiva.

Aunque el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria española se refiere a la inscripción de *actos y contratos* relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, hay que advertir que la contratación de inmuebles no se verifica en España ante el Registrador, sino ante el Notario; que el consentimiento se presta en la escritura pública; que, por lo tanto, es constitutiva la escritura y no la inscripción. En resumen, el Registro de la Propiedad no es un registro de actos o contratos, sino que éstos llegan al Registro ya concluidos y perfectos en forma documental.

Documentalmente preconstituido puede llegar el acto o contrato al Registro de dos formas: como documento o como título. Aunque parece igual a primera vista, la cosa tiene gran importancia.

*Registro de documentos*—En el fondo es una variante del Registro de hechos. El Registro recoge el documento como hecho, como cosa, y lo transcribe o lo incorpora a los libros oficiales. El encargado de la Oficina, con sólo un somero examen para cerciorarse de su competencia por razón del lugar, materia, etc., da entrada a estos documentos en el Registro. Esta clase de Registros adoptan, por regla general, bien el sistema de transcripción—sistema francés—, bien el sistema de toma de razón—antiguas contadurías de hipoteca españolas—. En España existe registro de documentos para las sociedades en el registro mercantil (art. 26 C. com.). También, en este mismo Registro mercantil respecto de los documentos enumerados en los números 5 a 12 del artículo 21 del Código de Comercio.

Estos registros de documentos producen efectos respecto de terceros, pero muy limitados: los documentos no inscritos no pueden ser opuestos a los terceros, que son las personas ajenas al asiento de inscripción. Los documentos inscritos son oponibles a tercero. Perjudican a tercero inscrito, en cambio: los derechos reales nacidos de actos no documentales (prescripción, accesión, etc.) o de actos documentales no sujetos a transcripción: las acciones de resolución o de nulidad procedentes de documentos inscritos aunque no consten expresamente en el Registro, etc.

*Registro de títulos*.—Así como el Registro de documentos es una variante del registro de hechos, el registro de títulos es una variante del registro de actos o contratos. En el primero, el Registrador recoge el

hecho de que en su Oficina ingresa un documento determinado. En el segundo, el Registrador no solamente recoge como hecho un acto o contrato autorizado por otro funcionario, sino que el mismo funcionario desarrolla una actividad de control, filtro y selección respecto del fondo—acto o contrato—y respecto de la forma—documento público—. Registro de títulos es el Registro de la Propiedad español.

El título comprende dos aspectos:

a) En cuanto al fondo. 1.º Ha de contener un acto o contrato, suficiente para transmitir el dominio o constituir el derecho real con arreglo a la teoría del título y del modo, es decir, ha de contener un *titulus adquirendi domini* (justa causa) y ha de resultar del título la *traditio*, por lo menos instrumental. 2.º Este *titulus* ha de ser válido. Los títulos imperfectos, en cuanto al fondo, no tienen acceso al Registro. El título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido.

b) En cuanto a la forma. El *titulus adquirendi* ha de estar contenido necesariamente en uno de estos tres moldes legales: escritura pública, ejecutoria judicial o documento administrativo *ad hoc* (artículo 3.º de la ley española). Están desterrados del Registro los documentos privados.

El Registrador, por su parte, desarrolla también una doble actividad:-

a) Formal, sobre los libros del Registro. El Registrador no copia el título; lo *extracta* y selecciona, con arreglo a normas legales, separando todo lo que son obligaciones sin repercusión en el derecho real, de lo que es causa, contenido, límite o extensión del derecho real. En la práctica española se *extracta* desde luego, porque el sistema es de inscripción y no de transcripción; pero se selecciona poco y ordinariamente en la inscripción se encuentra concentrada la totalidad del título.

b) De fondo, sobre el documento. El Registrador aprecia los siguientes elementos:

1.º La legalidad de las formas extrínsecas del documento público, y entre ellas la competencia del funcionario que lo expide.

2.º La capacidad legal de los otorgantes.

3.º La validez del acto dispositivo conforme a la teoría del título y modo.

4.º La situación del Registro en cuanto a las facultades dispositi-

vás del titular transmitente, legitimación, existencia de previa "inscripción (tracto sucesivo)", etc.

En resumen, en el registro de títulos la inscripción es el resultado de una *previa justificación auténtica de la titularidad*. A la actividad del Registrador se le llama facultad calificadora; y a este sistema de vigilancia, control y filtro, *principio de legalidad*, que en la reforma de 1946 ha sufrido ligeros retoques, sin alterar el sistema.

He de recalcar algo meramente técnico: en primer lugar, el principio de legalidad supone que el acto debe llegar al Registro completo y perfecto. Si la perfección se produjera en el Registro, el Registrador no tendría que calificar ni juzgar nada, pues toda eficacia se debería a su propia actividad y no a la ajena. Esto sucede en Alemania, en donde el principio de legalidad ha sido sustituido por el del consentimiento (4). En segundo lugar, no es posible técnicamente documento, acto, contrato o asiento del Registro de naturaleza "constitutiva" sin consentimiento en el *instante final*.

Superada por regla general en el Derecho privado moderno la teoría de la unidad de acto—(revivida tardíamente en Derecho procesal con el llamado principio de concentración)—los hechos constitutivos de un negocio jurídico pueden acontecer, en vez de modo simultáneo, sucesivamente. La formación del negocio jurídico en este caso responde a un verdadero *procedimiento*. No hay plenitud de efectos jurídicos hasta que se consume el último requisito. Mientras éste llega, puede suceder que no haya efecto jurídico alguno, que la etapa sea jurídicamente ineficaz. Pero puede suceder que cada estadio produzca sus previos efectos, que se llaman por la técnica *pre-efectos, ante-efectos* (*Vorwirkungen*).

La total efectividad no se logra hasta que el último evento se cum-

(4) Hedeman, en *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, tomo II, dice: «... el pesado principio de la legalidad fué superado, eligiéndose como base para la registración el *consenso abstracto* de las partes liberado de todo aparato de la *causa praecedens*», página 258. «Aquella *Auflassung* está ideada como una abstracta declaración de voluntad, completamente desligada de la causa («Quiero dejar de ser propietario», «Quiero ser propietario», nada más), y entra así en oposición con el principio de la legalidad, por el cual el Registrador no se contenta con meras declaraciones abstractas de las partes, sino que investiga el negocio causal subyacente, quizá el convenio de compra, y examina su validez (principio de legalidad), página 259.

pla. Esto quiere decir que ese último evento es *conditio sine qua non* para una determinada efectividad. Pero nunca que ese evento sea constitutivo, si en él y para él, no hay un consentimiento *expreso*. Punto de consentimiento, punto de constitución. Un ejemplo aclarará la cuestión: la *traditio*.

En los últimos lustros ha sido frecuente decir que los contratos únicamente producen efectos obligacionales entre las partes. Esto es así en Alemania, donde los derechos reales y las obligaciones forman compartimientos estancos, y hay contratos obligacionales que sólo crean obligaciones, y contratos reales que únicamente producen derechos reales, y por tanto, son abstractos. En España el *contrato real*, en ese sentido, no existe, y además muy poca gente logra entenderlo.

Hay dos concepciones de la "*traditio*": a) la hispanobolonesa de la *traditio acto material* de ejecución de la compraventa—(*Erfüllungshandlung*); y b) la germánica del B. G. B. para los bienes muebles, en que la *traditio* es un negocio jurídico autónomo de ejecución (*Erfüllungsgeschäft*). En la primera basta el consentimiento en la compraventa. En la segunda, el consentimiento y la capacidad han de darse en el momento de la *traditio*, que consta de dos partes: una, negocio real abstracto de *traditio*: voluntad concorde de transmitir y adquirir; y otra, la entrega material. La entrega es sólo parte del negocio jurídico "*traditio*"; al paso que en Derecho español la entrega es el cumplimiento *directo* de la compraventa.

Una cosa es que se exija un *algo* más que el mero contrato para producir ciertos efectos, y otra muy distinta que este *algo* sea un acto o negocio constitutivo. En España la *traditio* es necesaria para transmitir la propiedad. Pero la "*traditio*" no es un negocio jurídico, ni siquiera un acto material autónomo: es simplemente una *consecuencia* del contrato obligacional (art. 609 C. C.); una peripecia del *cumplimiento* de la obligación del vendedor de entregar la cosa (art. 1.462 del C. C.). No afecta para nada a la *pérfeción* de la compraventa transmisiva, sino a su *consumación*.

La escritura notarial, incluso en materia de derechos reales, es en España un negocio jurídico autónomo y constitutivo. Cierra y completa un ciclo de efectividad. Aunque después de firmada la escritura y antes de la inscripción fallezcan o caigan en incapacidad todos o algunos de los otorgantes, la inscripción se practica en el Registro como si conservaran su plena capacidad. El Registrador califica la capacidad de los



otorgantes referida exclusivamente a la fecha de la escritura y no a la de la inscripción. El acto constitutivo viene referido por la técnica jurídica al instante de la prestación del consentimiento y, por tanto, en España al instante de la firma de la escritura pública.

Por eso en el B. G. B. alemán, con independencia de un consentimiento para el contrato obligacional y otro para el acto real—(bien *Einigung*, bien mero consentimiento formal)—, se exige vida, nuevo consentimiento y capacidad de las partes en el momento de la *petición de inscripción*, que no puede, por tanto, realizar cualquiera. Por lo mismo, en España, en las escrituras públicas, aunque documenten actos o contratos anteriores, se exige siempre en el momento de su firma nuevo consentimiento y capacidad de las partes; y en el matrimonio también es de esencia el consentimiento en el acto de la celebración, cualquiera que sea el expediente previamente tramitado. En el Código civil suizo, que proclama que sólo existe el derecho real *desde* la inscripción—(aunque no *por* la inscripción, sino *por* el título)—, la mayoría de los autores, siguiendo a von Tuhr, niegan que sea necesario ninguna clase de consentimiento ni capacidad en el momento de la petición de inscripción, porque basta el consentimiento prestado en el título notarial, lo cual pone en grave peligro la tesis de que la inscripción en el Registro suizo sea constitutiva. Wieland, tildado de germanista entre los jurisconsultos suizos, quiere apuntalar el dogma ruinoso de la inscripción constitutiva apoyando los puntales precisamente en la petición de inscripción, para la que exige un consentimiento distinto de aquél del acto o contrato obligacional. Wieland ve claramente que sin consentimiento en el acto de la inscripción es muy dudoso que ésta pueda ser constitutiva, aunque la inscripción haya sustituido totalmente para los inmuebles a la *traditio*, como sucede no sólo en el Código suizo, sino en el austriaco, y en el español, respecto del derecho real de hipoteca.

#### LOS REGISTROS DE LA PRIORIDAD.

Después de algunos siglos de historia y de lucha con las reglas contrarias (5) se impone el principio de prioridad entre los créditos y acreedores, *dentro de un mismo grado o clase*, condensado en la regla "*prior tempore, potior iure*".

(5) *Pignoratío super pignorationem non admitur, execution sus executione ne vaut pas, non competit praelatio in aequali causa.*

El concurso de acreedores había puesto de manifiesto la importancia de la *citación* o emplazamiento de todos los acreedores. El uso de los edictos, ¿no era un emplazamiento colectivo? Una notificación universal no era otra cosa que la "publicidad". En el concurso el orden de prelación resultaba al final del juicio. Antes de los edictos y emplazamientos singulares los acreedores no tenían noticia unos de otros. Cuando se conocían era en tumulto y en momento de alarma. Sobre todo después de haber entregado su dinero. La prioridad emanaba de un documento judicial tardío. ¿No se podría lograr igual resultado *antes* de llegar al concurso, y precisamente para no llegar?

Surgen así los registros de embargos e hipotecas, los registros del *Pfandbuchsystem*. Sus asientos son un concurso de acreedores prejuzgado. Antes de existir, llenaron limitadamente y en parte el mismo objeto los libros gremiales de matrícula de los comerciantes, aunque sólo respecto de ciertas causas de prelación (dotes, donaciones, bienes parafernales, etc.) y con miras a la quiebra del comerciante.

La primera legislación positiva que formalmente refirió dicha regla al libro registro fué la *Grundbuchordnung*, de Munich, de 1628. La segunda, la prusiana, de Federico Guillermo I (1715), que lleva el expresivo nombre de "*Allgemeine Hypotheken und Konkurs-Ordnung*". Lo inscrito tiene preferencia sobre lo no inscrito. Entre las hipotecas y privilegios inscritos su preferencia se determina "*prior est tempus*". Casi todos los registros que se organizan en el siglo XIX obedecen a este sistema. Los restantes no dejan de incluirlo en conexión con otros principios.

#### LA PRIORIDAD EN EL REGISTRO ACTUAL

La prioridad es común a todos los sistemas inmobiliarios. Podía decirse que el efecto primero, rudimentario y fundamental de todo libro registro es la prioridad, porque el efecto más primitivo de la documentación pública fué la fijación auténtica de la fecha.

Sobre el principio de prioridad absoluta está basado el sistema de transcripción francesa. La prioridad resuelve las colisiones de derechos:

- a) En la doble venta de una misma cosa, adquiriendo la propiedad el comprador que primero llega al Registro.
- b) En el rango de las hipotecas y los privilegios.
- c) En la liberación de los derechos reales anteriores constituidos por el vendedor y no transcritos. "En definitiva—dice

Besson, pág. 176—la transcripción no tiene otro efecto que asegurar al adquirente un rango de prioridad sobre sus adversarios"; pero sus adversarios son únicamente los causahabientes y acreedores hipotecarios de su transmitente inmediato (Besson, pág. 177) con el único que juega la cuenta del Registro, porque el folio personal no permite llevar una cuenta corriente a cada finca. Por otra parte, el adquirente que transcribe es siempre un sucesor del transmitente, y todas las causas de invalidez del título transcrito repercuten, consten expresamente o no en el Registro, en el adquirente; y los derechos reales, bien impuestos por transmitentes anteriores no inmediatos, bien adquiridos por prescripción, y las hipotecas legales de la mujer casada y del menor, los privilegios del vendedor con precio aplazado y los del copartícipe, siguen al inmueble y perjudican en todo caso a su propietario *pro tempore*.

En el sistema español rige el principio de prioridad, la regla expuesta de la doble venta, y la prelación y rango de las hipotecas con la misma extensión que en el derecho francés: pero aún se avanza más.

La prioridad en España no es, como en Francia, únicamente una prevalencia en la colisión judicial. La precedencia temporal en la fecha de la inscripción produce, además, otros efectos. El Registro español, según hemos visto, se lleva por fincas; es una cuenta corriente abierta al predio. De aquí se deriva que en esa cuenta predial, por orden cronológico necesariamente conste: a) la genealogía de títulos, y b) la genealogía de titulares.

#### A) *Genealogía de títulos*

Cada título produce en el Registro un asiento; fuera del Registro, una preclusión o una jerarquía.

##### 1) *Dentro del Registro.*

La preferencia entre los derechos reales inscritos se determina por las fechas de la inscripción. "Prior est tempore" (1927; regla 2.ª del Código civil; 25 y 26 ley Hipotecaria).

A la situación de prioridad de unos asientos respecto a otros se llama "rango". En el sistema alemán del B. G. B., como no hay prioridad sino "intratabulas", porque el Registro es necesariamente íntegro—lo no inscrito no existe—, el rango absorbe todo el principio de prioridad. La prioridad española no estima el Registro íntegro, sino superior; no da existencia, sino privilegio. El título inscrito es válido

antes de llegar al Registro; el Registro le da fuero y asilo. El rango es, pues, en España sólo una parte de la prioridad.

Por otro lado, la palabra "rango" en España conserva un significado puramente *temporal*; sin adherencias "topográficas" al folio registral. En Alemania el rango se concreta en una "casilla" de la hoja del libro Registro: adquiere una jerarquía topográfica en un espacio, en un punto localizado en la casilla. El rango lo define el sitio, el "puesto", antes que la fecha. En España, exclusivamente la fecha. Esa ubicación germánica va conexas a un sistema de puestos fijos. El acreedor hipotecario en segundo puesto, no asciende jamás al primero, aunque se cancele la hipoteca precedente. En España la hipoteca gana en rango a medida que se cancelen las anteriores. En Alemania son posibles las postposiciones, las permutas y las reservas de rango. En España sólo las postposiciones: el acreedor preferente puede posponer su derecho al de un acreedor posterior. Pero nada más.

## 2) Fuera del Registro.

### a) Derechos reales *incompatibles* entre sí: preclusión.

La preclusión implica un límite legal para actuar. La ley dice hasta cuándo se puede realizar un acto: contestar a la demanda, proponer prueba, inscribir. La actuación exigida es más que un deber una carga en el sentido del gran procesalista Goldschmidt. La actuación tendrá por objeto prevenir un perjuicio. Es un imperativo del propio interés bajo amenaza de un perjuicio. La espera preclusiva da ocasión a que un derecho manifieste y consolide su validez. Perdida la ocasión, ese derecho no tendrá validez frente a las situaciones amparadas por la preclusión.

La preclusión se produce de dos maneras: por un plazo y por un acto.

a) Preclusión por el plazo. En ciertos países germánicos la publicidad ante la Asamblea había sido sustituida por pregones, proclamas o edictos, y a la *Auflassung* formal se le incrustó un procedimiento por edictos. Así, en Bremen la *Auflassung* carecía de unidad de acto. Entre la petición de las partes al Tribunal o Comisión de justicia—*Erbe und Handfesten Amt*—y la declaración final—*Lassung*—se interpola un procedimiento edictal emplazando a todos los que se consideren con algún derecho sobre el inmueble, salvo los acreedores hipotecarios inscritos. Transcurrido el plazo, la preclusión afecta a todas las acciones so-

bre el inmueble, lo mismo resolutorias o reivindicatorias, que confesorias, hipotecarias o privilegiadas (6).

Una variante de esta preclusión por el plazo se generalizó en los países de transcripción francesa, por copia del artículo 834 del Código de procedimiento civil de 1806, que concedía a los acreedores privilegiados o hipotecarios anteriores al acto traslativo de dominio la facultad de inscribir su derecho en la quincena siguiente a la transcripción. Derechos derivados del titular transmitente perjudicaban al adquirente, a pesar de no estar inscritos, con tal que llegaran al Registro dentro de los quince días siguientes a la transcripción del documento de adquisición. Transcurrido dicho plazo, había preclusión de la facultad de inscribir: no caducaba el derecho subjetivo del acreedor (privilegiado o hipotecario): pero no se podía invocar jamás frente al adquirente que transpuso el umbral del Registro.

La Ley Hipotecaria belga de 1851, que tanto influyó en Gómez de la Serna, en su artículo 112, fué más lejos y suprimió el plazo de quince días. Una vez transcrito el título del adquirente, no puede ejercerse sobre el inmueble ningún derecho real, derivado de precedentes propietarios, que no esté previamente manifiesto, sea por la transcripción, sea por la inscripción. La transcripción del título del adquirente cierra irrevocablemente la lista de las inscripciones posibles derivadas del vendedor (7). La preclusión se produce, no por el plazo, sino por el acto.

En España no se exige plazo para inscribir en el Registro. Se inscribe cuando se quiere. Tampoco hay normalmente purga que produzca mediante edictos la preclusión de las situaciones extrarregistrales. La purga en España es procedimiento judicial y excepcional de liberación que se aplica para la cancelación de derechos reales inscritos, que aunque *iure civilis* extinguidos, aún no constan cancelados. Es un procedimiento que no extingue derechos extrarregistrales, sino que entierra los derechos registrados ya extinguidos. No existe, pues, en España un procedimiento edictal que emplace a lo no inscrito. Lo no inscrito parece

(6) Este régimen estuvo vigente en Bretaña (Francia), mediante la *appropriance*. Sin embargo, la purga que implicaba esta institución no afectaba a ciertos derechos señoriales, ni a los ausentes, ni a los menores sin tutor, lo que implicaba dejar motivos de nulidad y de reivindicación fuera del sistema.

(7) Martou: *Comentaire de la loi du 16 décembre 1851*, I, pág. 101.

por la virtualidad de la inscripción en sí mismo, por la preclusión por el acto, y no por el plazo.

b) Preclusión por el acto. El derecho procesal español, tomado del sistema del proceso del derecho común, es de tipo preclusivo. Cada actividad o serie típica de actividades está encajada en períodos de tiempo determinados (8). Transcurrido el término, la preclusión impide que la parte pueda desarrollar una determinada actividad. Por ejemplo, transcurrido el plazo para contestar la demanda, o para practicar una prueba, la parte decae de su derecho a producir una actividad en el proceso.

A veces la preclusión se produce sin necesidad de plazo. Así, la presentación de ciertos documentos necesariamente se debe hacer acompañándolos en los primeros escritos (demanda, etc., arts. 503 y 504). Fuera de ese instante no se pueden presentar tales documentos "Ello no constituye—dice Guasp (9)—una modificación del principio preclusivo ordinario, sino una simple alteración del tiempo a que dicho principio se aplica."

Los autores de la Ley Hipotecaria española estimaron que no cabía fijar un término dentro del cual debieran llevarse al registro los títulos para su eficacia frente a tercero, y optaron por el sistema del artículo 112 de la ley belga de 1851 (10) tal como había sido entendido por sus intérpretes, estableciendo que "inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio (art. 17) no puede inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar

(8) Guasp: «La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía», *Revista de Derecho Procesal*, 1945, pág. 59. Fairen: «Grundriss des spanischen Zivilprozessrechtes», *Der Präklusions-Grundsatz*, pág. 32.

(9) Idem, pág. 31.

(10) El proyecto de ley de Ginebra, sobre el que tanto trabajó Luzuriaga, tomando por base el texto que difundió la obra de Pierre Odier (*Des Systèmes hypothécaires*, Ginebra, 1840), sentaba también que «en caso de traslación de dominio entre vivos, una vez inscrito el título del nuevo propietario, no podrá ser tomada sobre el inmueble ninguna inscripción de derecho real impuesto por el precedente propietario» (art. 52). Este precepto no lo acogió Luzuriaga; Gómez de la Serna lo tuvo en cuenta, si bien sólo se refería a la preclusión de derechos reales, y no del dominio. El artículo 48 de dicho proyecto de Ginebra recoge la regla sustantiva de la doble venta, pero no la adjetiva de la preclusión del título traslativo anterior. Gómez de la Serna prevé el significado de las dos normas.

a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente (11).

La ley española fué más lejos que los redactores del anteproyecto de ley belga. Pero no más lejos que los que la discutieron en el Parlamento y la interpretaron después, singularmente Martou. La eliminación de títulos anteriores a la inscripción de dominio no sólo afectaba a los privilegios e hipotecas—supuesto inicial de los autores del proyecto belga—, sino a todos los títulos que contuvieran un derecho real, incluso el dominio. Martou (loc. cit.) afirma rotundamente: la inscripción determina la preferencia entre los diversos adquirentes del mismo inmueble. Gómez de la Serna, como Martou, relaciona esta materia con la doble transmisión de la propiedad de unos mismos inmuebles a diferentes personas, e invocando el proyecto del Código civil de 1851, dirime la colisión a favor del que primero inscribe. "El pensamiento del proyecto de Código civil (12) y de la Ley Hipotecaria (art. 17) es el

(11) Palabras de la Exposición de motivos de la Ley española. El mismo argumento había hecho Martou (pág. 103) en sus citados comentarios a la Ley belga, publicado en 1855. (la Ley española es de 1861): «C'est au premier acquéreur a se mettre en regle. S'il ne le fait pas, c'est sa propre negligence qui lui porte préjudice: *vigilantibus iura scripta sunt.*»

(12) El artículo 1.473 del Código civil vigente, en caso de doble venta de un mismo inmueble a diferentes personas, establece que «la propiedad pertenecerá al adquirente» que antes la haya inscrito en el Registro. Es un precepto atributivo de propiedad. La inscripción en este caso es *modo* de adquirir el dominio («por la ley», art. 609) *in loco traditione*. En la discusión parlamentaria de la Ley belga, M. Lelievre decía: «Si un segundo adquirente ha hecho registrar su contrato es preferido a quien, portador de un título anterior, ha sido negligente en cumplir esta formalidad, es a condición que su adquisición haya tenido lugar con buena fe. Si, por el contrario, hubiera tenido conocimiento de la primera convención, será evidentemente rechazado por la excepción de dolo. Este principio está consagrado en el artículo 1.141 del Código civil (belga), con respecto a los muebles; también se aplicará necesariamente a los inmuebles bajo el imperio de la nueva Ley en discusión; está conforme además con la jurisprudencia antigua. El segundo comprador, para ser preferido al primero deberá haber contratado *sin fraude* con el vendedor.» (Parent, pág. 115.) En vista de estas palabras de M. Lelievre, y de ciertas enmiendas presentadas por el ministro de Justicia y por M. Jullien, se expresó en el artículo 1.º de la Ley que

mismo, la diferencia—dice (13)—se encuentra en que ésta ha ido más adelante, porque no conformándose con señalar la preferencia que tiene el que inscribe antes, cierra la puerta del registro a todos los que llevan títulos traslativos de dominio si su fecha es anterior al que se haya inscrito.” Gómez de la Serna creo que es el primero que en España ve la diferencia entre uno y otro precepto. Es decir, el C. C. contiene una regla de *fondo*, sustantiva; la Ley Hipotecaria, una norma procesal; el C. C. en la colisión produce una decadencia del dominio; la Ley Hipotecaria, una preclusión del título. Frente a la pretensión del primer adquirente, que no inscribe, el segundo inscrito opone, con arreglo al C. C. una excepción, o *fin de non procéder*; con arreglo a la Ley Hipotecaria, una inadmisión, *une fin de non-recevoir*. La primera no actúa más que alegada por la parte; la segunda, de oficio, automáticamente, por el Registrador.

Como el contenido del Registro se presume *iuris et de iure* (14) conocido por todo el que contrata sobre la finca inscrita, toda inscripción nueva, *ipso iure*, notifica auténticamente su contenido. La inscripción vale como *notificación* en el proceso.

b') Derechos reales *compatibles* entre sí: prioridad.

El artículo 17 divide el ámbito de los derechos reales en dos campos: A) El dominio y derechos reales *incompatibles* o excluyentes entre sí. Inscrito un título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha. Es decir, inscrito un título ha terminado la espera preclusiva para títulos iguales o anteriores en fecha al inscrito, como acabo de exponer en el apartado anterior; y B) Derechos reales *compatibles* entre sí. No hay preclusión: el título de hipoteca anterior en fecha llegado posteriormente al Registro se inscribe, pero queda pos-

los actos no transcritos no podrán ser opuestos a los terceros que hubieren contratado *sin fraude*. El Código civil español (1473), arrastrando frases de los artículos 982 y 1.850 del proyecto de 1851, centra el problema, no en la preferencia de un título y en la postergación de otro, lo que sería un problema de valor o grado de eficacia, sino en la adquisición de la propiedad, esto es, en la teoría de los modos de adquirir. Y a todo modo de adquirir la propiedad, por contagio de la usucapión, le sigue como su sombra el requisito de la buena fe. Por eso el Tribunal Supremo exige para los inmuebles en el artículo 1.473 la buena fe como implícita en la letra del Código.

(13) Comentarios, pág. 525.

(14) Ver más adelante, pág. 166.



puesto en rango al título posterior en fecha previamente inscrito. Todo esto supone que ambos títulos compatibles están otorgados por *el mismo y actual* titular. Porque si el titular registral ha cambiado, se produce un resultado análogo a la preclusión por el principio del tracto sucesivo.

El principio de prioridad no se agota frente al Registro. Si el título sujeto a inscripción conteniendo un derecho real "compatible" no llega al Registro, queda postergado a los que entraron en el Registro, y respecto de otros documentos públicos no inscritos, su preferencia se determina por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras o sentencias en que conste (1.923 C. C.).

#### B) *Genealogía de titulares.*

En la cuenta corriente de toda finca cada título llegado al Registro ha producido un asiento. La serie de títulos inscritos ha engendrado una cadena de asientos. A este rosario de asientos se le llama *tracto sucesivo formal*. Mas cada título inscrito—y por tanto, cada asiento—lleva su titular: un sujeto de derecho a quien se atribuyen los derechos inscritos. La serie de los títulos inscritos ha producido una genealogía de titulares; a esto se llama tracto sucesivo *material* o sustantivo. Es la pureza étnica del sistema.

Por regla general, tracto sucesivo formal y material coinciden, esto es, cada título y cada titular tienen un asiento, una inscripción separada y especial. Por excepción, a veces, en un mismo asiento—tracto sucesivo formal—se puede comprender varias transmisiones—tracto sucesivo material—y, por tanto, varios actos. A esto se le llama tracto sucesivo abreviado, y tiene carácter excepcional y muy taxativo en la ley (art. 20).

El tracto sucesivo engendra un asiento por emanación del anterior. El consentimiento del titular inscrito es la base del asiento inmediato siguiente. Únicamente el titular inscrito está facultado para transmitir intervivos su derecho con arreglo a las normas del Registro. Así del tracto sucesivo hemos pasado al *principio de legitimación*: se presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular (artículo 38); el titular tiene facultad para transmitir irrevocablemente al tercer adquirente de buena fe a título oneroso (art. 34).

## PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La palabra publicidad es equívoca. Por publicidad se entiende, en términos vulgares, la accesibilidad al público del libro registro. Algunos autores han llamado a ésta acepción *publicidad formal*. En general, en Alemania se expresa este concepto bajo la rúbrica "Publicidad del libro registro" (*Oeffentlichkeit des Grundbuchs*). Prescindimos aquí de este aspecto. No nos interesa de la publicidad sino su eficacia sustantiva. Para nuestro objeto hay que tener presentes las siguientes manifestaciones históricas

A) En los Derechos primitivos la publicidad de las transmisiones de fincas tenía por misión obtener el beneplácito del grupo colectivo, implícitamente soberano—tribu, clan, gens, familia, etc.—. De este beneplácito encontramos dos manifestaciones históricas: una, positiva y fuerte, en ciertos pueblos germánicos en los que la asamblea popular o su representación colegiada en funciones de justicia—(*Mallus legitimus*; *thing, ding*; escabinos o *Schöffen* más tarde; *suzerain*, en la feudalidad)—prestaban su consentimiento expreso a la transmisión; otra, negativa y débil, en la que ya resulta paliada la idea de propiedad colectiva y los miembros del grupo únicamente ostentan un derecho de retracto. (Retracto gentilicio; *Näherrecht*, derecho del más cercano). En este sentido publicidad significa divulgación, promulgación y notificación, hacerse público en trance presente para que algo sea de facto conocido.

B) En otra dirección la publicidad es una *forma solemne* del negocio jurídico transmisivo, propia de los países germánicos. En esta dirección tenemos los siguientes tipos históricos:

a) El régimen de transmisión judicial de la *Auflassung*, propio de algunos países alemanes. La *Auflassung*, al principio, fué un juicio fingido, como la *in iure cessio* romana. Después fué un contrato transmisivo de propiedad.

b) El régimen de *nantissement* del antiguo norte de Francia, semejante y quizá idéntico al germano.

c) El régimen de adquisición y transmisión de feudos (enfeudación) en toda Europa.

Los tres son regímenes de "investidura". Hay un acto solemne y simbólico de declarar transmitida y adquirida la propiedad o el feudo.

La publicidad lleva en sí la idea de "promulgación" y notificación colectiva de un acto de soberanía, cuando menos de autoridad.

Durante muchos siglos todos estos actos fueron orales. Los actos son más antiguos que el papel, que el documento público y que el Registro. Aun aparecidos los libros del Registro, pasó mucho tiempo antes de que tuvieran eficacia. "Durante la Edad Media—dice Rehme (15)—en ningún lugar ha tenido la inscripción eficacia constitutiva." Los libros aparecen con distintas funciones. Imitando a Hedemann, diré:

1) Los libros recuerdan. Primitivamente la documentación tenía función rememoratoria. Los libros; generalmente en forma de crónicas, de acaecimientos, de regesta, de libros de actas, se llevaban por exigencias de buen orden interno, "por cuenta y razón" de la misma Oficina. Erañ más que nada un aparato interno de consulta y archivo.

2) Los libros prueban. Un paso más y los libros sirvieron de medios de prueba. El libro, o protocolo llevado por el Juez (o en el Juzgado) era apreciado en la sentencia por el mismo Juez. Se trataba del valor del testimonio del propio Juez, y, por consecuencia, del valor del documento judicial. La actuación del Juez documentando no podía ser reprobada por la actuación del mismo Juez sentenciando. Como medio de prueba, el libro registro fué una prueba difícilmente rebatible.

3) Los libros declaran. A la eficacia de la prueba se sobrepuso la eficacia de su fecha. Los efectos de la sentencia se retrotrajeron a la fecha de la prueba, es decir, a la fecha de la inscripción. De esta forma la inscripción asumió *a priori* la eficacia declarativa de la sentencia *a posteriori*. La inscripción fué declarativa.

4) Los libros constituyen. Un último paso, y la inscripción se convierte en la forma sustancial de los *auflassung*. Nace así el *Grundbuchsystem*, el sistema del libro registro.

La *Auflassung*, a través de su evolución desde su primitivismo oral al *Grundbuchsystem*, tenía su centro de gravedad en la voluntad y actuación del transferente: en la desposesión, renuncia, abdicación o *derelictio* del transmitente (Hedemann, pág. 50). Como la formalización judicial del acto a veces no iba acorde con su desarrollo económico, el transferente conservaba la posibilidad de una objeción o excepción. La eficacia del libro registro se orientaba, pues, cara del transmitente, y no frente al adquirente. La orientación hacia el adquirente adviene más

tarde por el principio de publicidad, sistema distinto y aun contrapuesto al del *Grundbuchsystem*.

Aunque Gonner pretendió identificar principio de publicidad y principio de inscripción, toda la técnica alemana está conforme en contraponer el *Grundbuchsystem* (o *Eintragungsprinzip*, o principio de inscripción) que exige la inscripción para la existencia del derecho real, al principio de publicidad, que regula la eficacia de la inscripción únicamente respecto de tercero (*Drittwirkung*).

Según Hedemann (pág. 4), existe entre ambos principios una conexión: el principio de inscripción significa la fuerza jurídica negativa de la inscripción: lo no inscrito no existe; el principio de publicidad la positiva: la inscripción produce efectos especiales respecto a tercero. El principio de inscripción pertenece a la esfera del ser; el de publicidad, a la del valer (16).

Y de esta forma nos encontramos histórica y metódicamente con dos sistemas de registro de tipo exclusivamente germánico completamente distintos y contrapuestos:

a) El sistema del *Publizitätsprinzip*, o principio de publicidad, o sistema de la efectividad respecto de tercero (*Drittwirkung*); y

b) Sistema del llamado libro registro (*Grundbuchsystem*) o sistema de la fuerza sustantiva de la inscripción. Luego veremos cómo se han influido. Veamos ahora, por separado, cada uno de ambos sistemas.

#### SISTEMAS DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Todos los sistemas del principio de publicidad tienen una nota común: todos, absolutamente todos, producen sus efectos al margen de los modos o medios de adquirir la propiedad. Todos benefician o perjudican a tercero.

Hay dos grupos de registros dentro del sistema de publicidad: Uno, el Registro pignoraticio. (*Pfandbuchsystem*) o hipotecario en sentido estricto. Es el sistema producido por el principio de prioridad. Otro: el sistema de protección del tercero inscrito. El principio de publicidad

(16) Algunos autores elevan de rango al principio de publicidad y hablan de una publicidad positiva y de una negativa. Hedemann dice (loc. cit.) respecto de ellos: «Pero esto es poco usual y, por lo tanto, no recomendable.»

produce efectos sustantivos en favor de un tercero que inscribe: *Drittwirkung*, tercivalencia.

# I.—EL "PFANDBUCHSYSTEM", O SISTEMA DE REGISTRO PIGNORATICIO

En este tipo de Registro no se inscribe, a no ser esporádicamente, el dominio, ni las servidumbres, reales o personales. Se inscriben los créditos, hipotecarios o privilegiados, y los embargos, principalmente.

La historia de las leyes hipotecarias en el siglo XIX nos presenta un nutrido grupo de Registros de este sistema. (Appenzell, ley 30 agosto 1835; Baden, Cód. civil de 1809; Baviera, ley de 1.º de julio de 1822; Berna, Cód. civ. de 1831; Brunswick, Ordenanzas sobre hipotecas tácitas y legales de 26 de marzo de 1823; Dinamarca, Código de 1863; Dos Sicilias, Cód. de 1819; Estados Pontificios, Reglamento de 10 de noviembre de 1834; Francfort, sur-le-Mein, Estatuto 7 septiembre 1578; Friburgo, ley 28 junio 1832; Grecia, ley 11 (23) agosto 1836; Hannover, ley 29 julio 1834; Hesse, proyecto de 1832 (17); Holanda, Código civil 1838, Hungría, Código de Comercio 1842; Lauenbourg (Dinamarca) Ordenanza 15 marzo 1836; Luisiana, Código civil 1825 (que entre los bienes hipotecables incluye a los esclavos, art. 3.318); Lucerna, ley 9 octubre 1831; Malta y Código de Roan de 1784; Milán, ley 19 junio 1826; Oldemburgo, ley 11 octubre 1814; Código de Parma, 1810; Polonia, ley 26 abril 1818; Saint-Gall, ley 26 enero 1832; Cerdeña, Código 1.º enero 1838; Soleure, Código 1838; Tesino, Código 1837; Turgovia, Decreto 26 junio 1832; Toscana, *motu proprio* de 2 de mayo 1836; Wurtemberg, ley abril de 1825, etc.

Para todos estos Registros meramente hipotecarios, lo interesante es evitar la clandestinidad de gravámenes, asegurar la efectividad real de la hipoteca y fijar la prelación y preferencia de créditos.

(17) En el sistema de mero Registro hipotecario, esta ordenación legal tal vez sea la más completa. Después de los conceptos fundamentales, clases y requisitos del título y de la inscripción, los efectos de la hipoteca se diversifican: I. Con relación a la cosa. II. Con relación al crédito. III. Con relación a deudor y acreedor. IV. Con relación a los acreedores entre ellos. V. Con relación al tercer poseedor. La teoría total de los efectos de la hipoteca guarda grandes contactos y semejanzas con la Ley española de 1861.

### LOS CONCEPTOS DE PUBLICIDAD Y TERCERO EN LOS REGISTROS DE LA PRIORIDAD

Hemos visto cómo estos registros obedecen a la historia del "prior tempore". La "publicidad" quiere evitar la clandestinidad, abolir los gravámenes ocultos. El registro es el órgano de notificación por excelencia. La publicidad es una notificación *urbí et orbe, erga omnes*. Pero el "principio de publicidad" es algo más que un aparato de consulta e información: es una regla jurídica: lo inscrito perjudica a todo el mundo; *nadie puede alegar ignorancia de lo que consta en el Registro* (18). Hay una trasposición de ideas desde el campo de la promulgación y publicación de las leyes.

(18) Lo encontramos formulado en: Baviera, Ley de 1.º de junio de 1822: «25. Por consecuencia de esta publicidad de los Registros, todo lo que se haga sobre la fe de la inscripción y sin fraude, debe producir en Derecho e hipotecariamente todos los efectos conforme a estas inscripciones. Nadie se puede prevaler de su ignorancia de aquello que está contenido en los Registros. Quien se crea lesionado, no tendrá más que un derecho personal de demanda por daños y perjuicios contra quien en derecho proceda.» En Sajonia, Ley de 6 de noviembre de 1843: «22. Todo acto de buena fe consecuencia de la existencia de las inscripciones, produce sus efectos legales. Nadie puede pretextar ignorancia de lo inscrito en el Registro.»

Y esto no derivaba de que el Registro por su publicidad formal fuera conocido de hecho. Precisamente en las legislaciones germánicas estaba restringido el acceso del público a los libros. Así, Baviera, Ley citada. «24. Todo propietario de un inmueble, todo acreedor inscrito sobre este inmueble y todo interesado *que justifique sus títulos*, pueden pedir manifestación de los Registros en lo que concierna a su interés, y tienen el derecho de obtener copia legalizada.» «*Ninguna otra persona* podrá pedir esta comunicación a no ser que estuviere autorizada por el propietario.» Sajonia, Ley cit. «21. Todo propietario, acreedor inscrito u otro interesado puede tomar comunicación de los Registros, en cuanto a la parte que le concierne, y podrá hacerse expedir certificaciones; toda otra persona debe ser autorizada por el propietario.» Y la Ordenanza prusiana de 20 de diciembre de 1783, artículo 72 del título primero, decía «queda prohibido manifestar estos libros, o permitir su inspección a persona que no sea el propietario del fundo, o esté autorizada por éste; o en virtud del orden del Tribunal». «74. Los Tribunales sin excepción no permitirán la manifestación de los asientos o la investigación en sus libros. En todo caso, examinarán si el requirente tiene un verdadero derecho o un interés fundado para hacer estas averiguaciones.»

## I.—A este sistema respondía en España:

## A) El anteproyecto Luzuriaga de 1851:

Artículo 1.858: "Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto *contra tercero*, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público."

Artículo 1.786: "La hipoteca solamente desde la inscripción surte efecto *contra tercero*."

## B) El art. 24 de la ley de 1861 (25 de la ley de 1909), hoy desaparecido:

"Los títulos inscritos surtirán su efecto aun *contra* los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común." (Estos acreedores tenían prioridad sobre los hipotecarios en la legislación de Castilla: la inscripción no podía dejar de afectarlos, si actuaba *contra* todos.)

## C) El art. 25 de la ley de 1861, desaparecido en la de 1909:

"Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto a *tercero*, sino desde la fecha de la inscripción."

## D) El derogado art. 27 de la ley de 1909:

"Se considera como *tercero* aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito." Se inscribe el acto o contrato. El *tercero* no entra en el Registro. El art. 27 aparecía en la ley de 1861 entre los 26 y 28 consagrados a la prioridad, y en un borrador de los redactores de la ley, forma con el 24 (25) un mismo artículo.

## II.—A este sistema todavía obedecen:

## A) Los artículos 1.218, 1.219 y 1.227 del Código civil:

1.218: "Los documentos públicos hacen prueba, aun *contra tercero*."

1.219: "Las escrituras públicas hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto *contra tercero*."

1.227: "La fecha de un documento privado no se contará respecto de *tercero*."

## B) El art. 26 del Código de Comercio (Registro Mercantil):

26: "Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en *perjuicio de tercero*."

Se origina así, en torno del principio de prioridad, toda una escala de valores entre documentos, y un concepto del *tercero*. Es *tercero* el

que no ha intervenido en un acto o contrato inscrito (*tertius non agens*).

Las partes en toda relación jurídica son dos sujetos, con dos posiciones procesales o civiles contradictorias. Desde una posición se ataca, hay derecho o acción. Desde la otra, hay defensa, oposición, objeción, excepción. La contradicción sitúa a ambos sujetos frente a frente, como dos extremos de una línea recta. A esta recta *inter partes* la llamo relación jurídica determinante, porque determina al tercero, al mismo tiempo que lo excluye.

Al margen de esta relación jurídica determinante, quedan los extraños. (*Poenitus extraneus*.) El extraño puede intervenir *a posteriori* en la relación jurídica determinante, bien al hilo, sumándose a una de las partes (adhesión de contrato; contrato de adhesión; intervención litis consorcial, coadyuvante, etc.), bien de través, cruzando perpendicular u oblicuamente la relación determinante. Al sujeto que se conecta colateralmente con la relación jurídica determinante, se le llama tercero. La parte está obligada. El extraño, desligado. El tercero, mediatamente ligado, pero postergado por el *prior creditor*.

El concepto de tercero abarca, pues, tres elementos:

a) Una *relación jurídica determinante*, que por exclusión define al tercero y lo expulsa, pero lo sitúa en la vecindad. El tercero es ajeno, pero es colindante. La exclusión señala un linde diferencial.

b) Una *vinculación colateral* con la relación jurídica determinante. Si, como después veremos, el tercero frente a la *actio in rem* tiene una vinculación *ob rem* con una cosa concreta y determinada—*eadem re*—, el tercero del sistema de la prioridad tiene una conexión genérica al patrimonio del deudor. El tercero es todo acreedor frente a la prenda genérica del patrimonio del deudor. El acreedor por acción real sobre cosa específica entra en el concurso, a veces postergado a hipotecas generales y ocultas, pero preferentes, o a créditos singularmente privilegiados (19). Es más: el mismo propietario tiene en este sistema el nombre y consideración de *acreedor de dominio*.

La relación determinante al ser inscrita toma una preferencia. El sujeto activo de esta preferencia es el *prius*. Es el *prior creditor*, envuelto en un envase *documental* inscrito. El principio de prioridad (en el concurso primero, en los registros después), enlaza y trama, ordena y

(19) Los singularmente privilegiados tenían preferencia sobre las hipotecas. Véase Manrique y Marichalar. (*Recitaciones*, IV, págs. 634 y ss.)



enfila a todos los acreedores, ajenos al documento del *prior creditor* (tercero documental, *tertius non agens*) y ajenos al Registro, pero con acciones vivas contra el patrimonio del deudor. Todos estos terceros son *externos* al Registro, circunyacentes, conectados al patrimonio del deudor, pero situados radialmente en torno del *prior creditor* inscrito, a la espera de un residuo patrimonial, o del triunfo de una tercería. En la fauna de acreedores, el tercero externo es un ejemplar inferior. El Registro existe para desgracia común de los terceros circunyacentes. El tercero, para el Registro, es forastero. El tercero del sistema de la prioridad es un tercero *périrregistral*.

A este tercero, externo y peritabular, lo he llamado, de pasada, tercero documental. No obstante la inscripción, el *documento* y su fecha auténtica juegan un papel importante.

En primer lugar, como sucede en la legislación argentina (art. 3.137 del Código civil) y en muchas legislaciones—no en la española—, quien inscribe dentro de plazo retrotrae los efectos a la fecha auténtica del documento.

En segundo lugar, puede ocurrir, y debe ocurrir en muchos casos, que ese tercero externo traspase el umbral del Registro. No por eso se convierte en tercero interno, ni su situación cambia. Porque su situación de tercero se refería al *prior creditor*, a la relación jurídica en que éste era sujeto activo, al documento en que esta situación se contenía. Al inscribir el segundo acreedor, se convertirá en *prior creditor* frente a los no inscritos; pero frente al anterior *prior creditor* tiene la misma situación postergada, porque está tan excluido como al principio del documento anterior inscrito. Mas, por el contrario, si el documento anterior inscrito lo hubiera mencionado, aun sin ser parte y aun sin inscripción, el segundo acreedor tomaba la prioridad desde la inscripción, o desde la fecha del documento precedente (20). Es el mecanismo de las llamadas menciones.

En tercer lugar, el documento auténtico a veces vence a la inscripción. En los Registros de este sistema, en toda su pureza, la compraventa no está sujeta a inscripción. La venta no inscrita transmite la propiedad, que pasa a ser garantía de los acreedores comunes del comprador. Si el vendedor cae en quiebra, aunque sus acreedores inscriban antes

(20) Un eco de ese sistema resonaba en los derogados artículos 7 y 29 de la Ley de 1909.

que el comprador, serán pospuestos a éste en cuanto llegue el documento auténtico de compraventa, por cuanto los principios de prioridad y publicidad dan preferencia a los actos sujetos a inscripción e inscritos sobre los sujetos a inscripción y no inscritos; pero nunca sobre los actos —como la compraventa— no sujetos a inscripción. El comprador, con la tercería de dominio, vence a los acreedores anteriormente inscritos, pero de fecha posterior al documento público de compraventa (21).

Realmente en este sistema del libro prendario (*Pfandbuchsystem*) no hay verdaderas inscripciones, sino transcripciones. Se transcribían los documentos en su integridad. Modernamente, ni eso: queda depositado uno de los dos ejemplares que se presentan al Registro, al paso que el otro se devuelve al interesado con la nota. Aunque nació el sistema en Alemania, el Código de Napoleón lo generalizó (22).

Este tercero externo; por un sentido traslaticio y vulgar de la palabra publicidad, lleva anexa la idea de *promulgación*. Los derechos nacen interpartes por los contratos. Pero el registro los promulga y los publica frente a terceros. Por eso los actos inscritos son oponibles a tercero, perjudican a todos los terceros, y el derecho real se hace verdaderamente *real*, porque publicado desde el Registro surte efecto *erga omnes* (23).

La idea de promulgación de las leyes, de "sabad cuantos la presente víeren que " conectada a un mal interpretado (24) *erga omnes*, ha tenido su paralelo en el concepto del derecho real. Tal vez por esto en

(21) Esto sucede excepcionalmente en España respecto de los créditos personales, que no están sujetos a inscripción, pero que pueden causar anotación preventiva por medio de un mandamiento de embargo. Quedan vencidos en la tercería frente al título público de dominio no inscrito. (Ver Morell, respecto artículos 1.923 y 1.927, C. C.).

(22) Sufrió una gran reforma, aunque sin modificar el sistema del tercero externo, por la Ley de 1855.

(23) Es la concepción francesa. Troplong: *De la inscripción*, pág. 312.

Este sistema de Registro no lleva en sí ninguna idea de protección al tercer adquirente de buena fe. Este no tiene frente a los acreedores más defensa que la *purga*, y frente a la acción reivindicatoria ninguna, fuera de la posible usucapición, para la cual valen los documentos auténticos y no sus transcripciones. Para proteger al tercero de buena fe se ha acudido a la teoría de la apariencia, de escaso éxito jurisprudencial fuera del heredero y del acreedor aparente.

(24) La *actio in re*, era ejercitable *erga omnes*, pero era *erga omnes possidentes*

Francia ha tenido tanta aceptación la llamada "teoría obligacional del derecho real"; la obligación pasiva universal (Roguin, Michas, Planiol, Demogue), el sujeto pasivo colectivo e indeterminado (Azcárate). El derecho real es un agujero rodeado por un deber general de abstención (25), por el deber de los terceros de respetar la situación. Como ha dicho muy bien González Palomino—(pág. 35)—"no se trata de ningún elemento para caracterizar el derecho subjetivo, sino del concepto de imperatividad de la norma jurídica". Toda ley que reconoce un derecho impone a todos el "non laedere".

Sin embargo, el tercero externo, si bien se examina, no tiene nada que ver con esa obligación pasiva universal, que ante el derecho ajeno, real o personal, no es más que la indiferencia de los espectadores, si están presentes, o la ignorancia de los extraños, si están ausentes. El tercero externo, es tercero frente al *prior creditor*. Contra él tendría que entablar la tercería de dominio o de mejor derecho. Pero frente al deudor, frente al propietario responsable *ultra vires*, no es un obligado, sino un exento de esa obligación pasiva universal. La ley le dota de pretensiones contra el deudor siempre, contra el *prior creditor* algunas veces. Esto nos lleva a una tercera nota de todo concepto de tercero.

c) *Relatividad del tercero respecto de la relación jurídica determinante*.—El tercero es un sujeto determinado y definido por la relación jurídica determinante. Esta relación jurídica y el concepto de tercero están en la misma relatividad de sol y sombra. Por eso, el tercero varía de posición al variar la relación jurídica determinante, de igual forma que la sombra cambia de situación topográfica al variar el movimiento aparente del Sol. El concepto de tercero es único, pero su posición se define con respecto a una relación jurídica variable: Para saber quién es tercero hay que responder: ¿dónde está la relación jurídica determinante? El tercero no puede ser producido en sí mismo, sino desde fuera de sí mismo. El tercero externo, desde la relación jurídica determinante. El tercero interno, desde la *actio-in rem*.

En todos los registros del sistema prendario la relación jurídica determinante está dentro del Registro. Los terceros, fuera. La inscripción tiene una eficacia irradiante y centrífuga.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS,

Notario

(Continuará.)

(25) Windscheid, Pand I, núm. 38, nota 3. «El derecho real contiene únicamente prohibiciones». (*Das dinglich Recht enthält nur. Verbote.*)