

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXI

Febrero 1945

Núm. 201

La Reforma Hipotecaria: su contenido y alcance

I

CONSIDERACIONES GENERALES

Un texto legal tan importante como el publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, al comenzar el año en curso, justifica con creces el estudio y comentario de quienes nos hemos adscrito, vocativa o profesionalmente, a los temas inmobiliarios. Realidad legislativa, que ha de ser norma vigente dentro de pocos meses y lo es ya en algunos extremos, su estudio resulta inexcusable para cuantos han de aplicarla oficialmente y, en general, para los juristas iniciados en estas difíciles materias ; y su commento y exégesis, convenientes para su más recta inteligencia y para facilitar su implantación práctica.

Sabido es, sin embargo, que una reforma legal no puede ser objeto de crítica fundada, sino *a posteriori*, esto es, después de su vigencia y contacto con la realidad viva, cuando la subsunción de la norma pone de manifiesto su adecuación a las necesidades que trata de satisfacer, o, por el contrario, su disparidad con ellas o su insuficiencia, y la experiencia enseña las ventajas e inconvenientes de la reforma : en suma, su éxito o su fracaso.

No en vano, una Ley equivale a un esquema jurídico, o, según la conocida frase de Ihering, a los planos de una máquina, que

sólo pueden valorarse cuando ésta funciona. Es preciso que la Ley *funcione*, actúe en el mundo real, para que su enjuiciamiento sea certero.

A pesar de ello, y una vez formulada esta salvedad, séame permitido esbozar un intento de juicio *a priori*, trazado sobre los planos o maqueta de la nueva Ley, antes de su consumación o vigencia, sin otro propósito que el de trazar una orientación sobre la voluntad del legislador al dictar la reforma, sobre su realización positiva y sobre sus presumibles resultados.

Ante todo, conviene recordar que la actual reforma de la Ley Hipotecaria no se ha propuesto modificar total ni parcialmente los principios clásicos de nuestro sistema, ni dar carta de naturaleza a exóticas innovaciones, inspiradas en sistemas extranjeros—quizá hoy en crisis de superfetación—, sino tan sólo desarrollar y aplicar esos principios en toda su integridad y extensión. Según afirma el preámbulo, con laudable sinceridad, las más relevantes características de la reforma son, en síntesis, una más acusada protección de los derechos inmobiliarios inscritos, una creciente flexibilidad en el régimen hipotecario y una mayor facilidad para mantener el adecuado paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica.

Tal autolimitación de la reforma, que a sí mismos se impusieron sus redactores, es digna del mayor encomio. Y lo es porque—ya va siendo hora de proclamarlo *urbis et orbe*—el sistema inmobiliario español, si no perfecto, que nada humano lo es, sí es perfectible, racional y adecuado a nuestras realidades; y, desde luego, no es inferior en principios y postulados a sus congéneres. No creo que la realidad circundante nos haya enseñado, a los que vivimos desde dentro las instituciones inmobiliarias, el fracaso del sistema implantado por la primitiva Ley Hipotecaria e intentado perfeccionar por las reformas, no todas plausibles, de 1869 y 1909. Los principios en que se inspira nuestro sistema, su dogmática, están hoy tan vivos y rozagantes como en los tiempos de Luzuriaga y Gómez de la Serna. Donde la institución registral ha prosperado y la propiedad inmueble se ha acogido a su régimen protector—que yo califico de «inmunidades»—, el sistema ha dado óptimos frutos, como se comprueba en las comarcas más ricas y más cultas: han desaparecido los estelionatos; se ha favorecido el comercio de los inmuebles; el crédito territorial ha funcionado sobre bases sólidas y se ha

desarrollado con relativa amplitud ; la usura se ha moderado ; el dominio ha logrado estabilidad y seguridad ; los pleitos inmobiliarios casi han desaparecido, y, por añadidura, la Hacienda pública ha alumbrado fuentes copiosas y seguras de ingresos fiscales. Y donde la institución registral todavía no ha arraigado—en esas extensas zonas del documento privado, de las partijas rurales, confeccionadas como Dios les da a entender por verdaderos «curanderos del Derecho», y de la inveterada occultación tributaria—, no cabe imputar el fracaso a la sistemática ni a los principios de la legislación, sino a circunstancias diversas, muy ajenas a aquéllos, tales como el escaso valor de los minifundios ; la escasez, creciente de día en día, de los fedatarios rurales ; la carestía de la titulación y sus impuestos ; las complicaciones civiles de la transmisión «mortis causa» ; la incultura jurídica, que no es sólo privativa del vulgo ; los cultivos económicamente deficientes, etc., etc.

Hoy, después de tres cuartos de siglo, nuestra institución registral se ofrece como muy aceptable, a la luz de los principios ; científica, justa, moral, adaptada a las necesidades prácticas, a la vez que flexible y abierta a las reformas de detalle que la perfeccionen, sin mengua de lo esencial.

Verdad es que nuestra técnica legal no llegó a la «sustantividad» de la inscripción, ni a su obligatoriedad, ni a ciertas sutilezas de otros sistemas. Pero es que otorgar, a los asientos del Registro, fuerza de cosa juzgada ; dar carta de naturaleza al principio del consentimiento abstracto, desligado de todo acto jurídico causal ; llegar al artificio de la hipoteca del propietario o a las complicadas situaciones engendradas por el libre tráfico del rango hipotecario ; prescindir del influjo de la moral, puesta de relieve por el principio de la buena fe, y dar valor a los pronunciamientos del Registro incluso «inter partes», son exageraciones a todas luces improcedentes, en pugna con nuestra tradición jurídica y nuestros hábitos contratuales.

Manejando abstracciones se suele volver la espalda a lo real y concreto, del mismo modo que prescindiendo de la realidad se cae de bruces en la utopía. Un sistema que atribuyese a la inscripción en todo caso plenos efectos de cosa juzgada, basados en presunciones *juris et de jure*, era el ideal de nuestros hipotecaristas clásicos, que, con el entusiasmo ingenuo que suscitan las instituciones nue-

vas, querían centrar toda la vida jurídica de los derechos reales en el Registro y defendían los plenos efectos, positivos y negativos, de sus asientos ; el valor inatacable de la inscripción ; el negocio real abstracto, ajeno en absoluto a toda consideración causal, es decir, a toda motivación humana. Quizá algo semejante a lo que bastante tiempo después ocurrió en el campo de las Bellas Artes, que sufrieron un proceso de *deshumanización* : y de ahí el ultraísmo literario, el cubismo pictórico, las puras formas geométricas en la escultura, sin vida ni expresión humanas. Las teorías ultrarradicales inmobiliarias de antaño, sustituidas hoy por el sistema de protección jurídica al comercio y trato de buena fe, eran a modo—permítaseme la frase—de un «cubismo hipotecario».

La actual reforma rechaza estas exageraciones y mantiene el sistema tradicional. Ello es plausible, porque las deficiencias que la realidad ha puesto de relieve hay que buscarlas fuera de la sistemática. Quizá lo primordial estriba en la falta de *base física* del Registro : la inscripción sólo garantiza formas jurídicas sobre inmuebles, esto es, que existe un derecho dominical, una hipoteca, un censo, pero no que exista en la realidad la finca o entidad física (superficie deslindada de nuestro planeta), elemento objetivo de aquellas relaciones jurídicas. Cúlpese a las deficiencias de nuestro Catastro o a la falta de coordinación entre éste y el Registro, mas no al sistema inmobiliario.

En cuanto a la inscripción *coactiva* o *forzosa*, preconizada por muchos como panacea capaz de resolver instantáneamente los defectos de la institución, no creo que resolviese nada práctico : porque la realidad es siempre más fuerte que las leyes, y no habría sanciones con suficiente energía para hacer cumplir un precepto, en pugna con esa realidad y muchas veces de imposible cumplimiento. Otra cosa es hacerla cada vez más *necesaria*, por su creciente conveniencia y por su reforzada eficacia ; y a medida que aumenten la riqueza y la cultura jurídica, en los medios urbanos y singularmente en los rurales, se irán convenciendo los propietarios de que es ventajoso para sus intereses proteger con las inmunidades del Registro sus inmuebles y derechos reales. La reforma, con buen sentido, tampoco ha optado por esa obligatoriedad coactiva de la inscripción. Se limita a acentuar su necesidad, revalorizando sus efectos y prohibiendo que los títulos no inscritos tengan eficacia

ante Juzgados, Tribunales o autoridades, con las obligadas y naturales excepciones.

Y hechas estas consideraciones generales, a manera de preámbulo, hora es ya de tratar concretamente de la reciente reforma hipotecaria. Para sistematizar en lo posible la exposición, creo conveniente una clasificación trimembre, a saber: I) Lo que la nueva Ley ha suprimido. II) Lo que la nueva Ley ha modificado. Y III) Lo que la nueva Ley ha innovado; o sea un análisis de las supresiones, modificaciones e innovaciones introducidas en el ordenamiento inmobiliario por la reforma, con lo que se completa el de su contenido y alcance.

II

SUPRESIONES EFECTUADAS POR LA NUEVA LEY

Tan interesante como el estudio de lo que las leyes nuevas alteran o crean por vez primera, suele ser el conocimiento de lo que derogan o suprimen de modo definitivo. Las instituciones que nacen se hallan patentes y manifiestas en el texto legal; las que mueren, borradas de éste, pasan muchas veces desapercibidas, a pesar de que su signo negativo puede servir de guía para la interpretación de aquéllas.

La reforma hipotecaria, en lo externo, se limita a sustituir ciertos artículos de la Ley de 1909 por otros, conservando celosamente su numeración, con lo que se facilita la futura labor del texto refundido. Cotejando los artículos nuevos con los antiguos, no es difícil acotar lo que la reforma ha suprimido. Podrían las supresiones clasificarse en *esenciales* y *accidentales*, según se refieran a conceptos o instituciones fundamentales o a procedimientos, detalles, definiciones o referencias de la Ley anterior. Pero, para mayor sencillez en la exposición, he optado por seguir el propio orden numérico de los artículos suprimidos. Examinemos, pues, con la posible concisión, qué es lo que desaparece en virtud de la reforma.

A) *Reservas de derechos a favor de terceros*.—El artículo 7.^o de la Ley de 1909—sustituido en su totalidad por otro nuevo, que ordena que la primera inscripción de los inmuebles sea de dominio—disponía que cuando en un acto o contrato se reservasen de-

rechos reales a favor de alguna persona que no hubiere sido parte en aquéllos, se hiciese una de estas dos cosas : si el acto o contrato eran inscribibles en el Registro, el Registrador haría en la inscripción expresa mención del derecho real reservado y de las personas a cuyo favor se hubiere hecho la reserva ; y si el acto o contrato no eran inscribibles, el Notario autorizante del título o la Autoridad expedidora deberían exigir la inscripción del referido derecho real, siempre que del título mismo o de las diligencias que se hubiesen tenido a la vista para su expedición, resultare el interés de las personas a cuyo favor se hubiese reservado tal derecho. Y para efectividad de este precepto legal, el artículo 54 del Reglamento hipotecario regulaba el procedimiento a que debían sujetarse Notarios, Autoridades o funcionarios y Registradores, a fin de conseguir esta inscripción, que era quizá la única forzosa u obligatoria de nuestro sistema.

Esta singular norma, que imponía una inscripción sin consentimiento y aun sin conocimiento del titular, pugnaba abiertamente con los principios de rogación y de voluntariedad inspiradores de nuestra Ley ; y, aunque defendida por La Serna, Lezón y Beraud, entre otros tratadistas, que la consideraban plausible y lógica para evitar perjuicios a tercero, parece más acertada la posición de Roca Sastre, que la califica de «oficiosidad desorbitada», desprendida de un sistema registral distinto, de inscripción forzosa coactiva.

Lo cierto es que se trataba de *letra muerta* de la Ley, si no en cuanto a la mención expresa que los Registradores habían de consignar al inscribir los títulos en que el derecho se reservase, sí en cuanto a la inscripción forzosa gestionada *ex officio* por Notarios, Autoridades o funcionarios. Difícil será encontrar un caso real de aplicación de esta parte del precepto. Y si, como se ha de ver en seguida, las menciones de derechos reales susceptibles de inscripción también se suprime en la reforma, sólo aplauso merece la desaparición de un texto caído en desuso antes de ser usado.

No creo suscite problemas prácticos la supresión del artículo 7.^º, como no los planteó su aplicación. Si en un título sujeto a inscripción se contiene reserva de un derecho real a favor de tercera persona y referente a la misma finca, y este derecho reservado es susceptible de inscripción especial y separada, no deberá el Registrador mencionarle en el asiento que practique ; si el derecho reservado no

es susceptible de inscripción especial y separada (lo que parece muy difícil, casi imposible, siendo de naturaleza real), no habrá obstáculo legal en que se mencione, aunque no se sepa a ciencia cierta, cuál será el valor de esta mención, ni qué efectos podrá producir, toda vez que también se ha suprimido el artículo 29 que los regulaba.

B) *Entidad registral anómala, integrada por derechos reales que graven dos o más fincas.*—La reforma hipotecaria de 1909 introdujo una insólita excepción al principio de especialidad y determinación y al de registro por fincas al autorizar, en los párrafos finales del artículo 8.º, que los treudos, servidumbres, censos y demás derechos de naturaleza real, con excepción del de hipoteca, cuando gravasen dos o más fincas, pudiesen inscribirse en hoja especial y bajo un solo número, haciéndose expresa mención de las fincas gravadas, aunque éstas no se hallaren especial y separadamente inscritas. En la reforma actual se suprime esta anomalía, que, aparte de crear una nueva entidad registral distinta a la finca, pieza maestra del sistema, o sea una entidad sin soporte objetivo directo, incurría en la incongruencia de admitir la inscripción de derechos reales aun sin estarlo los inmuebles sobre que recaían.

En nuestro sistema, la finca es la entidad registral independiente, señalada con un número determinado, que sirve de soporte objetivo a las relaciones jurídicas inscribibles; y esta entidad se halla normalmente constituida por superficies de tierra, con o sin construcciones, matemáticamente deslindadas o, por lo menos, suficientemente determinadas. La finca extraña, ficticia, inexistente física y catastralmente, constituida por la unidad de derechos reales que innovó la Ley de 1909, desencajaba, evidentemente, del sistema, pues, si se generalizase su tendencia, amenazaría en convertir el sistema de inscripción por fincas en el desecharido de inscripción por propietarios (folio colectivo), y no tenía una justificación de necesidad, como la tiene, por ejemplo, la entidad inscribible constituida por las concesiones administrativas. Los legisladores de 1909 dieron carácter de legalidad a la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros (Resoluciones, entre otras, de 7 de marzo de 1896 y 19 de mayo de 1908) y a la R. O. de 9 de octubre de 1893 relativa a la posible inscripción del dominio directo o del útil, como primera partida del historial de cada finca.

Mereció el precepto acres censuras a los tratadistas, si bien es justo reconocer que en la práctica careció de trascendencia la innovación, pues han sido muy raros los casos de inscripción de estas entidades registrales abstractas, por lo que hoy, cada vez más en desuso los negocios jurídicos de censos, treudos, foros, etc., ha de ser favorablemente acogida la supresión absoluta de tal desviación de una de las bases cardinales de nuestro sistema, con lo que, según afirma el preámbulo, se consolida el principio de especialidad.

En cuanto a las inscripciones, pocas o muchas, que puedan existir actualmente al amparo de los textos suprimidos, claro es que subsistirán con plenitud de efectos y podrán seguir siendo transmitidas, hasta que se cancelen, en la forma ordinaria, ya que la nueva ley no ordena su «desintegración» o inscripción especial y separada de cada una de las fincas afectadas por el derecho real inscrito.

C) *Inscripción de fideicomisos.*—El artículo 14 de la Ley de 1909, modificando el correlativo de la primitiva, ordenaba que la inscripción de los fideicomisos se verificase a nombre de los fideicomisarios; pero lo tajante de este precepto, que obedecía a lo dispuesto en los artículos 783 y 785 del Código civil, se moderaba por el artículo 72 del Reglamento, que, satisfaciendo exigencias de la legislación foral, autorizaba la inscripción a nombre de los fiduciarios en los casos en que las leyes o los fueros lo permitieran, cuando no fuere conocido el fideicomisario. Y la jurisprudencia de la Dirección llegó a admitir en el fiduciario la facultad de cancelar por sí solo una hipoteca del fideicomiso (Resolución de 12 de marzo de 1903).

La reforma actual suprime en absoluto dicho precepto, que es sustituido por la regulación de títulos hereditarios. En rigor, el precepto del artículo 14 era de rango más reglamentario que legal. La inscripción de derechos sólo debe practicarse a favor de sus legítimos titulares; y lo cierto, como dice Morell, es que en el caso de las sustituciones fideicomisarias los derechos de fiduciario y fideicomisario guardan analogía con los de usufructo y nuda propiedad, o sea que, como el fiduciario tiene derecho de disfrutar los bienes durante su vida o hasta llegar el tiempo o la condición, su derecho, aunque sea limitado o resoluble, también es inscribible. Por tal razón es plausible la supresión del artículo 14, a base de que en el Reglamento se regule esta materia con arreglo a la verdadera doc-

trina: que se pueda inscribir a favor de cada titular su respectivo derecho.

D) *Inscripciones de incapacidad*.—Decía el artículo 15 de la Ley de 1909 que las inscripciones de las ejecutorias por las que se modifique la capacidad civil de las personas y las anotaciones preventivas de las demandas a que se refiere el número 5.^o del artículo 42 expresarán claramente la especie de incapacidad que de dichas ejecutorias o demandas resulte; precepto desenvuelto por el 73 del Reglamento, que especifica las circunstancias de dicha clase de inscripciones.

En la reforma desaparece el texto anterior íntegramente, pues el nuevo artículo 15 se consagra a regular los derechos de los legítimos de parte alícuota. Y, en realidad, el antiguo artículo 15 era innecesario en el texto legal, por implicar su contenido una redundancia superflua, ya que todo asiento registral, conforme a las normas generales reguladoras de sus circunstancias y requisitos, ha de expresar con la claridad necesaria la especie de derecho a que se refiere, y si es limitativo de la capacidad civil de los titulares, la especie de incapacidad a que se contraiga. Era un texto esencialmente reglamentario, y su desaparición del ordenamiento legal no da lugar a problemas, ni es presumible tenga consecuencias prácticas.

E) *Fuerza de los títulos no inscritos frente a tercero*.—Disponía el párrafo primero del artículo 23 de la Ley de 1909 que «los títulos mencionados en los artículos 2.^o y 5.^o que no estuvieran inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero». La reforma suprime este precepto básico en el sistema, al sustituir totalmente la letra de dicho artículo 23 por la norma prohibitiva de la inscripción de posesión y no consignarlo en ningún otro.

¿Qué alcance debe darse a esta destacada supresión? Para concretarlo es conveniente examinar antes el del texto suprimido.

El que «lo no inscrito no perjudique a tercero» determina, a juicio de Morell y de Roca Sastre, el verdadero alcance de la fe pública registral en la Ley Hipotecaria, lo que explica que el ministro Fernández Negrete, al presentar al Congreso la Ley de 1861, dijese que en ese artículo se condensaba toda la Ley. Siendo nuestro sistema principalmente de efecto negativo, puesto que los efectos positivos se admiten tasadamente y con limitaciones, es evidente que ese artículo, exponente sintético del postulado de que lo que no está en

el Registro no está en la realidad, al menos para terceros—ya que las partes se rigen por la ley civil y sus relaciones no se modifican por la inscripción—, era de la mayor trascendencia sistemática.

Los títulos que, siendo inscribibles, no se inscriben no pueden perjudicar a tercero ; pero, entiéndase bien, al tercero que inscribe, pues según tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 28 de noviembre de 1900, 1.^º de junio de 1901, 13 de junio de 1902 y 17 de enero de 1903), «los títulos no inscritos en el Registro de la Propiedad pueden y deben ser estimados cuando las personas a quienes perjudiquen no ostenten frente a ellos otros inscritos, pues la Ley Hipotecaria sólo garantiza a los que contratan bajo la garantía del Registro». Sanción a la negligencia de no inscribir lo inscribible, dicho texto daba una versión conceptual del tercero diferente a la definición contenida en el artículo 27 ; pues el tercero a que se refería, inmune al perjuicio dimanante de títulos no inscritos, tenía que ser por fuerza un titular inscrito y, por tanto, no podía ser quien no hubiere intervenido en el acto o contrato inscrito. Si *A* vendía una finca a *B*, y éste inscribía su dominio como libre de cargas, y después resultaba que con anterioridad *A* la había hipotecado a favor de *C*, el título de hipoteca de éste, no inscrito, no podía perjudicar a *B*, titular inscrito. Esto equivale a la aplicación más elemental y pura de la mecánica efectiva del Registro.

¿Significa la supresión del artículo 23 que ha cambiado el pensamiento del legislador y que desaparece de nuestra legislación tan eficaz, aunque negativa, defensa del título inscrito ? ¿Quiere decir que los títulos no inscritos podrán en lo sucesivo perjudicar a tercero, o sea, al titular inscrito ? Si así fuese, la reforma habría echado por tierra, de modo solapado, todo el sistema, y, volviendo al revés la frase de Fernández Negrete, podría decirse que la supresión de un solo artículo equivalía a la destrucción de toda la Ley.

Pero, por fortuna, no sucede ni puede suceder así. En primer lugar, porque del contexto general de la reforma, puesto de relieve en el preámbulo, y de lo que queda vigente de la Ley anterior, se deduce implícitamente esta norma general : lo no inscrito nunca puede perjudicar a lo inscrito, salvo los casos de excepción que la propia Ley determina ; y en segundo lugar, porque no hay que olvidar que el artículo 606 del Código civil, con más perfección que el suprimido

23 de la Ley Hipotecaria, dice que 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; y este texto continúa vigente en la actualidad.

Queda, pues, subsistente el indicado principio negativo, fundamental de nuestro sistema, y aunque no merezca censura su supresión, si obedece a evitar repeticiones y no a un prurito de conservar sin alteración la numeración del articulado, no estará de más recordar que, aunque lo contenga el Código civil, ese principio siempre ha de tener su lugar adecuado y preferente en el texto de una ley inmobiliaria.

F) *Efectos de la inscripción contra acreedores singularmente privilegiados y fecha de la efectividad de los títulos inscritos.*—El artículo 25 de la Ley de 1909 disponía en su párrafo primero que los títulos inscritos surtían sus efectos aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común; y en su párrafo segundo que los títulos inscritos surtían su efecto, en cuanto a tercero, desde la fecha de la inscripción.

La reforma suprime también este artículo, sustituyéndolo por otro nuevo, que coloca bajo la salvaguardia de los Tribunales a los asientos del Registro, los cuales producirán sus efectos legales, mientras no se declare su inexactitud.

El párrafo primero del artículo 25 era, en realidad, un corolario del artículo 23, pues si los títulos no inscritos no perjudican a tercero, lógico es que los inscritos surtan su efecto contra todo tercero, aunque sean los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común. Es decir: la inscripción produce sus efectos—o sea, sus inmunidades, sus defensas, sus protecciones—frente a los títulos no inscritos, defendidos solamente por la legislación civil, aunque lo sean de modo privilegiado. Los acreedores singularmente privilegiados de la legislación común (por gastos de funerales o de última enfermedad del deudor, por trabajo personal, por alimentos, etc.) son preferidos a otros; pero el Código civil, al regular la preferencia de créditos, respeta los principios inmobiliarios y no concede privilegio alguno a tales acreedores sobre determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor (artículo 1.923), si bien deja a salvo sus derechos preferentes, sólo en relación a los inmuebles

o derechos reales del deudor que no se hallen determinadamente afectos a otros créditos (artículo 1.927).

En verdad que, al producir la inscripción sus efectos legales, éstos afectan por igual a todos los terceros no inscritos, y no cabe distinguir, dentro del Registro, entre unos más y otros menos privilegiados. Salvo los créditos por contribución territorial del Estado que, sin estar inscritos, tienen el singular privilegio de hacerse efectivos con ciertas limitaciones, aun en perjuicio de tercero inscrito, los demás acreedores, si su derecho no consta en el Registro, no tienen preferencia alguna sobre los derechos inscritos y, por tanto, han de sufrir el perjuicio que la inscripción, con sus efectividad, les produzca, dígalo o no lo diga de modo expreso la Ley Hipotecaria, con arreglo a los principios generales del sistema, y, por si no fuese bastante, porque lo establece del mismo modo la ley civil al regular la prelación de créditos.

El segundo párrafo del artículo 25, al fijar la fecha desde la cual los títulos inscritos surten sus efectos en cuanto a tercero, había de entenderse subordinado al artículo 26, hoy subsistente, a cuyo tenor lo que determina la preferencia de fechas es la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos, y al artículo 28, también mantenido por la reforma, que considera como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación.

En rigor, el párrafo primero del artículo 23, el segundo del 25 y los 26 y 28 formaban un cuerpo de doctrina, complementándose mutuamente. La supresión del párrafo segundo del artículo 25 no es grave, porque su contenido va implícito en los dos que quedan subsistentes ; pero hubiera sido preferible, a mi juicio, conservarle, trasladándole a la cabeza del artículo 28.

G) *Concepto del tercero.*—La Ley anterior, en su tan conocido artículo 27, consideraba, para los efectos legales, como tercero a aquel que no hubiere intervenido en el acto o contrato inscrito.

La reforma suprime esta definición (pues el artículo 27 lo consagra a regular las prohibiciones de enajenar), pero mantiene el concepto, aunque, como dice el preámbulo, pudiera haber sustituido la denominación, porque no puede desconocerse que todos los regímenes hipotecarios de tipo intermedio se han visto precisados a regular esta figura jurídica, precisamente al fijar el ámbito del prin-

cipio de publicidad. Es una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas que el legislador no puede preterir. Por ello, la reforma precisa mejor el concepto, sin definirlo, en el artículo 34, calificando de tercero al causahabiente por vía onerosa y con buena fe de un titular registral.

Digna de encomio es la supresión de la definición de tercero en el texto legal. En primer término, no suele ser de buena técnica legislativa consignar definiciones, misión propiamente didáctica o científica, aunque tampoco la reforma deja de incurrir en el mismo defecto, ya que define en el nuevo artículo 32, un tanto ingenuamente, la inexactitud del Registro. Y en segundo lugar, la desafortunada definición del anterior artículo 27, en contradicción con el concepto de tercero registral contenido en otros artículos, había motivado una «exagerada exégesis»—según frase del preámbulo—y dado lugar a que cada tratadista formulase, a su vez, otra nueva definición, de cuya obsesión no se han librado ni los más modernos, lo que evidencia que la definición legal, por ninguno aceptada, no era satisfactoria.

Dejando a un lado la copiosísima controversia doctrinal sobre esta ardua materia del concepto de tercero, que por sí sola sería suficiente para llenar varios tomos, y prescindiendo de notorias exageraciones, que llegaban a declarar inexistente el concepto, lo cierto es que la técnica moderna había llegado a estas conclusiones : a) Es imposible, y además inútil, el intento de definir el tercero, porque en nuestro sistema positivo no responde a un concepto unitario ; b) La noción de tercero es indispensable, pero no tan esencial que sólo su presencia ponga en marcha el mecanismo de las protecciones registrales ; c) El concepto de tercero se halla subordinado, en cada caso, a la efectividad de alguno de los principios del sistema inmobiliario, y por ser un concepto relativo y aun reversible, para precisarlo hay que atender a las circunstancias del negocio jurídico que lo pone en juego ; d) El considerado por autonomía como tercero *hipotecario* (no definido en el artículo 27) no es sino el *titular registral* en cuyo favor actúan en mayor o menor grado las defensas del sistema, por lo que sería posible llegar a la supresión del vocablo, aunque no del concepto, de lo que daba ejemplo el antiguo artículo 34 ; es, en suma, el titular registral beneficiado o perjudicado, en relación con actos jurídicos ajenos, por la aplicación de los principios y efectos propios del sistema inmobiliario ; e) Siempre ha de

quedar en pie la noción de tercero como extraño a una relación jurídica en lo que no ha intervenido ni conoce (*penitus extraneus*), defendido por el clásico *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*, y que equivale, en los derechos reales, al sujeto pasivo indeterminado que puede llegar a destacarse de la masa general en virtud de negocio jurídico que le comunique un interés sobre el derecho inscrito de que se trate.

Y si esto es así, parece innegable que la reforma ha sabido recoger tales enseñanzas, puesto que prescinde, a los efectos de la *fides publica*, de este último tercero, que no tiene acusado valor registral ; suprime la definición, precisa el valor conceptual en el nuevo artículo 34, complementándolo con el requisito de la buena fe, y no suprime la denominación por su tradicional arraigo en nuestro Derecho.

En el orden práctico no es presumible consecuencia alguna derivada de esta supresión de un concepto enrevesado ; en cambio, en el doctrinal evitará, de seguro, infinitos quebraderos de cabeza a quienes inician los estudios de estas disciplinas y tropiezan con un concepto, definido por cada autor a su gusto, y por la Ley, a gusto de ninguno.

H) *Mención de derechos.*—Sabido es que, con arreglo al artículo 29 de la Ley de 1909, la mención expresa, en inscripciones o anotaciones, del dominio o cualquier otro derecho real surtía efecto contra tercero desde la fecha de presentación del título respectivo. Guardaba íntima relación este precepto con el párrafo final del artículo 7.º, a cuyo tenor, según se dijo antes, debía hacerse en las inscripciones expresa mención de los derechos reservados en el título que se inscribe a favor de personas que no hubieren sido parte en él.

La reforma, en el nuevo artículo 29, declara que la fe pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial ; y en la primera de las disposiciones transitorias ordena la caducidad de las menciones que, al entrar en vigor la Ley, tengan más de quince años de fecha, las cuales serán canceladas de oficio o a instancia de parte, y concede un plazo de dos años para las que tengan menos de quince de antigüedad, dentro del que podrán ser inscritas o anotadas, sin cuyo requisito caducarán una vez transcurrido el expresado plazo y no surtirán

efecto alguno, pudiendo ser canceladas de oficio o a instancia de parte.

Como se ve, la oscura teoría de la mención registral pasa a la Historia (1). En verdad que esa teoría era, en nuestro sistema, incompleta y deficiente. Su admisión representaba una primacía del principio de publicidad sobre el principio de inscripción. De prevalecer éste, no podrían surtir efecto contra tercero sino las relaciones jurídicas inscritas; lo no inscrito carecería de realidad, registralmente, y no cabría admitir zonas intermedias entre la inscripción y la no inscripción, que eso era y no otra cosa lo que la mención representaba en nuestro sistema: una solución ecléctica en virtud de la cual se concedía efectos registrales, aunque limitados, a relaciones jurídicas no inscritas que habían tenido acceso al Registro con ocasión de la inscripción de otro derecho y que se beneficiaban, por ello, del principio de publicidad. La absorbente fuerza, en nuestro sistema, de este principio servía de fundamento a la efectividad concedida a la mención, puesto que constando en el Registro, aunque imperfectamente, la existencia de una relación jurídica referente a una finca o derecho real determinado, quienes realizasen negocios jurídicos a éstos relativos no podían alegar desconocimiento de aquella relación que el propio Registro les había manifestado y notificado, y, en virtud del principio de buena fe, no podían sustraerse a sus efectos.

Mas aun respaldada por ambos principios, publicidad y buena fe, la eficacia concedida a las menciones por la Ley anterior resultaba peligrosa y desencajada del sistema general, en el que abría una puerta falsa, por donde solían penetrar derechos deficientes y aun de simple obligación, dando lugar a la inseguridad e incertidumbre de las relaciones jurídicas, que son justamente los inconvenientes que todo régimen inmobiliario se propone desterrar.

Complicado y difícil era también precisar la efectividad de la mención. Si repasamos mentalmente el amplio cuadro de los efectos de la inscripción, de las inmunidades que otorga, al instante se comprueba que no eran en su casi totalidad aplicables a la mención. Descartando, desde luego, los efectos sustantivos implantados por la reforma de 1909, que tienen virtualidad incluso «inter

(1) Esto no es cierto de modo absoluto, puesto que la nueva Ley establece y regula ampliamente una nueva mención: la de ciertos derechos legitimarios. Véase el nuevo artículo 15.

partes», y que es forzoso descartar por referirse la efectividad de la mención, según la propia ley, sólo al «perjuicio de tercero», deberíamos después eliminar del ámbito de la mención la mayoría de los efectos que, aunque negativos, confieren a la inscripción una protección especial contra las acciones de terceras personas. En efecto: la mención no legitimaba el derecho mencionado, en ningún caso lo hacía irrevocable, no inmunizaba a su titular contra acciones de rescisión, resolución o nulidad, no le confería titularidad registral ni facultad dispositiva con efectos registrales, ni autorizaba siquiera para que los derechos mencionados pudieran esgrimirse ante Juzgados, Tribunales u oficinas en perjuicio de tercero, si el título constitutivo no se hallaba inscrito en el Registro, aunque el Tribunal Supremo en alguna sentencia lo entendió de otro modo. Ni el artículo 20, que no autorizaba el trato sucesivo de menciones, ni el 24, ni el 34, ni el 36, ni el 41, eran aplicables a la mención.

¿Qué efectividad, pues, reservaba a ésta la Ley anterior? No quedaba otra sino la puramente defensiva y negativa de que los terceros tuvieran que respetar el derecho mencionado, como indeclinable consecuencia del principio de publicidad, porque la mención lo publicaba registralmente, aunque en forma embrionaria. Así lo estableció la jurisprudencia de la Dirección al declarar que, mientras la mención subsistiese no podía inscribirse en el Registro ningún título por el que se extinguiese o redujese el derecho mencionado, si no expresaba su consentimiento el titular de la mención (Resoluciones de 28 junio 1896, 10 junio 1910 y 22 octubre 1920); doctrina reiterada recientemente por la de 22 de febrero de 1941, según la cual «el principio de que las menciones favorecen a los terceros—que son a modo de titulares de un derecho en cosa ajena—trae como consecuencia que los derechos mencionados no puedan extinguirse sin el consentimiento de las personas favorecidas, prestado voluntaria o forzosamente, mediante los documentos y formalidades exigidos para las cancelaciones».

Todo ello hizo profetizar a Díaz Moreno, que con tanta claridad y elegancia divulgó la ciencia hipotecaria de su tiempo, que la doctrina de la mención, como la poesía épica, estaba llamada a desaparecer. Y es que la mención desentonaba en un sistema de técnica depurada, como forma híbrida, andrógina, intermedia entre el

ser y el no ser. La publicidad actuaba incompletamente en la mención, ya que las indicaciones de ésta eran insuficientes y no daban a conocer con exactitud la naturaleza, extensión, condiciones y cargas del derecho mencionado; la legalidad tampoco podía funcionar normalmente, porque el Registrador carecía casi siempre de elementos de juicio para ejercer la facultad calificadora respecto a las menciones; e incluso la existencia misma del derecho objeto de la mención era en muchos casos problemática, por lo que entrañaba graves dificultades favorecerla con las presunciones ordinarias del sistema. La mención, pues, podía desaparecer de nuestro sistema, sin quebranto alguno de sus presupuestos materiales y formales.

Sin embargo, Roca Sastre, disintiendo del parecer de la mayoría de los tratadistas, entiende que la existencia de la mención en nuestro sistema es una rigurosa consecuencia del régimen adoptado, de modo que para poder eliminarla sería preciso un cambio bastante fundamental del régimen hipotecario vigente, suprimiendo el sistema de inscripción o extracto del título inscribible y adoptando en su lugar el de amplio encasillado; y, sobre todo, se necesitaría un deslinde enérgico en los títulos inscribibles entre lo obligacional y lo dispositivo, acudiendo éste al Registro de un modo más simple y nítido que actualmente. No haciéndolo así, concluye el ilustre autor citado, hay que mantener las menciones, sin perjuicio de aplicarlas un régimen de caducidad; otra reforma parcial sería inoportuna y perturbadora.

La reforma, sin embargo, se inspira, según dice su preámbulo, en que ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial, pues su consignación en el mismo dificulta el comercio inmobiliario y el crédito territorial. No se concibe cómo nuestro Derecho, tan escrupuloso en la calificación e ingreso de los derechos inscribibles, permite que puedan adquirir naturaleza de verdaderos rangos hipotecarios derechos inciertos, de eficacia dudosa y muchas veces de no fácil identificación. Los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada deban cuidar directamente de su ingreso en el Registro, sin que su negligencia mereza especial protección.

Ha de calificarse de acertado el criterio de la reforma que, con-

virtiendo en realidad el vaticinio de Díaz Moreno, ha suprimido la mención de los derechos inscribibles, sin necesidad de implantar, como Roca Sastre preconizaba, el sistema de inscripción en libros encasillados—tan poco aconsejables por multitud de razones.

No es de presumir se planteen problemas prácticos por la supresión de la mención, salvo el de desterrar la rutina imperante en muchas oficinas de transcribir todas las cláusulas de los títulos, incluso algunas de simple alcance obligacional, lo que daba lugar a una fértil proliferación de menciones. La caducidad de ésta se regula con acierto. La de las que pasen de quince años es automática, en cuanto la ley entre en vigor; las más modernas tienen un plazo de dos años para llegar a la inscripción, y si no, caducan de igual modo. La cancelación se hará de oficio o a instancia de parte (1). Creo que la cancelación de oficio sólo deberá hacerse cuando haya de expedirse certificación de cargas, a fin de no incluir las menciones caducadas por imperio de la ley; en los demás casos, será preferible esperar a la solicitud del interesado.

En cuanto la ley esté en vigor, los Registradores deberán consignar todas las circunstancias o modalidades de la relación jurídica que se inscriba—aunque el artículo 61 del Reglamento emplea la palabra «mencionar», no lo hace en el sentido específico de la mención, sino en el genérico de expresión o consignación. Deberá silenciar todo lo que sea estrictamente de carácter personal. Y en cuanto a lo que tenga trascendencia real, harán una distinción: los derechos que sean susceptibles de inscripción especial y separada, aunque se mencionen en los títulos no deben mencionarse en la inscripción, puesto que la fe pública registral no se extiende a ellos; podrán seguir mencionando los derechos de trascendencia real, susceptibles de modificar la relación jurídica inscrita, aunque no de inscripción especial y separada, si bien es muy difícil determinar prácticamente cuáles pueden ser estos derechos, porque si son efectivamente reales, siempre podrán ser objeto de inscripción especial y separada.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.
Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad.

(1) Es de observar en este punto una contradicción en que incurre la reforma, pues en el nuevo artículo 99 dispone que las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada deberán ser canceladas por el Registrador a instancia de parte interesada.