

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XX

Marzo de 1944

Núm. 190

Notas al Proyecto de Reforma
del Código civil ⁽¹⁾

Con verdadera complacencia he leído el proyecto de reforma del Código civil y de la Ley Hipotecaria.

Y con un atrevimiento mal avenido con la obligada modestia que me caracteriza—soy modesto por imperativo de mi insignificante estatura científica—he querido pergeñar unas notas, que no me atrevo a llamar pomposamente comentarios, destinadas a que vean la luz en la REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

Pero como el examen, aunque breve, de las proyectadas modificaciones de la Ley, daría a este trabajo unas proporciones desmesuradas, voy a limitarme a comentar exclusivamente el Proyecto de Reforma del Código civil.

«Art. 605. El Registro de la propiedad tiene por objeto la inmatriculación de los bienes inmuebles; la toma de razón y exteriorización de todas las disposiciones, resoluciones, actos y negocios jurídicos concernientes a la constitución, reconocimiento, declaración o modificación del dominio y demás derechos reales inmobilia-

(1) Según nuestras noticias, en el Proyecto de reforma parcial de la Ley Hipotecaria no se incluyen las modificaciones de los arts 605 y siguientes del Código civil, pero no tenemos inconveniente en insertar este trabajo por lo que de doctrinal tiene y pudiera aprovecharse en la discusión. (Nota de la Redacción.)

rios, y la de todos aquellos hechos y actos jurídicos que tiendan a modificar cualquier situación real sobre dichos bienes.”

Este artículo podría redactarse también en la siguiente forma :

“El Registro de la propiedad tiene por objeto la exteriorización, legitimación y prueba de los derechos reales inmobiliarios que se hallen en el comercio de los hombres y el de aquellos otros que tiendan a variar relaciones reales sobre inmuebles.”

Se podría reservar la primera redacción para el art. 605 del Código civil y la segunda como modificación al párrafo primero del artículo 1.^º de la vigente Ley Hipotecaria.

Con depurado tecnicismo y claros matices se fija en este artículo el contenido del Registro de la Propiedad.

Vemos en el texto del precepto, perfectamente deslindados : la «inmatriculación», de una parte, la «toma de razón», de otra. En el Registro de la Propiedad ingresan los bienes inmuebles—se «inmatriculan»—; y se «toma razón»—¡qué bien suenan estos términos plenos de solera!—de todo lo que tenga trascendencia jurídico-inmobiliaria : las «disposiciones»—Ley, por ejemplo, que atribuye la propiedad de determinados inmuebles a la Hacienda o a ciertas corporaciones—; «resoluciones»—judiciales, decretando embargos o adjudicaciones o declarando la propiedad sobre fincas ; administrativas, otorgando una concesión—; «actos y negocios jurídicos»—causa jurídica voluntaria—«concernientes a la constitución, reconocimiento, declaración o modificación del dominio y demás derechos reales inmobiliarios».

Echamos de menos la «extinción». Ciento que, interpretada la palabra «modificación» de un modo amplio y extensivo, en ella podría considerarse comprendida ; pero este pensamiento, ni nos convence, ni nos tranquiliza. ¿Se quiere seguir un criterio de amplitud y falta de concreción al fijar el objeto del Registro de la Propiedad? Dígase, sencillamente—como nosotros hemos escrito al principio—, que tiene por objeto... la toma de razón de todas las disposiciones, resoluciones, actos y negocios jurídicos de trascendencia jurídico inmobiliaria. Pero desde el momento que se concreta el contenido del Registro, y se habla de constitución, reconocimiento, declaración o modificación, resulta de imperiosa necesidad completar la lista de lo registrable : “... y la extinción del dominio y demás derechos reales inmobiliarios”. En este sentido nos parece insustituible

la clásica enumeración: «... la constitución, reconocimiento, declaración, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles».

El final del artículo, concebido en términos de gran amplitud, liberado de toda expresión ajena al Derecho inmobiliario, respetuoso con nuestra disciplina, dando cabida en el Registro, no sólo a los negocios, sino también a los actos y hechos jurídicos; aludiendo, con hábil y rápida pincelada, a las anotaciones preventivas («Vormerkungen» del Derecho alemán), es un acierto de técnica.

En cambio, el término «exteriorización» incluido en el proyectado artículo, lo mismo en la redacción primera que en la segunda, nos parece improcedente por incompatible con el juego y función de las inscripciones constitutivas qué, aunque con limitadísimo campo, existen en nuestro Derecho positivo.

Artículos 606 y 607. Estos dos artículos, tal como aparecen en el proyecto, recogen sintéticamente el principio hipotecario de publicidad material, en su doble aspecto de «legitimación registral» y «fe pública del Registro».

En el fondo, los preceptos proyectados no son innovadores. Su espíritu, su ausencia, existían ya en el Derecho positivo español; pero de un modo analítico y fragmentario: diluido a través del articulado de nuestra Ley. El intérprete, entonces, estaba colocado en el trance de formular por inducción el principio de publicidad y los demás principios básicos de nuestro régimen hipotecario, extrayéndolos de esas normas detallistas. Era inútil—lo es todavía, mientras el Proyecto que comentamos llegue a ser Ley—buscar en nuestros textos positivos preceptos únicos y sintéticos, definidores de los principios de legitimación registral y de fe pública del Registro. Para llegar a la formulación de estos principios, era preciso barajar, por lo menos, los siguientes artículos—por no citar sino los principales—: el 41, el 33, el 24, el 34 y el 36, todos de la Ley Hipotecaria, y de su combinación y engarce resultaba el siguiente sistema: el Registro se presume exacto (art. 41); esta presunción es solamente «*juris tantum*» cuando es alegada en apoyo de relaciones jurídicas no derivadas del carácter de tercero adquirente (artículo 33), pudiendo, por tanto, ser desvirtuada por el adversario que pruebe

la inexactitud del Registro, dolegándose éste ante la realidad (artículo 24); pero cuando de la inscripción inexacta deriva otra posterior, la presunción de exactitud del Registro se hace «*juris et de jure*», dolegándose la realidad ante el Registro (arts. 34 y 36).

Como vemos, a través de esta labor analíticoinductiva se descubría en nuestro Derecho la existencia de los principios hipotecarios que ahora nos ocupan.

Pero el Proyecto de reforma, marchando por el buen camino, consagra sintéticamente en dos preceptos únicos—certeros y de irreprochable tecnicismo—el principio de publicidad material, en su doble matiz.

Principio de legitimación registral.—Art. 606: «Los asientos del Registro se presumirán exactos—publicidad positiva, lo que está en el Registro existe—e íntegros—publicidad negativa, lo que no está en el Registro no está en el mundo—a favor de sus respectivos titulares, mientras no medie declaración judicial de inexactitud registral.» Presunción, por consiguiente, «*juris tantum*» de concordancia entre Registro y realidad jurídica, con alcance puramente procesal o de desplazamiento de prueba.

No queremos terminar el comentario a este artículo sin destacar, como merece, el acierto indiscutible de no hacer en él referencia alguna a la posesión ni a ningún precepto del Código civil con ella relacionado. La redacción del art. 41 de la Ley Hipotecaria—verdadero semillero de dudas y confusiones, aun después de la reforma del año 1927—cede el paso a esta otra del precepto proyectado—no ajena, quizá, a la fina sugerencia de Pérez González y Alguer (1)—, de sencillez encantadora, de claridad meridiana y de tecnicismo sin tacha.

Principio de fe pública del Registro.—Art. 607: «El tercero que, en virtud de negocio jurídico a título oneroso, hubiese adquirido e inscrito a su favor el dominio o cualquier otro derecho real, fundándose de buena fe en un asiento registral, será mantenido en su derecho, aunque los términos del Registro no concuerden con la realidad jurídica..»

(1) «Tratado de Derecho civil», de Ennecerus, Kipp y Wolff, tomo III. «Derecho de cosas», por Martín Wolff, volumen I, página 244.

El artículo que queda transcrita constituye una cadena de aciertos.

En primer lugar, emplea—y hace bien—el término «tercero», de rancio abolengo hipotecario y de indiscutible existencia. Posiciones doctrinales que, como la de Uriarte Berasátegui (1), niegan que el tercero hipotecario existe, tienen, a nuestro juicio, un alcance mucho más restringido que el que quieren darle sus propios autores. No se trata, en realidad, de eliminar el concepto, sino el término con que se le designa. ¿Cómo se va a negar, en un sistema de desenvolvimiento técnico como el nuestro, la existencia de la fe pública del Registro con su destinatario—el titular de inscripción derivada—clásico tercero? Podremos llegar, si se quiere, a eliminar este término, a suprimir la palabra «tercero» del articulado de la Ley; pero siempre encontraremos, y ello es la más acusada excepción de nuestro régimen, la energética protección registral otorgada al que, basándose en una inscripción anterior, adquiere por negocio jurídico a título oneroso y con buena fe, e inscribe su adquisición. Realmente, importan poco las palabras y mucho los conceptos.

Ahora bien: cuando las palabras tienen arraigo profundísimo en la conciencia jurídica de un pueblo; cuando, además, responden a una técnica correcta, deformada y oscurecida más por los intérpretes y comentaristas que por el propio Derecho positivo, ¿por qué suprimirlas en la Ley? ¿Por qué redactar una Ley Hipotecaria española en cuyo articulado no se vierta esa palabra «tercero», que suena tan a cosa nuestra?

Y el proyectado artículo 607 del Código civil, al formular el principio de la fe pública registral, al proclamar—en beneficio del titular de inscripción derivada—la exactitud del Registro aunque los pronunciamientos de esta Oficina no concuerden con la realidad jurídica, nos habla del tercero, y emplea este término con un tecnicismo tan perfecto, que nos permite distinguir claramente lo que durante mucho tiempo ha estado confundido: el tercero propiamente dicho y el protegido con la fe pública.

‘‘Ello nos lleva a tratar, aunque muy brevemente, del tercero. Pero no se alarmen nuestros pacientes lectores. No vamos a dar aquí un concepto original del «misterioso personaje»: en primer

(1) Uriarte Berasategui: «Inexistencia del tercero hipotecario». Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núms. 80 y siguientes.

lugar, por la modestia de nuestra pluma ; en segundo término, porque, después de la magistral construcción de Roca Sastre (1), nuestro concepto de tercero no es otro que el del insigne hipotecarista.

Vamos, pues, a exponer en síntesis la postura doctrinal de Roca —de sobra conocida por los lectores de esta Revista—, para que ella sirva de soporte al comentario que estamos haciendo.

Constituye el punto de arranque de su argumentación la idea de que el tercero hipotecario no es distinto del tercero civil, y por eso fija, ante todo, el concepto de este último.

Tercero civil.—En todo contrato es preciso, desde el punto de vista personal, distinguir : los que lo forman (partes) y los extraños a su formación (terceros). El concepto de tercero es, pues, negativo : el que no es parte.

El contrato únicamente «obliga» a las partes (art. 1.257 del nuestro Código civil), pero «afecta» a los terceros, en el sentido de que éstos no pueden desconocer o rechazar la existencia de aquél, como no se halle desprovisto de una garantía de autenticidad.

Dentro del género «tercero» existe la especie «tercero adquirente», o mejor «subadquirente» : el que ha entrado en relación jurídica con alguna de las partes de un contrato y respecto de lo que es materia u objeto del mismo.

Tercero hipotecario.—Es el mismo tercero civil, a través del Registro. Y si al tercero civil no le afecta lo que no ofrece garantía de autenticidad, para el tercero hipotecario—tercero a través de Registro—es inexistente lo que no está inscrito.

En el orden hipotecario interesa sólo el tercero adquirente, que define Roca como «adquirente considerado fuera de su condición de parte, frente a un determinado contenido registral». Ese contenido registral, por ofrecer garantía de autenticidad, afecta al tercero hipotecario, ya sea para perjudicarle, ya sea para favorecerle. Lo inscrito, en efecto, perjudica a tercero en el sentido de que éste debe respetar, soportar y sufrir el contenido del Registro—por ejemplo, cuando el tercero adquiere una finca gravada con carga real inscrita— ; lo inscrito favorece al tercero por cuanto dicho tercero puede apoyarse en el Registro y reputar exacto su contenido, a los efectos protectores de la fe pública registral.

(1) Ramón María Roca Sastre: «Instituciones de Derecho hipotecario», volumen II, págs. 180 y sigs.

He aquí, hábilmente, sencillamente recogida en esta construcción unitaria de tercero, las dos figuras clásicas de tercero favorecido y tercero perjudicado—ambos, en definitiva, «afectados» por un contenido registral—, cuyo antagonismo sembró tanta confusión entre nuestros comentaristas.

Hay que rechazar, por consiguiente, la idea tan difundida de equiparar el tercero con el protegido por la fe pública registral. La equiparación es inexacta. Allí donde veamos a un adquirente, considerado fuera de su condición de parte, frente a un determinado contenido registral—contenido registral que le afecta—, allí existe un tercero. Lo es, por tanto, el que adquiere por negocio jurídico a título oneroso y con buena fe, de quien es titular según el Registro, e inscribe su adquisición—tercero protegido por la fe pública—; pero lo es también el que adquiere de mala fe, o por título lucrativo, y el que tiene que soportar la existencia de una carga real inscrita sobre la finca que adquirió; y bien se comprende que la fe pública del Registro no actúa en favor de ninguno de los «terceros» últimamente citados.

Por consecuencia, las expresiones «tercero» y «protegido por la fe pública registral» guardan relación de género a especie. Todo beneficiario de la fe pública es tercero, pero no todo tercero goza de la protección registral.

Volvamos ahora, tras esta digresión, al comentario del artículo 607 del Código civil, según el Proyecto de reforma, y en él apreciaremos, complacidos, su entronque con la construcción de Roca Sastre.

En efecto, bien claro se ve en el texto proyectado la no equiparación entre «tercero» y «protegido por la fe pública». Su postura es clara: no todo tercero «será mantenido en su derecho, aunque los términos del Registro no concuerden con la realidad jurídica»; no todo tercero gozará de la protección de la fe pública, sino únicamente aquel que, «en virtud de un negocio jurídico a título oneroso, hubiese adquirido e inscrito a su favor el dominio o cualquier otro derecho real, fundándose de buena fe en un asiento registral», o, lo que es lo mismo, el tercero que reúna los cuatro fundamentales requisitos: apoyarse en el Registro, adquirir por título oneroso y

con buena fe, e inscribir su adquisición. En una palabra: el artículo que se proyecta viene a decir, en definitiva: «Aunque hay dos clases de terceros—los que reúnen los cuatro requisitos del tercero clásico y los que no los reúnen—, sólo son beneficiarios de la fides pública los terceros primeramente citados.»

Dos aciertos más del artículo que comentamos. Uno, haber incluido en su texto el requisito de la buena fe, antes pasado en silencio en nuestros preceptos legales y exigido únicamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Otro, no haber empleado la expresión «presunción *juris et de jure*», tan usual para definir la fe pública del Registro. Esta supuesta presunción, de contornos poco precisos, de difícil deslinde con la «ficción», es, como dice Hedemann (1), un «instituto anticuado que no merece ya por más tiempo tener en la literatura un puesto relevante». Ni en la literatura, ni en los textos positivos, nos permitimos añadir. Por esto estimamos mucho más correcta y clara la redacción que nos ofrece el Proyecto de reforma, que esta otra, por ejemplo, que hubiese podido emplear: «El tercero que... se beneficiará con la presunción *juris et de jure* de que el Registro es exacto.»

Artículo 609: Este artículo conserva en el Proyecto su redacción actual, sin más que el aditamento de un último párrafo, que dice así: «Con respecto a los derechos inmobiliarios se estará preferentemente a lo dispuesto por la Ley Hipotecaria.»

En este extremo no compartimos la orientación del Proyecto, al que no vacilamos en tachar de tímido.

El art. 609 del Código civil, con su complemento el artículo 1.095 del mismo Cuerpo legal, da carta de naturaleza—aunque otra cosa digan Pérez González y Alguer (2)—a la teoría clásica del título y el modo. «La propiedad y los demás derechos reales se transmiten... por consecuencia de ciertos contratos (los llamados traslativos de dominio)—causa, título—, mediante la tradición —modo—.»

(1) Hedemann: «Las presunciones en el Derecho», pág. 223.

(2) «Tratado de Derecho civil», de Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo I, volumen II, página 3

Esta teoría—vigente en nuestro Derecho positivo—es incompatible con el llamado «principio de consentimiento», según el cual, para transferir eficazmente se precisa: no un negocio obligacional —título clásico—, sino un negocio de disposición configurado como abstracto, esto es, desconectado de su causa. Son tan incompatibles ambas orientaciones, que en las páginas de esta Revista (1) se publicó, firmado por Jerónimo González, un meritísimo artículo que llevaba por epígrafe: «Desde la teoría del título y modo, al llamado principio del consentimiento», y en ese trabajo queda demostrado de una manera bien patente cómo la teoría que se dijo romana, al caer en quiebra, vino a ser sustituida por el principio del consentimiento, basado en los desenvolvimientos de la «*condictio*».

Ahora, al acometerse la empresa de la Reforma de nuestro Derecho inmobiliario, era el momento oportuno de abandonar la vetusta teoría seudorromana. Y, sin embargo, no se hace así... y el título y el modo siguen siendo las bases de sustentación de las transmisiones en el campo de los derechos reales.

Y aún transigimos—bien a nuestro pesar—con la timidez de la Reforma en este extremo. La configuración del negocio traslativo como negocio jurídico abstracto, tiene, es verdad—como dice Roca (2)—, ciertas ventajas, principalmente en cuanto robustece el tráfico jurídico al proteger al subadquirente de las repercusiones derivadas de la desaparición del negocio causal—repercusiones que le perjudicarian, si no existiese esa desconexión entre negocio obligacional y dispositivo, que es lo que imprime carácter a los negocios abstractos—. Pero, al fin y al cabo, como escribe el mismo autor y su opinión es atinada, en materia hipotecaria esta protección al subadquirente se obtiene ya por el principio de la fe pública registral.

Es interesante destacar a este respecto la postura actual de Heck (3). En la pugna entre la tesis abstracta y la tesis causalista (aceptada la primera por el Código civil alemán), Heck se decide por la última. La configuración del negocio traslativo como abstracto está más cerca de la jurisprudencia conceptual. En cambio, el punto de vista causalista es más grato a la jurisprudencia de inter-

(1) Año 1925, páginas 170 y siguientes.

(2) Roca Sastre: «Instituciones de Derecho hipotecario», volumen I, pág. 37.

(3) Heck (Philipp). «Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft». Tübinga, 1937.

reses. Adoptando esta doctrina, se ampara la causa (digna, sin duda, de protección) y no se desampara al que adquiere, puesto que existe un fundamental principio—el de fe pública registral—, enderezado precisamente a proteger al adquirente de buena fe.

Pero el problema no es éste. La cuestión se plantea, no en relación con los principios hipotecarios del consentimiento y de la fe pública; surge a la vista del llamado principio de inscripción. No se trata de determinar los efectos de la inscripción frente a tercero (ámbito propio del principio de fides pública), sino de fijar esos efectos respecto del mismo derecho inscrito, de puntualizar el valor de los asientos hipotecarios en relación con su propio contenido.

Y el art. 609 del Código civil, al referirse a los «modos» de adquirir, era precepto adecuado para abordar el problema con valentía y resolverlo en el sentido de dar a la inscripción un valor constitutivo del derecho registrado (1).

El párrafo añadido al art. 609 que comentamos, pudiera haberse redactado así: «Los derechos inmobiliarios, solamente se entenderán válidamente adquiridos cuando el título de adquisición aparezca inscrito en el Registro de la Propiedad.» Pero no se sigue este camino; y el proyectado artículo se somete, en cuanto a los derechos inmobiliarios, a lo dispuesto por la Ley Hipotecaria; y aunque en nuestro trabajo no entremos en el estudio de la reforma de esta Ley, sí adelantamos aquí que no se orienta esta reforma en el sentido de instaurar un sistema en el que la inscripción sea requisito necesario para la transmisión y adquisición válida de los derechos reales.

¿Razones? Las desconocemos. Pero muy poderosas deben ser cuando han impulsado al autor de la Reforma a persistir en un régimen—el de la inscripción declarativa—que a tantos absurdos conduce (2), y contra el cual tantas y tan autorizadas voces se han levantado.

Artículo 1.949: «Los efectos de la prescripción adquisitiva y extintiva del dominio y demás derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, estarán subordinados, con respecto a terceros, a lo ordenado por la Ley Hipotecaria.»

(1) En el mismo sentido y desde atinadísimos puntos de vista, Rafael Chinchilla, «Breves reflexiones sobre el dogma de la inscripción», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1943, pág. 489.

(2) Véanse, certeramente expuestos, en Roca Sastre, «Instituciones de Derecho hipotecario», volumen I, págs. 158 y sigs.

Está bien la supresión de la redacción antigua de este artículo. Y es lógica también la remisión a la Ley Hipotecaria, para que sea ella la que regule los efectos de la prescripción con respecto a tercero. Pero estimamos incompleta esta reforma si no va acompañada de un esclarecimiento del sistema de nuestra Ley. No olvidemos que es el artículo 35 de la Ley Hipotecaria española—uno de los más oscuros de nuestro Derecho positivo—el fundamental precepto regulador de la materia que nos ocupa, y que sólo entendiendo qué dice lo que literalmente no expresa, podemos comprender su significado.

Como un estudio detallado de tan importante materia sobrepasaría los humildes vuelos de nuestro trabajo, nos limitamos a decir: un buen sistema hipotecario respecto del instituto de la prescripción debe asentarse sobre estos dos pilares: primero, admisión de la prescripción «secundum tabulas», según la cual, los derechos inscritos en virtud de causa ilegitima o título defectuoso, se convadirán si el titular registral hubiese obtenido, con arreglo al Código civil, la usucapión de los mismos; segundo, admisión, también, de la prescripción «contra tabulas», pero eficaz únicamente frente al titular inscrito que no tenga la consideración de tercero hipotecario. Y así, en vez de exigir, para que la prescripción perjudique a tercero, el requisito—de imposible cumplimiento después de la reforma de 1909—de que la posesión o el título del presribiente aparezcan inscritos en el Registro—números 1.^º y 2.^º del art. 35 de la Ley Hipotecaria, en contradicción con la regla 2.^a del art. 393 del mismo Cuerpo legal—, sentar la norma de que dicha prescripción no perjudicará al tercero protegido por la fe pública, esto es, al que, ignorando—buena fe—la existencia de la situación de hecho que puede cristalizar en adquisición por prescripción, adquiere, por negocio jurídico oneroso, de quien es titular según el Registro e inscribe su adquisición.

De esta manera, considerando no terceros, sino partes entre sí, al titular inscrito y al presribiente, y reservando la consideración de tercero para el titular de inscripción derivada que reúna los requisitos antes expresados, desembocaríamnos en un régimen prescriptorio de claridad, bien distante, ciertamente, del que hoy padecemos.

LUIS BOLLAIN ROZALEM

Notario.