

# 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 obligatorium 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 dominii* (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 transmissiva, 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 vult 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 las 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. Eran 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 compra-venta 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 usucapión, 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.*)

# La hipoteca y la inscripción después del Código civil

## SUMARIO

1. El artículo 1.875 del Código civil.
2. La crítica de Augusto Comas.
3. Criterio de Sánchez Román.
4. Consideraciones sobre algunos preceptos civiles y penales de la hipoteca.
5. La hipoteca en la Ley de 1909.
6. La reforma de 1944 según su exposición de motivos.
7. La hipoteca en la Ley de 1946:
  - a) Características principales de la hipoteca y excepciones legales a las mismas.
  - b) Preceptos legales de valor constitutivo.
  - c) Las excepciones a tales preceptos:
    - a' Hipotecas no inscritas.
    - b' Hipotecas sobre bienes no susceptibles de inscripción.
    - c' Hipotecas inscritas:
      - 1' En que la acción real no deriva de la inscripción.
      - 2' Sobre derechos, pero en que la eficacia de la garantía depende de actuaciones extrarregistrales.
      - 3' En que la eficacia depende de la nota acreditativa de un hecho jurídico.
      - 4' En que la inscripción produce efectos, no para las partes, sino para terceros.
  - d) Preceptos de reconocimiento consensual.
  - e). La hipoteca y su inscripción como momentos diferentes, según algunos preceptos legales.
8. La hipoteca y los artículos 313 de la Ley y 586 del Reglamento.
9. La jurisprudencia.
10. El concepto constitutivo: su planteamiento.
11. Análisis crítico del contrato de hipoteca y la inscripción.

## I.—EL ARTÍCULO 1.875 DEL CÓDIGO CIVIL.

Según el Derecho positivo anterior al Código civil, la hipoteca voluntaria nacía extrarregistralmente, si bien para su efectividad *erga omnes* precisaba de la inscripción. Igual acontecía respecto de la hipoteca

legal, pero siendo obligatoria la inscripción, como excepción a la regla general de la voluntariedad, en méritos a la función tutelar que incumbe al Estado.

El artículo 1.875 del Código civil alude tanto a las hipotecas voluntarias como a las legales, reproduciendo, respecto de éstas, la doctrina de la primitiva Ley Hipotecaria.

Pero incluye entre las hipotecas legales, las que no son más que preferencias de cobro respecto de determinados impuestos y primas de seguros a favor del Estado, Provincias, Municipios y aseguradores. A estas hipotecas, evocación de las antiguas tácitas, las llamamos preferencias de cobro, para ir de acuerdo con el espíritu legislativo que quiso borrar de nuestro Derecho todas las hipotecas que no tuvieran publicidad y especialidad, cualidades ambas que, en ellas, brillan por su ausencia absoluta.

El primer párrafo de este artículo es el innovador de la doctrina de hipotecas del Derecho anterior. Según él, "es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente *constituída*, que el documento en que se *constituya* sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

El párrafo es antiacadémico y marañoso. Antiacadémico, por la repetición del constitutivo, que viene a denunciar la existencia de dos claustros alumbrando una misma cosa, desviándose con ello de la Naturaleza, que admite lo que es que de un mismo claustro nazcan dos o más seres. Es marañoso, porque estando colocado en el libro de los contratos, se escribió para el de los derechos reales, trastrueque que ha embrollado los espíritus y enredado las ideas.

Se ha llegado a dudar si esta innovación del Código civil fué querida y meditada por el legislador, o si, por el contrario, fué una defectuosa o incorrecta expresión del pensamiento. ¿Y acaso no pudiera acontecer que escrita la regla, con evidente distonía de la *mens legis*, el comentarista sacara consecuencias aprovechables, aceptadas por la crítica y corroboradas por la Jurisprudencia?

## II.—LA CRÍTICA DE AUGUSTO COMAS.

Don Augusto Comas reconoce el valor constitutivo que el Código civil confiere a la inscripción; pero no comparte la innovación, entre otras razones por las siguientes: a), porque implica una contradicción con la doctrina del mismo Código relativa a la hipoteca; b), porque la

innovación fué más allá del pensamiento legislativo que explanó el sistema registral español, y c), porque se ha infringido la Ley de Bases del Código.

En cuanto al reconocimiento del valor constitutivo, nos dice: "No hay, pues, hipoteca válida mientras no tenga lugar esta inscripción, pudiendo afirmarse, a sensu contrario, que necesariamente es *nula* la hipoteca mientras su inscripción no tenga lugar." (24).

### III.—CRITERIO DE SÁNCHEZ ROMÁN.

También Sánchez Román proclama el valor constitutivo; pero en la edición de su libro correspondiente al año en que aparece el Código, no hace comentario sobre la innovación, sino que se limita a hallar su justificación en la doctrina de las cláusulas formales, a cuyo efecto nos dice, que "se considera como elemento formal necesario para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad" (25). Pero el pensamiento no queda claro, porque en otro lugar dice que "la hipoteca nace generalmente del contrato, y que una vez consumado, cesan todas las relaciones contractuales para dar paso a las relaciones puramente reales" (26).

### IV.—CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS PRECEPTOS CIVILES Y PENALES DE LA HIPOTECA.

La mayoría de los artículos del Código civil y del Código penal no se dieron por enterados de la reforma del art. 1.875.

El 1.862 se refiere a una responsabilidad criminal y a la figura delictiva del fraude cuando se ofrece a otro "en prenda o hipoteca, como libres, las cosas que sabía estaban gravadas". Para que exista el engaño, estafa o fraude en la hipoteca, es necesario que exista la inscripción. El Tribunal Supremo, ha aclarado el art. 525 del Código penal diciendo que no comete el delito quien vende una finca como libre, habiendo otorgado antes una escritura de hipoteca que no se llegó a inscribir.

La conciencia colectiva popular no podrá comprender por qué los Tribunales absuelven a quien otorga una escritura de préstamo con

(24) *La revisión del Código civil*, parte especial, t. II, 1902, pág. 708.

(25) *Derecho civil*, t. III; 1889, pág. 948.

(26) Nota 1 de estos trabajos.

hipoteca con evidente engaño de su acreedor; en cambio, si comprenderá que está justificado que aquel acreedor que por su incuria o negligencia no acudió al Registro, se vea postergado en el cobro de su crédito respecto del de otro que fué más diligente. El concepto riguroso de la hipoteca puede traer la absolución de un indiscutible propietario desaprensivo.

Veamos otros supuestos posibles. A tiene establecida hipoteca a favor de B, que no inscribe, y prevalido de ello la ofrece a C como libre y celebra contrato de promesa. En el momento del otorgamiento de la promesa no existe delito, pero ¿y si B inscribe después su hipoteca? ¿Se comete el fraude a que alude el art. 1.862?

Si la obligación garantizada por la hipoteca fué pagada, pero la hipoteca no se canceló, ¿cometerá delito el que vende o hipoteca la finca como libre? Si se declarase que no hay delito, ¿qué valor será el que tenga la inscripción de hipoteca? (27).

Las hipotecas se clasifican en voluntarias y legales. Aunque el derecho real no ha sido definido legalmente, sabemos que se crean o se, adquieren por diversos medios y procedimientos, y es lógico que por razón de ese origen o procedencia quepa establecer clasificaciones. Pero si se dice que un determinado derecho sólo puede nacer por un único medio, como ocurre con la hipoteca, ¿cómo es posible que se establezcan clasificaciones por razón de nacimiento? La división de legales y voluntarias cuadra bien para las servidumbres que no nacen por la inscripción solamente.

## V.—LA HIPOTECA EN LA LEY DE 1909.

La publicación del Código civil hizo inexcusable la reforma de la Ley Hipotecaria de 1869; se llevó a efecto por la Ley de 21 de abril de 1909 y el subsiguiente Real decreto de 16 de diciembre de igual año en cuanto dió la nueva redacción y publicidad del texto refundido.

El concepto constitutivo de la inscripción de hipoteca se dió en el artículo 146, que en relación con igual artículo de las leyes del 61 y del 69, lo que virtualmente hizo fué suprimir la palabra tercero (28).

(27) Los artículos 1.858, 1.876, 1.923, 1.924 y 606 revelan un valor confirmatorio.

(28) Las dos primeras leyes decían: «*puedan perjudicar a tercero.*», y la de 1909 dice: «*... queden válidamente establecidas*...»

Por eso muchos de los artículos siguieron teniendo un sabor o un deje del sentido tradicional. Sólo citaremos, como ejemplos, dos de los artículos suprimidos en la ley de 1946. El 141 decía que "la hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados; pero no surtirá efecto sino desde la fecha en que por una *nueva* inscripción se subsane la falta cometida". El precepto era respetuoso con el principio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos; pero precisamente por ello denunciaba también la impotencia constitutiva de la inscripción.

Otro artículo actualmente suprimido era el 156, según el cual la hipoteca subsistía "*en cuanto a tercero*" mientras no se cancelase su inscripción. Respondía a la más pura ortodoxia, pero era negatorio de que la inscripción produjera efectos para las partes.

La verdadera reforma de la ley de 1909 fué la de explicar el principio legitimador, que a pesar de ser sentido por el legislador precedente no fué desenvuelto en precepto legal alguno. Porque si la inscripción tenía como fin principal la protección jurídica de intereses de terceros, forzosamente había de producir previamente una legitimación para las partes. Así, desde esta reforma, las partes contratantes tuvieron una declaración legal del fortalecimiento que la inscripción confería a sus derechos, con aquella fórmula del artículo 24, de que no se puede ejercitar ninguna acción contradictoria del dominio sin que previamente o a la vez fuera atacada la correspondiente inscripción.

#### VI.—LA REFORMA DE 1944 SEGÚN SU EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En la *legitimación* del derecho *creado por las partes* se ha moldeado principalmente la reforma hipotecaria más reciente. El legislador, en la exposición de motivos, confiesa que ir más allá no era conveniente ni tampoco oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de las relaciones inmobiliarias que emanan del negocio jurídico (29). Con buena lógica, por no perder de vista el espíritu romanista de nuestro derecho, se esforzó en poner de relieve la necesidad de la inscripción para toda clase de efectos jurídicos, no ya para terceros, sino para las mismas partes al otorgar a los titulares inscritos "aquellas ventajas de derecho material y procesal que lógicamente cabe

(29) Exposición de motivos de Ley 30-12-1944, párrfs. 18 y 19.



esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro" (30) y al insinuar que la misma inscripción se convierta en la *premisa ineludible* (31) para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles.

El contrato de hipoteca entra en el grupo de los negocios jurídicos de disposición; por esto, aunque la ley recoge el precepto constitutivo para la hipoteca, existen ciertos casos en que la teoría aplicable es la del negocio jurídico y su consiguiente legitimación registral. La pugna entre varios artículos de la ley, en materia de hipotecas, realmente son la consecuencia del sistema, y a *prima visus*, excepciones al principio de que no hay hipoteca sin inscripción.

## VII — LA HIPOTECA EN LA LEY DE 1946.

a) *Características principales de la hipoteca y excepciones legales a las mismas.*

Entre las características que la vigente Ley Hipotecaria asigna a la hipoteca figuran: a) Sujetar directa o inmediatamente los bienes sobre que se impone. b) Tener un carácter accesorio o de garantía. c) Constituirse sobre inmuebles susceptibles de inscripción. d) Tener que constituirse en escritura pública, y e) Que la escritura se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Todas ellas tienen excepciones legales. El carácter de inmediatividad se halla interferido por la previa reclamación personal al deudor o tercer poseedor; si la obligación principal fué pagada, aunque la inscripción subsista, nada garantiza realmente; aunque la exigencia de imponerse la hipoteca sobre inmuebles inscribibles es la confirmación del criterio constitutivo de los legisladores, no obstante, a tenor de la misma ley, resultan hipotecables bienes muebles, como ocurre respecto de las indemnizaciones por seguros o expropiación forzosa de los inmuebles hipotecados o cuando expresamente se pacta que queden hipotecados los bienes colocados, pero no adheridos, a las fincas objeto de la hipoteca (32); ni tampoco cabe decir que los inmuebles no sean susceptibles de una modalidad de prenda, ya que en los secuestros provenientes de la hipoteca existe una verdadera desposesión o desplaza-

(30) Idem id., párr. 9.

(31) Idem id., párr. 24.

(32) Artículos 110 y 111.

miento de los bienes inmuebles (33). Ni tampoco la exigencia del otorgamiento de escritura pública es de carácter absoluto porque a ello se opone: a) La formalidad administrativa de los Pósitos, cuyas hipotecas, desde la implantación del sistema, se inscriben a virtud de certificación librada por el secretario del Ayuntamiento (34). b) La fianza hipotecaria *apud-acta* en actuaciones criminales se inscribe por mandamiento judicial (35). c) La hipoteca legal por bienes reservables se constituye por acta judicial y se inscribe mediante copia de la misma  $\frac{1}{2}$  del auto de su aprobación (36). d) La hipoteca dotal, en caso de dote estimada, se constituye de oficio por el mismo Registrador en vista de la escritura de dote y siempre que de ella no resulte la renuncia de la mujer a su derecho de hipoteca (37); y, en fin, la misma ley abre las puertas a diversas formas constitutivas de hipoteca diferentes de la escritura cuando refiriéndose a las hipotecas especiales sobre bienes de los que manejen fondos públicos estatuye que la autoridad a quien corresponda exija la constitución de hipoteca en la forma que prescriben los Reglamentos administrativos (38).

b) *Preceptos legales de valor constitutivo.*

Con este carácter son fundamentales los artículos 145 y 159 relativos a la validez de las hipotecas voluntarias y legales, cuáldad que sólo se adquiere mediante la inscripción de la escritura o del título de constitución.

Entre otros de tendencia constitutiva figura el 106, que no sólo limita el objeto de la hipoteca a los inmuebles y derechos reales sobre

(33) El secuestro tiene carácter judicial y se le equiparó al embargo en nuestra legislación histórica, pero su verdadera naturaleza es la de prenda judicial con desplazamiento (prenda tomada). La Partida 5.<sup>a</sup>, t. IX, ley 1.<sup>a</sup>, dice que la cosa «deve ser puesta en fíeldad a que dicen en latín *sequestratio*»; pero el principio de este título explica mejor el concepto al advertirnos que los demandantes pedían «a los Judgadores, que aquellas cosas que querían demandar, sean puestas *en manos* de omes fieles, porque sospechan que aquellos que las tienen, que las malmeteran, o que las encubriran, o las traspornan, de guisa que non parescan».

(34) Resoluciones de 1-8-1862, 23-2-1863 y 7-4-1863.

(35) Artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(36) Artículos 260 y 264 del Reglamento Hipotecario.

(37) Artículo 251 del Reglamento Hipotecario.

(38) Artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

ellos establecidos, sino que exige la inscribibilidad de los mismos, circunstancia ésta que aleja de la hipoteca aquellos bienes que por su destino o sus defectos de titularidad no pueden tener acceso al Registro.

A otros artículos, reproducidos de la ley anterior, se les da orientación constitutiva con la supresión de la palabra tercero. Pero con ello, realmente, no ha variado el espíritu que a tales artículos infundió el legislador anterior, sino simplemente la redacción, por lo que a veces semejan párrafos desbordados del auténtico cauce del sistema hipotecario.

c) *Las excepciones a tales preceptos.*

a') *Hipotecas no inscritas.*—Son las legales establecidas a favor del Estado, las Provincias y los Municipios y de los aseguradores para el cobro de dos anualidades de impuestos o de primas de seguros (39). Realmente son, como la misma ley dice, preferencias de cobro; pero, sin embargo, obsérvese que el espíritu de tales preceptos está basado en la clásica distinción de partes y terceros, de tal modo, que mientras no surja el tercero hipotecario no les hace falta concertar contratos de hipoteca e inscribirlos para asegurar sus derechos, sino que tal precaución sólo es necesaria para protegerse frente a terceros.

b') *Hipotecas sobre bienes no susceptibles de inscripción.*—Aunque los bienes muebles no son hipotecables, en algunos casos se consideran hipotecados por la misma ley. Son los casos de extensión de la hipoteca. El artículo 110 dice que “se entenderán hipotecados juntamente con la finca las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos”; y el 111 advierte que si se pacta expresamente, la hipoteca comprenderá los frutos naturales y civiles y los objetos muebles que no estando adheridos a la finca hipotecada se hallen en ella para su adorno o para el servicio de alguna industria y correspondan, naturalmente, al propietario del inmueble.

c') *Hipotecas inscritas:* 1') *En que la acción real no deriva de la inscripción.*—Para el supuesto de que una hipoteca afecte a diferentes fincas y que llegado el momento ejecutivo no quede cubierto la totalidad del crédito hipotecario, el artículo 121 establece que el acreedor

puede repetir por la diferencia *contra las demás fincas hipotecadas* que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación en cuanto a dicha diferencia sobre los que después de inscrita la hipoteca hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas".

En estos casos, *la acción real hipotecaria* ni deriva ni se ejercita en méritos de la inscripción, sino de actos extrarregistrales apoyados en la existencia de un derecho que sólo puede ser atribuido al único vínculo jurídico existente que es el contrato (40).

Otro ejemplo lo ofrece el artículo 132. En otra ocasión dijimos respecto de tal disposición legal lo siguiente (41): Según este artículo el procedimiento judicial sumario no se suspende por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la quiebra, ni por cualquier incidente que se promueva. Y, sin embargo, no ha tenido más remedio que sentar que en determinadas ocasiones la subsistencia de la inscripción y, por tanto, de la hipoteca, no depende de las circunstancias o defectos de la inscripción, sino concretamente del acto, contrato o documento que ocasionó el asiento.

Según el aludido artículo 132, el procedimiento sumario se suspende en el caso de procedimiento criminal por falsedad del título que determinó la inscripción. Con ello, aunque las razones del legislador son muy poderosas a efectos de justicia, no dejan de serlo también para atacar el valor constitutivo de la inscripción. Pues, en efecto, si a tenor del derecho vigente la escritura o documento de hipoteca viene a ser como el vehículo adecuado para la inscripción y para que por ella nazca la hipoteca, parece lógico que la inscripción deje sin efectos al contrato o los documentos. Haciendo un símil, podríamos decir que la escritura, más que un polen fecundizador, parece una crisálida que después de adornarse con la investidura sedosa del capullo se metamorfosea y da vida a un nuevo ser. Si el símil fuera exacto tendríamos que practicada la inscripción quedaba cumplida la misión jurídica del contrato y documento y sólo subsistiría con vida jurídica el asiento registral. Jamás en las metamorfosis de la Naturaleza se da el caso de que la mariposa se convierta en crisálida o que la persona que salió del vientre de la madre con figura humana retorne al claustro materno en su forma fetal. Parece lógico que los fenómenos jurídicos sigan el camino de los natura-

(40) El último párrafo del 140 de la Ley reproduce la doctrina del 121.

(41) En un trabajo para la *Revista de Derecho Cubano*.

les, y que si el contrato y escritura de hipoteca no son más que la preparación o gestación del derecho real, una vez practicada la inscripción, toda la virtud o eficacia de la hipoteca depende exclusivamente del asiento; y en consecuencia, que si la hipoteca desaparece sea a virtud de que la inscripción no exista, ya por la cancelación, ya por cualquier otra causa que la atañe en su esencia de asiento registral, pero no en su aspecto de derivación de un contrato (42).

También los artículos 146 y siguientes corroboran la trascendencia real del contrato de hipoteca. El primero de ellos emplea la frase "*acreedor hipotecario*", y el segundo la de "*acción real hipotecaria*", y ambos establecen la doctrina de que el *acreedor hipotecario* puede repetir contra los *bienes hipotecados* por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la cantidad y tiempo, siempre que no haya un tercero hipotecario, porque si lo hubiere sólo se podría ejercitar una acción personal respecto del exceso que no garantiza la inscripción.

En este supuesto legal, la acción que ejercita el acreedor para el cobro de más de tres años de intereses o de cinco, en su caso, es *real* si no surgió el tercero hipotecario y deriva del contrato a tenor de los artículos dichos, únicos en que se puede fundamentar tal acción real.

2') *Hipotecas inscritas sobre derechos, però en que la eficacia de la garantía depende de actuaciones extrarregistrales.*—Son los supuestos previstos en los números 7 y 8 del artículo 107, relativos a las hipotecas constituídas por comprador y vendedor sobre bienes transferidos con pacto de retro.

Lo hipotecado no son los mismos bienes, sino los respectivos derechos que transferente y comprador tienen sobre tal cosa. El del comprador es un derecho con cláusula resolutoria que, cumplida, retrae las cosas al estado anterior y, por tanto, resuelve cuantos derechos otorgara el comprador. Así ha de suceder según la excepción primera del artículo 37 de la ley. Por eso el acreedor, hipotecario de un adquirente con pacto de retro, corre el riesgo de quedarse sin hipoteca si el vendedor retrae desconociendo la tal hipoteca. El peligro se intenta evitarlo con un acto extrarregistral como es la notificación del *contrato* al acree-

(42) Según el primer párrafo, después del caso 4.º del artículo 132, si la falsedad prospera, el procedimiento no puede seguir y, por tanto, ¿quedarán resueltas las subhipotecas y demás derechos derivados de la inscripción de hipoteca, a pesar de que la causa de resolución no constaba en la inscripción?

dor; pero es, que ni aun en el supuesto de extenderse nota marginal acreditativa de tal notificación se evita realmente el peligro, porque puede haber una orden judicial que excuse al vendedor retrayente la retención del valor de la hipoteca. La única garantía que cabría en estos supuestos podría ser la de la previa consignación prevista para casos parecidos en el párrafo segundo del número 6 del artículo 175 del Reglamento, siempre que por nota marginal constare la notificación en forma al vendedor.

Tampoco el asegurado con hipoteca sobre el derecho de retraer queda absolutamente garantido con la inscripción, ya que no puede repetir contra los bienes sin que previamente se subrogue en los derechos del vendedor.

3') *Hipotecas inscritas en que la eficacia depende de la nota acreditativa de un hecho jurídico.*—Es el caso de las hipotecas unilaterales, en las que su eficacia depende de la nota acreditativa de la aceptación por el acreedor.

A tenor del artículo 141, la hipoteca unilateralmente constituida tiene tres valoraciones distintas: a) Es un valor adormecido o en potencia mientras, durante el plazo de sesenta días concedido al acreedor para aceptar, no conste su aceptación por nota marginal. b) Es un valor negativo o sin efectos hipotecarios cuando, transcurrido el plazo dicho, no constare la aceptación; y c) Es decididamente un valor real y de efectos *erga omnes e inter partes* a partir de la extensión de la nota acreditativa de la aceptación dentro de plazo.

La asignación de plazo para la aceptación de estas hipotecas hace recordar a Aragonés, que fué el primero en propugnar su conveniencia (43), y también trae a la memoria la doble consideración jurídica de *seguridad y forma de pago* que en otros tiempos se dió a la modalidad de hipoteca con transmisión de propiedad, y cuya doble función jurídica puede ser la clave de la verdadera estructura de este derecho real.

Con la función de seguridad, como ya hizo notar Ulpiano (44), la hipoteca no enriquece al acreedor, sino que simplemente le da más seguridad de "obtener lo que se le debe". Desde este punto de vista, la hipoteca no es más que "un negocio de disposición" proveniente de

(43) *Compendio de Legislación Hipotecaria*, 1911, t. II, pág. 129.

(44) Ley 1.<sup>a</sup>, párr. 19, D. *Si quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5; tomada ía cita de Chamorro, separata citada, págs. 32 y 72.

la única voluntad del dueño (45). En cambio, con la función de pago se entra en el campo contractual, que requiere la existencia de causa, la que, como dice Chamorro, no puede ser otra que el *animus solvendi*; de aquí la necesidad de la aceptación por parte del acreedor.

Relacionando esta doble función de la hipoteca con el derecho registral se tiene que, desde el punto de vista de *función de seguridad* en que no hay transmisión patrimonial o enriquecimiento del acreedor: la inscripción de tal negocio de disposición o hipoteca unilateral venía a constituir una figura, si no anómala, por lo menos contraria a reglas fundamentales de nuestro derecho. Porque, como imposición de derecho real, no equivale al *jus in re aliena*, a cuyo grupo pertenecen las hipotecas, ni tampoco tal negocio de disposición cabía aceptarlo como reserva de puesto registral porque es una modalidad hipotecaria no admitida en nuestro derecho. La solución más asequible y correcta frente a la hipoteca unilateral inscrita no podía ser otra que la de convertirla en derecho real, en cosa ajena mediante la aceptación del acreedor o favorecido.

He aquí cómo una inscripción de hipoteca tiene sus efectos reales adormecidos o no los tiene nunca si no la subsigue una convalidación contractual.

4') *Hipotecas inscritas en las que la inscripción produce efectos, no para las partes, sino para terceros.*—Son tantos los botones de muestra que ofrece la Ley a este propósito que más bien parece que cuando el legislador redactaba los artículos lo hizo bajo una influencia atávica o un subconsciente legislativo.

El artículo 114, en relación con los 146 y 147, establece que los intereses de los préstamos hipotecarios sólo quedan asegurados con *perjuicio de tercero*, por plazo de tres años si no hubo pacto expreso a ese fin y, caso contrario, hasta un plazo máximo de cinco años. El 120 aclara que todo acreedor hipotecario no puede, con *perjuicio de tercero*, repetir contra los bienes hipotecados por más cantidad de la fijada en la inscripción. El 142 insiste en que las hipotecas, en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condiciones suspensivas, producirán "efecto contar tercero" si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse. El 144 nos ofrece la clásica teoría de que los convenios entre las partes que puedan "destruir la eficacia de una obligación hipotecaria an-

(45) Las hipotecas legales son impuestas por la Ley.

terior no surtirán efecto *contra tercero*, sino desde el correspondiente asiento registral (46).

Respecto a las hipotecas legales, el artículo 180, por ejemplo, relativo a la hipoteca dotal, transporta al año 1863 al señalar los tres momentos integrantes de tales hipotecas: obligación legal o negocio de imposición, aceptación o aprobación en documento y la inscripción (47). Dice así el artículo: "Si el marido careciese de bienes con que constituir la hipoteca quedará *obligado a constituir la* (negocio de imposición) sobre los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera, pero sin que esta obligación pueda *perjudicar a tercero* mientras que no se *inscriba la hipoteca*."

El artículo 172, en términos contundentes, establece que la hipoteca dotal *dejará de surtir efecto* y podrá cancelarse siempre que por cualquiera causa legítima quede dispensado el marido de la obligación de restituir.

d) *Preceptos de reconocimiento consensual.*

La Ley Hipotecaria puede ser analizada desde otros puntos de vista que no sean el valorativo de la inscripción, pero que corroboran los frecuentes supuestos en que de la misma Ley puede inferirse una *mens* no constitutiva.

Los artículos 138, 139 y 141 definen las hipotecas voluntarias diciendo que son "las *convenidas* entre partes o impuestas por disposición del dueño."

En cuanto a las legales, bien puede afirmarse que nacen por un acto unilateral exigido, si bien sometida a la aceptación o generalmente a la aprobación de las personas llamadas a tutelar los intereses de los favorecidos con las hipotecas. Las reglas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del artículo 165 son bien explícitas a este propósito al preceptuar que el Juez llame "a todos los interesados en la constitución de hipoteca" para que se avengan, y que si así ocurre, ordene "constituir la hipoteca en los términos que se *hayan convenido*".

De la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 260 del Reglamento parece inferirse

(46) Este artículo es reproducción literal del 144 de la Ley anterior y, por tanto, se refiere a hipotecas ya inscritas.

(47) Virtualmente son hipotecas de constitución unilateral, seguidas de la aceptación o aprobación.



que la hipoteca legal sólo nace por la inscripción; pero pocas líneas después el artículo 263 aclara que tales hipotecas se constituyen por acta. Dice así: "*El acta de constitución de hipoteca para la seguridad de bienes reservables.*"

e) *La hipoteca y su inscripción como momentos diferentes según algunos preceptos legales.*

Si la Ley repetidamente alude a una constitución consensual de hipoteca en lógica consecuencia utiliza a veces las palabras constitución e inscripción como expresivas de diferentes momentos o valores.

Así, el artículo 141 habla de las personas "a cuyo favor se *establecieron o inscribieron*" las hipotecas unilaterales; el 154 admite que "la *constitución* de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador deberá *hacerse* por medio de escritura pública que se *inscriba* en el Registro o Registros de la propiedad a que correspondan los bienes".

En este artículo la palabra *inscribirán* tal vez aluda a la idea de que la inscripción ha de operarse en todos los Registros a que correspondan los bienes; pero precisamente tal interpretación crea un problema en el que no han solido reparar los autores. Porque cuando una hipoteca afecta a varios bienes radicantes en diferentes distritos hipotecarios, ¿en qué momento se entenderá nacida legalmente la hipoteca? ¿En el de la presentación en el primer o último Registro? ¿En el de la inscripción ya efectuada en todos ellos?

Entre otros artículos que apuntan la distinción de los dos momentos, constitutivo y de inscripción, tenemos el 161 al decir que "la hipoteca legal, una vez *constituída e inscrita*, surte los mismos efectos que la voluntaria"; el 163 y siguiente, que al aludir a "*hipotecas legales inscritas*", parece dar a entender que también las hay sin inscribir; el artículo 192, en relación con el 257 del Código civil, establece que "la fianza hipotecaria será inscrita", y, en fin, el 264 del Reglamento se refiere a la *inscripción* de hipotecas *constituídas* por acta judicial.

### VIII.—LA HIPOTECA Y LOS ARTÍCULOS 313 DE LA LEY Y 586 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

En cuanto a la aplicación a la hipoteca de la doctrina de los artículos 313 de la Ley y 586 de su Reglamento ya habíamos formulado las siguientes interrogantes y argumentaciones (48):

¿En qué momento de la gestación de una hipoteca surge la acción real? ¿Emana del contrato o emana de la inscripción? Vamos a intentar la solución a tenor del actual artículo 313 de la Ley y 586 de su Reglamento.

Según estos artículos, los Juzgados, Tribunales, centros oficiales, etc., no pueden admitir ningún *documento* de que no se haya extendido el oportuno asiento registral por los que se *constituya*, reconozca, transmita, modifique o extinga *derechos reales* sujetos a inscripción en los siguientes casos: Primero, si el objeto de la presentación fuera hacer efectivo en perjuicio de tercero un derecho que debió ser inscrito; y segundo, si se pretende hacer efectivo el derecho, no respecto de un tercero, sino respecto de una de las partes contratantes, siempre que tal derecho afecte a una propiedad o derecho real inscrito. Por el contrario, deberán admitirse los documentos que se refieren a finca no inmatriculada o a derecho real no inscrito. La razón es lógica, porque tratándose de propiedad no inscrita, no debe entrar en juego la Ley Hipotecaria.

Desde la nueva reforma, los Tribunales, a efectos de la admisión de documentos, analizarán si se trata de propiedad inscrita o no inscrita, y aun en los casos de propiedad inscrita si el derecho objeto de reclamación tiene o no precedente registral. Así, por ejemplo, la propiedad de una finca puede estar registrada, pero no el censo o la servidumbre constituidos sobre ella; y si lo que se discute es uno de estos derechos reales, que nunca tuvieron acceso al Registro, los Tribunales admitirán los documentos correspondientes, siempre que no exista un tercero hipotecario respecto de la propiedad de la finca.

Aclarado esto, pasamos a aplicar la doctrina de los artículos 313 de la Ley y 586 de su Reglamento a los dos supuestos de propiedad no inscrita y de propiedad inscrita.

(48) En el dicho trabajo para Cuba.

Imaginemos al propietario de una finca sin inmatricular, otorgando ante Notario un contrato de hipoteca sobre dicha finca. El Notario autorizará el documento, pero advertirá la exigencia del artículo 1.875 del Código civil y 145 de la Ley. El propietario, a pesar de la advertencia, no quiere o no puede inscribir. ¿Qué valor jurídico tiene este contrato? Si la obligación principal que motiva el contrato de hipoteca está garantizada con la responsabilidad general del deudor a que se refiere el artículo 1.911 del Código civil, ¿no producirá el contrato efectos distintos de los derivados de la obligación principal?

¿No habrá que admitir que existe diferencia entre una y otra responsabilidad?; pero, ¿cuál es esa diferencia?

Si tal contrato de hipoteca, en escritura pública, con la nota de liquidación del Impuesto, se presenta ante los Juzgados para perseguir la finca sobre la que se impuso por su dueño el gravamen de hipoteca. ¿será admitida o rechazada por los Tribunales? ¿Tendrán los Tribunales que rechazar tal contrato, a pesar de contener un gravamen impuesto por la voluntad del dueño, por el fundamento de que tal gravamen no es legalmente una hipoteca?

Aunque no hay hipoteca, existe manifiestamente la imposición de un gravamen aceptado por la persona favorecida, y creemos que los Tribunales admitirán la escritura porque no lo prohíbe el artículo 313 de la Ley.

Apliquemos ahora los preceptos al supuesto de hipoteca sobre finca inmatriculada, pero en el que la escritura no ha podido ser registrada por defectos que a pesar de ser subsanables no pudieron ser corregidos. Supongamos que llegado el momento de persecución, la finca sigue en poder del deudor; que sobre ella no hay terceros interesados; y que el contrato de hipoteca tiene ligados a las partes contratantes. Cuando tal escritura de hipoteca no inscrita se presente ante los Tribunales, éstos apreciarán: primero, que el objeto de la presentación del documento no es hacer efectivo un derecho en perjuicio de tercero; y segundo, que el derecho en que funda su acción el demandante jamás fué objeto de inscripción, por lo que el deudor, única parte a quien puede perjudicar la admisión del documento, no podrá formular la oposición prevista en el artículo 586 del Reglamento. El Tribunal deberá, por tanto, admitir tal documento.

En nuestro sistema no cabe en pura ortodoxia y buenos principios hacer al Registrador árbitro de los efectos de los contratos para las par-

tes; y no a otra cosa equivale el que la virtualidad del contrato de hipoteca entre las partes dependa, por ejemplo, de la falta de presentación de la escritura de poder, de un error material en la escritura, de una falta de legitimación o legalización, de algún dato de identificación, de alguna imposibilidad interna de la oficina, etc., defectos todos ellos que, sin afectar a la esencia y validez del contrato, impiden, sin embargo, la inscripción. La fortaleza de la lógica y la luz de la moral parecen aconsejar, que la trascendencia de tales defectos no deba alcanzar a las partes.

#### IX —LA JURISPRUDENCIA.

En la jurisprudencia, tanto del Supremo como de la Dirección, se encuentran sentencias y resoluciones de las que se infiere la poca seguridad que en esta materia hubo en algunos momentos.

A los cuatro años de vigencia del Código civil, la Dirección General de los Registros, refiriéndose al Código, decía que tal Cuerpo legal *no ha introducido alteración alguna en la doctrina fundamental de la Ley Hipotecaria*, según la cual las hipotecas voluntarias o *nacen* de la convención entre las partes, o *són* impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen (49).

El Tribunal Supremo en el año 1901 explicaba que “la hipoteca especial otorgada para sustituir a la general y tácita no puede producir efecto si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, porque únicamente queda constituida con validez cuando se cumple dicho requisito según el artículo 1.875 del Código civil, y *de modo análogo ordenaba para la Contaduría de Hipotecas las leyes del Título XVI, libro 10, de la Novísima Recopilación*” (50). Naturalmente que la inscripción ha sido la única manera de desterrar las hipotecas generales y tácitas; pero lo curioso de la sentencia es la equiparación con las leyes de las antiguas Contadurías, porque ello es tanto como negar el valor constitutivo de la inscripción y conferirle solamente el de publicidad y oponibilidad, o a lo sumo el de efectos *erga omnes*.

Otra sentencia dice “que la Ley Hipotecaria tampoco varía las reglas de la legislación civil (en materia de hipoteca), limitándose sólo a *agregar a ellas las derivaciones de los preceptos de la publicidad y espe-*

(49) Resolución de 31 de agosto de 1893.

(50) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1901.

*cialidad de las hipotecas* sobre las que estableció el crédito territorial, por lo que el artículo 1.875 del Código civil, para sancionar la *adición* y hacer patente la armonía entre ambas legislaciones, satisfaciendo el *objeto principal de la Ley Hipotecaria*, dispone que a los demás requisitos establecidos por la civil ha de agregarse, para que la hipoteca quede válidamente constituida, el de la inscripción del documento en el Registro de la Propiedad" (51).

Mucho después de la reforma hipotecaria de 1909, algunas sentencias, o venían a reconocer la eficacia real del contrato respecto de las partes, o para decir lo contrario, tuvieron que adoptar abultadas perifrasis y circunlocuciones. Así, la de 5 de abril de 1933 (52) dice que "no obsta a que se declare que una escritura contiene una obligación hipotecaria el que no se constituya la hipoteca en la forma exigida por el artículo 1.875 del Código civil y 146 de la Ley Hipotecaria, por ser cuestión distinta la de que tenga aquel carácter y la de que por no haberse inscrito no perjudique a tercero en el orden hipotecario".

La sentencia de 9 de febrero de 1943 parece inferir la fuerza ejecutiva de la hipoteca, no de la inscripción, sino del contrato. Parece lógico que no existiendo tercero, y aun no habiendo inscripción de hipoteca, la persecución de la finca se opere no por la responsabilidad general del artículo 1.911 del Código, sino en méritos de la concreta designación hecha en el contrato.

La de 10 de marzo de 1947, para expresar la existencia de una hipoteca, emplea el siguiente párrafo de verdadera anfibología hipotecaria: "la hipoteca establecida sobre la finca X . mediante escritura de 11 de febrero de 1928, constituyó un único gravamen, garantizador de un solo crédito "

En cambio, la de 12 de enero de 1943, con limpieza de concepto y palabras, nos dice que la circunstancia de que al tercero no le afecten más que los intereses que constan en la inscripción, "es una consecuencia no sólo de su cualidad de tercero protegido por la fe pública registral, sino además, y aun con independencia del juego propio de los principios hipotecarios, de la consideración de ser la hipoteca, por Derecho civil, un derecho cuya inscripción tiene valor constitutivo "

(51) Idem de 11 de diciembre de 1903.

(52) Tomada del t. III de *El Código civil a través de la jurisprudencia*, de José Manuel Pedreira, pág. 392.

## X.—EL CONCEPTO CONSTITUTIVO: SU PLANTEAMIENTO.

El problema a resolver es el de si una vez practicado el asiento, con todas las circunstancias exigidas por la ley, la hipoteca nace a la vida jurídica sólo por la inscripción y en desconexión del contrato, o si, por el contrario, tal asiento registral, en tanto no entre en juego el tercero hipotecario, tiene su vida pendiente de posibles acciones ejercitables contra la virtud jurídica del contrato. Porque si, efectivamente, una vez admitido en las oficinas de los Registros de la Propiedad el contrato de hipoteca, y practicada la inscripción correspondiente, previa la calificación de legalidad, la hipoteca sólo puede ser atacada por las causas que resulten de la misma inscripción, entonces, indiscutiblemente, la inscripción tendrá valor constitutivo para las mismas partes; pero si tal asiento registral es atacable por acciones provenientes del contrato, resultará que realmente no tiene poder constitutivo.

Cuando D. Augusto Comas comentó el artículo 1.875 del Código, no planteó explícitamente el concepto constitutivo, pero lo dejó bien esbozado; porque para él, la reforma, arrancaba al contrato la validez y legalidad de la hipoteca, para fiarlas exclusivamente a la inscripción.

Para la doctrina, en esto estriba el poder constitutivo de la inscripción; pero no es ese el verdadero sentido que se infiere del contexto de la Ley Hipotecaria. Por el contrario, da idea de establecimiento por la voluntad; lo revela el criterio legal del *numero apertus*: "los títulos en que se constituyan derechos reales de hipoteca, censos, servidumbre, y otros cualesquiera reales", dice el artículo 2.º de la Ley; el artículo 7.º del Reglamento alude a "cualquier acto o contrato de trascendencia real" (53). Esa trascendencia real se atribuye al acto o contrato, y su apreciación queda reservada exclusivamente a la calificación registral, según ha declarado la resolución de 27 de marzo de 1947.

En cualquier acto o contrato presentado en los Registros de la Propiedad, al funcionario incumbe apreciar la existencia o inexistencia de estructuración y existencia real, pero en materia de hipotecas, y según el artículo 1.875 del Código civil y sus concordantes de la Ley Hipotecaria, lo que al Registrador compete es la creación del derecho real.

(53) Véase el fundamentado trabajo de José Servat Adua: *Derechos reales y pactos de trascendencia real*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de diciembre de 1948.

XI.—ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTRATO DE HIPOTECA  
Y LA INSCRIPCIÓN.

Si no puede haber hipoteca sin inscripción, ¿cuál es el valor del contrato de hipoteca?

No compartimos el criterio de Comas de que, según el Código, es nula la hipoteca mientras la inscripción no tenga lugar. Hay un término medio que consiste en la suspensión de efectos hasta la ejecución de un requisito legal.

Cuando me obligo, respondo con todos mis bienes presentes y futuros del cumplimiento de la obligación. Esta ilimitada responsabilidad de mis cosas no implica verdadera garantía para el acreedor. Necesita que sobre bienes concretos del deudor se establezca el gravamen asegurador. Ni aun con ello se está bien garantizado. Hace falta la tranquilidad de no ser pospuesto en la concurrencia de acreedores. Y se acude al Registro. Sin duda este es el proceso ideológico de cualquier mentalidad no hipotecaria, pero no puede serlo para los profesionales de la Ley. ¿Qué valor tiene el contrato, pues? Manresa, en sus Comentarios al Código civil, nos ha dicho que en tanto no se practique la inscripción, el contrato de hipoteca se equipara a la promesa de hipoteca. Tampoco podemos compartir este criterio, porque entonces, ¿para qué se puso en el Código el artículo 1.862?

El artículo 1.875 del Código seguramente lo que quiso decirnos es que la hipoteca configurada o establecida por el contrato no queda eficazmente establecida hasta que se opere la inscripción.

El contrato de hipoteca, como todos los contratos, para ser admitido en los Registros de la Propiedad ha de existir y ser válido. ¿Cuál es el objeto y la causa en tales contratos? ¿no es la configuración o estructuración de la hipoteca, con el fin de que en su día se solucione la obligación asegurada con el valor en venta o adjudicación de la cosa gravada? Y si el contrato es válido a tenor de las normas generales de los contratos, ¿cabrá decir que el de hipoteca no lo es mientras le falte la inscripción?

A nuestro parecer, existen fundamentalmente dos razones para abogar por la validez: una, porque de todo acto o contrato nulo no puede derivar acción para pedir su cumplimiento; y la otra, porque el artículo 4.º del Código civil, en su párrafo primero, advierte que son nulos

los actos ejecutados *contra* lo dispuesto en la Ley, a menos que la misma Ley declare su validez; y en nuestro caso, por un lado, el contrato jamás puede celebrarse en contra del 1.875 del Código civil y 145 de la Ley, ya que la inscripción es requisito *a posteriori*, que a lo sumo puede denotar una omisión más o menos diferida; y por otro lado, porque la misma Ley Hipotecaria, a veces, no hace depender la acción real hipotecaria de la inscripción.

De aquí que la palabra validez del artículo 1.875 del Código no pueda tener como contrapartida la de invalidez o nulidad, sino la de *ineficaz*, que quiere decir falta de actividad o de potencia. El mismo Código, que ha determinado cuáles son los requisitos *esenciales* a todo contrato, al referirse concretamente al de hipoteca, dice que, para él, son esenciales los relativos a la accesoriedad, capacidad y facultad dispositiva del constituyente, pero no aplica la palabra esencial para la exigencia de la inscripción, sino la palabra *indispensable* como denotando más bien un requisito obligatorio o forzoso.

Al decir el artículo 1.875 del Código que la validez de la hipoteca establecida por el contrato depende de la inscripción, más bien da idea de que la inscripción viene a ser como un bautismo purificador; de un *ratum facere*, ratificación o confirmación; de un *legitimum reddere*, legitimar o dar legitimación.

Y si la inscripción no aparece, según el mismo artículo fundador de la teoría constitutiva, exigida como requisito esencial, sino como requisito indispensable para la validez de la hipoteca contractual, su encuadramiento jurídico corresponde con las llamadas condiciones impropias o *conditio legis*. Y a veces, recordando su misión de tranquilidad social, llega a parecer no una *conditio*, sino la *condictio*, o una intimidación o denuncia, de que las partes contratantes, sin la inscripción, corren el peligro de la ineficacia de la hipoteca convenida.

Aplicando los medios interpretativos de Savigny, que acogió nuestra Dirección General en la resolución de 23 de agosto de 1894, queda robustecida esta tesis, pues a más de la interpretación hecha ya y basada en el sistema español, se llega a la misma solución con la interpretación histórica, que pone de relieve la constitución unilateral y consensual: con la interpretación lógica, según la cual no es posible admitir que el Código civil quiso reformar el sistema registral cambiando el valor convalidante, que por otro lado fué expresamente admitido en los ar-



títulos 606, 1.473 (54), 1.537 y 1.880; y con la interpretación léxicográfica que, a tenor de la enseñanza filosófica de Zaragüeta, nos presenta la hipoteca como un *hecho de valoración* (psicológico), o acto o contrato, y al artículo 1.875 como la estimación o valoración del hecho.

La inscripción no sólo da eficacia a la hipoteca; la da a todos los derechos reales cuyo nacimiento extrarregistral sea indiscutible. Y bien merecería, a mi juicio, en bien de la humanidad, que esa poderosa fuerza que se viene atribuyendo a la inscripción de hipoteca se hiciera comprender que es indispensable a todos los derechos reales, porque con la inscripción adquiere la más fuerte protección jurídica todo contrato de trascendencia real.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS,

Registrador de la Propiedad.

(54) El caso de la doble venta, más que resuelto por el valor constitutivo de la inscripción, debe basarse en la consideración de que los diferentes compradores son terceros entre sí, y ha de quedar protegido el que primero inscribe.

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

EL ESTADO. NO OBSTANTE SU SUPERIOR JERARQUÍA Y PREEMINENTE PERSONALIDAD, Y CON EL ÚNICO PRIVILEGIO QUE IMPLICA LA HIPOTECA LEGAL ESTABLECIDA A SU FAVOR, SE HALLA SOMETIDO A LOS EFECTOS LEGALES DE LAS INSCRIPCIONES, DEBIENDO ENTENDERSE APLICABLE ESTE PRINCIPIO—QUE CONSAGRA EL ARTÍCULO 11 DE LA LEY DE ADMINISTRACIÓN Y CONTABILIDAD—A LOS CASOS COMPRENDIDOS EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL SOBRE INCAUTACIONES DICTADA COMO CONSECUENCIA DE LA SUBVERSIÓN MARXISTA.

*Resolución de 2 de noviembre de 1948 —“B. O.” de 24 de igual mes.*

Por escritura otorgada en Vigo el día 13 de julio de 1933, ante el Notario don Casimiro Vela de la Viña, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Vigo concedió al Sindicato Agrícola Rural de Lerez, con domicilio en la parroquia de Lerez, del término de Pontevedra, un préstamo de 15.000 pesetas, al interés del 6 por 100 anual y por término de tres años, constituyendo la Entidad deudora a favor de la acreedora, y en garantía de la devolución del expresado préstamo, sus intereses y 7.000 pesetas más para costas, hipoteca voluntaria sobre una casa compuesta de semisótano, dos pisos y parte en buhardilla, sita en el lugar de la Torre y del Socorro, en dicha parroquia.

Transcurrido el plazo estipulado sin que hubiese sido reintegrado el acreedor de la suma prestada instó ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vigo el procedimiento regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria para hacer efectivo el crédito hipotecario, de cuyas actuaciones resulta: que por exhorto expedido por el Juzgado que conocía del asunto al de igual clase de Pontevedra, con fecha 22 de

enero de 1937, se ordenó fuese requerido de pago el Sindicato Agrícola Caja Rural de Lerez, llevándose a efecto la diligencia en la persona de don José Cons, Vocal del Consejo de la Entidad, al que se hizo saber la obligación de participar al Presidente el expresado requerimiento; que, en cumplimiento de lo preceptuado en la regla cuarta del citado artículo, se reclamó del Registrador de la Propiedad de Pontevedra la certificación prevenida en dicha regla, la que se libró con fecha 8 de febrero de 1937, extendiéndose la nota marginal de su expedición el día 1 de marzo del mismo año, apareciendo de la citada certificación: que el último titular de dominio de la finca era la Entidad deudora; que la finca se hallaba gravada con la hipoteca objeto del procedimiento, la cual continuaba vigente y sin cancelar, y que no existían más interesados como titulares de dominio o de derechos reales con posterioridad a la inscripción de la hipoteca.

A instancia de la parte actora y transcurridos los plazos legales desde el requerimiento de pago al deudor hipotecario, por providencia de 18 de octubre de 1943, se acordó la subasta de la finca hipotecada, en cuyo acto, celebrado previos los anuncios y demás requisitos legales, fué adjudicada la finca al licitador don Leandro del Río Carnota, Cura Párroco de Lerez, que ofreció por ella la suma de 39.000 pesetas, igual a la cantidad que como tipo para la subasta había sido pactada en la escritura de constitución de la hipoteca, el cual, dentro del plazo señalado, hizo entrega de la diferencia entre la cantidad que depositó para intervenir en la subasta y el total importe del remate, aprobándose éste por auto de 15 de diciembre de 1943, a favor de dicho postor, con la prevención de quedar subrogado en la responsabilidad de las cargas o gravámenes anteriores o preferentes a la inscripción de la hipoteca y ordenándose la cancelación de ésta y la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran practicado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, librándose para la práctica de las expresadas cancelaciones exhorto al Juez de Primera Instancia de Pontevedra, el cual, para darle cumplimiento, con fecha 18 de febrero de 1944, expidió mandamiento al Registrador de la Propiedad de la misma ciudad, a los mencionados efectos.

Presentado el mandamiento en el Registro, se puso por el Registrador la siguiente nota: "Presentado por duplicado el precedente mandamiento a las doce horas del día 3 de los corrientes, con el núme-

ro 560, en el folio 191 del tomo 35 del Diario, y por resultar que la finca hipotecada aparece incautada por el Estado desde el año 1939 y la Entidad prestataria pudiera ser de las que por disposición de la Ley quedaron fuera del ámbito de ésta y, por ello, sin personalidad ni patrimonio propiamente dichos, el procedimiento sustanciado sin la intervención de los Organismos que legalmente sustituyen a los disueltos no parece acomodarse a lo que para casos normales fija la Ley, sobre todo no habiéndose sustanciado el procedimiento administrativo a que se refieren el Decreto y Orden de 10 de enero de 1937; estimando que tales defectos son de naturaleza insubsanable, tampoco se extendió anotación preventiva."

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del auto presidencial y nota del Registrador, sienta la magnífica y pura doctrina hipotecaria siguiente:

Que nuestro ordenamiento inmobiliario, con el fin de garantizar la propiedad, proporcionar bases sólidas al crédito territorial y conceder la mayor seguridad a los titulares de derechos reales inscritos, tiene su adecuado órgano en el Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos, como consecuencia de los principios hipotecarios, y especialmente los de legitimación y fe pública registral son obligatorios incluso para el Estado, que es el más interesado en conservar y desenvolver plenamente la eficacia de un sistema que él mismo instituyó para el mejor régimen de la propiedad inmueble.

Que, consecuente con este criterio, el Estado, no obstante su superior jerarquía y preeminente personalidad, y con el único privilegio que implica la hipoteca legal establecida a su favor, se halla sometido a los efectos legales de las inscripciones y, que, según el artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad, tiene preferencia sobre cualquier acreedor, excepto los de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda.

Que esta disposición legal debè entenderse aplicable a los casos comprendidos en la legislación especial sobre incautaciones dictada como consecuencia de la subversión marxista, por las siguientes razones: a), porque la Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939, fundamental en la materia, en su artículo 68 dispone que la venta de los bienes incautados se verificará mediante subasta, debiendo expedirse mandamiento al Registrador de la Propiedad para que libre al

Juzgado relación de los censos, hipotecas y demás gravámenes, derechos reales y anotaciones "a que estén" afectos; b), porque, conforme al mismo artículo, en los anuncios de la subasta se expresará que las cargas y gravámenes anteriores, si no estuvieran constituidos en virtud de actos y contratos nulos con arreglo al artículo 72, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, c), porque, según la norma segunda de la Orden de 10 de enero de 1937, los Registradores deberán expedir, en el plazo de veinte días, certificación de los bienes inscritos a nombre de los partidos y agrupaciones sujetos a incautación, con expresión de los gravámenes a que estuvieren afectos; d), porque, de conformidad con las Ordenes de 10 de septiembre y 5 de diciembre de 1938, en los expedientes de responsabilidad civil, cuando se embargasen las rentas de una finca gravada con hipoteca constituida con anterioridad al 18 de julio de 1936 en garantía de un crédito con interés, abonará el Administrador nombrado en el expediente los intereses vencidos, "que la hipoteca asegure en perjuicio del Estado, tan pronto lo reclame la persona que tenga derecho a percibirlos, debiendo efectuarse el pago con cargo al importe de dichas rentas; y e)", porque si se aceptase otra solución, resultaría que de hecho se impondrían incautaciones a personas o Entidades no marxistas y, en el presente caso, a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Vigo, titular de un derecho real de hipoteca, del cual sería despojada sin previa declaración de hallarse incurso en responsabilidad de orden políticosocial ni de otra clase.

Que las reglas quinta y sexta de la citada Orden de 10 de enero dispusieron la suspensión de los procedimientos judiciales seguidos contra bienes incautados y que quienes hubieran de ejercitar algún derecho sobre dichos bienes deberían formular una solicitud a la Comisión Central, normas corroboradas por el artículo 61 de la Ley de Responsabilidades Políticas, de todo lo cual se infiere que entre tales derechos no figuran las hipotecas y demás gravámenes inscritos con anterioridad al 18 de julio de 1936, sino aquellos otros dudosos o necesitados de previa declaración de existencia o que debían ser objeto de un reconocimiento expreso por el Estado, y singularmente las tercerías de dominio o de mejor derecho, a las cuales refiere la Ley de Responsabilidades Políticas la necesidad de instar la reclamación previa, según resulta de sus artículos 70 y 73.

Que centrado así el problema y reconocida la efectividad de la hipoteca, es incuestionable que las reglas procesales para su ejecución son aplicables; y, por tanto, el procedimiento tramitado con sujeción a las prescripciones contenidas en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria debe reputarse válido, sin que sea admisible la tesis de que la Entidad deudora había perdido su personalidad pasiva procesal, que indudablemente tenía en el Registro cuando se iniciaron las actuaciones y conservaba en el momento de expedir la certificación exigida en la regla cuarta del mismo artículo, según claramente consta en el asiento de incautación a favor del Estado, sobre todo si se tiene en cuenta que la acción hipotecaria se ejercita directamente contra los bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor sin que el procedimiento pueda suspenderse ni aun por la muerte de éste, excepto en los casos taxativamente fijados en el artículo 132 de la Ley.

Que la alegación de que, conforme al artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad, no pueden los Tribunales expedir mandamientos de ejecución, contra rentas o caudales del Estado, no debe estimarse defecto comprendido en la nota calificadora, por mucha amplitud que quiera concederse a los términos en que aparece redactada; y, además, tampoco alteraría la doctrina expuesta, toda vez que en el caso del recurso no ha sido demandado el Fisco ni contra él se ha despachado ejecución y se trata exclusivamente de aceptar una prelación hipotecaria reconocida como obligatoria para la Hacienda por el artículo 11 de la misma Ley.

Por último, que como el crédito hipotecario otorgado el año 1933, que sirvió de base a la ejecución, no está comprendido en los actos y contratos nulos, con presunción de fraudulencia "juris et de jure" o "juris tantum" previstos en las letras a) y b) del mencionado artículo 72, el procedimiento que parece más adecuado para defender los intereses del Tesoro sería, no el de negar eficacia a una resolución judicial firme y plenamente ajustada a las leyes, sino que por la representación del Estado, con arreglo a lo preceptuado en el párrafo final del mismo artículo, se entablasen las acciones correspondientes en la improbable hipótesis de simulación o suposición de crédito, con lo cual, en todo caso, quedarían amparados los derechos estatales establecidos por la Ley de Responsabilidades Políticas.

Mejor que comentario, séanos permitido unas líneas de información para un conocimiento más acabado del que leyere.

Sin duda el Registrador, tocado de un prurito de minuciosa legalidad y ardido de fe en la defensa de los intereses del Estado, estampó su nota denegatoria, que luego defendió con gran maestría, pues el paralelismo que establece entre las jurisdicciones que, según él, intervienen en pugna: la del Estado, en su forma política y de punición a los responsables de la subversión, que es excepcional y soberana, y la ordinaria, que es la normal y subordinada a la existencia misma del Estado; y el vicio fundamental que señaló, como afectando al procedimiento, de inexistencia del sujeto pasivo de la relación procesal, por haberse iniciado aquél después del 13 de septiembre de 1936, fecha del Decreto-ley número 108, que privó de la libre disposición de sus bienes a personas sujetas a responsabilidades políticas, revelan una singular pericia y notable técnica.

También el Abogado del Estado, al que pidió informe el Presidente de la Audiencia (como al Juez de Primera Instancia de Vigo, que rotunda y decididamente lo emitió en el sentido de que debía inscribirse la adjudicación), fué de la opinión del Registrador por razones legales muy parecidas a las por éste expuestas, añadiendo la muy peregrina de que apareciendo en el Registro en el año 1939 que la finca había sido incautada por el Estado era de aplicación, a partir de ese momento, el artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad, que prohíbe a los Tribunales despachar mandamiento de ejecución contra rentas o caudales del Tesoro.

Para rebatir todo esto nada mejor que lo expuesto por nuestro ilustre Centro, que, sobre encarnar la más pura ortodoxia hipotecaria, es el exponente de un recto sentido de justicia, pues como se expresa al final del tercero de los Considerandos "si se aceptase otra solución resultaría que de hecho se impondrían incautaciones a personas o Entidades no marxistas, y en el presente caso a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Vigo, titular de un derecho real de hipoteca, del cual sería despojada sin previa declaración de hallarse incurso en responsabilidad de orden políticosocial ni de otra clase".

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1948.—*Arrendamiento.*

Entre los derechos reconocidos al arrendatario por la legislación de alquileres, aplicable al caso controvertido, está el consignado en el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, según cuyo texto si el propietario necesitase verificar en la finca obras de tal naturaleza que obli-guen al cierre del establecimiento mercantil o industrial, el arrendatario tendrá derecho a ocupar nuevamente el local, una vez terminadas las obras, pero cuando el propietario, como en el caso actual, ha procedido a la enajenación de la finca, y el comprador, por virtud de las disposiciones citadas ha quedado subrogado en su lugar, como arrendador, es evidente que la acción para la reintegración del local arrendado, objeto de las obras, habrá de dirigirla el arrendatario contra el nuevo propietario, que es quien tiene la posesión del local que ha de ser reintegrado, pero no contra el antiguo que cesó en la propiedad y consiguiente posesión del mismo, y si bien el párrafo segundo del artículo 12 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 previene que en todo caso quedaran a salvo las acciones que al inquilino pudieran corresponder contra el primitivo arrendador, por consecuencia de la enajenación, ni este Decreto ni el de 21 de enero de 1936, limitaban el derecho del propietario de una finca arrendada a la enajenación de la misma, por lo cual de la mera enajenación no podrá surgir para el propietario ninguna responsabilidad exigible por el arren-datario, si tal responsabilidad no estaba prevista en el contrato de arren-damiento ni se la podía hacer derivar de ninguna de sus cláusulas o con-diciones, único supuesto en que sería aplicable la disposición mencionada, supuesto que no se da en el caso actual, por lo que es de estimar el tercer motivo del recurso fundado en la infracción del texto que se comenta y estimado el recurso por tal motivo es innecesario entrar a examinar los restantes.

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1948.—*Artículo 811 del Código civil.*

Los dos motivos del recurso plantean la tesis referente a imposibilidad jurídica de que determinados bienes sean declarados reservables y com-prendidos en el ámbito del artículo 811 del Código civil, mientras no se practique la liquidación de la sociedad conyugal habida entre el antepa-sado de quien proceden los bienes y la reservista, liquidación seguida de las correspondientes operaciones particionales de la herencia de dicho antepasado y de la del descendiente causante de la reserva.



Este tema no ha sido a primera vista uniformemente dilucidado por la doctrina jurisprudencial, pues si en sentencias como la de 9 de julio de 1933 se exige para estimar la existencia de bienes reservables la prueba de que previamente se han realizado las operaciones de liquidación y partición referidas, a través de las cuales quedarán bien individualizados los bienes sujetos a reserva, en las otras, como en la de 8 de junio de 1917, no se considera precisa tal exigencia probatoria, porque no hay disposición legal que la imponga como medio indispensable para que los Tribunales puedan hacer la correspondiente declaración, pues son admisibles y suficientes otras probanzas si por ellas se demuestra debidamente la identificación de los bienes, su procedencia del ascendiente lineal y la trayectoria de las sucesivas transmisiones por título lucrativo al descendiente que causa la reserva y por ministerio de la Ley al ascendiente obligado a reserva.

Esta discrepancia jurisprudencial es sólo aparente y susceptible de conciliación en el fondo, si se tienen en cuenta las especiales circunstancias que pueden concurrir en los distintos casos sometidos a concreto enjuiciamiento por los Tribunales, pues bien se advierte que en situaciones procesales como la contemplada por la sentencia de 9 de julio de 1933, en que los bienes reservables pasaron al patrimonio de la reservista en confusión material con los de ésta, no sea posible diferenciar los unos de los otros sin la previa liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente partición, pero no debe pretenderse que este criterio sea elevado al rango de norma absoluta y única aplicada a todas las situaciones procesales sobre identificación y calificación de bienes sujetos a reserva lineal, pues en términos generales y a esta finalidad no hay limitación de medios probatorios, y los Tribunales pueden utilizar todos los que se les ofrezcan para adquirir la convicción de que se dan en el proceso los presupuestos objetivos del artículo 811 sobre identificación, procedencia y sucesivas transmisiones de los bienes reclamados en concepto de reservables, porque como dice la aludida sentencia de 8 de junio de 1917, la Ley no impone un taxativo o único medio de prueba, ni sería procedente tampoco, sin riesgo de burlar el designio del legislador, que el derecho del reservatario quedase supeditado en su efectividad a una previa partición de las herencias del ascendiente de quien proceden los bienes y del descendiente causante de la reserva, sólo sometidas a la voluntad de quienes tienen un interés económico en pugna con el del reservatario.

SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1948.—*Reconstitución de un testamento.*

Desestimados en la instancia los múltiples motivos de nulidad del expediente de reconstitución de un testamento alegados por la parte actora, impugna ésta ahora el fallo que pronunció la Audiencia y se mantiene en la misma pretensión de nulidad del expediente, pero no por todos aquellos múltiples motivos incoados en la demanda, sino solamente por haberse llevado a efecto la reconstitución a base de la información de los testigos ins-

instrumentales del testamento originario, sin utilizar a la vez la copia simple del mismo, lo que implica, según el recurso, la infracción de los artículos 1.221 del Código Civil y 280, norma 4.ª, del Reglamento del Notariado de 8 de agosto de 1935, vigente al ser reconstruido el testamento, preceptos que, a juicio del recurrente, exigen la utilización conjunta de la copia simple y de las declaraciones de los interesados para obtener la finalidad pretendida.

El citado Reglamento, después de enumerar en la norma 3.ª del artículo 280 los medios principales que pueden servir de base para reconstruir los protocolos destruidos o deteriorados, señala en la norma 4.ª, como medios supletorios para el mismo fin, la copia simple del documento que se trata de reconstruir y las declaraciones de los interesados, no conjuntamente, como propugna el único motivo del recurso, sino conjunta o aisladamente, pues si bien es cierto que los dos términos aparecen unidos por la copulativa «y», no lo es menos que el sentido gramatical completo de la norma, claramente da a entender que, al solo efecto de incoación y trámite del expediente, basta la concurrencia de uno de dichos medios, sin perjuicio de que la Junta Directiva del Colegio Notarial, al emitir su informe, y el Juez de Primera instancia, al resolver, valoren con arreglo a derecho los elementos probatorios utilizados para conceder o denegar la reconstitución solicitada, quedando así perfectamente cumplida la finalidad que el legislador persigue de facilitar la reproducción del documento inutilizado, sin riesgo de que se apruebe el expediente que carezca de las debidas garantías o demostración suficiente de la existencia y autenticidad del documento destruido, pues este último evento no se producirá si no se pierde de vista la diferenciación que se deja establecida entre elementos de juicio indispensables para la incoación y para la resolución del expediente.

No entra en juego en estos autos, ni, por lo tanto, puede haber sido infringido por inaplicación el artículo 1.221 del Código Civil, regulador de la prueba supletoria utilizable a falta del protocolo, porque a efectos de reconstitución de documentos notariales destruidos o deteriorados rige la norma específica del artículo 280 del citado Reglamento en los términos anteriormente expuestos, y, además, no cabe extender por *argumentus a contrario* la aplicación del artículo 1.221 del Código Civil a casos, como el de autos, en que no ha sido utilizada en concepto de medio supletorio la copia simple del testamento, pues el expediente tuvo por base para su aprobación el índice de los documentos de la Notaría, obrante en el Colegio correspondiente, y la declaración de los testigos instrumentales, que en conjunto prueban cumplidamente el otorgamiento del testamento en los términos en que ha sido reconstituido, lo que ha sido corroborado en este pleito con el testimonio de un hermano del causante, a quien podría interesar, en igual grado que a la recurrente, la nulidad del testamento reconstituido y la apertura de la sucesión intestada; y por todo lo que procede la desestimación del único motivo del recurso, aun cuando en su aspecto formal haya sido bien encauzado por la vía del núm. 1.º del artículo 1.692

de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no, como alegó la parte recurrida en el acto de vista, por la del núm. 7.º del mismo artículo.

SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1948.—*Arrendamiento*.

De las múltiples cuestiones planteadas en este pleito, únicamente han sido discutidas en el recurso de casación las referentes al incumplimiento de las cláusulas 10 y 12 del contrato de arrendamiento de 26 de mayo de 1933, referentes al subarriendo y al pago por el arrendatario de las primas del seguro y contribuciones y arbitrios para el ejercicio de la industria en cuestión y su justificación ante el arrendador.

Según jurisprudencia de esta Sala, las sentencias deben estimar la situación jurídica objeto del pleito tal y como se hallara en el momento de presentarse la demanda, porque es la que sirve de base a ésta, extremo que no puede confundirse con la fijación de la cuestión litigiosa en el cuasi-contrato de *litis contestatio*, que tiene lugar en los escritos de contienda, a lo que no se ajusta la sentencia recurrida, que en su considerando quinto, para afirmar que el demandado tenía cumplidas todas sus obligaciones referentes al pago de contribuciones, impuestos y arbitrios del Estado y el Municipio, se refiere a que consta de certificaciones fechadas en 13 de julio de 1942 que en ese día estaba al corriente en tales pagos, pero no hace la apreciación en relación al 10 de diciembre de 1941, fecha de la demanda, y 2 de enero siguiente, en que se amplió, a cuyos escritos se acompañaron oficios y certificaciones acreditativas de que en esas fechas la empresa del cine A. estaba en descubierto por la cantidad de 6.342,44 pesetas del 5 por 100 correspondiente a la Junta Provincial de Protección de Menores y otras cantidades, que no se determinan, por contribuciones al Estado y arbitrios municipales, por lo cual es evidente que la sentencia cometió los errores que expresa el motivo octavo del recurso, por no dar el debido valor a los documentos que quedan mencionados y que el recurrente determina suficientemente en su escrito.

De lo sentado en el considerando anterior aparece con toda evidencia que al presentarse la demanda el arrendatario demandado tenía incumplidas las obligaciones mencionadas en la cláusula 12 del contrato de arrendamiento, de estar al corriente en el pago de las contribuciones, impuestos y arbitrios del Estado, Provincia y Municipio por razón de esa industria, y, por consiguiente, no podía acreditar al arrendador tal pago, cualquiera que fuera la actitud de éste relacionada con esa justificación, a la que vagamente alude el considerando cuarto de la sentencia de la Audiencia.

Por alcanzar ese incumplimiento a condiciones del contrato que son de importancia por la responsabilidad subsidiaria que puede acarrear para el dueño del edificio y arrendador, da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento que invoca el motivo tercero del recurso, apoyado en el artículo 1124 del Código Civil y cláusula 17 del documento de 26 de mayo de 1933, en la que se previene que el incumplimiento de cualquiera de las condiciones del contrato facultaría al señor Ll. para darlo por resuelto.

LA REDACCIÓN.

## Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 10 de febrero de 1948.*

LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE PERSONAS JURÍDICAS CONCEDIDA PARA CIERTOS BIENES DE LOS AYUNTAMIENTOS EN LA LEY DE BASES DE 17 DE JULIO DE 1945 Y EL ARTÍCULO 218 DE LA ORDENACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES DE 25 DE ENERO DE 1946, POR REFERIRSE A LOS EXENTOS DE LA CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL, REQUIERE LA PREVIA DECLARACIÓN DE ESTA EXENCIÓN Y QUE ESTO SE JUSTIFIQUE ANTES DE QUE SE GIRE LA LIQUIDACIÓN POR EL IMPUESTO DE PERSONAS JURÍDICAS.

*Antecedentes.*—La Oficina Liquidadora giró para 1946 una liquidación por el impuesto de personas jurídicas a cargo de cierto Ayuntamiento, y éste recurrió contra ella por la razón de que, practicada en la misma forma que en años anteriores, no se habían tenido en cuenta la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y el Decreto de Ordenación de Haciendas Municipales y Provinciales de 25 de enero de 1946, cuando disponen que las Corporaciones locales y provinciales están exentas de las contribuciones y los impuestos del Estado, y cuando ese segundo precepto dice, en su artículo 118, que entre esas exenciones está la del impuesto que grava los bienes de las personas jurídicas en los mismos términos previstos con referencia a la contribución territorial. De donde dedujo que, puesto que esas disposiciones declaran exentos de la contribución territorial los bienes de uso público, en todo caso; los de servicio público, siempre que no produzcan renta, y los comunales, está claro que los únicos bienes sujetos

a tributación son los de propios, los cuales, según el reclamante, se enumeraban en la relación que acompañaba.

Y añadía que la declaración de exención procedía hacerla de oficio, pues a eso equivale la prevención del artículo 218, citado, al disponer que la exención de los impuestos de Derechos reales y personas jurídicas se hará constar en el documento correspondiente por nota de la respectiva Oficina Liquidadora, no siendo, por lo tanto, necesario que la entidad interesada lo solicite, y confirmándolo así la Orden de 14 de marzo de 1946 al dar las normas a las Corporaciones para solicitar la exención de la contribución territorial y al no establecer nada en cuanto a la exención del impuesto de personas jurídicas.

El Ayuntamiento reclamante terminaba pidiendo que se modificase la liquidación en el sentido de concretarla a los bienes de propios que en la clasificación que acompañaba producían renta.

La reclamación fué desestimada por el Tribunal Provincial por las razones siguientes: la exención pretendida sólo se refiere a los bienes exentos de la contribución territorial, y esta exención ha de ser declarada, según el mismo artículo 218, por el Ministerio de Hacienda a solicitud de las Corporaciones respectivas, lo cual significa que, mientras no se obtenga, no puede pedirse la del impuesto en cuestión; aun prescindiendo de eso, el repetido artículo exige que la exención la haga constar la Oficina Liquidadora en el documento correspondiente, de donde se sigue la necesidad de que el documento pidiendo la exención se presentó a la Oficina con justificación de que los bienes de que se trate reúnen los requisitos del aludido artículo; y, por último, las relaciones de bajas, para ser eficaces a los efectos del impuesto de personas jurídicas, han de presentarse en el primer mes de cada año, a tenor de los artículos 262, 266 y 270 del Reglamento, cuyo requisito no se cumplió.

El Tribunal Central llega también a la desestimación de la reclamación.

Empieza por sentar que la Ley del Impuesto y el Reglamento, al determinar los bienes exentos del impuesto de que se trata, dice cuáles lo están sin declaración especial, y destaca que entre éstos no están comprendidos los que son objeto de controversia, cuya declaración es privativa del Ministro de Hacienda, y por su delegación del Director general de lo Contencioso, según el artículo 265 del Reglamento.

Aparte de ello, conforme al Reglamento, una vez presentada la

primera relación de bienes de personas jurídicas, en los años sucesivos no es necesario reproducirla, pero sí complementarla, en su caso, con las adiciones o las bajas que procedan, y como el Ayuntamiento recurrente no hizo lo uno ni lo otro, es claro que la Oficina Liquidadora obró reglamentariamente al girar la liquidación impugnada correspondiente al año 1946.

En cuanto a la pretensión de que la exención fuese declarada de oficio, dice la Resolución que, aparte de lo expuesto, la Ordenanza de las Haciendas Locales no previene la declaración de exención de oficio en su artículo 218, sino que se limita a decir que se consigne por nota extendida por la Oficina Liquidadora, y por fin, que como la exención afecta a los bienes exentos de la contribución territorial y la de éstos tiene que declararla el Ministro de Hacienda, claro está que sin que ésta preceda no es procedente aquélla; y no lo está menos que la petición de exención ha de preceder a la liquidación, y no, como en el caso ocurre, formularla *a posteriori* y por vía de reclamación.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1948.*

ASÍ COMO LOS PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS A LIQUIDACIÓN SON APLAZABLES CUANDO SE DAN LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 113 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO, EL PLAZO DE PAGO DE LA LIQUIDACIÓN NO LO ES EN NINGÚN CASO DADO EL TEXTO CATEGÓRICO DEL ARTÍCULO 131 DEL MISMO TEXTO LEGAL, SALVO LOS DE LOS ARTÍCULOS 132 Y 133.

Prevía declaración de herederos a favor de catorce interesados, se pidió por éstos la oportuna liquidación provisional de la herencia y se giraron las liquidaciones procedentes.

Posteriormente, el Juzgado declaró con derecho a la sucesión a otras seis personas. El auto en que así se acordó fué recurrido y, entretanto y antes de que venciera el plazo para el pago de las liquidaciones ya giradas, se pidió a la Dirección General de lo Contencioso la suspensión del plazo de pago y también el de presentación de nuevos documentos hasta que se puntualizase si la herencia correspondía a los catorce o a los veinte herederos solicitantes.

Tanto la Dirección como el Tribunal central en alzada, desestimaron la pretensión, y otro tanto hace la Sala 3.ª, fundada en el precepto del artículo 131.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1948.*

Esta sentencia del Tribunal Supremo confirma una Resolución dictada por el Tribunal Económico-administrativo Central con fecha 19 de junio de 1945, en la que había sentado la doctrina de que para que esté exento por aplicación del número 8.º del artículo 6.º del Reglamento el contrato privado de venta de la aceituna de una finca otorgado por el arrendatario de la misma, se requiere que la cualidad de arrendatario se acredite con documento adecuado y no lo es la declaración de los dueños de aquélla ni aún reforzada con una certificación del Alcalde en el mismo sentido, máxime si la cuantía del contrato excede de 1.500 pesetas.

El Alto Tribunal no se limita a confirmar el criterio del central, sino que da una novísima interpretación no conocida ni defendida por nadie hasta ahora, al aludido número 8.º y también al 5.º del Reglamento de 1941, diciendo que "no puede otorgarse la exención del número 8.º más que aquellos contratos verbales en los que las prestaciones personales no excedan de 1.500 pesetas".

*Antecedentes.*—El arrendatario de una finca vendió por documento privado a una Sociedad una considerable cantidad de aceite de oliva, y, liquidado el contrato como compraventa, fué recurrida la liquidación por la Entidad aludida alegando la exención del número 8.º del artículo 6.º por tratarse de la venta en documento privado de los productos de una finca arrendada, realizada por el propio arrendatario.

El contrato de arrendamiento era, al parecer, verbal y su existencia se justificó simplemente con la declaración del dueño de la finca y con una certificación del Alcalde de la localidad afirmando la realidad del arrendamiento.

Esta justificación de la existencia del arrendamiento no se estimó bastante por los Tribunales provincial y central de lo económico-administrativo, y declararon no ser aplicable la exención aludida, desestimando la reclamación.

La Sala 3.ª, a la cual fué sometido el caso en apelación, confirma tal criterio, y refuerza la tesis de aquéllos con un punto de vista y una doctrina no sostenida hasta ahora ni en la doctrina ni en las resoluciones administrativas ni tampoco en ninguna sentencia del Tribunal Supremo, que nosotros conozcamos

Los términos en que la Sala se produce son los siguientes, que con detalles vamos a exponer:

Dice en el Considerando primero que "al no constar por escrito el aludido contrato de arriendo, la cuestión a resolver queda reducida a decidir si la exención del Impuesto de derechos reales que prevé el número 8.º del artículo 3.º de la Ley reguladora del mismo, según su texto refundido de 29 de marzo de 1941, puede alcanzar a aquellos contratos celebrados verbalmente, cuando las prestaciones convenidas por las partes son inferiores a 1.500 pesetas".

Así dice literalmente, aunque en verdad el tema objeto de contienda era si el contrato en documento privado de venta de aceite por el arrendatario de la finca estaba exento o no, desde el momento en que la existencia del contrato de arriendo tenía, según parece, forma verbal, como en el encabezamiento anotamos.

Sentada, pues, la tesis en aquellos otros términos, el Alto Tribunal sigue diciendo que no admite discusión que según la jurisprudencia del mismo y el principio de Derecho ya clásico—Ley única, título XVI, del Ordenamiento de Alcalá—"el que de cualquier forma que aparezca quiso obligarse, queda obligado", o sea que "la eficacia de los contratos no depende del cumplimiento de sus formas extrínsecas, sino de la concurrencia de los requisitos esenciales para su validez, por lo que son válidos los superiores a 1.500 pesetas, aunque no se haya cumplido el precepto del párrafo último del artículo 1.280 del Código civil, que determina que deberán hacerse constar por escrito aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas, pero tal orientación es inoperante—sigue diciendo la Sala—y no transmutable al orden fiscal, en el que conforme a la Ley de Contabilidad y a la jurisprudencia, las obligaciones tributarias se han de aplicar según el tenor literal del precepto impositivo sin interpretaciones extensivas.

Eso dicho—añade literalmente la sentencia—"que con tales normas de interpretación no puede otorgarse la exención del número 8.º, artículo 3.º, de la Ley reguladora del Impuesto de marzo de 1941, más que a aquellos contratos verbales en los que las prestaciones no excedan de 1.500 pesetas, ya que una interpretación contraria a este criterio implicaría una inteligencia extensiva en oposición a los intereses de la Hacienda pública, máxime cuando tan inverosímil es en un orden lógico, el que un contrato de arrendamiento del volumen económico de



la finca del que se dice procede el aceite vendido, no se hiciera constar por escrito y de cuya prueba de existencia se trae (aparte de la declaración de los arrendadores) meramente una certificación del Alcalde del Ayuntamiento de Luisiana, sin firma del Secretario del mismo, en la que se limita a decir que, "según los datos obrantes en este Ayuntamiento" sin concretar cuáles son tales datos ni en qué documento constan".

Por último, añade la Sala 3.<sup>a</sup> que a tal interpretación restrictiva no es opuesta la libertad formal permitida por la Ley de 23 de junio de 1942, que al modificar la de Arrendamientos rústicos de 1935, declara válidos los contratos de arrendamientos de fincas rústicas cualquiera que sea su forma de celebración, ya que estas disposiciones, al igual que las citadas del Código civil, por ser de su misma índole han de tenerse por intrascendentes e irrepercutibles al orden fiscal, y en definitiva, confirma el acuerdo del Tribunal central.

*Comentarios* —Como hemos hecho notar, no encontramos armonía entre los puntos de vista que la Sala y el Tribunal emplearon al plantear la cuestión.

Esta fué propuesta al segundo diciendo que un contrato de venta de los productos de una finca arrendada realizado por el arrendatario y solemnizado en documento privado está exento del impuesto porque así lo dispone el artículo 6.º, número 8.º del Reglamento—número 8 del artículo 3.º de la Ley—cuando dice que lo están "los que por documento privado se realicen sobre bienes muebles y semovientes cuando el que los enajena sea dueño, colono, aparcero o arrendatario de las fincas o ganaderías de que procedan los bienes vendidos": y el Tribunal central estimó inaplicable la exención, exclusivamente porque no juzgó que estaba acreditada suficientemente la realidad del arrendamiento e independientemente de que éste fuese verbal y debiese formalizarse por escrito y fuese o no de cuantía superior a 1.500 pesetas.

El Tribunal Supremo, en cambio, argumenta sobre el supuesto de que se trata de un contrato verbal.

Por lo demás ningún comentario hacemos a la sentencia, limitándonos a repetir que es la primera opinión que conocemos en que se sostenga que los contratos verbales de cuantía mayor de 1 500 pesetas estaban sujetos al impuesto con arreglo a la Legislación de 1941.

Lo contrario estaba admitido sin contradicción hasta la actual Ley y su Reglamento de 7 de noviembre de 1947, según la redacción de la

Ley de 17 de marzo de 1945, sin perjuicio de que en esta nueva Legislación aparezca la redacción del número 5.º del artículo 6.º del Reglamento en unos términos tales que no sea fácil conocer cuándo los contratos verbales están exentos y cuándo no, al menos hasta tanto que, bien el legislador, bien la jurisprudencia, no aclaren su verdadero sentido.

Hasta ahora sólo conocemos tres resoluciones del referido Tribunal central, que son las de 8 de octubre y 12 de noviembre de 1946 y 22 de abril de 1947, que toquen el punto en relación con el nuevo texto del número 5.º del artículo 6.º, si bien lo hacen sin pronunciarse con decisión sobre su verdadero alcance, las cuales pueden verse reseñadas en los números correspondientes a agosto, septiembre y noviembre de 1948 y febrero de 1949 de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, así como se puede ver también que confirman una vez más el criterio de que los contratos verbales, sin distinción de cuantías, estaban exentos con arreglo a la redacción del repetido número 5.º en el Reglamento, precedente al actual de 1941.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1948.*

Reafirma la doctrina que dice que el aumento de capital de las sociedades mediante la emisión de acciones está sometido a tributación desde la fecha en que se toma el acuerdo de ponerlas en circulación y desde entonces corren los plazos de presentación a liquidación, sin que a tales efectos haya de tenerse en cuenta la fecha de la escritura pública en que semejante acuerdo social se solemnice. Este criterio—añade la Sentencia—no pugna con la exigencia impuesta por el Código de Comercio, relativa a que esa modificación del régimen social deba formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, porque tales requisitos formales no trascienden al orden fiscal, según dispone el artículo 48 del Reglamento al decir que la emisión de acciones tributará cualquiera que sea la naturaleza del documento en que el acto conste.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

# V A R I A

ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU: *La Acción Pauliana y la Ley Hipotecaria*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 2 de marzo de 1949.

Giménez-Arnau, aragonés, aunque nacido (en 1908) en Laredo, donde su padre desempeñaba por entonces la función de Notario, estudió la carrera de Derecho en la Universidad de Zaragoza con un brillante expediente que culminó con la obtención, a los diecinueve años, del premio extraordinario en la Licenciatura en el año 1928.

Profesor-ayudante de la Cátedra de Derecho Romano en la Facultad de Zaragoza, más tarde fué pensionado en París para redactar su tesis doctoral sobre "Relaciones de vecindad, abuso del derecho y responsabilidad sin culpa". Registrador en 1932, a los veinticuatro años, Notario de segunda por oposición directa desde 1942, ha publicado, además de numerosos artículos de vulgarización jurídica y fiscal en las Revistas *Economía Mundial*, e *Impuestos*, y de una serie de trabajos en las revistas de *Derecho Inmobiliario*, de *Legislación y Jurisprudencia* y de *Derecho Privado*, entre los que destacan *El derecho de representación en la sucesión testamentaria*, *La hipoteca testamentaria*, *La inscripción de posesión*, *El nuevo Código civil Italiano. Extensión a Castilla del usufructo viudal aragonés*, etc., un *Tratado de Legislación Hipotecaria*, en el año 1941, *Introducción al Derecho Notarial* (año 1944) y recientemente *Contestaciones al Impuesto de derechos reales para el programa de oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad*.

Con lo dicho queda bien sentado que el conferenciante no es un recién llegado a los problemas del Derecho; por su profunda preparación (encubierta por una excesiva modestia), era de esperar que su disertación sería una aportación muy interesante a los problemas que sobre la acción Pauliana ha planteado la Ley Hipotecaria.

Creemos, en efecto, que el deseo de aclarar de una vez las confusiones existentes alrededor del problema, deseo que el autor apunta tímidamente al finalizar su lección, ha sido plenamente logrado: el primer adquirente de buena fe y a título oneroso, si inscribe es tercero protegido por la Ley Hipotecaria; si le falta la buena fe (*es, conscius fraudis*) y adquiere a título gratuito, aunque inscriba, no será tercero y no será protegido por la Ley Hipotecaria. A esta misma conclusión se llegará aplicando las normas civiles.

Empieza el conferenciante diciendo que la problemática de la acción Pauliana tiene un sabor romanista, ya que la revocación del acto realizado por el deudor en fraude de sus acreedores, nacido en el Derecho de Roma, ha conservado sus perfiles fundamentales; como las disposiciones normativas de los Códigos modernos son muy escasas, es interesante conocer la historia y la evolución de los tres remedios del *Edicto del Pretor*: *interdicto restitutorio* o *interdictum fraudatorium*, *actio personalis ex delicto* y *restitutio in integrum ob fraudem*, cuya cronología respectiva es incierta, pero que aparecen ya refundidos en el Derecho justiniano, y probablemente a partir de la Glosa, toman el nombre de acción Pauliana.

Los fundamentales problemas que plantea la acción revocatoria pueden resumirse:

a) *Naturaleza jurídica de la acción*.—De carácter personal para unos (Dernburg, Colin y Capitant); para otros, indemnizatoria o restitutoria (Solazzi), y de nulidad en opinión de otro sector (Pacchioni, Jossierand, Planiol).

b) *Casos en que se aplica*.—Toda clase de actos, bilaterales o unilaterales, gratuitos u onerosos, pueden ser afectados por la revocación. La cuestión más compleja es el tratamiento de las omisiones: suele aceptarse la distinción romana entre actos que suponen renuncia a un derecho ya adquirido (en los que hay disminución de la garantía de los acreedores) y los que suponen renuncia a una adquisición con lo que los acreedores no reciben el beneficio que la aceptación supondría, pero no experimentan inmediato perjuicio o reducción del patrimonio preexistente.

c) *Requisitos de la acción*.—Aparte de los relativos al crédito, se señalan los tres tradicionales: daño, *eventus damni*; intención fraudulenta de causar un perjuicio, *consilium fraudis*, y complicidad—equiparada en las Fuentes al simple conocimiento—por parte del adquirente,

*consciis fraudis*. Esta complicidad se presume siempre en los actos a título gratuito y ha de probarse en las transmisiones onerosas.

En nuestro Derecho de Partidas, en contra de lo que se ha afirmado, hay una regulación bastante clara y suficiente de la acción revocatoria, siguiendo las directrices apuntadas por los preceptos romanos.

Por eso, al publicarse la Ley Hipotecaria de 1861, lo único que había que decidir era la posición del adquirente, convertido en titular registral, en tercero hipotecario (aunque esta calidad de tercero se discutirá después del Código civil por un sector de la doctrina). La Ley no se apartó de los precedentes y protegió al adquirente si era de buena fe y había adquirido a título oneroso, aunque al hablar en el artículo 37 de "segunda enajenación" hecha por título gratuito no se expresó con fortuna, para quienes consideran como tercero al primer adquirente. No obstante, no se suscitaron dudas graves hasta la publicación del Código civil.

El artículo 1.295 del Código español de 1889 pudo sembrar la confusión, y así ocurrió, aunque no inmediatamente a su publicación, pues, tanto la doctrina civil como la de los hipotecaristas, coincidían en afirmar, con rara unanimidad, que la publicación del Código no suponía modificación del régimen de la pauliana.

Dos inconvenientes graves tiene el artículo 1.295: uno es que refunde en su primer párrafo supuestos heterogéneos para darles tratamiento idéntico. Ocurre así que las devoluciones recíprocas de cosa con sus frutos y precio con sus intereses, predicables de la rescisión concedida en favor del menor; del ausente (art. 1.291 Código civil) o del coheredero (art. 1.074), no se ajustan al estado de cosas que media entre el acreedor defraudado y el adquirente de la cosa enajenada en fraude de aquél: adquirente y acreedor a nada se han obligado entre sí, y entre ellos no han mediado entregas de cosas y precio que haya que devolver.

Otro defecto del artículo 1.295 es que, en el párrafo segundo, se refiere a "terceras personas" que, si tienen buena fe, quedan a salvo de la revocación, sin determinar, de modo inconcuso, a quién hay que reputar *tercero*. La jurisprudencia declaró en sentencias antiguas que no son terceros el adquirente y el acreedor defraudado. Y así surgió una corriente de opinión representada por Campos Porrata, Bellves Canó y—principalmente—Roca Sastre, según los cuales la Ley de 1861 habló con toda propiedad de *segunda enajenación*, ya que el primer adquirente no es tercero, y si está protegido, no es por su condición de titular registral,

sino por faltar—caso de que tenga buena fe—el *consciens fraudis*, necesario para que pueda hablarse de acción pauliana.

Sin embargo, esta posición es muy endeble si se examina la Jurisprudencia más reciente; especialmente a la vista de la sentencia de 12 de julio de 1940—de la que fué ponente el profesor Castán—, en la que se afirma claramente que el primer adquirente es tercero, aunque estuviera o no protegido según adquiriera por título oneroso o gratuito y según tenga o no buena fe. Esta tesis, tradicional en nuestra doctrina hipotecaria, es la defendida hoy por González Palomino y parece la correcta.

Los meritorios trabajos de Roca y la polémica suscitada en torno a quién es y quién no es tercero han contribuido a que se reformara en el texto refundido la redacción dada al artículo 37 en la Ley de 1944. Pero, a pesar de ello no ofrece duda leyendo las opiniones de Sanz, G. Palomino y La Rica, que el criterio de la Comisión que redactó el proyecto de reforma y luego el texto refundido de la Ley Hipotecaria era, *en cuanto a la técnica*, al modo o razón lógica de la norma, totalmente discordante de la sostenida por Roca.

Lo curioso del caso es que, en cuanto a resultados prácticos se refiere, todos los caminos llegan a la misma meta: dejando a un lado el discutible e inadmisibles comentario de Roca a la redacción del artículo 37 en la reforma de 1944, que carece ya de interés, pues a la vista del texto definitivo se muestra ya satisfecho, resulta:

1.º Que si el artículo 37 hubiera desaparecido no se hubiera alterado el régimen de la pauliana, haciendo entrar en juego el artículo 34. En este punto están acordes todos los contradictores.

2.º El adquirente a título oneroso y de buena fe está protegido: para un sector—opinión correcta—por ser tercero hipotecario. Para el otro, porque no habiendo conocido el fraude, no existe contra él—por virtud del derecho civil—la posibilidad de ejercicio de la acción pauliana.

3.º El adquirente de mala fe queda afectado por la revocación. Para los partidarios de la opinión tradicional, porque, aun siendo tercero, su mala fe le priva de las defensas hipotecarias. Para Roca y los que le siguen, porque no entra en juego la norma de derecho inmobiliario.

4.º En la adquisición fraudulenta a título gratuito, el primer adquirente está afectado por la revocación. No el subadquirente oneroso y de buena fe. Por el contrario, si la primera adquisición era inatacable

podrá ejercitarse la acción contra un subadquirente que sea cómplice en el fraude: el supuesto es, en realidad, difícil, aunque no imposible.

Consecuencia de todo ello es que la polémica sobre quién es y quién no es tercero en la acción revocatoria ha sido—y será si subsiste—“una tempestad en un vaso de agua”, sin valor práctico y con interés meramente especulativo.

Finalmente, por lo que se refiere a la no presunción de complicidad por el mero hecho de conocer el aplazamiento del pago en una transmisión anterior, innovación del texto refundido, no tiene más valor que el de quitar efectos—coincidiendo con los reprochables nuevos artículos 11 y 29—a la mención, obligatoria, pero inoperante, que es preciso practicar en cumplimiento del artículo 10 de la Ley.

*Boletín del Instituto de Derecho Civil*. Año XII. núm. 4, octubre-diciembre, 1947, págs. 569 a 769. (Córdoba, Argentina, 1947).

El prestigioso Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), cuyo director es Horacio Valdés, y cuyo jefe de Investigaciones y Publicaciones es Roberto Goldschmidt, acaba de publicar un interesante volumen que comprende un extenso artículo de Celestino Piotti sobre el régimen matrimonial de bienes en el Derecho Internacional Privado; una traducción de la sección tercera de la célebre obra de Georg Bruns, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts* (Weimar, 1874), referente aquélla al “interdictum utrubi”, siendo la presente traducción la continuación de la inserta en el mismo *Boletín* en el número anterior; la versión al castellano de un estudio de K. Kagan sobre *Res corporalis y res incorporalis*. Una comparación entre el Derecho romano inglés acerca de los derechos vitalicios, y, por último, una detallada reseña de un libro de Gioele Solari acerca de la “Filosofía del Derecho Privado”, debida a la pluma de Benito Orchansky.

#### LA REDACCIÓN

ACDEEL ERNESTO SALAS: *La responsabilidad por los daños causados por las cosas*. Colección de monografías de Derecho, tomo II. Librería Jurídica Valerio Abeledo, editor, Buenos Aires, 1947.

Esta monografía se encamina a dar una nueva configuración a los casos de responsabilidad nacida de culpa extracontractual, problema

de delicados matices siempre y de grán trascendencia para su configuración en los momentos actuales, debido principalmente al incremento de los medios mecánicos, causa del aumento, por una parte, de los accidentes, y de otra, de la dificultad probatoria, según la concepción tradicional, basada en el aforismo "pas de responsabilité sans faute prouvée", que requería la triple prueba del daño sufrido, culpa del demandado y, por último, la relación de causa a efecto entre la culpa y el daño "Pero esta carga de la prueba, que antaño pudo no traer aparejada inconvenientes graves, hoy, debido a las modernas condiciones de vida, pesa de un modo desigual sobre las partes. Muy a menudo el damnificado no estuvo en condiciones de observar ni los hechos que le podrían servir de prueba indirecta, encontrándose en presencia de dificultades insuperables", ya que, como expone Salas, "la técnica mecánica e industrial moderna ha hecho cada vez más vacilante la seguridad personal y más difícil la prueba de la culpabilidad de quien ha originado un accidente".

Sobre la base de la frase de Saleilles, inicia el estudio completo de los diversos casos de responsabilidad extracontractual. "se califica de imprudencia lo que es el hecho ordinario de todos los que actúan: la desgracia que ha hecho que ocurra un accidente se transforma en culpa y delito. En realidad, nueve veces sobre diez aquellos que hablan de culpa, y los magistrados en primer término, saben que todo el mundo hubiera hecho otro tanto. Es una cuestión de azar y no de culpa. Dejemos de lado esta idea de culpa, y digamos simplemente que es más equitativo, desde el punto de vista social, y más conforme a la idea misma de la dignidad individual, que cada uno actúe a su propio riesgo, y allí donde ocurra un infortunio como consecuencia de un hecho voluntario libre, el autor del mismo se responsabilice del riesgo: es el precio de la libertad".

PEDRO ARAGONESES ALONSO.

Juez C. excedente.