

Comentario crítico a un reciente trabajo sobre la fuerza de la primera inscripción en la Ley Hipotecaria de 1861

*A critical commentary to a recent
paper on the force of the first entry
in the Mortgages Act of 1861*

por

JOSÉ ANTONIO GARCÍA VILA
Notario

RESUMEN: Este trabajo es un intento de refutación de la tesis sostenida por Celestino PARDO sobre la fuerza de la primera inscripción en la Ley Hipotecaria de 1861. Y trata de hacerlo con los mismos criterios empleados por el autor. Se analizan así, críticamente, el efecto que tenían los títulos no inscritos en los viejos registros; el valor que tras la ley tendrían las inscripciones en los Registros de Hipotecas y el de las primeras inscripciones de títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley. Mediante su estudio se puede entender que el tercero al que se refiere la Ley no puede ser nunca el que causa la primera inscripción y que el conflicto de títulos es uno de los supuestos comprendidos en el primitivo artículo 34. Con ello se critica directamente la base histórica que pretende tener la denominada tesis dualista del tercero hipotecario. Pero es también, y sobre todo, un intento de refutar la extendida tesis de que es la inscripción en el Registro lo que dota a los derechos reales de eficacia *erga omnes*.

*ABSTRACT: This paper is an attempt to refute the view taken by Celestino Pardo on the force of first entry in the Mortgage Act of 1861 by applying the same criteria employed by the author. The paper critically analyses the effect of titles not registered in the old registry; of the value that registrations entries would have had in the Mortgages registry after the law went effect, and of the first registrations of titles prior to the entry into force of the Law. Through his study one can infer that the third party to which the Law refers may not ever be the cause of the first registration entry, and that the conflict of titles is one of the assumptions included in the original Article 34. This paper directly criticizes the historical basis claimed by the so-called dualist thesis. But it is also, and above all, an attempt to refute the widespread view that it is the entry in the registry which gives property rights of effectiveness *erga omnes*.*

PALABRAS CLAVE. Tercero hipotecario. Nulidad. Derecho real.

KEY WORDS. *Third in mortgage act. Nullity. Property right.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUATRO PROBLEMAS EN LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y EXPOSICIÓN DE LA TESIS DE PARDO NÚÑEZ.—III. UNA DUDA SOBRE EL CONCEPTO DEL TERCERO EN MORELL Y TERRY.—IV. EFICACIA DE LOS TÍTULOS INSCRITOS EN LAS CONTADURÍAS DE HIPOTECAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.—V. LOS EFECTOS DE LAS PRIMERAS INSCRIPCIONES CAUSADAS POR TÍTULOS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.—VI. LA DETERMINACIÓN DEL TERCERO PROTEGIDO FRENTE A HIPOTECAS LEGALES Y OTROS GRAVÁMENES PREEXISTENTES.—VII. LA INSCRIPCIÓN Y SU EFICACIA RESPECTO A LA ATRIBUCIÓN O NO DEL CARÁCTER REAL AL DERECHO.

I. INTRODUCCIÓN

Acaba de aparecer publicado en la RCDI (año núm. 91, núm. 750, 2015, pp. 1915-1971) un trabajo de Celestino PARDO (en adelante PARDO NÚÑEZ) sobre «la fuerza del asiento de inscripción en la primera Ley Hipotecaria».

En él, con la agudeza y brillantez que le es característica, el autor expone una bien trabada argumentación histórica y sistemática sobre la eficacia de lo que hoy denominamos el asiento inmatriculador en la LH 1861.

A lo largo de las páginas que siguen trataré de exponer (de un modo necesariamente sucinto) la tesis del autor, y, ya con detenimiento, los contraargumentos basados tanto en el estudio de la legislación de 1861 como de las consecuencias prácticas que se siguen de su tesis, pues si *«the proof of the pudding is in the eating»*, nada mejor para entender el sentido de una legislación que ver cómo fue entendida y aplicada. Una ley es, sin duda, un conjunto de proposiciones normativas con un valor «en sí», pero, dirigida la acción normativa a la práctica, es preciso también conocer cómo se realiza la Ley en esa práctica social; no es, por tanto, que también, un problema de desuso o de práctica en contrario sino que quizás (y resalto este «quizás») haya que acabar entendiendo que si nuestra interpretación del texto legal choca con la práctica puede ser que en nuestra interpretación exista un fallo, ya que puede suceder que tengamos todos una cierta dificultad (y el autor insiste en esta idea) para entender desde nuestra perspectiva los conceptos y criterios en que se apoyaba una legislación de mediados del siglo XIX.

Para evitar equívocos, quizás valga la pena ampliar la idea antes expuesta. El autor es consciente del problema que plantea la interpretación de los textos históricos y, especialmente, de la dificultad para acercarse a estos textos con los conceptos propios del momento en que se dictó la norma. Pero los textos legales se dan dentro de una comunidad jurídica que se expresa en unos términos y conceptos y no es descabellado pretender que para conocer el sentido del texto haya que ver cómo se interpreta y aplica por la comunidad a la que va referida¹. Eso no es obstáculo para reconocer que es perfectamente posible (pero esto habrá que demostrarlo) que ante el cambio profundo que suponía la LH 1861, la comunidad jurídica la recibiera y retorciera para hacerle decir en la práctica algo distinto de lo que el legislador quiso decir. Y esta parece ser la opinión del autor (2015, 1920) cuando indica que «doctrina y jurisprudencia, apelando a la *mens legislatoris*, exigiesen, para lograr la protección del Registro, dos asientos sucesivos (es decir, que concurriese el que consideraban «presupuesto implícito» de que había partido el legislador). O lo que es igual, que el «inmatriculante», inscrito su título, transmitiese de nuevo su derecho y el adquirente lo inscribiese a su favor», pero señalando que, a su juicio esta (re)construcción histórica no puede ser compartida.

PARDO NÚÑEZ hace constar expresamente que el propósito del legislador de 1861 fue completamente modificado por la reforma de 1869, y nace, junto con doctrina y jurisprudencia, una corriente que lleva a la LH 1909, y, posteriormente, a la legislación de 1944. En mi opinión, esta Ley de 1944, si bien se presenta como de «reforma» de la LH vigente, es, en realidad una completa ley de nuevo cuño, en la medida en que desecha gran parte de los presupuestos en que se basaba la LH 1861 y le da un cariz marcadamente monista. No se puede dejar de reconocer, sin embargo, que es precisamente a partir de esta Ley cuando retoma fuerza la polémica monismo y dualismo hipotecario. Y es que,

precisamente, el trabajo presenta una visión especial del dualismo que define como «monismo inverso»: el verdadero tercero de la LH es el del actual artículo 32, de forma que el tercero del artículo 34 es un tercero para un caso especial.

Pero la afirmación del autor sobre el devenir de la LH 1861 también implica reconocer que el texto legal que llega a nuestro Código Civil es, precisamente, el que deriva de la profunda reforma de 1869 y que es desde esta Ley desde la que debemos contemplar el sentido de los problemas que plantean tanto el artículo 609 como el artículo 1473 del Código.

II. CUATRO PROBLEMAS EN LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y EXPOSICIÓN DE LA TESIS DE PARDO NÚÑEZ.

1. Cuando se aborda el problema de la eficacia del primer asiento de inscripción en la LH 1861, hay que tratar, al menos, cuatro problemas distintos, pero claramente relacionados:

- la eficacia de los títulos posteriores a la entrada en vigor de la LH 1861.
- la eficacia de los asientos procedentes de las Contadurías de Hipotecas.
- la eficacia de los títulos anteriores a 1863 que causan la primera inscripción, que es el supuesto que de modo principal trata el autor en este trabajo.
- la eficacia del expediente de liberación de cargas y gravámenes, al que el autor dedicó un trabajo denominado «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español» en RCDI, 614 (1993).

2. Si se tratara exclusivamente del primero de los problemas, resultaría que, en realidad, no habría problema; o el problema sería otro distinto, porque en la LH 1861 los títulos posteriores a 1863 jamás causaban primera inscripción. Esta afirmación de que no cabe, en el sistema de la LH 1861, ninguna primera inscripción que se base en un título posterior a la entrada en vigor de la propia Ley resultaba con claridad de su artículo 20 LH, el cual establecía que «también será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave. Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme a lo prevenido en los artículos 397 al 410 de esta Ley».

Las dificultades interpretativas que suscitó este artículo llevó a que la Real Orden de 20 de febrero de 1863 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de febrero de 1863 aclararan que el requisito de la previa inscripción es aplicable exclusivamente a los títulos otorgados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

La consecuencia de ello es que en el caso de que se presentara un título posterior al 1 de enero de 1863 en el Registro de la propiedad, y faltara la previa inscripción a favor del transmitente, se producía, conforme al artículo 20, una falta subsanable². Se trata de la presentación «en el oficio del registro de algún título, cuya inscripción no pueda hacerse definitivamente por falta de algún requisito subsanable» al que se refiere el artículo 42-8.^º de la propia Ley. Esa falta se puede subsanar presentando el título anterior a 1863 que permita practicar la primera inscripción y, sobre ella, practicar la del título segundo en el tiempo pero primeramente presentado³.

Y es que, a diferencia de lo que ocurre en la legislación francesa o en el Código italiano de 1865, nuestra legislación hipotecaria eleva a principio fundamental del sistema el principio de *tracto sucesivo*.

Por lo tanto, la tesis dualista sobre el concepto de tercero podrá decir que el artículo 23 LH 1861 (en el que esta tesis basa su fundamentación histórica) no nos dice nada sobre los requisitos de «su» tercero, pero de lo que no cabe duda, en su sistema, es que el tercero de este artículo no puede ser nunca el causante de una primera inscripción: o su transmitente estaba ya inscrito en la Contaduría de Hipotecas o el título adquisitivo de este transmitente era anterior a la entrada en vigor de la Ley, y había que inscribir previamente ese título para poder inscribir el del adquirente posterior a la entrada en vigor de la Ley.

3. A la práctica de la primera inscripción dedica la Ley su título XIV, llamado, sintomáticamente, «De la inscripción de las obligaciones⁴ contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley».

Y es a este supuesto al que ahora dedica PARDO NÚÑEZ su atención.

Como señala (2015, 1951), «el problema como veremos radica en la eficacia a reconocer a esas primeras inscripciones en virtud de títulos anteriores a 1863 inscritos en el periodo del año de suspensión o una vez transcurrido este: esto es, sin necesidad de cumplir el requisito del *tracto sucesivo* ni de constar inscritos en la Contaduría de hipotecas».

La LH 1861, consciente de que, si se basara exclusivamente en los asientos de la Contaduría de Hipotecas, nacería muerta (dada la magnitud de la propiedad no inscrita), y consciente también de que permitir de modo indiscriminado el acceso al Registro de los títulos posteriores supondría una «loca carrera» para el acceso al Registro que perjudicaría los derechos civiles existentes, establece (con un ingenuo voluntarismo demostrado por las sucesivas prórrogas del sistema) un plazo de un año para que pudieran acceder al Registro los títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley⁵.

Durante este plazo, no regiría el principio de cierre registral del artículo 17 de la ley⁶ (art. 35 RH 1861) de forma que sería perfectamente posible que, como consecuencia de ello, en el nuevo Registro aparecieran inscripciones de dominio contradictorias⁷; el conflicto entre estas inscripciones se resolvería ex-

clusivamente con arreglo a la legislación civil y a los efectos que le atribuía al negocio jurídico adquisitivo al tiempo en que este se había producido.

Para evitar los problemas que, de otro modo, se presentarían, se suspende también durante este plazo el juego del artículo 34, al establecer en su párrafo tercero que «lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley»; consiguientemente, un tercero del artículo 34 no podría oponer preferencia adquisitiva alguna derivada de su inscripción (basada, como hemos visto, en una inscripción anterior a la entrada en vigor de la Ley) a un titular anterior a 1863 que inscribiera en plazo y demostrara que su título adquisitivo era anterior al del transmitente del tercero del artículo 34 (más dudas se plantean si era anterior al del propio tercero del art. 34 pero ambos posteriores a 1863⁸).

La Exposición de Motivos de la LH 1861 (en adelante EM) señala que esta parte de la Ley, dedicada a la inscripción de los títulos anteriores a la entrada en vigor de la ley, era una «ley distinta e independiente» de la de hipotecas; consideró la Comisión que había que respetar los derechos adquiridos, pero que era preciso no confundirlos con las formalidades que se establecían para conservarlos. PARDO NÚÑEZ recoge, finalmente, las manifestaciones de la Exposición de Motivos sobre el contraste entre el nuevo sistema y el viejo de la Contaduría de Hipotecas que se basaba, teóricamente, en la nulidad de lo no inscrito⁹.

Recoge PARDO NÚÑEZ, y me parece fundamental para lo que se dirá más adelante, una parte de la EM¹⁰ que señala¹¹ que «la pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro. De todos modos, es claro que la inscripción nueva que se haga no debe ser de mejor condición que las hechas oportunamente en adelante y que no puede, por lo tanto, perjudicar a tercero sino desde el día de la inscripción». Pero la EM sigue diciendo, y ello también es importante para lo que luego se dirá, que «respecto a los derechos adquiridos antes de la nueva ley, y que según esta dan lugar a anotaciones preventivas, se establecen reglas precisas para que los interesados puedan obtenerlas, siguiendo siempre el espíritu que prevalece en todo el proyecto».

Concluye PARDO NÚÑEZ (2015, 1994) señalando que, desechada la pena de nulidad, las primeras inscripciones de dominio perjudicaban, por tanto, según la EM, a terceros civiles que descuidasen inscribir sus títulos en plazo.

Pero se pregunta a continuación qué decía la Ley, si esta conclusión que él saca de la EM se correspondía con el texto legal o si, por el contrario, había que esperar a que se transmitiese otra vez el derecho inscrito e inscribiese la adquisición.

Transcurrido el plazo de un año operaba, por un lado, en su integridad el principio de cierre registral del artículo 17 LH; al mismo tiempo, funcionaba también en su integridad el principio de oponibilidad, recogido en esta materia en el artículo 392 LH¹². La consecuencia de ello, señala, era que el primeramente inscrito vencía a todos los títulos no inscritos¹³.

Pero esto era así si el título inscrito era válido. No si era nulo o lo era cualquiera de los anteriores de que trajera causa, incluso inscrito, ya que, recordemos, el artículo 34 tenía su eficacia suspendida.

4. Y aquí introduce el autor, en una interesantísima nota (2015, 1956, nota 36), su posición en cuanto a las causas de nulidad del título.

Para eso es preciso recordar la dicción del artículo 34 LH 1861. Su primer párrafo decía que «no obstante lo declarado en el artículo anterior¹⁴, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante *en virtud de título anterior no inscrito* o de causas que no resulten claramente del mismo Registro».

Señala PARDO NÚÑEZ que «el título inscrito es anulable pero no por razón de sus propios vicios (vicios intrínsecos) ni de los que le hayan precedido en la cadena de títulos (inscritos) sino en virtud de los vicios generados por títulos no inscritos... La solución legal es también híbrida y así se admite que, contra el 32 (sic, en realidad, debería decir el 23), título no inscrito puede perjudicar a otro inscrito, y, contra el 33, que únicamente resuelve el viciado y nada más que este (no los posteriores que de él traigan causa: 34.1)».

Dicho de otra forma, el título del tercero es nulo no solo cuando lo era el de su causante, o por causas intrínsecas a su propia adquisición, sino que puede ser nulo si existe un título no inscrito anterior al suyo que priva a su disponente del poder de disposición. Esta era la posición de PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (1999, 546), y también la defendí yo analizando lógicamente el concepto de título anterior¹⁵.

En conclusión, nos encontramos con un conflicto entre un título válido no inscrito y uno inválido (y cuya invalidez se debe precisamente a la existencia de ese otro válido anterior) pero inscrito. En el régimen general (arts. 33, 36, 37 y 38 LH) la inscripción no sana las acciones que deriven del propio título inscrito; sin embargo, y creo que esta es la tesis central, señala PARDO NÚÑEZ que «el verdadero problema radicaba en si esa primera inscripción, concluido el periodo transitorio, también purgaría las acciones de anulación que derivasen de otros títulos no inscritos en el plazo de un año», y encuentra la solución al problema no en el texto de la Ley, sino en el artículo 309 RH 1861. Este artículo establece que «dentro del año siguiente al día en que empiece a regir la Ley, se podrán deducir las demandas que procedan, según la anterior legislación, y tengan por objeto o resultado, invalidar títulos inscritos, en virtud de otros que no lo estén... Transcurrido dicho plazo, no se podrán interponer tales demandas,

sino en virtud de títulos, cuya inscripción sea anterior a la del que pueda quedar sin efecto, por consecuencia de las mismas demandas».

El artículo 309 RH reconocía así, a juicio del autor, al primer asiento eficacia purgatoria de los vicios de nulidad de que adoleciese el título inscrito cuando derivasen esos vicios de otros títulos no inscritos; reconoce que esta doctrina estaba en oposición con lo dispuesto en el artículo 34 LH, y concluye el autor (2015, 1930) diciendo que «la primera inscripción tendría así mayor fuerza frente a títulos no inscritos que las subsiguientes, las practicadas después, que debían someterse al régimen general del artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria».

La tesis central del autor, por tanto, puede resumirse (entiendo) señalando que la primera inscripción de dominio, basada en un título adquisitivo anterior a la entrada en vigor de la Ley, vence, pese a la nulidad del título derivada de la existencia de otro título no inscrito derivado del mismo causante, una vez transcurrido el plazo de un año, a ese adquirente, también anterior a 1863, que hubiera omitido la inscripción. Y, al mismo tiempo, supone reconocer que en los supuestos de hecho del artículo 34 se contempla el título no inscrito como causa de nulidad del título inscrito, nulidad que salva precisamente el propio artículo 34, si se dan en el adquirente los requisitos que el mismo establecía.

5. Una vez sentada esta tesis central, se ocupa PARDO NÚÑEZ de las acciones resolutorias o rescisorias que procedían con arreglo a títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, a las que se refieren los artículos 347 y siguientes de la LH, y señala que las acciones resolutorias y rescisorias que no se ejerciten en el plazo de un año no podrán ejercitarse después en perjuicio de tercer poseedor (art. 360 LH), entendiendo por tal solamente al que no había sido parte en el contrato del que nacen las causas resolutorias o rescisorias.

Dentro de las acciones rescisorias, destaca la que resulta de una doble venta, supuesto al que dedica una atención especial. Señala que en el régimen vigente a la entrada en vigor de la LH, que era el de las Partidas, en caso de doble venta se atribuía una acción rescisoria al primer comprador, pero que la LH introduce en el artículo 38 una importante innovación al establecer que «no se rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho: (...) 4.^a. Por la doble venta de la misma cosa cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita».

En conclusión, señala, se atribuyó en caso de doble venta la propiedad al comprador que inscribe (incluso aunque fuese otro primero en la posesión y la conservase cuando plantea la impugnación), siempre que, naturalmente, el primer comprador no hubiese inscrito en el plazo de un año, pues entonces ese comprador tendría un título inscrito que perjudicaría a los inscritos antes y tenía acción para rescindir la venta previamente inscrita, e imponerse a ese titular inscrito. Señala que, tal y como resulta de la glosa de GREGORIO LÓPEZ la Partida 5, 5, 50, para que procediera la rescisoria era precisa la mala fe en el segundo comprador, y que si la LH suprimió en este caso la rescisoria (si el primer comprador no inscribía) fue porque en este caso no importaba nada

que el inscrito supiese de la venta anterior, y, por tanto, aunque fuera de mala fe, ya que, «por mandato expreso del 23 de la Ley, la inscripción es un modo de adquirir como consecuencia de que los títulos no inscritos no perjudican a tercero» (2015, 1935).

Para entender la posición del autor resulta, a mi juicio, fundamental la nota 78 (2015, 1966). En esta nota se señala que el artículo 34 es una concreción del principio general recogido en el 36 para el caso de que el título anterior (el del otorgante) constase inscrito y por tanto una aplicación singular de la regla del 36. Para protegerse contra las acciones con eficacia anulatoria de terceros no inscritos no basta con ser titular inscrito, sino que debe adquirirse de titular inscrito. La razón es que la nulidad exige mayor protección y por eso se exige, para su ineficacia frente a tercero, que haya asiento previo; para las rescisorias de origen legal del 36 y 38 basta con que el tercero inscriba su título aunque no adquiera de persona que aparezca en el Registro con derecho a transmitir.

6. Después de un interesante estudio de la prescripción del artículo 35, PARDO NÚÑEZ examina el concepto de tercero y la fuerza real del asiento. Considera que «como el título no inscrito no produce efecto frente a terceros, hayan o no inscrito su título, no tendrá nunca eficacia real *erga omnes* (sino solo *inter partes*); esto es, valor equivalente a una simple obligación... sin inscripción no hay derecho real pleno frente a terceros, es decir, ni contra titulares inscritos ni contra titulares no inscritos. Solo la inscripción, según la Ley, es la única capaz de dispensar el efecto real *erga omnes*¹⁶» y remacha esta idea afirmando un poco más tarde que «si no se inscriben los títulos sujetos a inscripción, que enumeran los artículos 2 y 5 de la Ley, la transmisión no produce efecto real ni siquiera frente a terceros no inscritos», es decir, lo que hoy denominamos «terceros civiles».

Esta eficacia real del asiento de inscripción no es, a su juicio, germanismo de ningún tipo, sino, como resalta la EM, la vuelta al sistema que se deriva de las Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana, Felipe V y Carlos III. Como dijo el ministro de Justicia FERNÁNDEZ NEGRETE, en su defensa del proyecto de Ley en Cortes, «la cuestión de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho está decidida completamente por los artículos 23, 24 y 25. Es una base esencialísima de la Ley».

Una vez sentado este principio, la conclusión se torna, según PARDO NÚÑEZ, evidente: en tanto no estén inscritos los títulos adquisitivos, «el mapa jurídico de las fincas o propiedades y los derechos constituidos sobre ellas se organizaba como una malla o entramado de relaciones que desconocía una relación directa (Acción real), cara a cara, entre terceros»; entre terceros rivales no hay relación jurídica directa ya que (si sus títulos no están inscritos) carecen de acción real entre sí. Según la Ley, concluye, se convertía en propietario inatacable el que se adelantaba a inscribir, inscripción que no duda en calificar de constitutiva.

Pero, señala el autor, la Comisión deslizó una frase que se convertiría en fatídica para el sistema que se trataba de introducir, o, mejor dicho, restaurar. Según la EM¹⁷, «en el sistema de la Comisión no cabe fijar término dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces frente a tercero necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieran un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero solo cuando esta haya inducido a otro *por error a contraer* acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente».

A juicio de PARDO NÚÑEZ, la interinidad en la atribución de la propiedad (sintomáticamente el apartado del artículo comentado se denomina «la propiedad relativa») cesa solo cuando uno de los contrincantes o rivales se adelantaba a inscribir, por lo que solo la inscripción (reitera¹⁸) atribuye la propiedad y entre tanto no se practique no habrá acción real frente a terceros; pero, continúa diciendo, y con ello termina, el párrafo final de la EM antes transcrita fue ganando fuerza y entenderse que la exigencia de buena fe era aplicable a todo adquirente (aun los inscritos); esta exigencia es la que, conculcando el pensamiento original del autor de la LH 1861 llevará a que el 38.4 caiga en el olvido, y el 34 de la Ley acabe comiendo gran parte del terreno al 23 arrebataéndole su fuerza constitutiva.

III. UNA DUDA SOBRE EL CONCEPTO DEL TERCERO EN MORELL Y TERRY

1. En 1921 MORELL Y TERRY¹⁹ publica un interesante trabajo sobre la cualidad de tercero en la Ley Hipotecaria de 1909, en el que defiende lo que hoy denominaríamos un «tercero dualista»²⁰, es decir, un tercero que existe y cuya inscripción produce todos sus efectos sin necesidad de que conste previamente inscrito el título de su transmitente²¹. Sin embargo, el autor termina su trabajo con una reflexión que es preciso transcribir. Escribe el autor²² «terminado este estudio, o la serie de reflexiones que nos ha sugerido el examen del tercero en la Ley Hipotecaria, no queremos dejar de consignar cierta duda que nos ha asaltado al escribirle.

Cabe en el artículo 27 una interpretación en que hasta ahora no habíamos pensado, *que no la hemos encontrado en otros estudios*²³, y que en parte pudiera conciliar las opuestas tendencias de que nos hemos ocupado, en cuanto al concepto de tercero.

Al decir la ley que son terceros los que no han intervenido en el acto o contrato *inscrito*, parece suponer que, *necesariamente*, existe ya con anterioridad, un acto o contrato inscrito, para calificar el tercero a partir de él, y siendo así, el concepto del tercero ha de estudiarse con relación a ese acto o contrato primero. El que no fue parte en tal acto e inscribe después, es en tal caso el verdadero tercero que perjudica. *En su consecuencia, el tercero debe siempre*

resultar por terminante exigencia del artículo 20, aquel que adquiere de persona que según el Registro tiene derecho para transmitir».

Y se pregunta «¿Sería esto lo que quiso decir o establecer el artículo 27?». Y concluye, «presentamos, pues, la expresada interpretación, como algo digno de estudio, pero en modo alguno claro o conveniente».

2. Recordemos que MORELL Y TERRY escribe bajo la redacción del artículo 20 introducida por la reforma de 1909²⁴.

La consecuencia del sistema legal de 1909 es el siguiente:

- libre acceso (califico de libre acceso el que el título pueda causar directamente y por sí solo la primera inscripción) de los documentos anteriores a 1 de enero de 1863, y sin limitación alguna de efectos contra tercero²⁵.
- libre acceso de los documentos anteriores a 1 de enero de 1909 aunque el derecho del transmitente no conste en ningún otro documento, con la limitación de efectos contra tercero hasta transcurrido el plazo de dos años.
- acceso de los documentos posteriores a 1 de enero de 1909, siempre que el transmitente justifique con documentos fehacientes²⁶ la adquisición anterior a dicha fecha, con la misma limitación de efectos contra tercero.
- por el contrario, todos los documentos posteriores a 1 de enero de 1909 que no se apoyen en un documento fehaciente de fecha anterior, han de estar basados en una inscripción anterior de un título que, por definición, ha de ser anterior a dicha fecha, ya que, de otro modo, el Registrador no procedería a la práctica del asiento, pudiendo tomarse anotación preventiva.

En la sistematización de los supuestos de inmatriculación en virtud de título público de adquisición he alterado conscientemente el orden que establece el artículo, pues, como hemos visto, el artículo parte de que el supuesto esencial es el del requisito del trácto sucesivo. Dirigida la Ley hacia el futuro, resulta normal que contemple en primer lugar los títulos que se generen a partir de la entrada en vigor de la misma. Y lo hace denegando el acceso al Registro si no consta previamente inscrito el derecho de su transmitente. Es a partir de aquí cuando la Ley y el Reglamento desgranen las excepciones al sistema fundamental.

3. Pues bien, este principio de la vigencia del trácto sucesivo aparece con mayor claridad si cabe, como ya he señalado, en el artículo 20 de la LH 1861.

En el sistema legal de 1861, los títulos que nazcan con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley no podrán ser inscritos si el derecho de su transmitente no consta ya inscrito en el nuevo Registro, o en la Contaduría de Hipotecas o si, tratándose de un título anterior a la entrada en vigor de la Ley y todavía no inscrito, no se presenta para su inscripción. Fuera de esos supuestos, los títulos posteriores solo pueden acceder por la vía subsidiaria de la inscripción de posesión (arts. 397-410 LH).

La consecuencia de la aplicación rigurosa del principio de tracto sucesivo para todos los títulos posteriores a 1863, tiene consecuencias evidentes, intuidas por MORELL Y TERRY.

Como he señalado anteriormente, en la LH 1861 ningún título posterior a 1863 (fecha de su entrada en vigor) podía causar una primera inscripción de dominio, ninguno de ellos podría ser un título inmatriculador²⁷.

Resulta, pues, llamativo que todos los autores que a partir de 1944 defiendan el sistema dualista, entendiendo que el tercero del artículo 32 puede ser un inmatriculante, se remitan al artículo 23 de la LH 1861.

El artículo 23, al establecer que «los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero» es una norma que se dicta para el futuro, para todos los actos que nazcan a partir de la entrada en vigor de la Ley. Pero del artículo 20 resulta, como ya he señalado, que no puede haber «tercero» que inscriba si el derecho de su transmitente no constaba ya inscrito en el Registro de la propiedad o se inscribe (siempre que sea anterior) simultáneamente²⁸.

Es preciso reiterar que en ningún caso el tercero del artículo 23 de la Ley puede ser lo que hoy denominamos un inmatriculante, porque ningún título posterior a 1863 puede por sí solo causar un primer asiento de inscripción.

Pero, como ya he señalado, si los títulos posteriores tuvieran que apoyarse siempre en un título anterior inscrito, esto solo podría suceder si el dominio constase en la Contaduría de Hipotecas.

De mantenerse a ultranza este principio, la Ley Hipotecaria habría nacido muerta, ya que en el viejo sistema registral no se recogía la mayor parte de la propiedad inmobiliaria.

Precisamente por eso se dedica todo un título (que, como he dicho, se califica por la propia EM como una ley distinta e independiente) a la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley (Título XIV), porque en la inmensa mayoría de los casos es este título el que va a ocasionar la primera inscripción.

Creo que PARDO NÚÑEZ es consciente (aunque no lo explice) de que el artículo 23 solo puede tener efecto si hay un previo derecho inscrito, y precisamente por eso desplaza su estudio a la inscripción de los títulos anteriores a 1863, que son los que pueden causar la primera inscripción.

Dado que no puede haber ningún título posterior a 1863 que cause por sí primera inscripción, la eficacia que haya de darse al artículo 23 la predica de los únicos supuestos en que cabe primera inscripción, que son, precisamente, y con la excepción de los asientos en la Contaduría de Hipotecas, los casos de inscripción de los títulos anteriores. El artículo 23, así, «desplaza» su peculiar eficacia a los títulos anteriores, ya que, en cuanto a los posteriores, y en cuanto que apoyados en un título anterior ya inscrito, resultaría enormemente difícil predicar unos requisitos del tercero del artículo 23 distintos de los del tercero del artículo 34.

La primera conclusión que de todo ello puede sacarse es que, para el autor, el artículo 23 LH 1861 brinda una especial protección a los títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, no inscritos, y que se inscriben al amparo de las disposiciones, que se pensaban transitorias, de la propia Ley.

IV. EFICACIA DE LOS TÍTULOS INSCRITOS EN LAS CONTADURÍAS DE HIPOTECAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

1. Sin embargo, antes de entrar en el estudio específico de la inscripción de los títulos anteriores a la entrada en vigor de la LH 1861 hay que realizar un examen de la eficacia de los títulos ya inscritos en las viejas Contadurías de Hipotecas.

Y ello, en primer lugar, porque su estudio nos va a brindar una magnífica ocasión para entender el artículo 34 LH 1861; en segundo lugar, porque PARDO NÚÑEZ centra su tesis sobre eficacia de la primera inscripción precisamente en un artículo del RH dictado para estos casos de asientos en las Contadurías y, en tercer lugar, porque parece sensato entender que las primeras inscripciones posteriores a la LH 1861 no deben producir más efectos que los asientos ya existentes.

El Título XV de la LH 1861 («De los libros de registro anteriores a esta Ley y su relación con los nuevos») es de una gran parquedad. Apenas regula el cierre de los libros de registro existentes en las Contadurías de Hipotecas y el traslado de sus asientos a los nuevos libros del Registro.

Es en el Reglamento Hipotecario²⁹ (Título XIII, «Del efecto de las inscripciones hechas en los antiguos registros») donde nos encontramos una verdadera regulación sustantiva.

El principio básico es el establecido por el artículo 307 al señalar que «las inscripciones en los antiguos registros surtirán, en cuanto a los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de algunos de los requisitos que exigen los artículos 9 y 13 de la Ley bajo pena de nulidad, y no se llegue a trasladar a los nuevos registros»³⁰.

El artículo 308 tiene una compleja redacción. Señala este artículo que «la disposición del artículo 34 de la Ley será también aplicable a los títulos inscritos en los antiguos registros, respecto a los anteriores que no se inscriban en el plazo señalado en el artículo 389 de la misma, y también en cuanto a aquellos que, inscribiéndose en dicho plazo, deban surtir su efecto solamente desde la fecha de la inscripción».

Esta redacción es compleja, pero interesantísima.

En primer lugar, establece la aplicación del artículo 34 de la nueva Ley a los asientos contenidos en las Contadurías. Esto es ciertamente llamativo porque nada en la regulación de las Contadurías podía hacer pensar que en ellas tenía

vigencia el principio sentado posteriormente por el artículo 34, al menos como salvador de ineficacias derivadas de nulidades del título anterior o de circunstancias resolutorias que no constasen inscritas.

Y es que, tal y como resulta de la propia redacción, la finalidad del artículo es establecer (y limitar) la eficacia del artículo 34 exclusivamente respecto a los títulos anteriores no inscritos que no se inscriben en el plazo de un año o que, inscritos en ese plazo, «deban surtir su efecto solamente desde la fecha de la inscripción»³¹. En definitiva, reconocer que uno de los supuestos de hecho contemplados por el artículo 34 es precisamente que exista un título anterior no inscrito, que es inoponible al título inscrito.

Pero este es precisamente el supuesto de hecho contemplado por el artículo 23 de la Ley.

PARDO NÚÑEZ, como ya he señalado, reconoce que este (el problema que se deriva de la existencia de un título no inscrito otorgado por el titular registral que después transmite al tercero) es uno de los supuestos contemplados en el artículo 34.

El artículo 308 del RH aplica este principio a todos los títulos anteriores a los inscritos en las Contadurías si aquellos no se inscriben en el plazo de un año (o, inscritos en plazo, son de aquellos que solamente surten efectos desde la inscripción). En consecuencia, el artículo 308 aplica los efectos del artículo 34 a un supuesto no previsto en el mismo: el artículo 34 exige la previa inscripción del título del transmisor para que su tercero pueda desconocer y prevalecer sobre el título anterior al suyo y derivado de su mismo transmisor; el artículo 308 RH permite al titular inscrito en las Contadurías de Hipotecas desconocer el título anterior al suyo si este no se inscribe en plazo.

2. NÚÑEZ LAGOS³² fue el autor que defendió que el artículo 34 LH 1861 fue una innovación que se introdujo cuando se estaba discutiendo la LH 1861, y sin antecedente alguno. Esta tesis ha sido combatida por JIMÉNEZ PARÍS³³. Pero el artículo 34 de la Ley fue, en cualquier caso, una «innovación»³⁴ enormemente meditada. CÁRDENAS (1871, 170) señala que este artículo fue «el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la ley». Como continúa diciendo, «su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que tiene su título inscrito en el Registro, contra el peligro de ser perjudicado, si este derecho llegara a *resolverse en virtud de título no inscrito* (cursivas mías) en el tiempo en que contrató o de causas que no resultaran del mismo registro. Al acordarlo así la Comisión se fundaba en que el Registro sería inútil para los fines de su institución si no era por sí garantía bastante contra derechos desconocidos de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas. En vano se suprimirían las hipotecas tácitas y otros gravámenes ocultos si el adquirente de un derecho inscrito a favor suyo y de su causante habría de quedar expuesto a las resultas de un litigio entre este y un tercero que no hubiese inscrito oportunamente su título, pero que sin embargo

lograra vencer con él a su contrario en juicio, por no haber perdido su fuerza entre las partes. Si una sentencia judicial fundada únicamente en este documento no registrado privara de su derecho al que lo adquiriera después bajo la fe del Registro, inscribiéndolo con oportunidad, resultaría que un título no inscrito por morosidad o indolencia, perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente» (1871, 171).

Resulta, pues, que CÁRDENAS considera, al explicar el sentido del artículo 34, que el motivo fundamental del mismo es dar aplicación al principio de que lo no inscrito no perjudica al tercero³⁵.

Reitera esta idea en el informe (Apéndice XIX de la Memoria) sobre el modo de inscribir los títulos anteriores a la publicación de la Ley Hipotecaria. En las páginas 534-535 hay una referencia específica al artículo 34 de la Ley, al señalar que «entre el derecho del *propietario despojado* que no inscribió, pudiendo y debiendo hacerlo, y el del tercer adquirente de buena fe que cumplió con esa formalidad no será nunca justo optar por el primero en perjuicio del segundo, lo cual es el fundamento de la disposición contenida en el referido artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Ya no es, por tanto, que GÓMEZ DE LA SERNA interprete, él solo, y basado en su «visión romanista», que el principio de que lo no inscrito no perjudica a lo inscrito tiene como base el supuesto de que se adquiera de titular inscrito y de buena fe³⁶, sino que el propio CÁRDENAS, considera esta idea como el fundamento del artículo 34.

Para lo que diremos más adelante, interesa destacar ahora dos términos usados por CÁRDENAS: el título no inscrito podría ser causa de «resolución» del inscrito que deriva de titular registral, y que el artículo 34 supone una «privación» de un derecho a quien sería «propietario» conforme a la legislación civil.

En la cita que hacía antes de PÉREZ PEDRERO y SIDRO Y SURGA he destacado cómo usaban el término «rescisión»; PANTOJA y LLORET usaban indistintamente nulidad y rescisión. Y, para terminar de sorprender al lector, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN³⁷ señalan que «la enajenación y tradición hechas por el dueño que no tiene la libre disposición de la cosa, no traspasan la propiedad; semejantes actos son *nulos* y no pueden producir efectos».

La utilización de esta variada terminología no debe, sin embargo, llamarnos a sorpresa. En el conocido diccionario de ESCRICH³⁸, al comentar la voz «nulidad» se nos dice que hay nulidad cuando el acto está tocado de un vicio radical que le impide producir efecto alguno; que hay rescisión cuando el acto, válido en apariencia, encierra sin embargo un vicio que puede hacerle anular, si así lo pide alguna de las partes, como, por ejemplo, el error, la violencia, el dolo, una causa falsa o la menor edad, concluyendo que «mas a pesar de estas diferencias que existen en las cosas, se emplean a veces indiferentemente las expresiones nulidad y rescisión; y suelen suscitarse algunas cuestiones sobre si tal o tal acto es nulo por su naturaleza o necesita rescindirse».

Pues bien, si el artículo 308 RH liga los efectos de los asientos ya practicados en los viejos registros al artículo 34, en cuanto que este protege frente a títulos anteriores no inscritos, el artículo 309 del RH remacha esta idea de la «invalidez», en general, de la segunda venta al señalar que dentro del plazo de un año se podrán interponer demandas que tengan por objeto invalidar los títulos inscritos (en las Contadurías y aunque se haya producido el traslado al nuevo Registro de la propiedad) en virtud de otros que no lo estén. Esto es un nuevo reconocimiento paladino de que el supuesto de que la transmisión anterior a la que había causado la inscripción en la Contaduría suponía la «invalidez» de esta inscripción, pero que esta, junto con el transcurso del plazo, sanaba el defecto y consolidaba el dominio en el titular inscrito. El titular inscrito será mantenido en su adquisición, pese a haber adquirido de quien ya no era titular.

En primer lugar, es preciso reiterar que esta limitación se produce solo respecto de los títulos inscritos en las Contadurías de Hipotecas. PARDO NÚÑEZ aplica esta norma a la primera inscripción (en el nuevo Registro) de títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, pero esto no se deriva, en absoluto, de la norma a que hace referencia, que, reitero, se refiere a un supuesto de hecho diferente (y, formalmente, en Título distinto).

En segundo lugar, hay que señalar que la limitación se refiere exclusivamente a la invalidez en virtud de títulos no inscritos. Y ello porque, como veremos más adelante, también al titular inscrito en las Contadurías se le van a poder oponer las hipotecas legales. Dentro de ellas hemos de distinguir entre ciertas hipotecas legales que se pueden oponer a cualquiera (incluso un adquirente ulterior) y otras hipotecas legales que no se van a poder oponer a tercero pasado el plazo de un año.

3. El problema que plantea esta norma es si se refiere exclusivamente a los títulos derivados del mismo *auctor* o si incluye también el supuesto de títulos derivados de otro transmitente.

Es claro que se aplica al primer supuesto. A, dueño, transmite el dominio a B, con arreglo a la legislación anterior a 1863. B no había inscrito su título en la Contaduría. A vuelve a vender a C, que sí había inscrito en la Contaduría. Durante el plazo de un año, B podría inscribir su dominio en el Registro de la propiedad, ya que no funcionaba el cierre registral del artículo 17. El Registro publicaría así titularidades contradictorias, que habrían de resolver su preferencia exclusivamente con arreglo a la legislación bajo la que se había producido la adquisición.

Así mismo, durante ese plazo, B podría interponer la oportuna demanda contra C. Si B era poseedor de la finca, parece claro que no podría interponer la acción reivindicatoria. Se trataba de una pretensión procesal dirigida exclusivamente a hacer constar que la adquisición de C era inválida y lograr la expulsión del Registro de esta inscripción a favor de C. Según cual sea la posición de los autores, se hablará de «nulidad», de «rescisión» o de «resolución» del derecho

de C. El artículo 309, con mayor generalidad, habla simplemente de «invalidez». Y el conflicto se resolvería exclusivamente con arreglo a la legislación anterior, como resulta del inciso final del párrafo primero del artículo 309 RH, sin que el hecho de la inscripción de C le dotara a este de una especial protección.

Pero el titular inscrito en las Contadurías de Hipotecas podría transmitir a un tercero del artículo 34 LH. ¿Qué ocurría en tal caso?

Durante el plazo de un año, el artículo 34 tenía su eficacia suspendida. En lo que ahora nos atañe (los efectos de los asientos en las Contadurías), el titular anterior al que había causado la inscripción en las Contadurías podría reaccionar contra este tercero durante el plazo de ese año, ya que ese tercero no estaba protegido por el artículo 34 y el título del transmitente del tercero era posterior al del titular no inscrito, que debía triunfar en la contienda. Pero ese titular anterior no inscrito debía interponer la demanda en el plazo de un año. Pasado el plazo de un año, solo triunfaba el título anterior si se había inscrito en el Registro en plazo, es decir, si había inscripciones contradictorias³⁹ o de lo que hoy denominamos doble inmatriculación.

El párrafo segundo del artículo 309 RH no deja de plantear problemas cuando dice que «transcurrido dicho plazo, no se podrán interponer tales demandas, sino en virtud de títulos cuya inscripción sea anterior a la del que pueda quedar sin efecto, por consecuencia de las mismas demandas».

En una primera aproximación, parece que para que triunfe después del plazo del año contra el tercero del artículo 34 el título anterior al de su causante, ese título anterior no solo debió haberse inscrito en plazo, sino, además, haberlo hecho antes de que el tercero del 34 hubiese inscrito. Es decir, si A era el titular anterior no inscrito; B el titular posterior inscrito en la Contaduría, y B vendía a C, que inscribía, dentro del plazo de un año, para que A triunfara pasado ese plazo, debía haber inscrito su derecho en el nuevo Registro antes que C.

La eficacia de su pretensión procesal no solo dependería de la inscripción, sino de que fuera anterior a la del tercero del artículo 34, ya que en tal caso la protección registral cedía porque ya había otra inscripción que ya publicaba el título anterior al del causante del tercero.

Sin embargo esta interpretación sería completamente contraria a las disposiciones del propio artículo 34. GÓMEZ DE LA SERNA, al estudiar la expresión «*hasta un año después que empiece a regir la Ley hipotecaria*» señala que (1862, 637-638) «enlazada se encuentra esta disposición con el artículo 389 de la Ley, el cual ordena que los que a su publicación hayan adquirido y no inscrito bienes o derecho que según ella se deben inscribir, puedan inscribirlos en el término de un año contado desde la fecha en que la Ley empiece a regir. Sin la excepción que aquí se establece, se causarían perjuicios injustificables a los que, usando del derecho que a todos da la Ley, inscribieran dentro del plazo que se les señala actos o contratos, *solo porque otro se hubiera adelantado a inscribir su título posterior* (cursivas mías)»⁴⁰.

La inscripción en la Contaduría de Hipotecas tenía así dos efectos especiales.

Por un lado, protegía al titular que procedía de las Contadurías sin necesidad de una ulterior inscripción a favor de otro tercer adquirente. Y le protegía contra el verdadero propietario si este no reaccionaba contra él en plazo o no inscribía en el plazo de un año⁴¹, permitiéndole desconocer la adquisición no inscrita, de suerte que el anterior propietario quedaba privado de su derecho. Como ya he dicho, la preferencia entre ambos en caso de reacción oportuna se determinaba por la legislación civil anterior.

Por otro lado, el tercer adquirente no iba a estar protegido (respecto de títulos nacidos antes de la entrada en vigor de la LH) en dos situaciones: si dentro del plazo de un año el titular anterior inscribía su derecho o si reaccionaba contra él en plazo y aunque no hubiera inscrito su derecho.

En consecuencia, hay que destacar, que en el sistema de la Ley el título anterior no inscrito tenía fuerza suficiente para expulsar del sistema (si bien sometido a un plazo y, en su caso, a la inscripción) al posterior inscrito en la Contaduría de Hipotecas. Y esto obliga a matizar toda la doctrina que diga que, con arreglo a la legislación anterior a la LH 1861, los títulos no inscritos y que deriven del mismo *auctor* (que es el supuesto del art. 34 LH) no producían efecto contra tercero. Solo no producen efecto contra tercero inscrito pasado el fatídico plazo de un año.

Pero todo lo que he señalado parte de un principio: debe haber un titular inscrito en las Contadurías de Hipotecas. Por lo tanto, cuando se trata de contrincantes no inscritos, no puede nadie alegar protección registral alguna. La Ley Hipotecaria se desentiende de ellos, solo atiende a los efectos de la inscripción, a que exista un titular registral, y, por tanto (y esto es importante para lo que luego se dirá respecto a la fuerza constitutiva de la inscripción), el título no inscrito continuaba produciendo plenos efectos, ya que la segunda venta no podría alegar preferencia registral de ningún tipo.

En la regulación que la Ley y el Reglamento hacen de la situación de los titulares que tuvieran inscrito su derecho en las Contadurías de Hipotecas se produce un silencio llamativo si la comparamos con la regulación tanto del expediente de liberación de cargas como con la regulación de la primera inscripción de los títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley: brilla por su ausencia toda expresión que haga referencia a que la inscripción surta efectos contra o respecto de tercero o que no perjudicará a tercero, o cualquier otra similar.

Por lo tanto, parece que donde quiera que aparezca con posterioridad cualquiera de estas expresiones hemos de dotarle de un sentido acorde con la misma, que no podrá, por tanto, ser igual a la que se ha predicado de la regulación de los títulos ya inscritos en las Contadurías, que producen sus efectos sin necesidad de traslado al nuevo Registro de la propiedad.

4. El problema, como he señalado, era si el título inscrito en las Contadurías de Hipotecas podría oponerse triunfalmente a un título no inscrito procedente de un *auctor* diferente pero que fuera propietario real.

El supuesto es el siguiente: A era dueño por legítimos títulos. B, quien nunca fue dueño, vende a C, quien logró la inscripción de su título en las Contadurías. ¿Triunfaría C frente a A? Desde luego, no hay en la doctrina de la época referencia alguna a este supuesto⁴², y ello es precisamente porque el supuesto de hecho del que parte la Ley es el del conflicto entre títulos procedentes de la misma persona, en una cadena más o menos larga de transmisiones. Más exactamente, la pregunta debiera ser si, pasado el plazo del año, y si A no había inscrito su título, este podría reaccionar contra C.

Con claridad, el supuesto de hecho del artículo 308 RH es el relativo a transmisiones derivadas del mismo *auctor*; hay que reconocer que ya no es tan claro el artículo 309; pero si se interpreta el artículo 309 en relación con el artículo 308 se pone de manifiesto que el artículo 309 fija un plazo para que entre en juego la protección que brinda el artículo 308, e inspirada en el mismo principio del artículo 34 LH: el conflicto *transversal* de títulos.

Afirmar lo contrario supondría atribuir a la inscripción en la Contaduría de Hipotecas un efecto mucho más fuerte del pretendido por el legislador. La «nulidad» del título no registrado fue siempre un recurso para resolver el conflicto de las dobles ventas o de la venta como libre de los bienes que estuvieran gravados con carga no registrada. Y eso con independencia de que la denominada «nulidad» no fuera tal, ya que el Tribunal Supremo había declarado en varias ocasiones, con referencia a las Contadurías, que el título no registrado podría registrarse y, en tal caso, producir todos sus efectos siempre que esa registración se hubiera producido antes de la interposición de la demanda, siendo inútiles los documentos si este registro se hubiera producido durante el término de prueba (STS 27 de octubre de 1860, 17 de septiembre de 1864 y 2 de abril de 1869).

La LH vuelve a reiterar esta prohibición de utilización procesal del título no inscrito en su conocido artículo 396⁴³. Con independencia del destino ulterior de esta norma⁴⁴ (y de las dificultades de su interpretación, fruto de las reformas legislativas), ahora hemos de fijarnos en que la norma lo que hace es impedir la prueba documental, pero no priva al negocio de eficacia jurídica, ni implica una *denegatio actionis*⁴⁵. De hecho, la EM de la LH nos dice expresa y reiteradamente que se abandona toda idea de «nulidad» del negocio no registrado. Como he dicho, la limitación se hace a la prueba documental, y esta limitación podría resultar de extraordinaria trascendencia práctica, pero ello no supone privar al verdadero propietario de su capacidad de reacción procesal, probando, por otros medios⁴⁶, la existencia de su derecho.

La EM así lo señala cuando dice (Leyes Hipotecarias, p. 333) «pero la más firme garantía del cumplimiento de la ley está en la prohibición que expresa-

mente se establece en admitir ningún documento de que no se haya tomado razón, si por él se constituye, transmite, reconoce, modifica o extingue derecho sujeto a inscripción».

El propio CÁRDENAS (1871, 150), aunque en realidad refiriéndose a los supuestos de transmisiones derivadas del mismo *auctor*, nos dice que la sanción derivada de la no inscripción no consiste ni en que el derecho haya dejado de adquirirse ni en la pérdida del derecho, sino en «no poder destinarse a ningún uso oficial, ni oponerse a tercero, los *documentos* registrales que no hubieran sido inscritos oportunamente». Incluso autores como GALINDO y ESCOSURA (1890, tomo VI, 233) van, y a mi juicio con razón, mucho más allá, al decir que han de admitirse en ciertos casos los documentos no inscritos, incluyendo en los casos citados (algunos con sentencias del Tribunal Supremo favorables) el caso del documento que se presente para pedir la nulidad de algún asiento que impida que se inscriba aquel. Como señalan los autores citados «la inscripción no convalida los actos o contratos nulos; y esta solemne declaración del Legislador sería letra muerta en muchos casos, si rechazase como prueba de la nulidad de un asiento la presentación de un título que no podía ser inscrito hasta que aquel se cancelara, mediante la declaración de nulidad».

La LH 1861 suscitó una importantísima polémica por la trascendencia que tenía en la reorganización de la propiedad territorial. GÓMEZ DE LA SERNA, en su comentario al artículo 34, se hace eco de las discusiones a que ya había dado lugar, recogiendo la opinión contraria a la Ley del señor Cardellach y las contestaciones a la misma, y señala, en una extensa nota, que para interpretar la Ley hay que atender a los principios reguladores de la misma, y no llevarla más allá de los supuestos a que la misma hacía referencia. El problema que se planteaba era si el «malvado A» había conseguido un título falso de dominio (que inscribía) y si su adquirente podía estar protegido o no contra el verdadero dueño, pero jamás se hace referencia a si el que había ocasionado la primera inscripción podría defenderse con razón contra el verdadero propietario. Se planteaba si el «despojo» del *verus dominus* podría producirse de surgir un tercer adquirente, pero nadie defendió que quien hubiera adquirido de un *non dominus* podría estar protegido por la inscripción, y el argumento recurrente en todos los autores (a favor o en contra de la Ley) era que la inscripción no convalidaba los actos o contratos nulos (el art. 34 constituye precisamente, en esta Ley, una excepción a este principio).

No obstante, esta cuestión está estrechamente ligada al problema de si la inscripción es o no un requisito necesario para que surja un derecho real y cuál es la posición de los titulares de derechos no inscritos, y, por tanto, he de aplazar la consideración detenida para un momento posterior.

V. LOS EFECTOS DE LAS PRIMERAS INSCRIPCIONES CAUSADAS POR TÍTULOS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

1. Una vez estudiados los peculiares efectos de los asientos en las Contadurías de Hipotecas, podemos comenzar a estudiar los efectos de los primeros asientos basados en títulos anteriores a la entrada en vigor de la LH 1861.

El artículo 389 LH establecía que «los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha en que la misma empiece a regir»⁴⁷. El Real Decreto de 8 de febrero de 1861 señaló que la Ley empezaría a regir dentro del año siguiente a su promulgación en el día que señalara el gobierno. Este momento fue fijado en el día 1 de enero de 1863.

Los artículos 391 y 392 LH establecían un curioso régimen de eficacia de esas primeras inscripciones. Las que se practicaran en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley e indicaran el título adquisitivo del transmitente (que eran la mayoría, dada la práctica documental) producirían sus efectos contra tercero retrotrayéndolos no a la fecha de la inscripción, sino a la fecha de adquisición. Si los títulos no indicaban tal circunstancia, o se practicaba la inscripción pasado el plazo, no perjudicarían ni favorecerían a tercero sino desde su fecha.

Durante el plazo de este año, como ya se ha indicado, no jugaba el cierre registral, de modo que era perfectamente posible que se inscribieran títulos contradictorios. Y tampoco actuaba el artículo 34 LH, dado que este tenía su eficacia suspendida durante este plazo. En consecuencia un tercero del artículo 34 podría ser perjudicado por un titular anterior no inscrito si este inscribía su derecho en el plazo de un año o pedía la nulidad de su inscripción por no tener su transmitente (pese a estar inscrito) el derecho del que había dispuesto a su favor.

PARDO NÚÑEZ trata de aplicar a estas primeras inscripciones (es decir, al inmatriculante, y, por tanto, no al tercero del artículo 34) los efectos que la LH establece para las inscripciones en las Contadurías, aplicándoles el artículo 309 RH. Pero nada hay en la Ley que autorice a semejante interpretación extensiva de la eficacia de estos asientos. Ni la Ley ni el Reglamento, al regular estas primeras inscripciones, hacen referencia alguna a que se les puedan aplicar los efectos que la Ley predica de los asientos ya practicados en las Contadurías de Hipotecas. Pero, como veremos, hay además argumentos en la propia Ley y, sobre todo, el Reglamento, contrarios a esta interpretación.

2. Una tesis es cierta en la medida en que no exista ningún caso de donde resulte lo contrario a lo afirmado en la tesis. O de otro modo (frase atribuida al físico y premio Nobel R. FEYNMAN), no es que la excepción confirme la regla, sino que la excepción confirma que la regla no es cierta.

Recordemos que para los autores de la LH el problema básico que se planteaba era la eficacia de los títulos anteriores no inscritos. Bajo este supuesto, en realidad, caben al menos dos. En primer lugar el supuesto de que el título anterior al que causara la primera inscripción fuera un título de dominio. En segundo lugar, que ese título anterior fuera constitutivo de una carga o gravamen sobre el bien, carga o gravamen del que se hubiera omitido dar conocimiento al adquirente.

Pues bien, la Ley dedica a este segundo supuesto tres artículos (arts. 393, 394 y 395) y el Reglamento cuatro (arts. 317, 318, 319 y 320).

La Ley se refiere a los que pudieran solicitar anotación preventiva de su derecho. Me interesa destacar ahora dos casos de los contemplados por la Ley: la anotación preventiva de demanda de propiedad del artículo 42.1 LH y la anotación preventiva de embargo del artículo 42.4 LH. Ordenaba el artículo 393 LH que el que a la publicación de la Ley tuviese adquirido algún derecho de los que se pudieran anotar preventivamente, podrían pedir su anotación en el plazo, y el que la obtuviere surtiría efecto desde la fecha en que debería tenerlo el acto anotado con arreglo a la legislación anterior. Pasado ese plazo, podría hacerse anotación preventiva, pero no surtiría efecto sino desde su fecha.

Si al tiempo de la entrada en vigor de la Ley se estuviera tramitando alguna demanda de propiedad, el demandante podría pedir anotación preventiva de demanda.

Para que esta anotación preventiva se practicara, lógicamente sería necesario que el dominio que se ataca estuviera inscrito en la Contaduría de Hipotecas, pero el texto legal permite también entender que esta anotación podría solicitarse cuando el titular del dominio discutido inscribiese su título en el Registro en el plazo de un año.

Las consecuencias de ello son evidentes. Si el título estaba inscrito en la Contaduría, pero se había interpuesto contra el titular una demanda relativa al dominio, ese titular inscrito no iba a estar protegido por el simple transcurso del plazo de un año. Los efectos del artículo 309 RH se predicen solo respecto de títulos anteriores no inscritos, siempre que no se reaccionara en plazo y, lógicamente, debe incluirse el supuesto de que el perjudicado por la inscripción no hubiera reaccionado ya antes de la entrada en vigor de la Ley contra el titular inscrito. Si el título no estaba inscrito, pero se había interpuesto la demanda contra el titular, el hecho de la inscripción con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley no supone tampoco que el titular que inscriba vaya a estar protegido frente a las demandas no anotadas en plazo. La sentencia que se pudiera dictar siempre le iba a perjudicar. A menos, lógicamente, que apareciera un tercero, que habría adquirido ya de titular registral.

En cuanto a la anotación preventiva de embargo, se establecía especialmente (art. 395 LH) que los mandamientos de embargo de que no se hubiese tomado razón con arreglo a la LEC 1855 no surtirían efecto, en cuanto a tercero, sino

desde la fecha de la anotación, y ello aún sin perjuicio de lo dispuesto por la propia Ley para los supuestos de enajenación hecha en fraude de acreedores⁴⁸.

La solución es, también, completamente lógica. Pese a que la LEC 1855 ordenaba la toma de razón de los embargos en las Contadurías de Hipotecas⁴⁹, el embargo surtía ya efectos desde que se había practicado. Un problema que se planteaba era si el embargo producía o no prohibición de disponer en el embargado⁵⁰; la LH 1861 aclara, a mi juicio, la cuestión: el embargo no anotado no surte efecto contra un tercero posterior, que hubiera adquirido de quien figurara inscrito en la Contaduría de Hipotecas o de un titular no inscrito que provoca la primera inscripción. Pero, al limitar la protección al tercero, parece lógico pensar que se trata de un tercero contemplado por la propia Ley y que este tercero ha debido de adquirir de titular inscrito.

Los efectos del embargo entre acreedor y un eventual adquirente posterior no inscrito se siguen rigiendo por la legislación anterior, pese a que este titular pueda llegar a inscribir. Trataré de explicar el supuesto: A es dueño no inscrito en la Contaduría; B (su acreedor) consigue un embargo ejecutivo (LEC 1855); A transmite a C. Con arreglo a la legislación procesal vigente si hay algo claro (como ya he dicho, lo que se discute es si era válida la enajenación, pero soportando el gravamen el adquirente, o estaba afectado A por una prohibición de disponer que no protegía nunca a su adquirente C⁵¹) es que nuestro adquirente C no estaba protegido. Si C inscribe su dominio en el nuevo Registro, la LH acota la eficacia del embargo: este no perjudicará a tercero. El tercero estará protegido por el Registro, al menos pasado el plazo de un año, ya que durante ese plazo continuará rigiendo el artículo 34 que establece, como hemos visto, una limitación temporal para la plena protección de los terceros.

Lo cierto es que el artículo 393 LH diferencia entre anotaciones de embargo practicadas en plazo (en que surten todos sus efectos con arreglo a la legislación anterior desde que el embargo se practicó) y anotaciones practicadas pasado ese plazo, en que surten efectos desde su fecha. Esto podría hacer pensar que el adquirente anterior a la entrada en vigor de la LH estaría protegido si el embargo no se anotaba en el plazo de un año. Ya he señalado, sin embargo, que la eficacia de la anotación preventiva de embargo era para proteger al tercero que adquiría de titular registral.

Esto resulta con más claridad cuando se examina el embargo de fincas en las que el dominio no estuviese inscrito en las Contadurías ni se inscribiera. La Real Orden de 16 de mayo de 1863 se enfrentó a este problema (de un modo semejante a cómo hace el RH según veremos para los derechos reales sobre cosa ajena), estableciendo que el embargante de finca no inmatriculada debía pedir la anotación preventiva del embargo y ante la suspensión de la misma por falta de inmatriculación, pedir una anotación especial por esta razón, pudiendo después pedir el acreedor al juez la inmatriculación de la finca presentando los títulos del deudor.

La solución que ofrece el RH para los casos de derechos reales sobre fincas no inscritas es la siguiente: si el dominio estuviere inscrito en «los registros antiguos», podrá solicitar directamente la inscripción de su título⁵². Si la finca no estuviera inscrita a favor de persona alguna, podría presentar su título adquisitivo del derecho real limitado, y se practicaría el asiento de presentación con una anotación preventiva por defecto subsanable, y exigir del dueño que inscriba su propiedad, y si el dueño se negara, solicitar del juez que mande traer los títulos de propiedad del dueño «de donde existan», para que se pudiera practicar la inscripción del dominio y la del derecho real.

La finalidad de este conjunto normativo es clara: había que evitar que por presentar el deudor o el propietario posteriormente su título e inscribir pudiera después surgir un tercero protegido, pero la doctrina no se planteó ni siquiera unos posibles efectos sanatorios derivados de la primera inscripción de dominio contra el acreedor que había obtenido embargo o contra el titular del derecho real.

3. Y la razón de ello es que en todos los casos en que se puede tomar anotación preventiva es de aplicación el artículo 69 LH.

Este artículo establecía que «el que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho dejare de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad para transmitirlo». Por si quedara alguna duda sobre los requisitos del tercero a que se refiere, el artículo 65 del RH establece que «el que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejare de hacerlo, no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya adquirido e inscrito el mismo derecho con las circunstancias contenidas en el artículo 34 de la Ley».

El artículo 69 LH (cuya redacción casi no ha experimentado variación desde 1861) es uno de los baluartes más fuertes de la tesis monista del tercero hipotecario.

Lo curioso del caso es que un autor declaradamente dualista como GARCÍA GARCÍA, tratando de minusvalorar la fuerza del artículo 69, al que califica de «momia histórica», no duda en señalar (1993, tomo II, pp. 180 y sigs.), basándose en la expresión «dentro del término señalado al efecto», que este artículo hay que ligarlo a las anotaciones preventivas del artículo 393 LH 1861. En realidad, según hemos visto, no solo con el artículo 393, sino con el 395 LH y 318 RH.

Si el titular del derecho real lo hubiera adquirido del dueño que no tiene su título inscrito, el titular del derecho real podrá pedir anotación preventiva de su derecho. Si no lo hace, la inscripción ulterior del dueño que constituyó a su favor un derecho real no perjudica al titular del derecho real, porque solamente está protegido *ex artículo 69* el tercero posterior, que debe ser un tercero del artículo 34. Es decir, no hay en ni en la Ley ni en el Reglamento norma alguna que establezca una purificación automática del dominio inscrito.

Hay que reconocer que es muy diferente la situación de quien hubiera adquirido el derecho real de un titular anterior a aquel titular que hubiera practicado la primera inscripción en el nuevo Registro⁵³. Pese a los términos del artículo 392 LH, que permitirían practicar la inscripción transcurrido el término del año, si bien «no perjudicarán ni favorecerán a tercero, sino desde su fecha», parece claro que, pasado el plazo, actuaría el principio de cierre registral del artículo 17 de la Ley y el titular del derecho real no podría inscribir su derecho por estar inscrito su dominio no a favor de su causahabiente sino de un adquirente ulterior, de quien no deriva su derecho.

Pero de este cierre no puede derivarse en modo alguno la extinción respecto del titular registral del derecho anterior no registrado.

4. PARDO NÚÑEZ hace referencia a una «fatídica frase» que supondría un cambio en la orientación que, a su juicio, suponía la LH.

En realidad, esta frase, u otras equivalentes, las encontramos desperdigadas por toda la EM de la LH. Así se indica, y se refiere expresamente al artículo 17, que «en el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero solo cuando esta *haya inducido a otro por error* a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda 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 a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero: este no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por *cargas reales que no pudo conocer oportunamente*».

Y en el apartado de la EM referido a la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley se indica (Leyes Hipotecarias, 333) que «la pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a *salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio* u otro derecho real sobre bienes inmuebles, *en la seguridad de que estaban libres de cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro*».

Y es que a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de inscripciones en las Contadurías de Hipotecas, en que el artículo 309 RH cierra el camino a que los titulares de derechos reales anteriores pudieran, pasado el plazo, actuar contra el titular inscrito, no ocurre lo mismo en relación a los que tuvieran título anterior a la entrada en vigor de la Ley y lo inscriban con posterioridad. Los titulares de derechos reales sobre fincas no inscritas hubieran podido pedir anotación

preventiva de su derecho; del artículo 69 resulta con claridad que, aunque el adquirente posterior de la finca como libre de cargas pueda inscribir su derecho, causando una primera inscripción, y esto pueda suponer el cierre registral para aquel titular de un derecho real, esta inscripción le perjudica solamente en la medida en que, si quiere evitar ulteriores perjuicios, ha de interponer demanda contra el titular inscrito y anotar preventivamente la demanda, so pena de que surja un tercero que, engañado por el silencio del Registro, pueda adquirir con los requisitos del artículo 34. Es evidente que este tercero sí estará definitivamente protegido.

Antes he señalado que no encuentro en la Ley ni en el Reglamento un principio de purificación por la inscripción de los títulos anteriores a la entrada en vigor de la misma, entendiendo por purificación que por el hecho de la inscripción y la ausencia de reacción en plazo quede libre el dominio del derecho real limitativo, de la carga o del gravamen.

Al contrario, para al menos dos casos particulares (el embargo y el derecho real) creo que hay una constatación de que solamente va a ser protegido el tercero del artículo 34.

Y si esto es así para estos supuestos, con mayor razón cuando lo que se enfrenta al titular que causa la primera inscripción es un adquirente del dominio anterior a él.

VI. LA DETERMINACIÓN DEL TERCERO PROTEGIDO FRENTE A HIPOTECAS LEGALES Y OTROS GRAVÁMENES PREEXISTENTES

1. Por si estos argumentos no fueran suficientes, creo que el título XIII de la Ley, relativo a la liberación de las hipotecas legales y otros gravámenes preexistentes, nos proporciona, en mi opinión, la prueba definitiva.

El artículo 358 LH establece que «los que a la publicación de esta Ley tengan a su favor alguna acción resolutoria o rescisoria, procedente de derechos que en adelante no han de surtir efecto en cuanto a tercero, sin su inscripción, conforme a los artículos 16, 36 y 144, la podrán ejercitar dentro de un año, contado desde que empiece a regir la misma Ley, si antes de hacerlo no hubiere prescrito».

Recordemos que el artículo 36 señala que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en la Ley.

PARDO NÚÑEZ hace especial hincapié en que uno de los supuestos de acción rescisoria es la que se deriva de la doble venta de Partidas y enlaza, correctamente, el artículo 36 con el artículo 38.4.º que se refiere a la doble venta de una cosa, cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita.

G. LÓPEZ señala, en su comentario a la Ley 50, del L. 5, P. 5, refiriéndose a fórmulas de doble venta en que el segundo comprador era advertido por el

vendedor de la existencia de la primera venta que «parece que la *revocación* (las cursivas referentes a este término son mías), de la segunda venta debería tener también lugar, aunque se hubiese usado de la primera fórmula porque siendo sabedor el segundo comprador de la venta precedente, deberá darse al primero la acción al efecto de *revocar* lo que se enajenó en fraude del mismo, como lo decide Bald. en la rubr. C. de *revoc.* his quae in fraud. creditor. alien. al princ., y parece probarlo la Glos. en d. l. 17, sobre la palabra *iure*, y allí Alber. y Jas. *oposit.* 9.: empero, me parece que esto debe concretarse al supuesto que el segundo comprador tuviese noticia de la primera venta al tiempo del contrato; y que no tendrá lugar si contrató con buena fe y pagó el precio, aunque al tiempo de transferírsele la posesión, tuviera noticia de la primera venta,; toda vez que el comprador no participó en el fraude, respecto del cual, por lo que mira a la *acción revocatoria*, se atiende al tiempo del contrato». Las cursivas relativas a revocación son mías y sirven para indicar que la terminología empleada era variada. El glosador de las Partidas utiliza el término «revocación», pero la referencia a fraude permite a PARDO NÚÑEZ enlazar el supuesto con el término más reciente y más adecuado de rescisión.

Pero las Partidas hacen referencia a un supuesto de doble venta muy distinto del que es objeto de consideración en la LH 1861. En las Partidas hay un contrato de compraventa con un primer comprador, pero al que no se le ha hecho la tradición, y, por tanto, no ha adquirido el dominio. Y en esta situación, el todavía dueño vende a otro, el cual era conocedor de la primera transmisión al tiempo de concertar su contrato. El primer comprador podría ejercitar una pretensión revocatoria o rescisoria de la segunda compraventa, aunque al segundo comprador se le hubiera entregado la cosa y hubiera pagado el precio.

Por el contrario, frente a esta doble venta «obligacional»⁵⁴, el supuesto contemplado básicamente por la LH 1861 en el artículo 38 es aquel en el que la primera venta ya ha transmitido el dominio. La segunda venta es, genéricamente, «inválida», pero, pese a ello, transmite el dominio al segundo comprador si el primero tenía inscrita la finca a su favor, es decir, aparecía en el Registro con derecho para otorgar o ejecutar el contrato, como resulta de la dicción literal del artículo 34.

Así resulta de la propia EM (Leyes Hipotecarias, 249) al explicar los «efectos de la inscripción» cuando nos dice que «otras innovaciones no menos trascendentales introduce el proyecto en el antiguo derecho respecto a las acciones rescisorias o resolutorias, las cuales, a no violarse el principio adoptado⁵⁵, no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparezca la causa de ellas en el Registro», y acto seguido examinar el problema de la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no haya sido inscrita.

Incluso para el caso de la hipoteca constituida por no propietario la LH establece un efecto más radical: según su artículo 126 «la hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla según el Registro, no convale-

cerá, aunque el constituyente adquiera después dicho derecho». Frente a la interpretación de que se necesitaba tener inscrito el dominio para hipotecar⁵⁶, las resoluciones de 23 de mayo y 1 de octubre de 1874 interpretaron el artículo en el sentido de que se refiere a quien, careciendo de título de dueño, por más que estuviese en expectativa del mismo⁵⁷, hipotecaba lo que no era suyo (sin constar en el Registro como propietario), señalando que la hipoteca, si bien nula en su origen, convalecía con arreglo a las prescripciones del derecho común, si el constituyente adquiría después el dominio de la cosa hipotecada, pero no lo hacía así con arreglo a las disposiciones de la LH.

Aquí debo hacer una precisión. La terminología utilizada por la Ley (y ya hemos visto como también por la doctrina) es variada y puede llevar a confusión. El artículo 34 utiliza los términos nulidad o resolución, con lo que no se termina por saber si es que es el derecho del tercero el que deriva de un título nulo o por la primera venta se resuelve del derecho del vendedor. El artículo 36 habla de revocación y rescisión, pero en el artículo 38 habla de anulación y rescisión, cuando el primer supuesto que regula es la revocación de donaciones y el número 3 se refiere a la resolución por falta de pago del precio aplazado, y aunque PARDO NÚÑEZ considera que el artículo 38.4 es un supuesto de rescisión, podría entenderse también como uno de nulidad.

Pero si algo puede quedar claro tras esta variada terminología es que se califique la doble venta de una forma o de otra, si es de rescisión queda incluida en los supuestos del artículo 38, y por tanto del artículo 358, o si es de nulidad, esta no puede nunca producir unos efectos más beneficiosos para el tercero que los que se deriven de la resolución del derecho de su transmitente o de la rescisión de su propia adquisición.

2. Continuando con el sistema que establecía el artículo 358 LH, transcurrido el término de un año sin que se hubiese ejercitado la acción resolutoria, «no se podrán ejercitar las expresadas acciones en perjuicio de tercero» (art. 360 LH).

De nuevo nos encontramos con la expresión de «en perjuicio de tercero».

Antes he señalado que el artículo 309 LH se pronunciaba por una producción de efectos plenos a favor del titular que hubiera tenido inscrito su título en los antiguos Registros; y señalaba que esta disposición se hacía sin referencia alguna a surtir efectos contra o respecto a tercero, y que de esa llamativa ausencia debíamos sacar alguna conclusión interpretativa cuando la Ley usara esas u otras expresiones, ya que parece que no pueden decir lo mismo dos normas que se expresan de modo absolutamente distinto.

Pues bien, sentado esto, hay que preguntarse ¿quién es este tercero del artículo 360?

De los términos de la propia EM resulta que el titular anterior a 1863 no puede ser el tercero al que se refiere el artículo 36 (y por extensión el del art. 38), pues afirma de un modo claro que el tercero está protegido cuando la

causa de la revocación, resolución o rescisión no aparezca en el Registro y sea en base a él por lo que el tercero realiza la adquisición.

Pero, a mi juicio, la solución a este enigma de quién es ese tercero del artículo 360 LH la encontramos también en el expediente de liberación de cargas diseñado por la Ley y regulado en los artículos 365 y siguientes.

En el Título XIII de la Ley se comienza permitiendo a los titulares de hipotecas legales la conversión en hipoteca especial⁵⁸ (art. 347). Estas hipotecas legales son las de los artículos 168 y 353. Pero hay otras hipotecas legales, las del artículo 354, que son de carácter netamente familiar (dotales, de parafernales entregados o de bienes reservables o de peculio familiar) en que no se permite a los titulares la conversión en hipotecas especiales⁵⁹.

Según el artículo 351, estas hipotecas legales no comprendidas en el artículo 354 no surtirán efecto contra tercero, transcurrido el año.

3. Pero como era perfectamente posible que dentro del plazo de un año el titular anterior, practicando la inscripción de su dominio si no estaba ya inscrito en las Contadurías, quisiera vender, se introduce el expediente de liberación de cargas⁶⁰.

En el expediente de liberación, los que a la publicación de la Ley tuvieren gravados sus bienes con hipotecas legales del artículo 353 y 354⁶¹ o sujetos a alguna acción resolutoria o rescisoria, podrían liberarlos acudiendo al juez y manifestando la hipoteca legal o gravamen oculto a que estuviera o pudiera estar afecto el bien, o de no estarlo con ninguno, las personas favorecidas por las hipotecas o acciones o ser desconocidas y la pretensión de liberar sus bienes de tales gravámenes, pidiendo del juez que señale un término para que puedan comparecer bajo apercibimiento de que no haciéndose dentro del plazo que se señale, se tenga por extinguida la carga o hipoteca *en cuanto a tercero que después adquiera* dominio o derecho real sobre cualquiera de los bienes tácitamente gravados y que se liberen (art. 366).

La acción tiene, pues, una doble pretensión: a) el titular registral conoce la existencia de cargas y gravámenes no inscritos o acciones resolutorias o rescisorias, en cuyo caso intimá a los titulares de las mismas a que comparezcan para instar su inscripción, b) o afirma que no están gravados con hipoteca legal, o sujetos a acción resolutoria o rescisoria, en cuyo caso intimá a cualquiera que pretenda ser titular de tales derechos o acciones para que comparezcan y demuestren su existencia.

Después del emplazamiento, y transcurrido el término sin presentarse reclamación se declararán, en virtud de nueva instancia del actor, libres de toda hipoteca tácita y gravamen no inscrito los bienes cuya liberación se hubiera solicitado (art. 379 y 380-5).

Aquí debemos señalar una cierta contradicción formal entre la pretensión y la resolución. La pretensión (art. 366) debe ser que se tenga por extinguida la carga en cuanto al tercero que después adquiera dominio sobre la finca, mientras

que la resolución (art. 380-5) debe declarar libre de toda carga no inscrita los bienes liberados, sin referencia alguna a tercero⁶².

El principal problema que plantea este expediente es a quien va a proteger, es decir, quien va a ser beneficiado por la liberación de cargas.

Caben tres interpretaciones: a) entender que el tercero protegido es el titular registral que insta el expediente; b) entender que es el tercero que hubiera adquirido de quien estuviera sujeto a la acción resolutoria o rescisoria o la hipoteca legal; c) entender que solamente va a ser protegido el adquirente ulterior de quien ha instado el expediente.

La primera de las posiciones fue defendida por PARDO NÚÑEZ⁶³. A su juicio, este procedimiento de liberación de cargas o gravámenes, semejante al sistema de purga francés, protege al que lo insta, de modo que este ve como su derecho, después de la declaración judicial, renace libre de toda carga.

Como vemos, esta interpretación viene avalada por la contradicción formal señalada entre la pretensión de liberación y el contenido de la sentencia.

La segunda de las posiciones fue defendida por OLIVER⁶⁴ al analizar los efectos de las nulidades o resoluciones en cadena que se producían en el sistema del Derecho Civil. Estudiando las soluciones al problema concluye que o bien conservaban siempre su fuerza las acciones resolutorias o de nulidad antiguas o bien había que establecer su extinción. La solución la encuentra el autor en un interesante estudio sobre la retroacción de las leyes⁶⁵: la existencia del derecho no se discute, pero se modifica el modo de conservarlo, de modo que si no se inscribe o ejercita en plazo, pasado que sea el mismo la acción o derecho pierde de su carácter real. Esto se explica a su vez porque la acción derivada de una acción de resolución era mixta, porque se daba contra el que había adquirido en virtud del negocio impugnable y contra el tercero que después había adquirido el bien de este, pero a quien afectaba la acción ejercitada.

Por ello, a juicio de OLIVER, que pasado el plazo no se den las acciones contra tercero significa que las acciones mixtas quedaban reducidas a acciones meramente personales, es decir, acciones contra quien había sido parte en el contrato que se trataba de impugnar, pero no contra los adquirentes ulteriores. La posición de OLIVER atiende fundamentalmente al problema de quien es el tercero del artículo 360, pero es aplicable al expediente. Esta posición de OLIVER respecto del artículo 360⁶⁶ es la que sigue PARDO NÚÑEZ en el trabajo que estamos estudiando.

La tercera de las posiciones fue defendida por GALINDO y ESCOSURA (1890, tomo 6, pp. 138 y sigs.), para los que la finalidad del precepto es proteger al que después adquiera el dominio o un derecho real sobre la finca, pero no impide al titular de la hipoteca o acción purgada ejercitárla contra quien ha instado la purga. Consideran que si no hay tercero posterior al expediente, el interesado que no haya comparecido puede oponerse a la liberación de la finca en tanto no haya tercero, porque «la Ley Hipotecaria es ley de terceros; los

derechos entre los otorgantes están bajo el amparo de las leyes comunes, salvo respecto a la tramitación...».

Más adelante, hablan de tercero a título oneroso, porque, señalan respecto a la reclamación del perjudicado por la sentencia de liberación, se producen «efectos muy distintos en su reclamación, si la finca está en su poder⁶⁷ o está en poder de tercero que la ha adquirido por título oneroso. Si está en su poder... el juicio de liberación en nada le perjudica, porque produciendo solo efectos a favor de tercero, y no habiéndose transmitido a nadie, no ha tenido aplicación la sentencia; y contra el deudor principal las acciones de derecho común y las disposiciones de este que las regulan se conservan íntegramente».

Como señalé en las conclusiones del trabajo sobre «La inmatriculación y los terceros», al estudiar quien es el tercero protegido frente a las acciones rescisorias, resolutorias o revocatorias, «en nuestra opinión no es a) el inmatriculante que ha sido parte en el negocio afectado o contra el que, civilmente, se podría ejercitar la acción (tesis débil del tercero), b) ni siquiera el adquirente ulterior de quien ha sido parte en el negocio afectado, aunque ese adquirente ulterior haya logrado la primera inscripción (tesis intermedia), sino c) quien, sin haber sido parte en el negocio afectado, ha adquirido de una persona que aparece en el Registro como titular sin tacha (tesis fuerte del tercero)».

Y es que, a mi juicio la dicción de la ley es razonablemente clara: el titular registral que hubiera podido ser sujeto pasivo de la pretensión procesal de resolución o rescisión, por haber intervenido en el contrato resoluble o rescindible (tesis débil del tercero), nunca es un verdadero tercero, de modo que el titular registral afectado directamente por la acción que se pretenda ejercitar (en cuanto que parte en el negocio) no puede oponer el transcurso del plazo establecido por la Ley; por lo tanto, en realidad, solo nos quedan dos alternativas: o se trata de proteger al adquirente ulterior del titular registral que ha instado el expediente, o se puede llegar a proteger al titular registral que lo ha instado, si este es tercero (civil) respecto del contrato nulo, resoluble o rescindible.

En mi opinión, quien va a estar protegido por la liberación es el adquirente ulterior. Y es que el contenido de la sentencia de quedar liberada la finca debe entenderse siempre en relación con la pretensión del escrito inicial de la demanda de liberación, teniendo en cuenta el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, de modo que una aparente contradicción formal (por silencio) no puede significar una alteración sustancial de un principio procesal fundamental.

Como he señalado, el tercero a quien no afectan pasado el plazo de un año tanto las hipotecas legales (art. 351) como las acciones resolutorias (art. 360) debe ponerse en conexión con el concepto de tercero protegido que nos proporciona el artículo 366, y la conclusión es que todos estos terceros deben ser el mismo: quien adquiere de titular registral.

La conclusión de lo que he señalado anteriormente es, pues, absolutamente contraria a la tesis de PARDO NÚÑEZ. El causante de la primera inscripción

no va a estar protegido por este hecho frente a cualquier pretensión resolutoria o rescisoria que hubiera podido ejercitarse respecto de su título adquisitivo, ya que no es el tercero a quien quiere proteger la Ley. Y si se entiende que la doble venta genera una acción rescisoria o resolutoria (y más cuando se califica de nulidad) no cabe protección por el hecho de haber practicado la primera inscripción. Respecto del problema de la doble venta, creo que el autor incurre aquí en una relativa contradicción: si se acepta que en el supuesto de doble venta del artículo 34 la segunda venta es nula⁶⁸, pero se salva por adquirir de titular inscrito (y esto lo acepta PARDO NÚÑEZ), resulta llamativo que al estudiar la doble venta del artículo 38.4 hable de rescisión, y más cuando el propio artículo utiliza los dos términos de nulidad y rescisión.

4. De todo lo señalado anteriormente se puede concluir:

- a) El artículo 396 LH no contiene un supuesto de denegación de la acción por el hecho de que el documento no estuviera inscrito, sino una limitación de la prueba, excluyendo o limitando la prueba documental;
- b) no puede pretenderse que el artículo 309 RH, que limita al plazo de un año el ejercicio de la pretensión que tenga por objeto invalidar títulos inscritos por otros que no lo estén, y que es aplicable a los títulos inscritos en los antiguos Registros, sea aplicable a las primeras inscripciones causadas por títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley;
- c) las acciones rescisorias o resolutorias pueden interponerse contra el primer titular registral en el plazo de un año, y, dado que el protegido por el expediente de liberación de cargas es un tercero que, después, adquiera el bien o derecho liberado, y la finalidad del expediente es, precisamente, permitir la negociabilidad de los bienes dentro del plazo de un año, hay que entender que el tercero del artículo 360 LH es, precisamente, ese tercero del expediente de liberación;
- d) si entendemos que la segunda venta es, en sentido estricto, nula, no estaría incluida en los supuestos del artículo 360 ni del expediente de liberación, ya que la primera inscripción no convalida los actos o contratos nulos.

VII. LA INSCRIPCIÓN Y SU EFICACIA RESPECTO A LA ATRIBUCIÓN O NO DEL CARÁCTER REAL AL DERECHO

1. PARDO NÚÑEZ señala, como conclusión de su tesis sobre la fuerza de la primera inscripción, que, a raíz de la LH 1861, para que exista un derecho real en sentido completo debe estar inscrito el dominio o el derecho real, de modo que antes de que eso se produzca no existe más que una «malla» de relaciones personales, sin existencia alguna de acción real. Esta tesis, por un lado, goza de antecedentes doctrinales de indudable mérito, y, por otro, viene siendo reiterada actualmente (aunque ciertamente con otro sentido) por un sector

de la doctrina y por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶⁹ cuando se nos indica que es la inscripción en el Registro lo que dota al derecho de eficacia *erga omnes*.

Por lo que hace al Derecho actual, es doctrina común que, con algunas excepciones, el régimen general en nuestro Derecho es que los derechos reales nacen fuera del Registro de la propiedad, sin necesidad de la inscripción⁷⁰. Y los derechos reales tienen dos características, la atribución de un poder directo sobre la cosa y la absolutividad o eficacia *erga omnes*. Y esta eficacia se produce con independencia de la inscripción del derecho real. Por un lado, cualquiera que extrarregionalmente perturbe o desconozca el derecho real va a estar sujeto a la correspondiente pretensión procesal del titular del derecho, pretensión que no depende para su existencia y acogida por los Tribunales de la inscripción registral; por otro lado, la existencia del derecho de propiedad no depende del conocimiento del sujeto ni del objeto (y mucho menos de la relación del sujeto con la cosa) por parte de los terceros. Si se me permite la expresión, yo soy dueño de una finca, aunque muchos conciudadanos no sepan de mi existencia, ni de la finca, ni de mi relación dominical con ella, y soy dueño aunque la finca no conste inscrita a mi favor en el Registro. La inscripción lo que publica es un efecto ya producido extraregionalmente.

No obstante, la inscripción en el Registro de la transmisión o de la constitución de los derechos reales (en los supuestos en que esta no es constitutiva) es evidente que produce importantes efectos. Por un lado, permite al adquirente inscrito (en ciertos casos y con ciertas condiciones) desconocer transmisiones o constituciones de derechos reales que no hayan llegado al Registro y, por otro, le atribuye presunciones de existencia del derecho (con importantes repercusiones procesales y sustantivas, defensivas y ofensivas).

Pero la inscripción no añade al derecho real ya existente ninguna eficacia *erga omnes* que antes no tuviera, no aumenta para nada el círculo de personas frente a los que pueda alegar su existencia. Ni se pasa a ser dueño ni se pasa a ser «más» dueño.

La inscripción lo que le permite es impedir que, con posterioridad a su adquisición, pueda surgir un tercero protegido, él sí, por la fe pública registral.

La inscripción, pues, si bien publica algo, no tiene una mera eficacia publicadora de algo existente.

La inscripción tiene una eficacia protectora respecto del pasado (que no le pueda ser alegada al tercero que inscribe la alteración de la realidad jurídica ya producida, pero que no ha accedido al Registro) e impeditiva (y por tanto, protectora) respecto del futuro, pero no conforma el derecho real (en el sentido de que le da un efecto ínsito en la nota del derecho real que antes no tenía)⁷¹.

Y esto interesa aclararlo: si por «conformar» el derecho real entendemos darle un efecto ínsito en los caracteres de derecho real, creo que la inscripción no conforma; pero sí hace al titular registral «mejor» dueño al dotarle de una

protección que sin el Registro no tendría, y con ello favorece notablemente la negociabilidad de su derecho, que es precisamente lo que buscaron los legisladores ya en 1861⁷².

He señalado que la posición de PARDO NÚÑEZ cuenta con claros antecedentes doctrinales. OLIVER (1892, 461) señalaba, por contraste con lo que ocurría en la legislación anterior a 1861, que «la existencia y eficacia absoluta de tales actos⁷³, o sea *erga omnes*, depende de su inscripción; de tal modo que sin cumplir este requisito no se entiende adquirido, constituido, extinguido o transmitido ningún derecho real, incluso el de dominio, sobre los inmuebles».

2. Entiende PARDO NÚÑEZ que en esta posición no hay atisbo alguno de germanismo, sino que se vuelve o recoge el sistema tradicional español, iniciado por la Pragmática de 1539 de Carlos I y Juana I de Castilla.

Aunque no es el objeto de este trabajo un estudio detenido del sistema anterior a la LH 1861, sí creo que vale la pena hacer un resumen de la situación que se planteaba a la entrada en vigor de la Ley⁷⁴.

En las Cortes de Toledo, en 1539, don Carlos y (nominalmente) doña Juana dictan la Real Pragmática de 1539 (pasaría a la Nueva Recopilación como Ley 3, Título 15, Libro 5) en que ordenan que se registren los instrumentos de censos, tributos e hipotecas, señalando que si no se registraran en el plazo de seis días, «no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor».

Es cierto que la doctrina reciente (SANZ FERNÁNDEZ y JIMÉNEZ PARÍS, citados por el autor) entiende que el hecho de no registrar el censo o hipoteca les privaba de efecto no solo respecto de tercer poseedor, pese a la dicción de la Pragmática, sino incluso *inter partes*. Con ello, los autores siguen la posición de GÓMEZ DE LA SERNA, para quien (1862, 92; reitera esta posición en p. 562, en su comentario al artículo 23 de la Ley) «la nulidad de las obligaciones entre las partes contratantes, que es lo que quiso significar la ley al negar la fe a las escrituras fue un excesivo rigor», y por ello, señala, los tribunales se consideraron facultados para juzgar ya que no con arreglo a las escrituras, al menos con sujeción a los actos y contratos que con las escrituras se probaban, *interpretación farisaica*, pero muy conforme con las opiniones entonces dominantes⁷⁵, o la de OLIVER, quien consideraba que la Pragmática solo tuvo por objeto dar seguridad a los compradores de bienes inmuebles respecto de los censos y tributos con que estuvieren gravados, «declarando nulos los que no se hubieran hecho públicos por medio del Registro» (1892, 248)⁷⁶.

La Pragmática fue completamente ignorada por los jueces y tribunales. De ahí la necesidad de reiterar su vigencia e imponer a los jueces que la desconocieran sanciones, no solo pecuniarias, sino incluso de pérdida del oficio⁷⁷.

Con ello llegamos a la Real Pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768⁷⁸ (L.3, T.16, Libro 10 de la Novísima Recopilación). En ella se ordenaba que «se tome razón de todos los instrumentos de imposiciones, ventas y reden-

ciones de censos o tributos, ventas de bienes raíces o considerados por tales, que constaren estar gravados con alguna carga, fianzas, en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgo u obra pía, y generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca o gravamen, con expresión de ellos o su liberación o redención»; se reiteraba la prohibición de que sin toma de razón no hicieran fe en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas⁷⁹, imponiendo, bajo pena de nulidad del instrumento que esta advertencia constara en los instrumentos.

Esta Pragmática se dio no solo para la Corona de Castilla, sino también para la de Aragón (no así para Navarra) y no declaraba sometidos a registro ningún acto traslativo del dominio de bienes inmuebles⁸⁰. Va a ser, curiosamente, el Edicto de 11 de julio de 1774 de la Audiencia de Cataluña⁸¹ el que declare, exclusivamente para el territorio del Principado, que estuvieran sujetos a registro los contratos de venta de bienes raíces, aunque no constaran hipotecados.

Antes hacía referencia expresa a la «interpretación farisaica» que se había hecho de la Pragmática de 1539, y esto tiene especial importancia para el cabal entendimiento del artículo 396 LH. Pero tal interpretación tenía poco de «farisaica», como resulta de las opiniones de GÓMEZ DE LA SERNA, CÁRDENAS o el propio OLIVER. Y es que, ya no en el ámbito de la opinión doctrinal, sino en el del derecho constituido, tal interpretación resulta de la Real Cédula de 10 de marzo de 1778 que estableció con claridad que los actos y contratos sobre bienes inmuebles no registrados quedaban sometidos «a la disposición del derecho común, porque no tiene que ver con la Pragmática de registro de hipotecas, *que trata de escrituras, y no de acciones*; y el acreedor censualista tiene derecho a hacer compeler a su deudor para que le reconozca, oyéndose a este; y hasta para que se otorgue el reconocimiento por escritura formal, no tiene lugar el registro».

Concluye OLIVER señalando que «la Pragmática de 1768 tampoco alteró la naturaleza y efectos de la toma de razón, ya que continuó constituyendo una formalización meramente ritual, sin valor sustantivo alguno, cuya omisión no producía otro efecto que el de no hacer efecto en juicio, y fuera de él, los *documentos* que carecían de dicho requisito para perseguir las hipotecas» (1892, 283).

Van a ser el Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 (que crea un impuesto denominado «derecho de hipotecas») y el artículo 8 de la Instrucción dada por Real Decreto de 29 de julio de 1830 los que amplían los actos sujetos a inscripción en las Contadurías, incluyendo los demás actos y contratos relativos a la adquisición de bienes inmuebles otorgados pública o privadamente, señalando la Instrucción que no se admitirán en juicio ni producirán efecto legal ni los documentos públicos ni los documentos privados que contuvieran el negocio, ni el Notario podría sacar segunda copia del instrumento si no se le justificaba que había sido inscrito. Esta Instrucción de 1830 generó muchas dudas y por eso la Real Orden de 17 de agosto de 1831 dice que la Instrucción no deroga

en ninguna de las partes la Pragmática de 1768, de forma que los documentos sujetos a la Pragmática surtían los efectos previstos en la misma.

Ya con claridad, el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 establece la «nulidad» del documento no registrado, al privarle al documento no registrado tanto de las acciones personales como reales que surgieran del negocio documentado. En esta línea, el Real Decreto de 26 de noviembre de 1852 (dictado por el Ministerio de Hacienda, cuyo titular en aquel momento era BRAVO MURILLO) prohíbe a los notarios autorizar documento relativo a bienes raíces, sin que previamente se acreditase haberse registrado el título que acreditase la legítima adquisición del inmueble que fuera objeto del contrato que se otorgaba (art. 16), y, al mismo tiempo, imponía la necesidad de que todo acto o contrato sujeto al pago del impuesto debía constar necesariamente en escritura pública.

Pero estos artículos quedan sin efecto por Real Decreto de 19 de agosto de 1853, y la Real Orden de 18 de octubre de 1855 ordenó que se admitiesen en el Registro todos los documentos públicos cualquiera que fuera la fecha de su otorgamiento, puesto que esta circunstancia no alteraba su valor legal.

La jurisprudencia inmediatamente anterior a la LH 1861 es variopinta. GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 564-565) realiza un resumen de la misma, de la que puede deducirse que a) la hipoteca de la que no se había tomado razón no podría alegarse frente al tercer poseedor de la finca hipotecada, pero que b) los contratos de venta de bienes inmuebles son válidos y subsistentes, aun sin haberse tomado razón, porque los contratos, independientemente de los instrumentos, quedan perfeccionados con el consentimiento de las partes y consumados con la entrega de la cosa y el pago del precio.

Y OLIVER (1892, 460) concluye su exposición del Derecho vigente a la entrada en vigor de la Ley que «desde luego la adquisición del dominio y la constitución, cesión y extinción de los demás derechos reales sobre inmuebles no dependía en lo más mínimo de la toma de razón de los documentos en que constaba el otorgamiento de tales actos. Con la excepción de las cargas y gravámenes de carácter hipotecario, todos los demás actos relacionados con el comercio de los inmuebles producía sus naturales efectos con arreglo a lo dispuesto para cada caso por la legislación civil».

Si esta era la posición que se derivaba de la legislación anterior a la LH 1861, hay que preguntarse por qué la EM (cuyo autor principal fue GÓMEZ DE LA SERNA) insiste en la vuelta al sistema tradicional. ¿Es que la Ley Hipotecaria no era más que la reiteración del sistema de las Pragmáticas, pero ampliado a todos los actos de transmisión o constitución de derechos reales y con un mayor desarrollo técnico? En modo alguno. La lectura desapasionada de la EM nos muestra la firme voluntad de establecer un sistema nuevo destinado a fortalecer la circulación de los bienes y el crédito hipotecario. Toda la discusión en Cortes nos muestra un continuo forcejeo entre los sistemas francés y los diferentes sistemas germánicos, sin referencia al sistema tradicional de

Castilla, que precisamente se quería abandonar por su notoria insuficiencia e ineficacia para el logro de los fines que se querían alcanzar.

3. La tesis de PARDO NÚÑEZ sobre la exigencia de la inscripción para que surgiera un derecho real no parece muy conforme con la posición de los dos autores principales de la Ley, GÓMEZ DE LA SERNA y CÁRDENAS.

La cuestión de la exigencia de inscripción para la adquisición del carácter de derecho real se planteó en la discusión en Cortes⁸², y en la sesión de 8 de enero de 1861 tiene lugar una apasionada discusión entre GÓMEZ DE LA SERNA y PERMANYER, en la que DE LA SERNA defiende claramente que la hipoteca no surte efecto respecto de tercero sino desde la inscripción, pero ello es sin perjuicio del efecto que tenga la misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura. AMORÓS critica esta expresión señalando que lo característico de la hipoteca es el nacimiento de la acción real y esta surge solo desde la inscripción, pero con ello olvida, a mi juicio, que se está discutiendo de la eficacia de la inscripción respecto de tercero inscrito. Y ello sin perjuicio de que el crédito hipotecario tuviese, aun sin el requisito de la inscripción, preferencia crediticia respecto de otros acreedores sin garantía hipotecaria⁸³.

GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 245), en su comentario al artículo 2 y la expresión «se inscribirán», recoge la polémica sobre si la inscripción era obligatoria o no, y señala que la finalidad de la Ley no es sino salvar los derechos de los terceros para que queden completamente libres de toda carga que no aparezca en el Registro. Más específicamente, en su comentario al artículo 20 (1862, 548) indica que «no es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto, por alguno de los que han querido explicar este artículo, que a los ojos de la Ley la propiedad y los derechos reales que no estén inscritos, no tiene existencia; la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpable, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho a inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes. Y esto lo expresó de modo terminante la Comisión que formó la Ley hipotecaria».

Y concluye con una idea que recoge la doctrina tradicional: «la Ley hipotecaria solo considera los actos con relación a la inscripción; cuando esta no se ha verificado, quedan los actos y contratos dentro de sus condiciones naturales».

CÁRDENAS también hace referencia expresa a la crítica que se hacía a la Ley de que se exigía la inscripción para que el derecho real surgiera. Él

mismo parece defender esta posición (1871, 150-151) cuando nos dice que la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Pero continúa señalando que de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos *en cuanto al tercero*, por lo que las disposiciones que contiene son de la máxima importancia. ¿Quién es ese tercero para el autor?: «el que mediante tal omisión (la de no haberse inscrito el título que le hubiera podido perjudicar) hubiera adquirido algún derecho», y hubiera inscrito el mismo. CÁRDENAS realiza una defensa de la libertad civil⁸⁴ al señalar que «la nueva ley, que a la vez que salvaba al tercero de los perjuicios que pudiera ocasionar la no inscripción del derecho, permitía al propietario la libertad de omitirla» y concluye señalando que «no se privó por lo tanto a los propietarios de ninguno de sus derechos, ni aun siquiera de la facultad de no inscribir; lo que se hizo, fue privarles de la de defraudar al tercero, manteniendo ocultas las cargas que pesaban sobre su propiedad y enajenando como libre cuando era gravada».

Esta y no otra es la conclusión que se deriva de la propia Exposición de Motivos de la LH. En el famoso párrafo relativo a la venta que no se inscribe, comienza la Ley diciendo que «según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro»⁸⁵. Si nos fijamos en el párrafo, no indica que el Derecho que se constituye por la Ley, la novedad que introduce respecto del derecho vigente en ese momento, exija la inscripción para el nacimiento del derecho real: nos dice que resultará *de hecho, y solo para los efectos de la seguridad de un tercero*. ¿Y quién es ese tercero? El inciso final del mismo párrafo lo indica con claridad: son los adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción. Es cierto que la Ley habla de efectos entre los contrayentes, y en las relaciones entre el vendedor y el comprador. Pero la transmisión o constitución del derecho no se pueden oponer al adquirente inscrito, pero sí subsiste la eficacia del contrato no solo entre las partes, sino también respecto de los terceros no inscritos. No se trata, por tanto, de una propiedad «relativa»; el dominio no inscrito tiene todos los caracteres del derecho real, pero la adquisición consumada no puede perjudicar a quien, desconociendo la situación real y «engañado por el silencio del registro», adquiere ulteriormente, siempre que inscriba, quedando privado entonces (y solo en ese momento) el adquirente del dominio o derecho real de su facultad de hacerlo valer frente al titular registral. De hecho, por tanto, y para evitar el perjuicio que puede derivarse de la aparición de un tercero ulterior que inscriba, la inscripción se hace obligatoria⁸⁶. En tanto las relaciones se mantengan entre partes no inscritas, el conflicto se resuelve exclusivamente con arreglo a las normas tradicionales de la legislación civil⁸⁷.

4. Pero es que el tenor de la Ley y el Reglamento nos convencen de que no es la inscripción la que hace nacer el derecho real, sino que lo que se inscribe es un derecho real ya existente (salvo que la legislación civil exigiese una formalidad previa, como era la escritura para el caso del censo enfitéutico).

Así resulta, por un lado, de la propia dicción que hace la Ley del expediente para inscribir la posesión. En principio, es un remedio que la Ley concede solamente a los «propietarios» que carecieran de título de dominio escrito (y evidentemente no registrado), según resulta del artículo 397 LH. Es cierto que el Reglamento amplía (art. 327 RH) el supuesto de hecho, al señalar que no se admitirá otra oposición que la relativa a si el que lo insta posee «en nombre propio», con lo que el expediente posesorio se acaba convirtiendo en un mecanismo para el acceso de todo tipo de posesiones, siempre que sean en concepto de dueño, pero sin exigir prueba de propiedad alguna. La cuestión del derecho no podría ventilarse sino en el juicio ordinario, ya que la inscripción se ordenaba práctica «sin perjuicio de tercero de mejor derecho» (art. 404 LH) y, por tanto, no perjudicaría al que tuviera «mejor derecho a la propiedad» del inmueble, aunque el título de este último no estuviera inscrito (art. 409 LH)⁸⁸.

Es la insuficiencia de este sistema, criticado porque degradaba la posición del propietario a la de mero detentador, la que va hacer que la Ley de 1869 introduzca los expedientes de dominio.

Creo que, si se contempla la situación con un cierto alejamiento, es fácil concluir que para una Ley que pretende tener vigencia en el tiempo⁸⁹ lo que accede al Registro es una propiedad ya adquirida, si bien para ello va a ser preciso inscribir previamente un título anterior a la entrada en vigor de la Ley. Cuando se introduce el expediente de dominio, se inscribe un dominio ya existente con anterioridad, premisa esta que es absolutamente incompatible con la posición de PARDO NUÑEZ.

Así resulta también del examen de los títulos inscribibles que contiene el artículo 2 de la Ley: se inscribe el título traslativo⁹⁰ del dominio o del derecho real, y puede pedir la inscripción del título tanto el que lo transmita como el que lo adquiera (art. 6 LH). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 1 RH, señalando este que la obligación de transmitir el dominio no estará sujeta a inscripción (art. 3) y que se entiende por título para los efectos de la inscripción el documento público y fehaciente entre vivos o por causa de muerte en que *funde su derecho* sobre el inmueble o derecho real la persona a cuyo favor deba hacerse la inscripción (art. 6 RH). Todos los términos que utilizan tanto la Ley como el Reglamento se refieren específicamente a un derecho adquirido con anterioridad y, precisamente por ser ya titular del derecho, el adquirente puede solicitar la inscripción. Solo cuando hubiera un título anterior no inscrito, el tercer adquirente, apoyándose en la previa inscripción de su transmitente, puede desconocer la transmisión del dominio ya efectuada o el derecho real ya

constituido⁹¹, privando⁹² de su derecho al propietario o titular del derecho real negligente en la llevanza al Registro de su título adquisitivo.

5. Hasta ahora hemos observado lo que decía la doctrina más cercana a la elaboración de la Ley, y expresamente, lo que decían los dos autores básicos de la Exposición de Motivos, de la Ley y de su reglamento: la inscripción ulterior priva al propietario negligente en la llevanza de su título al Registro de una propiedad adquirida con arreglo a la legislación civil; y las controversias entre adquirentes o contratantes no inscritos debían ser resueltas conforme a la legislación civil, que quedaba, en este sentido, intacta.

La tesis de PARDO NÚÑEZ supondría que, al no existir un derecho real en tanto el título no fuese inscrito, el adquirente de un bien, el titular legítimo del mismo, en tanto no inscribiese quedaría privado de los mecanismos que el Derecho pone a su disposición para recuperar la cosa.

Es cierto que le quedarían los interdictos, pero quedaría privado del mecanismo más tradicional para la defensa de su derecho: la acción reivindicatoria, que es, precisamente, la acción real por excelencia⁹³.

Y resulta llamativo que ni la EM, ni la voz de los autores más destacados contenga pronunciamiento alguno en torno a este tema. En efecto, resulta extraño que si el derecho solo adquiere el carácter de real por la inscripción, si fuera del Registro solo existe una «malla» de relaciones personales, desaparezca de un solo plumazo una acción milenaria y nadie, absolutamente nadie, se pronuncie sobre este extremo que no podría pasar desapercibido a los autores.

Por el contrario, ya hemos citado a los autores que dicen que, precisamente cuando el segundo adquirente inscribe, el primer adquirente del dominio queda privado tanto de la acción reivindicatoria como de la acción que le permitía invalidar la segunda venta.

Es cierto que el sistema de fechas que introdujo la LH 1861 fue sucesivamente prorrogado entre el «general aplauso», en feliz frase de OLIVER; pero este sistema de prórrogas se producirá para las inscripciones de los nuevos títulos que se van produciendo y que podrán provocar primeras inscripciones en el Registro. Pero estas prórrogas no impedirían nunca el efecto que PARDO NÚÑEZ considera fundamental de que solo la inscripción y nada más que ella hace adquirir al derecho su carácter de real.

Si la tesis fuera cierta, aparte de la protección interdictal solo quedaría, en su caso, una discusión sobre el mejor derecho a poseer. La acción publiciana se habría convertido así en la protagonista del sistema, al desaparecer la reivindicatoria. Y ello para el caso de que se admitiera la subsistencia de la publiciana, cosa que parece que PARDO NÚÑEZ desecha, pese a que, en al menos un caso, la Ley admite la discusión sobre el mejor derecho a poseer, discusión que habría de entablarse por vía declarativa y no interdictal.

Y los Tribunales y la doctrina continuaron hablando y aplicando la acción reivindicatoria, que solo es posible si el derecho de propiedad puede adquirirse

y defenderse al margen del mundo del Registro. No se encontrará ni una sola sentencia que niegue la acción reivindicatoria por el hecho de que el título de propiedad del demandante no conste inscrito, salvo, naturalmente, que se trate del supuesto de doble venta en que el segundo comprador se adelantó a inscribir.

En conclusión: a) la legislación anterior a la LH 1861 no dice sobre el nacimiento de los derechos exactamente lo que PARDO NÚÑEZ entiende; b) de la propia Ley puede deducirse que ya en 1861 lo que accedía al Registro era un derecho real plenamente conformado (con la excepción de las hipotecas expresas); c) y, sobre todo, que la tesis del autor no resiste la prueba de la práctica jurídica. Y como señalé al principio de esta exposición, y con ello termino, quizás ello sea debido a que la tesis con la que concluye no tiene cabida ni en el texto ni en el espíritu de la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1967). La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XLIII, noviembre-diciembre, núm. 463.

APARICIO CARRILLO, M.D., y SÁNCHEZ ESTRELLA, P. (2005). Inventario de las contadurías de hipotecas del archivo histórico provincial de Sevilla 1768-1870. *Revista TRIA*, núm. 12.

CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (1998). *Reales disposiciones sobre Registradores de la Propiedad (siglos XIII-XIX)*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

DE CÁRDENAS, F. (1871). Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1.º de octubre de 1869. Madrid. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

ESCRICHE. (1876). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, en la edición reformada por L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes. Madrid. Imprenta de Eduardo Cuesta.

GALINDO Y DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (1890). *Commentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, Tomo VI, Segunda edición. Madrid.

GARCÍA GARCÍA, J. M. (1993). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II. Madrid. Editorial Civitas.

GARCÍA VILA, J. A. (2009). *La inmatriculación y los terceros. El inmatriculante como tercero y los terceros respecto de la inmatriculación*, Madrid. Dyckinson.

— (2015). La eficacia de la inmatriculación tras la Ley 13/2015. <http://www.notarios-registradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/los-efectos-de-la-inmatriculacion-tras-la-ley-132015/>.

GIMÉNEZ ROIG, E. (1993). *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862). *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la anterior legislación española y extranjera*. Madrid.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M. (1886). *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo I. Madrid. Librería de Gabriel Sánchez.

GORDILLO CAÑAS, A. (2004a). El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVII, fascículo II, abril-junio.

— (2004b). ¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLII. La Ley.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

MONTERDE GARCÍA, J. C. (2008). *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

NÚÑEZ LAGOS, R. (1949a). El Registro de la Propiedad español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, número 250.

— (1949b). La buena fe y la publicidad en el Registro. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre, número 256.

OLIVER, B. (1892). *Derecho inmobiliario español*. Madrid.

PARDO NÚÑEZ, C. (1993). Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 614. 111-164.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999). *Derechos Reales. Derecho hipotecario*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

PÉREZ PEDRERO, E. y SIDRO Y SURGA, J. (1861). *Repertorio de la Legislación hipotecaria de España, o sea, la Ley Hipotecaria*, Tomo I. Madrid. Colección Los Códigos de España.

RIVAS PALÁ, M. (1978). Los libros de registro de las antiguas Contadurías de Hipotecas. *Boletín de ANABAD*, año XXVIII, número 1, 57-83.

ROCA SASTRE, R. M.^a (1944). *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Libro I. Barcelona. Bosch Casa Editorial.

RODRÍGUEZ OTERO, L. (2007). *Los efectos de la inmatriculación*. Madrid. DIJUSA.

— (2010). *La Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios (Referencia a una posible injusticia histórica)*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

SANZ FERNÁNDEZ, A. (1945). Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria. *Academia Matritense del Notariado*.

SARMIENTO RAMOS, J. (1993). *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

SERNA VALLEJO, M. (1996). *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa del lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M. vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado, por D. Ignacio Samponts y Barba, D. Ramón Martí de Eixalà y D. José Ferrer y Subirana, Barcelona, 1843.

Leyes Hipotecarias y Registrales de España, publicada por Editorial Castalia y el Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989.

NOTAS

¹ De ahí la abundancia que sigue de citas de los autores coetáneos, principalmente de los principales autores de la Ley y el Reglamento, GÓMEZ DE LA SERNA y CÁRDENAS.

² Curiosamente, la Dirección General entendió que si el fallecimiento del causante se había producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el documento de partición de herencia otorgado con posterioridad se debía tratar como un documento anterior, y sin exigir por tanto el requisito de la previa inscripción.

³ La Ley de 1869 modifica el artículo 20. Además del cambio de estilo en la redacción, se modifica el sistema. Tras la LH 1869, si del título presentado o de otro documento fehaciente resulta que el transmitente había adquirido antes del 1 de enero de 1863, se inscribe directamente el título adquisitivo a favor del adquirente, si bien haciendo constar en la inscripción las circunstancias de la adquisición anterior, a diferencia del sistema de 1861 en que primero habría que inscribir el título del transmitente. En este sentido, sigo la tesis de R. M.^a ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1944, tomo II, Libro I, pp. 170-171, o E. GIMÉNEZ ROIG en *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, p. 201. En contra, A. SANZ FERNÁNDEZ, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *Academia Matritense del Notariado*, 1945, pp. 484 y sigs., para quien tanto en la Ley Hipotecaria de 1861 como en la de 1869 el título anterior es el que causa primera inscripción.

⁴ Con mayor precisión, el Título XIV del RH habla de las disposiciones relativas a la inscripción de los títulos no registrados al publicarse la Ley.

⁵ Así lo establece el artículo 389 cuando señala que «los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha en que la misma ley empieza a regir». El sistema se desarrollaba en los artículos 390 y 391; se distingue la eficacia jurídica que hay que dar al asiento de inscripción según que no constara en el título la fecha del título adquisitivo del transmitente (en ese caso era desde la fecha de la propia inscripción) o que, y esto era lo más habitual, constara el derecho del transmitente en el título, en cuyo caso se retrotraerían los efectos de la inscripción a la fecha en que se hubiera adquirido por el dueño (supuesto que en 1869 se llamaría «inscripciones retroactivas»).

⁶ Otro de los principios básicos del sistema que establece la Ley.

⁷ En ese caso, a su vez, podría darse el supuesto de que nos encontráramos cadenas de títulos procedentes de un causante común (de ahí la previsión a que se ha hecho referencia a si consta o no el derecho del transmitente ya que eso afectaría a la eficacia de la inscripción, o, como señala PARDO NÚÑEZ en p. 1921, «decidía la prioridad y no la hoy llamada fe pública») o cadenas que no tuvieran causante común (para PARDO NÚÑEZ, p. 1925, el beneficio de la retroacción solo tiene sentido si se está pensando en una contienda entre cadenas de títulos contradictorios sin causante común conocido; yo no creo que deba entenderse así, pero este es un tema que examinaré más adelante).

⁸ Curiosamente, este mismo problema se plantea actualmente dada la nueva redacción del artículo 207 LH, tras la reforma operada por la Ley 13/2015.

⁹ En la práctica, esta nulidad había sido absolutamente ignorada: los Tribunales señalaron que era suficiente con que el título se inscribiera al tiempo de presentar la demanda, y, finalmente, que la nulidad no era, en realidad, una sanción civil al negocio jurídico, sino una mera falta administrativa, como se indica con detenimiento más adelante.

¹⁰ Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Tomo I, vol. I. (1989). Madrid. Editorial Castalia y el Centro de Estudios Hipotecarios, en adelante, «Leyes Hipotecarias», p. 333.

¹¹ Hay que destacar que se hace precisamente en la parte de la EM relativa a la «inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley».

¹² Artículo 392: «Transcurrido el término de un año, se podrán inscribir también los inmuebles o derechos adquiridos antes de la publicación de esta Ley, pero tales inscripciones,

aunque se refieran a derechos cuya existencia se acredite por los títulos de propiedad al tiempo de su adquisición, no perjudicarán ni favorecerán a tercero, sino desde su fecha y devengarán derechos y honorarios dobles de los que les estuvieren respectivamente señalados». En la Ley hay una preocupación importante por los costes registrales; en lo que sigue más adelante, en la medida en que sea posible, se omitirá toda referencia a este tema.

¹³ Como decía la EM, el que descuida la inscripción de su título anterior, contradictorio en todo o en parte, se presume que *renuncia* a su derecho en concurrencia con tercero que inscribe.

¹⁴ Artículo 33: «La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes».

¹⁵ GARCÍA VILA, J. A. (2009). *La inmatriculación y los terceros. El inmatriculante como tercero y los terceros respecto de la inmatriculación*. Madrid. Dyckinson.

¹⁶ P. 1940. Pocas páginas antes recoge las famosas frases de la EM «una venta que no se inscribe ni se consume con la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe ya se los traspasa respecto a todos; si no se inscribe, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»; Leyes Hipotecarias, pp. 237-238.

¹⁷ Leyes Hipotecarias, p. 248.

¹⁸ Aunque ya adelanto que de una forma un tanto contradictoria con la anterior manifestación de la interinidad de la propiedad.

¹⁹ MORELL Y TERRY, J. (1921). Tercero en la Ley Hipotecaria. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 69, tomo 139, pp. 12-49.

²⁰ «El tercero hipotecario, en general, no necesita adquirir por título oneroso, ni de persona que en el Registro aparezca con derecho para transmitir o contratar, ni aun tener buena fe», *ob. cit.* p. 25. Años más tarde, y en igual línea, NÚÑEZ LAGOS, R. (1949). La buena fe y la publicidad en el Registro, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; septiembre, núm. 256, pp. 537-652, diría también que el tercero del artículo 32 no necesita onerosidad, buena fe ni inscripción previa, iniciando lo que GORDILLO CAÑAS ha denominado «dualismo radical» (GORDILLO CAÑAS, A. [2004a]). El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVII, fascículo II, abril-junio, y [2004b] ¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLII, La Ley, Madrid, artículo publicado también en el *Libro Homenaje a Luis Díez-Picazo*.

²¹ Es singularmente interesante su defensa de que el tercero de lo que hoy es el artículo 28 a quien perjudica la inscripción del heredero es a aquel que anteriormente había adquirido del causante del heredero, si había omitido la llevanza de su título al Registro, resultando perjudicado, por esa falta de inscripción, cuando el heredero inscribiese el dominio del bien y hubiese transcurrido el plazo legal sin que dicho adquirente reaccionase contra esa inscripción.

Los supuestos de hecho contemplados por este autor son dos: a) A, dueño no inscrito, vende a B, quien no inscribe; A fallece y su heredero C inscribe el bien ya vendido y consigue la primera inscripción; b) A, dueño inscrito, vende a B, quien no inscribe; A fallece y su heredero C inscribe el bien; en ambos casos, entiende, C estará protegido si B deja pasar el plazo de dos años sin reaccionar contra C.

²² *Ob. cit.*, pp. 48-49.

²³ Las cursivas que siguen son mías. Quizás la razón de que no se encontrara en otros estudios es que era lo que PARDO NÚÑEZ denomina el presupuesto implícito del que partía la doctrina.

²⁴ Este artículo establecía que «Para inscribir o anotar los documentos en virtud de los que se transfiera o grave el dominio o la posesión de bienes inmuebles o derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen. Los Registradores denegarán o suspenderán, según los casos, la inscripción de dichos documentos, mientras no se cumpla este requisito, y serán responsables directamente de los perjuicios que causen a un tercero por la infracción de este precepto. No obstante, podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos otorgados por

personas que hubiesen adquirido el derecho sobre los mismos bienes con anterioridad al 1.º de enero de 1909, siempre que justifiquen su adquisición con documentos fehacientes y no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto. Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años contados de la fecha en que fueron hechas. En el caso de resultar inscrito aquél derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada. Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el mencionado derecho y no se justifique tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la citada fecha, los registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta ley».

A su vez, el artículo 90 del Reglamento Hipotecario de 1915 establece que «La limitación de dos años consignada en el párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley, relativa a los documentos anteriores a 1.º de enero de 1909, no alcanzará a las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos anteriores a 1.º de enero de 1863».

²⁵ Al menos, desde 1915, y en un precepto que, a la luz de la moderna doctrina jurisprudencial sobre el alcance de las reformas del Reglamento Hipotecario, no dudaríamos en tildar de claramente ilegal.

²⁶ «A estos efectos, la frase documentos fehacientes comprende no solo los incluidos en el artículo 3.º de la ley, sino los que, según el 1227 del Código Civil, hagan prueba contra tercero en cuanto a una fecha anterior a la indicada», según el artículo 87 del RH de 1915.

²⁷ No hay que olvidar que es la reforma de 1869 la que la altera el sistema de inmatriculación por título público basado en un título anterior (que no causa, sino que es apoyo de la primera inscripción), al tiempo que introduce dos expedientes de dominio: el ordinario y el extraordinario con «purga» de derechos y acciones en beneficio de tercero posterior.

²⁸ Aunque en este caso se va a plantear el mismo problema que hoy se plantea respecto a si es posible ser un tercero del artículo 34 si el título del transmitente o constituyente de la hipoteca no está inscrito al tiempo de otorgar la escritura de adquisición o constitución de hipoteca.

²⁹ CÁRDENAS señala que los títulos de la Ley Hipotecaria (y el Reglamento) fueron redactados fundamentalmente por él, mientras que fue GÓMEZ DE LA SERNA el principal autor de la Exposición de Motivos. DE CÁRDENAS, F. (1871). Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1.º de octubre de 1869. Madrid. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, p. 149.

La referencia a GÓMEZ DE LA SERNA entiendo que es importantísima, por cuanto era, sin duda, un romanista poco proclive a germanismos de ningún tipo.

La cuestión de si la LH 1861 partía de principios germánicos o franceses ha sido enormemente debatida en la doctrina. Un buen resumen de la misma se encuentra en MONTERDE GARCÍA, J. C. (2008). *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*. Madrid. Centro de Estudios Registrales, pp. 125-133.

³⁰ Curiosamente, la LH 1869 va a alterar de nuevo el sistema. Según su artículo 411 hay que distinguir entre los asientos contenidos en las Contadurías, los cuales producirán «los efectos que les correspondan según la legislación anterior al día 1.º de enero de 1863», y los asientos que hayan sido trasladados al nuevo Registro de la Propiedad, los cuales producirán los efectos que les atribuye la LH 1861, con las modificaciones establecidas en la Ley de 1869.

³¹ Es aquí donde tiene una especial virtualidad la denominada después «inscripción retroactiva». El artículo 391 LH permite distinguir entre inscripciones que surten sus efectos desde la fecha del título que las motiva (si el derecho del transmitente consta en el título) o que solo producen efectos desde la fecha de la inscripción (si el derecho inscrito no consta del título de propiedad). Para las perplejidades que este supuesto, verdaderamente inusual en la práctica, causaba en la doctrina, aunque ya con la LH 1869 vigente, GALINDO Y DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (1890). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, Tomo VI, Segunda edición. pp. 221-223. Madrid.

³² NÚÑEZ LAGOS, R. (1949). El Registro de la Propiedad español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, marzo, número 250, pp. 137-170 y abril, núm. 251, pp. 217-257.

³³ JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid. Centro de Estudios Registrales. En parecido sentido, GORDILLO (Monismo, p. 112) critica la idea de NÚÑEZ LAGOS de que el artículo 34 fuera un artículo de última hora, redactado cuando la orientación del sistema estaba ya sustancialmente adoptada. La tesis histórica de NÚÑEZ LAGOS ha sido recientemente defendida por RODRÍGUEZ OTERO, L. (2007). Los efectos de la inmatriculación. Madrid. DIJUSA.

³⁴ Precisamente, la tesis de JIMÉNEZ PARÍS es que no se trata de una innovación, sino que la idea de que al que adquiere e inscribe no le sea opuesta la transmisión extraregistral ya producida se encuentra en los artículos 92, 94 y 96 del Anteproyecto de lo que sería el Proyecto de Código Civil de 1851. A diferencia de lo que no pudo hacer NÚÑEZ LAGOS, JIMÉNEZ PARÍS nos brinda fotografía de los manuscritos de los proyectos.

³⁵ Más adelante (p. 173), critica la reforma de 1869, diciendo que «con la adición que después se ha hecho al artículo 34, lo transitorio se convierte en permanente, las causas de resolución de los derechos inscritos se multiplican de modo indeterminado y del sistema alemán de publicidad previa y efectiva pasamos al sistema francés de publicidad con efectos limitados y sin eficacia verdadera, a menos de completarla con un procedimiento especial dilatorio, costoso y que repugnarán de seguros los propietarios».

³⁶ Así resulta paladinamente de su estudio del artículo 34, en GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862). *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la anterior legislación española y extranjera*. Madrid, tomo I. En p. 622 señala que «se refiere exclusivamente al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un contrato o acto transmite la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando exista un título anterior no inscrito, o una causa que no aparezca claramente en el registro y ordena que en este caso no sea perjudicado el tercero por el acto o contrato que no pudo conocer por sus libros», insistiendo en que lo «injusto sería que tuviese que experimentar sus consecuencias el que, engañado por el silencio del Registro, adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pudo tener conocimiento por el registro»; en p. 635 concluye diciendo que «en una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique, o lo que es lo mismo, que la negligencia de uno no dañe a otro. La Ley castiga solo al que no inscribe cuando da lugar por su apatía a que un tercero adquiera con buena fe la finca engañándose sobre quien era su dueño».

Hay que tener en cuenta que GÓMEZ DE LA SERNA escribe antes de la entrada en vigor de la LH 1861 y ya centra todo el problema de la doble venta en el artículo 34.

También lo hace al comentar el artículo 23. En p. 567 indica, a propósito de la contraposición de la Ley con la legislación de Partidas, que «si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar; la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro, comprara la finca, creyendo que el dominio existía aun en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior; para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece en el Registro».

Desde esta segunda perspectiva, es decir, centrando igualmente el tema en la necesidad de que el Registro no publique el título que perjudicaría al tercero, PÉREZ PEDRERO, E. y SIDRO Y SURGA, J. (1861). *Reportorio de la Legislación hipotecaria de España, o sea, la Ley Hipotecaria*, Colección Los Códigos de España. Madrid, tomo I, pp. 381-382, al comentar el artículo 23 señalan que «ya en otras ocasiones hemos manifestado que la Ley Hipotecaria descansa principalmente en este precepto que es una de sus bases más esenciales. Por el actual derecho, el que adquiere la cosa por quien ya no tenía derecho para transmitirla, por haberla transmitido anteriormente a otro, la pierde por la acción reivindicatoria o *rescisoria* que el dueño legítimo ejercita, quedando tan solo al comprador de buena fe la acción personal para repetir el precio y los daños y perjuicios de aquel que sin derecho le hizo la transmisión.

Este derecho está, pues, modificado por la Ley Hipotecaria: el que adquiere primeramente la cosa de su legítimo dueño y no inscribe su título en el Registro, para que conste su derecho sobre aquella cosa y la cesación del que sobre ella tenía el transmitente, no tendrá derecho a reivindicar la cosa adquirida, si este, suponiéndose aún dueño de ella, la grava o transmite a un tercero que inscriba su derecho. La razón de la Ley estriba en el principio justo de que, el que por indolencia dejó de inscribir su derecho, y por ello dio ocasión a que *un tercero con buena fe contratase y creyese dueño aun al que no lo era, por no resultar lo contrario del Registro*, debe culparse a sí mismo de las consecuencias de su abandono, y no perjudicar y despojar al que adquirió con buena fe y por títulos legítimos». La idea, por tanto, es la misma que expondrá CÁRDENAS más tarde.

PANTOJA y LLORET [en sus comentarios a la Ley Hipotecaria, y señalo que tomo la cita de la obra de RODRÍGUEZ OTERO, L. (2010). *La Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios* (Referencia a una posible injusticia histórica). Madrid. Centro de Estudios Registrales], señalan al comentar el artículo 36.4 que «Así la Ley Hipotecaria como el proyecto de Código Civil han introducido sobre esta cuestión una reforma completa. Según el derecho común vigente hasta la publicación de este proyecto, si uno vende dos o más veces una misma cosa son *nulas* la segunda y demás ventas sucesivas. Pero, según la presente Ley, cuando suceda que el segundo comprador inscribe su adquisición antes de que el primero la verifique, no se *anula* ni *rescinde* la segunda venta, mediante la que se ha registrado el título donde consta, al paso que el de la primera carece de esta formalidad por culpa del primer comprador; siendo su culpa, a nadie tiene que imputar el perjuicio de no rescisión, aunque siempre le quedará el recurso de pedir la restitución del precio».

³⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN J.M. (1886). *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tomo I, p. 603. Madrid. Librería de Gabriel Sánchez.

³⁸ ESCRICHÉ. (1876). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, en la edición reformada por Galindo y de Vera, L. y Vicente y Caravantes, J. Madrid. Imprenta de Eduardo Cuesta.

³⁹ Esta posibilidad de inscripciones contradictorias resulta de que durante ese plazo de un año no entra en juego otro de los principios fundamentales de la Ley, el contenido en el artículo 17, que cierra el Registro a los títulos anteriores no inscritos. Acerca de su importancia, las palabras de la EM son suficientemente explicativas.

⁴⁰ Vale la pena fijarse ahora en que la suspensión de efectos del artículo 34 se produce en el conflicto entre el tercero y el *verus dominus*. La doctrina de la época no se planteó, hasta donde se me alcanza, el problema de dos titulares que derivan su derecho de una primera inscripción, y el segundo título se inscribe en el plazo de un año, para preguntarse si entre estos adquirentes triunfaría el que había inscrito o podría triunfar el titular anterior no inscrito. La doctrina posterior a 1944 se inclinó, mayoritariamente, por la primera posición. La redacción del artículo 207 actual (tras la Ley 13/2015) permite plantear el problema.

⁴¹ Es preciso resaltar cómo el artículo 309 RH diferencia dos supuestos: en el primer párrafo, para que el titular anterior pueda reaccionar contra el titular inscrito en las Contadurías no es precisa la inscripción; en el párrafo segundo se señala que transcurrido el plazo de un año, solo se puede reaccionar si hay una inscripción en el nuevo Registro de ese título anterior.

⁴² Como veremos más adelante, el problema que se planteó fue qué ocurría si el no dueño conseguía una inscripción y transmitía a un tercero, y eso al estudiar el artículo 34. Jamás nadie defendió que una inscripción basada en un título falso pudiera proteger al que conseguía una primera inscripción.

⁴³ «Desde la publicación de esta Ley, no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno, ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el registro, si por él se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción, según la misma Ley». El párrafo primero del artículo 333, RH por su parte, desarrollaba esta norma al establecer que «la prohibición de admitir en los Tribunales, Consejos y oficinas documentos no registrados, comprendida en el artículo 396 de la Ley, se llevará a efecto, aunque dichos documentos no

se puedan ya registrar por el que quiera hacer uso de ellos, siempre que con los mismos, se trate de acreditar cualquier derecho procedente del actos o contrato a que se refieran, pero no cuando se invoque por un tercero, en apoyo de un derecho diferente que no dependa de dicho acto o contrato. Fuera de este caso, los Tribunales, Consejos y oficinas devolverán a los interesados los instrumentos no registrados que presenten, como otorgados sin los requisitos que la Ley exige, y no permitirán que quede de ellos testimonio, copia ni extracto en los autos o expedientes».

⁴⁴ Los Tribunales, sencillamente, acabaron desconociendo este precepto.

⁴⁵ Más adelante hemos de estudiar detenidamente la prohibición de que los documentos no inscritos no surtieran efecto en juicio, prohibición esta que se deriva claramente de la legislación anterior a la LH 1861.

⁴⁶ Singularmente la prueba testifical, así como la resultante de la posesión continuada durante el plazo necesario para la usucapión.

⁴⁷ Las prórrogas sucesivas que sufrió la Ley solo pueden entenderse si se contempla cómo para que se inscriban los títulos posteriores a la entrada en vigor de la Ley es preciso que esté inscrito el título anterior a su entrada en vigor. Al no inscribirse, pese a las exigencias de la Ley, la propiedad anterior no se encontró otro remedio que prorrogar la posibilidad de que los títulos anteriores pudieran inscribirse.

⁴⁸ El problema que se plantea aquí, y en el que no voy a entrar, es si el tercero protegido es quien adquiere del titular que ha sufrido el embargo o solamente el subadquirente.

⁴⁹ Al regular el embargo preventivo (que puede solicitar quien presente título ejecutivo y siempre que exista motivo racional para pensar que el deudor ocultará sus bienes), el artículo 937 de la Ley se limita a decir que «los bienes embargados se depositarán; y si fueren raíces, se librará mandamiento por duplicado para que se tome razón en la Contaduría de hipotecas en la forma prevenida en el juicio ejecutivo».

Cuando se regula el juicio ejecutivo, el artículo 948 ordena que, despachada la ejecución, se requiera de pago al deudor y no verificándolo en el acto, se embarguen bienes suficientes, los cuales se depositarán con arreglo a derecho, estableciendo el artículo 953 que «de todo embargo de bienes raíces se tomará razón en la contaduría de hipotecas del partido».

⁵⁰ He dedicado a ello un capítulo en el trabajo sobre «El embargo y la titularidad de los bienes embargados».

⁵¹ En este sentido, SARMIENTO RAMOS, J. (1993). *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

⁵² Si tuviera dicho título inscribible. En otro caso, habría de acudir a la información posesoria del artículo 397 LH, en la que debería ser parte el propietario de la finca.

⁵³ El supuesto es el siguiente: A (titular dominical anterior a la LH) constituye un derecho real a favor de B; A vende (también antes de la LH) a C y C inscribe su dominio.

⁵⁴ En el sentido de que el primer contrato de compraventa había generado la obligación de entregar la cosa, pero todavía no había transmitido el dominio.

⁵⁵ El de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero.

⁵⁶ Esta interpretación tiene su apoyo en la propia EM (Leyes Hipotecarias, p. 278) cuando señala que «puede ocurrir que el que no aparezca en el registro con derecho para hipotecar, constituya una hipoteca y después adquiera el derecho de que antes carecía. ¿Convalecerá en este caso la hipoteca? La comisión ha resuelto esta cuestión en sentido negativo; ni podía hacerlo de otro modo a no ser inconsecuente. La convalidación lleva tras si la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado. Otra razón poderosa ha movido también a la comisión: es necesario alejar de la propiedad inmueble y del Registro, en cuanto sea posible, todo lo que directa o indirectamente propenda a disminuir el crédito territorial y nada lo cercena tanto como la facilidad de enajenar o hipotecar concedida a los que no tienen el título de dueños tan solemne y públicamente reconocidos como se propone el legislador por medio de los registros que a la propiedad inmueble se refieren».

⁵⁷ GALINDO y ESCOSURA (1890, tomo 4, p. 189) realizan, sobre la base de la Ley 7, Título 13, Partida 5, una feroz crítica a la invalidez de la hipoteca en este supuesto.

⁵⁸ Las hipotecas legales a favor de legatarios y acreedores refaccionarios se convierten, sin embargo, en anotación preventiva, y ya hemos examinado las consecuencias que se derivan del artículo 69 LH.

⁵⁹ Tanto la Exposición de Motivos como la discusión parlamentaria muestran una verdadera preocupación por este tipo de hipotecas, tratando de evitar que las esposas o los hijos tuvieran que pleitear contra su esposo o padre.

⁶⁰ Este expediente tenía todavía utilidad pasado el plazo en el supuesto de que la finca pudiera estar gravada con hipotecas legales del artículo 354.

⁶¹ Es decir, el expediente de liberación de cargas afectaba también a las hipotecas privilegiadas que no se extinguían y afectaban a terceros aún pasado el plazo de un año (STS de 10 de diciembre, y 20 de diciembre de 1876). Este tipo de hipotecas (en tanto subsistan con arreglo a la legislación civil) van a estar especialmente protegidas, de forma que frente a ellas no existe principio de inoponibilidad alguno, ni autónomo ni como manifestación del principio de fe pública. El único modo de liberar el bien de ellas es, precisamente, el del expediente de liberación y con los efectos que veremos seguidamente.

⁶² Esta contradicción desaparece con la reforma de 1869, ya que, según su artículo 372 quinto, la sentencia de liberación expresará la de quedar libres los bienes «de toda carga no inscrita e hipoteca legal, en cuanto a tercero que después adquiera dominio o derecho real en los mismos bienes».

⁶³ PARDO NÚÑEZ, C.: *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*. Aunque reconoce que los efectos de la liberación no eran claros en página 157, con anterioridad señala (p. 148) que transcurrido el plazo de un año se producía una verdadera purga por ministerio de la Ley.

⁶⁴ OLIVER, B. (1892). *Derecho inmobiliario español*, pp. 541 y sigs., Madrid.

⁶⁵ Una de las preocupaciones del legislador fue que las leyes no tuvieran eficacia retroactiva. Así, en la EM (Leyes Hipotecarias, 325) se señala que «como la ley no debe tener eficacia retroactiva, necesario es examinar si dejando subsistente el principio, puede en su aplicación conseguirse el resultado que se desea. Respétense enhorabuena los derechos: la comisión no puede proponer que uno solo sea violado. Pero no es una violación cambiar la forma de hacerlos efectivos, que es lo más grave que se propone en el proyecto. Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos. Las leyes nuevas no deben destruir los derechos creados por otras anteriores, porque se dan para lo futuro». CÁRDENAS (1871, 147) insiste en la misma idea de que las leyes sustantivas no deben tener efectos retroactivos y que con este objeto se prescribió la adopción de las disposiciones convenientes para preservar los derechos antes protegidos por las hipotecas legales.

⁶⁶ Resulta llamativo que OLIVER (1890, 541) no incluya dentro del elenco de acciones resolutorias o rescisorias precisamente el supuesto de la doble venta.

⁶⁷ De quien ha instado el expediente.

⁶⁸ Creo, sin embargo, que más que de nulidad en el sentido técnico actual habría que hablar de invalidez o ineficacia en general (como hace el art. 309 RH 1861), aunque tengo para mí (y sobre todo al examinar el caso de hipoteca de finca ajena) que es a partir de la LH 1861 donde se empieza a plantear de modo claro la nulidad no solo de la segunda venta, sino ya con carácter general de la venta de cosa ajena.

⁶⁹ Su doctrina la sigue casi al pie de la letra la STC de 8 de abril de 2013.

⁷⁰ Así resulta con claridad, tanto del sistema del Código Civil (art. 608) como de la propia Ley Hipotecaria, en la que el Título VI (denominado sintomáticamente «De la concordancia del Registro y la realidad») regula detenidamente (y hoy modificados por la Ley 13/2015) los mecanismos de acceso por primera vez al Registro de un dominio preexistente, enlazándose así con el artículo 40 LH que considera la inmatriculación como un supuesto de inexactitud registral; el Registro es inexacto, en este caso, no porque publique algo que no se corresponde con los derechos reales existentes, sino porque no publica un derecho existente en la realidad jurídica extraregistral.

⁷¹ Esto es así, claramente, cuando se adquiere de titular registral. Otra cosa es cuando se trata de la eficacia del asiento de inmatriculación en cuanto al pasado. En mi opinión, la inmatriculación por expediente de dominio no protege al inmatriculante respecto de los titulares de derechos reales anteriores, embargos ya trabados (aunque no se hubiera tomado anotación preventiva de suspensión de la anotación preventiva de embargo por falta de previa inscripción) o acciones con trascendencia real que pudieran afectar a su adquisición, y tampoco, por tanto, cuando su transmitente ya no fuera dueño de la cosa al tiempo de vendérsela por haberlo hecho (y transmitido el dominio) con anterioridad a otro. Para un estudio detenido de la cuestión, me remito a mi trabajo «*La eficacia de la inmatriculación tras la Ley 13/2015*» publicado en la página web notariosyregisradores.com.

⁷² Leyendo la EM de la LH 1861 a veces da la impresión de que el único «tercero» que interesaba al legislador era el acreedor hipotecario, de forma que la protección del titular dominical podría considerarse como un mero medio para conseguir esta finalidad; sin embargo, una lectura desapasionada nos pone de manifiesto la voluntad tanto de la Comisión como de los legisladores de poner en claro la titularidad dominical y el estado de cargas de las fincas, no solo como medio para la concesión del crédito necesario para el crecimiento económico, sino como una finalidad buscada en sí misma y de la que se deriva, por tanto, la facilitación del crédito.

⁷³ Se refería a la adquisición del dominio y la constitución, cesión y extinción de los demás derechos reales sobre inmuebles, con excepción de los censos y gravámenes de carácter hipotecario.

⁷⁴ Para un estudio más detenido, véanse las obras ya citadas de GÓMEZ DE LA SERNA, GALINDO y ESCOSURA, OLIVER, JIMÉNEZ PARÍS; y SERNA VALLEJO, M. (1996). *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*. Madrid. Centro de Estudios Registrales; M. D. APARICIO CÁRILLO M. D. y SÁNCHEZ ESTRELLA, P. (2005). *Inventario de las contadurías de hipotecas del archivo histórico provincial de Sevilla 1768-1870. Revista TRIA*, núm. 12, 45-53; RIVAS PALÁ, M. *Los libros de registro de las antiguas Contadurías de Hipotecas. Boletín de ANABAD*, año XXVIII, número 1, 57-83, y, en cuanto a la recopilación documental, el trabajo de CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (1998). *Reales disposiciones sobre Registradores de la Propiedad (siglos XIII-XIX)*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

⁷⁵ Esta doctrina arranca de la interpretación que se hace de P. 3, T. 18, L. 103, cuando establecía como requisito indispensable para la validez de la venta de los contratos de venta de bienes raíces el otorgamiento de escritura pública, entendiendo la norma como una limitación de lo que hoy denominaríamos «medios de prueba»: el documento como medio de prueba necesario. De ahí que los tribunales se consideraran facultados para rechazar el documento no registrado, pero admitiendo la fuerza de otros medios probatorios, entre ellos la declaración de quienes habían intervenido como testigos en las escrituras.

⁷⁶ No obstante, este mismo autor (p. 581) nos dice, incurriendo en una cierta contradicción, que la Pragmática solo afectaba a un limitado número de actos y «para el único efecto de perseguir en juicio estas cargas contra tercero».

⁷⁷ Real Cédula de Felipe II de 1558, Real Cédula de Felipe II para la renunciación de oficios, dada en Lisboa el 13 de noviembre de 1581, Real Cedula de 7 de abril de 1589, Real Provisión de 8 de agosto de 1590, Auto acordado de Felipe V de 11 de diciembre de 1713.

⁷⁸ Publicada el 5 de febrero de 1768.

⁷⁹ GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 106) reconoce que «se incurría así en el antiguo error», ya que si no se registraban no se podía juzgar por estos mismos instrumentos, que para este efecto no hacían fe, *aunque la tuvieran para otros diferentes*.

⁸⁰ GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 108); OLIVER (1892, 281). No obstante, sí imponía la toma de razón de la venta de bienes raíces sujetos a hipoteca especial y expresa, no a hipoteca general o tácita.

⁸¹ Su texto completo, en CABELLO (1998, 278 y sigs.). Con anterioridad, el 3 de julio de 1769, la Audiencia de Cataluña había elevado al Rey una consulta sobre las dudas que planteaba la práctica de la Pragmática en el Principado.

⁸² Recordemos que ya en la redacción del Anteproyecto de Código Civil de 1848, BRAVO MURILLO, LUZURIAGA y GARCÍA GOYENA habían discutido el problema, y se llega a una solución transaccional entre la tesis de LUZURIAGA de la inscripción constitutiva y la de GARCÍA GOYENA de la transmisión por el simple consentimiento, de forma que la Base 52 del Anteproyecto pasa a decir: «Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público». Esta posición llega al Proyecto de 1851, cuyo artículo 1858 dice que «ninguno de los títulos sujetos a inscripción...surte efectos contra tercero, sino desde el momento en que haya sido inscrito en el Registro Público». Una solución transaccional supone un acuerdo entre las distintas posiciones. Entender el no surtir efecto respecto de tercero como que sin inscripción no hay acción real no es transacción sino simple triunfo de la inscripción constitutiva.

⁸³ La hipoteca no inscrita producía, además, otros efectos: tanto respecto de otros acreedores hipotecarios no inscritos (que no son terceros poseedores), con respecto del propio acreedor, ya que la LEC 1855 establecía la obligación de que el crédito se ejecutara en primer lugar sobre los bienes hipotecados, en una constante línea legislativa que se rompe (al menos formalmente) con la LEC 2000.

⁸⁴ GÓMEZ DE LA SERNA también hace un elogio del sistema (lógicamente, pues había sido elaborado por él), al enfrentarse a la alegación de obligatoriedad de la inscripción. Y lo hace tanto frente a quienes alegaban que la inscripción se había convertido en obligatoria, negando esa premisa y aduciendo los medios indirectos que trataban de procurar el mismo resultado que el que derivaría de la obligatoriedad, como frente a quienes (parece que se refiere a LUZURIAGA) señalaban que de mantenerse la libertad que reconoce en la Ley de inscribir o dejar de hacerlo se frustraría el fin buscado de que toda la propiedad quedase registrada.

⁸⁵ *Leyes Hipotecarias*, pp. 237-238. A decir verdad, sin embargo, dos páginas más adelante la EM nos habla de la profunda modificación que la LH supone en «el derecho de propiedad y de los demás derechos reales en la cosa a su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones».

⁸⁶ Si queremos una mayor precisión en los términos, habría que decir que la inscripción, voluntaria en principio, se convierte en «necesaria» para evitar el posible perjuicio.

⁸⁷ En este sentido, con absoluta claridad, se pronuncia GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 252) al comentar el texto de la Exposición de Motivos. Y ya he expuesto la posición del RH en su artículo 308.

⁸⁸ La inscripción de la posesión produce un efecto de «cierre registral» (resolución de 12 de septiembre de 1883, aunque hay otras que permiten la inscripción de títulos de dominio anteriores a la inscripción de la posesión), ya que impide que se inscriba el dominio a favor de persona distinta mientras no se declare que es de mejor derecho que el que tiene inscrita la posesión y tal declaración solo pueden hacerla los Tribunales en el correspondiente juicio.

⁸⁹ El estudio se realiza como si la LH 1861 hubiera entrado en vigor y no hubiera sido continuamente prorrogada la facultad de inscribir por primera vez los títulos anteriores a la Ley.

⁹⁰ En el sentido de documento público, escritura o ejecutoria. En este sentido, también con claridad, GÓMEZ DE LA SERNA realiza una encendida defensa de la terminología de la Ley.

⁹¹ Es constante la referencia doctrinal y de la Exposición de Motivos a la injusticia que supondría que el que «engaño por el silencio del registro» adquiriera la finca que ya había sido transmitida a otro y tuviera que perderla después por consecuencia de esa primera transmisión o tuviera que soportar la carga ya constituida, «de la que no pudo tener conocimiento por el registro».

⁹² Como hemos visto, la doctrina utiliza los términos de pérdida o renuncia a un derecho ya existente.

⁹³ En este sentido, señala en p. 1943 que «el efecto negativo de la falta de inscripción (*denegatio actionis*) que niega la legitimación procesal e impide por tanto que prospere la

reclamación real (incluso contra tercer poseedor no inscrito que por lo demás mientras no inscriba tampoco podrá accionar aunque entretanto sigue disfrutando sin oposición de la cosa si es que la tiene en su poder: *melior conductio est possidentis*»).

(Trabajo recibido el 6-6-2016 y aceptado para su publicación el 22-7-2016)