

Nuestro Derecho hipotecario tiene por objeto principal proteger al adquirente de buena fe mediante título oneroso que se acoge al Registro de la Propiedad

Así como la medicina actúa ante la enfermedad para curarla y evitar su peligro, así el Derecho hipotecario sirve para proteger al adquirente del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles mediante título oneroso otorgado por su parte sin mala fe, acogiendo al Registro, ante cualquiera inexactitud que él desconoce respecto del derecho que adquiere.

Contemplemos nuestro sistema registral y veremos, si estudiamos profundamente y con aguda inteligencia, su objeto y alcance, que la inscripción, a más de sus efectos presuntivos en el ejercicio del derecho inscrito, redime al adquirente hipotecario de cuantas inexactitudes o enfermedades jurídicas pueda adolecer el derecho transmitido, que en el sistema español pueden ser frecuentes, por cuanto se admiten las adquisiciones de los inmuebles a espaldas del Registro de la Propiedad; y por esto mismo la necesidad de la protección registral es más patente.

SUPUESTOS DE INEXACTITUDES PARA QUE LA EFICACIA DE LA INSCRIPCION ACTUE

Para que se sienta la necesidad de la protección del tercero es supuesto necesario la exigencia de una inexactitud, que puede hallarse en la apariencia negativa o positiva, consistente: a) En la

ausencia de actos o contratos que estén desempeñando su eficacia fuera del Registro, según hacen referencia los artículos 32 y 37 de la Ley Hipotecaria y los artículos 606 y 1.473 del Código civil. b) En la presencia de actos o contratos que, si bien figuran en el Registro, son o pueden ser ineficaces, según el desamparo del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. c) También ante la presencia de una inscripción que expresa un derecho que no existe en la realidad, pero que no está cancelado (arts. 31 y 76 de la Ley). Traemos aquí las palabras del ilustre Notario de Madrid, don Angel Sanz: «Cuando realidad y Registro coinciden, tiene mucho menos relieve la eficacia e independencia de la inscripción». Cuando no existe enfermedad el valor y la necesidad del médico no se aprecia.

La eficacia relevante de la inscripción en nuestro sistema se ve en las adquisiciones *a non domino* principalmente, que tienen lugar no sólo a virtud del artículo 34, sino mediante el artículo 32, en su amplio contenido, principalmente en los casos de la doble venta, según veremos.

Las inexactitudes a que acabamos de referirnos no resultan remediadas solamente por el contenido del artículo 34 de la Ley de reforma de 1944, cuyos autores se hicieron la ilusión de poder comprender en el mismo el concepto completo de tercero hipotecario y la total protección registral del mismo; pero así resulta empequeñecido el alcance de la protección, que no remedia muchas de las inexactitudes referidas, y afirmamos que tal artículo 34 no tiene mayor contenido en su primer párrafo que el de la Ley anterior, y por tanto seguirá siendo una excepción al artículo 33, por muchas vueltas que les den, y el artículo 23 (32) sigue siendo precepto de mayor contenido que el artículo 34, el cual es parte de aquél, que hace recaer en el tercero que se acoge a la inscripción todos los beneficios que constituyen el fin de la Ley Hipotecaria; o sea, que el tercero inscrito tiene frente a los demás interesados que aleguen algún derecho en el mismo inmueble, la prioridad formal y material de su título (art. 17 y 32 de la Ley y los 606 y 1.473 del Código civil), la legitimación dispositiva, según el artículo 20, la presunción de legitimidad y la fe pública registral, a tenor de los artículos 38, 34, 31, 40, 69 y 220 de la Ley; o lo que es lo mismo, que el tercero inscrito tiene una posición excluyente de los derechos ajenos.

IDEAS BASICAS PARA QUE LA INSCRIPCION SEA PERFECTA GARANTIA DEL ADQUIRENTE FRENTE A CUALQUIERA DE LAS INEXACTITUDES ANTES INDICADAS

Tenemos que apoyarnos en la idea de que nuestra Ley Hipotecaria es Ley de terceros: de que la inscripción es, ante dicha Ley, el modo de adquirir la propiedad inmueble preferido, y que nuestro sistema se afianza en la presunción de veracidad y de integridad del contenido del Registro:

TENDENCIA PROTECTORA DEL TERCERO

Para conocer la verdadera naturaleza del tercero hipotecario habremos de tener presentes los efectos de las inscripciones, considerándoos unas veces como generales o genéricos y otras como especiales, y no perdamos de vista que la inscripción, aun en los casos en que se considera *declarativa*, será siempre rectificadora, así como será creadora si es *constitutiva*, porque engendra un derecho de índole hipotecaria, y en uno y otro caso tiene fuerza legitimadora dispositiva del derecho inscrito y preclusiva respecto de todo título incompatible con el inscrito.

Esta eficacia de la inscripción, unas veces rectificadora y otras creadora estaba en los propósitos de los autores de la Ley de 1861, como se ve en la Exposición de Motivos al decir: «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 consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro».

En otras partes de la Exposición se alude a los estímulos de la inscripción fomentando la protección del tercero que inscribe, y bien claro está que tales estímulos, que tal protección, no podría estar solamente basada en el artículo 34 (de antes y de ahora), que sólo comprende efectos especiales, igual que el 31 y otros, sino en el artículo 23 (32), en el que caben los efectos especiales y generales de la inscripción a favor del tercero que inscribe.

Así podemos ver en el artículo 32 una tendencia protectora del tercero que inscribe.

SOLIDA INTERPRETACION DE DON JERONIMO GONZALEZ SOBRE LA PROTECCION DEL TERCERO

Don JERÓNIMO, al referirse a los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles dice: «Cómo se engrana este mecanismo (el mecanismo de los modos de adquirir en el Código civil) con los principios hipotecarios, no se dice claramente, aunque la intención de aplicarlos para proteger al tercero se vislumbra en el fondo y de cuando en cuando aflora a la superficie del articulado (en el art. 1.537). Momentos hay, sin embargo, en que puede creerse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o mejor dicho, en que se atribuye valor constitutivo, por ejemplo, en el artículo 1.473, que, caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, y con más energía en el 1.875, que exige igual requisito para que la hipoteca quede válidamente constituida».

Y dice don JERÓNIMO, al tratar de la concordancia entre la inscripción y la realidad: «Enfocado el principio de publicidad desde este punto de vista sustantivo o sustancial, presenta dos aspectos, positivo y negativo, según se afirme la verdad de los pronunciamientos registrales o su indefectibilidad. Es decir, el Registro es exacto por corresponder a la realidad jurídica, e íntegro, porque la agota. Lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter». «El artículo 1.537 del Código civil corrobora lo dispuesto en el artículo 606, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que no existe pugna o contradicción entre la Ley Hipotecaria y el Código civil, pues antes bien, los principios que informan los textos, así de la una como del otro, son idénticos, ratificando el Código civil los preceptos sustantivos de la Ley Hipotecaria, a la que el mismo se refiere en sus artículos 608 y 1.537 (sentencias de 25 de octubre de 1895, 15 de junio de 1897, 3 de enero de 1901 y 20 de diciembre de 1928)».

Dice don JERÓNIMO también que los autores de la Ley de 1861 al redactarla infundieron en los artículos relativos al valor de la inscripción energías positivas y efectos sustantivos. Y dice que a veces ven en el artículo un sucedáneo de la tradición. Y afirma igualmente don JERÓNIMO que los autores de la Ley también aluden a los estímulos de la inscripción, entre los cuales se halla la protección del tercero que inscribe. Sigamos recogiendo las ideas sólidas de don JERÓNIMO: «El principio de legitimación es paralelo al de la *fides* pública... Lo inscrito es real. En la Exposición de Motivos se destaca la distinción de publicidad formal y sustantiva con claridad, pero no así los aspectos positivo y negativo. Este último parece absorber la atención de los redactores, como reacción contra la plaga de los gravámenes clandestinos... A este criterio responden los artículos 23, 24 y 36... Pero no faltan, sin embargo, en aquella Exposición frases que, aunque imprecisas y aisladas, nos autorizan para concluir que los autores de la Ley, al redactarla, como la jurisprudencia y la doctrina de la Dirección, al aplicarla, infundieron en los artículos relativos al valor de la inscripción energías positivas y efectos sustantivos. A veces ven en el artículo un sucedáneo de la tradición: «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 consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro». Otras veces aluden a los estímulos de la inscripción, entre los cuales se halla la protección del tercero que inscribe.

Decía también don JERÓNIMO sobre la integridad del Registro: «Negativamente considerado el principio que estudiamos, priva de efectividad respecto de terceras personas a cuantas pretensiones inscribibles carezcan de base hipotecaria o se apoyen en causas que no resulten claramente del Registro... De la presunción pasamos a una verdadera ficción legal: el tercero para la Ley conocía la situación del Registro y al adquirir la finca se confía a su amparo. Esta ficción se halla orientada en el sentido de favorecer al adquirente, no para perjudicarlo».

SENTIDO DEL ANTEPROYECTO DE LUZURIAGA DE 1848 SOBRE LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCION

Si queremos conocer a fondo nuestro sistema hipotecario, o sean, los efectos de la inscripción, debemos estudiar con sentido reflexivo el Anteproyecto de 1848, redactado por don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, y podrá observarse que en él se abrigan sobre los efectos de la inscripción, dos propósitos que quiso traducir en postulados hipotecarios: El primer efecto de la inscripción es el de mera publicidad para dar a conocer al tercero la existencia de los actos que impliquen mutación o traslación de la propiedad; es, a saber, «ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro». El segundo efecto que el Anteproyecto atribuye a la inscripción no es, como ya decía OLIVER, una mera consecuencia del principio de publicidad, sino de aquel otro principio fundamental, cuya adopción propuso LUZURIAGA en 1843 a la Comisión General de Codificación, según el cual *la transmisión de la propiedad y la constitución de derechos reales debía depender de formalidades externas*; y así dice LUZURIAGA sobre este efecto de prioridad: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes raíces a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título». Este efecto de la inscripción, derivado de la formalidad externa legal en la transmisión de la propiedad y la constitución de derechos reales, pasó al artículo 1.859 del Proyecto del Código civil de 1.851, luego al artículo 23 de la Ley Hipotecaria a favor del tercero que cumple este requisito legal, según dice la Exposición de Motivos de esta Ley, y al artículo 606 y el 1.473 del Código civil.

De estos postulados no podemos prescindir en la interpretación del valor teórico y práctico de la inscripción en nuestro sistema, y debemos tener muy presente la eficacia inmediata de la inscripción por el valor sustantivo de su formalidad en favor de su titular.

A este respecto tengamos muy en cuenta lo que los autores de la Ley de 1861 decían: «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, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo (el Derecho civil), así una venta que no se inscriba, ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos, si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». Por esto tenemos que afirmar que aquí la inscripción tiene un valor sustantivo de modo de adquirir, aunque no se den todos los requisitos del primer párrafo del artículo 34 de la Ley. Todo esto está comprendido, repetimos, en el artículo 32 de la Ley, en el artículo 606, en el 1.473 y en el 1.537 del Código civil. O sea, que en nuestro sistema no sólo se atribuye fe pública de apariencia positiva a los asientos del Registro (art. 34), sino al mismo tiempo fe pública de apariencia negativa, que confiere prioridad en favor del titular que inscribe, que cumple con la formalidad externa y que de ella nace el derecho en las mutaciones de los bienes raíces.

DON BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER, tan conocedor de nuestra Ley Hipotecaria, en relación con el Código civil, nos expresa el sentido de los efectos de la inscripción, y siempre con tendencia a que éstos produzcan estímulo a los titulares para inscribir, decía: «En cuanto a los efectos de la inscripción, declara en otros tantos artículos (la Ley de 1861) que los títulos que no están inscritos no perjudicarán a tercero (art. 23): que los títulos inscritos sólo surtirán efecto desde la fecha de su inscripción, entendiéndose por tal la de la presentación del documento; que la nulidad de la inscripción no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito (art. 34); que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, pero que si éstos aparecen otorgados por persona que, según el Registro, tiene derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule el derecho de aquella persona en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente de los libros del Registro...» (art. 34).

LÓPEZ DE HARO decía: «La máxima *prior tempore potior jure* no

es un premio a la diligencia, ni un castigo al abandono; tiene sus raíces en el Derecho civil, por la equivalencia de la inscripción a la tradición, de modo que no es sólo y simplemente una cuestión de fechas, sino de derechos, y tal es el sentido del artículo 1.473 del Código civil». Y dice también LÓPEZ DE HARO, el artículo 23 no excluye la aplicación de los artículos 33 y 34; ni el artículo 34 excluye la aplicación del 23, decimos nosotros. Lo mismo afirma LÓPEZ DE HARO: «La inscripción substituyó a la tradición».

EL TERCERO EN NUESTRA LEY HIPOTECARIA

La Ley Hipotecaria anterior estableció en su artículo 27 el concepto de tercero para los efectos de aquella Ley, diciendo que era el que no había intervenido en el acto o contrato inscrito. Esta definición tenía que referirse, por de pronto, al adquirente que dejaba de inscribir su título, y así habría de ser perjudicado por otro título inscrito; podría aludir también al sujeto beneficiado por las causas de nulidad, resolución, rescisión o revocación, que podrían dejar sin efecto el derecho del *tradens*, pero que no le afecta al subadquirente que inscriba su título.

Decía MORELL a este respecto: «Pudiera, pues, definirse el tercero en el mismo artículo 23 en ésta o parecida forma: tercero es aquel que no ha intervenido como interesado en el acto o contrato inscrito con relación a ese acto y a la persona que inscribe, y lo es también el que inscribe con relación a cuantos no intervinieron en el acto o contrato inscrito». «La Ley tiende siempre a amparar los derechos inscritos, a favorecer al que inscribe, y por tanto a que la inscripción verificada perjudique a los que no hubiesen inscrito. Por tanto, y como regla general, puede afirmarse que siempre que la Ley habla de perjuicio de tercero, ese tercero es el que define el artículo 27, el que no ha inscrito ni intervenido en el acto o contrato que se inscribió; y siempre que habla de no poder ser perjudicado un tercero, ese tercero es el que define el señor CALDERÓN, el que funda su derecho en un título inscrito».

El artículo 27 de la Ley anterior definía el tercero como titular de una relación jurídica distinta de la producida por el acto o contrato inscrito.

Decía don EUSTAQUIO DÍAZ MORENO, con la espléndida inteligencia que le caracterizaba: «El valor sustancial e interesante de la inscripción no es ése (el valor de la inscripción entre las partes), sino el que causa, respecto de tercero, punto sobre el cual gira todo el sistema de la Ley, llamada por tal motivo de terceros. Cuando la inscripción ha de referirse a derechos diferentes de los contenidos en ella, o sea, cuando su valor haya de determinarse frente a algún interés distinto del de los otorgantes del título inscrito, en el momento mismo surge el espíritu complicado y sutil de la Ley Hipotecaria para asumir la cuestión, proclamando la virtud intangible del principio de publicidad, conforme al que los derechos no inscritos deben sucumbir en los casos de oposición con los inscritos. De donde puede advertirse la verdad de estas dos afirmaciones: Primera: Que, para que la actividad de aquel espíritu de la Ley se produzca, es necesario siempre que exista un título inscrito, al cual haya de afectar en su relación con otros derechos. Segunda: Que, dijimos en otro lugar, la base sustantiva de la Ley está constituida por una negación, y a la vez ésta, fundada en el supuesto de que existan títulos o derechos sujetos a inscripción, pero no inscritos, pues si todos los que deben inscribirse a su tiempo se inscribieran, el juego del sistema quedaría reducido, de acuerdo con el Derecho civil, a determinar su valor respectivo, conforme a la preferencia natural de la fecha de la inscripción.»

«Los efectos de la inscripción, respecto de tercero, están señalados en la Ley, de los dos modos que era necesario, divididos en positivos y negativos, si bien los verdaderamente interesantes e hipotecarios, repetimos, son estos últimos, a los que se refiere el artículo 23, tratando de los positivos, los artículos 25, 26 y 28, en sentido general.» «Dice el artículo 23... Es preciso, sin embargo, decir que dicho artículo ha de entenderse con subordinación a la circunstancia de que exista un título inscrito, al cual los no inscritos pudieran perjudicar, manera de inteligencia, cuya exactitud ha reconocido el Tribunal Supremo en muchas sentencias...»

«Todos esos títulos o documentos, justificativos de actos y contratos sujetos a inscripción, no estando inscritos, no perjudican a tercero, llamando así por ahora, y para entendernos provisionalmente, a persona distinta de los otorgantes que haya adquirido sobre el mismo inmueble la propiedad o algún derecho real, regis-

trando su título. Vendidas dos veces la misma cosa, el dominio de ella pertenece al que inscribe la escritura, aunque su adquisición sea posterior, porque es tercero respecto de la primera enajenación, pues no fue otorgante en la misma, y además ha hecho público su derecho en el Registro, con lo que ese derecho es absoluto, perjudica a todos...»

«Nos parece, asimismo (sigue diciendo DÍAZ MORENO), que la noción del tercero es imposible fijarla con exactitud, si se adopta una forma abstracta o absoluta, siendo necesario reducirla a actos y contratos determinados, y así podría decirse que, con relación a cualquier acto o contrato, esté o no inscrito, es tercero quien, no habiendo sido parte u otorgante en él, adquiere después el dominio o un derecho real sobre los bienes a que se refiera. Si inscribe su título, será, respecto de actos o contratos no inscritos, el tercero a que alude el artículo 23, si no lo inscribe será un tercero civil...; o sea, que los títulos no inscritos no perjudican al inscrito y surge el corolario de que el título inscrito perjudica a los no inscritos, porque al fin, siendo opuestos, alguno ha de triunfar, y la Ley manda que sea el que se ha sometido a sus exigencias.»

Por todos estos razonamientos convincentes, nos inclinamos, una vez más, a considerar poco acertado el pretender encasillar el concepto de tercero hipotecario, adoptando una forma absoluta y abstracta, al amparo del artículo 34 exclusivamente, como intentaron los autores de la Ley de Reforma de 1944, suprimiendo, nada menos, el artículo 23.

Y sigue diciendo DÍAZ MORENO, refiriéndose al artículo 34 como excepción del artículo 33, que sigue siéndolo: «Como podrá advertirse, esta doctrina de excepción del artículo 33, contenida en el 34, es propiamente hipotecaria o exenta de las Leyes civiles, y responde al mismo principio esencial contenido en el artículo 23. Si los derechos reales declarados y perfectos, con sus títulos respectivos, se pierden no estando inscritos, en oposición con otros que lo estén, cuando la convivencia entre los inscritos y los no inscritos es imposible, o ceden su preferencia a los inscritos, aunque la fecha de su creación fuere anterior a la de éstos, necesario era reconocer que las meras acciones reales debían someterse a la misma Ley, y, en consecuencia, que el triunfo obtenido por su empleo no ha de perjudicar al derecho inscrito de un tercero, como la causa pro-

ductora de la acción, o sea, el hecho que la origine, no esté consignado en los libros del Registro.»

En fin, que el tercero del artículo 34 es el titular inscrito, que adquirió, mediante contrato oneroso y con buena fe, resultando tercero respecto del acto o contrato que se invalide, y tercero también, en cuanto a la persona que, fuera del Registro, sea titular civil del mismo derecho, adquirido luego por el adquirente, a tenor de este artículo, ya que en nuestro régimen hipotecario, tanto antes como desde la última reforma, hay que tener en cuenta para entender debidamente los efectos de la inscripción: 1.º, que haya un acto o contrato inscrito, y 2.º, que en este acto o contrato hay como interesadas o afectadas determinadas personas. Los que intervienen son partes, son interesados en los efectos de la inscripción protectora (arts. 23, 32 y 34), y los que no intervienen son los terceros a que se refería el artículo 27 de la Ley anterior; son los terceros perjudicados, son las partes en los actos o contratos no inscritos, o las partes en la relación jurídica inscrita a nombre del transferente, convalidada por la inscripción del causahabiente, según los términos del artículo 34 de la Ley.

Repitamos, pues, y como ya decía MANRESA, que la Ley tiende siempre a amparar los derechos inscritos, a favorecer al que inscribe, y, por tanto, a que la inscripción verificada perjudique a los que no hubiesen inscrito. Por tanto, y como regla general, puede afirmarse que, siempre que la Ley hable de perjuicio de un tercero, ese tercero es el que definía el artículo 27, el que no ha inscrito ni intervenido en el acto o contrato que se inscribió, y siempre que hable de no poder ser perjudicado un tercero, ese tercero es el que funda su derecho en un título inscrito. Tal tercero favorecido es el tercero del artículo 23 (32), el del artículo 31, el del 34, el del 37, el del último párrafo del 40, el del 69, el del 220 de la Ley vigente.

LOS TERCEROS DE LOS ARTICULOS 28 Y 207 DE LA LEY

Los terceros a que se refieren estos artículos son terceros civiles; el tercero del artículo 28 es el heredero que tiene mejor derecho a la herencia y tiene dos años para hacer uso de su derecho preferido, y el tercero a que alude el artículo 207 es tercero civil de

mejor derecho, y que, dentro de los dos años, puede pedir la nulidad de la inmatriculación, estando por ello—como decía MORELL—sujeto a una condición resolutoria el derecho del inmatriculante, durante el plazo de dos años, contados desde la fecha de la inmatriculación, pues cabe que, dentro de este término, se pida judicialmente la nulidad de tal inscripción de inmatriculación y de las que de ella se deriven. Transcurridos los dos años, la inmatriculación se hace firme contra todo tercero. Por esto mismo, sentencias recientes del Tribunal Supremo dan preferencia al inmatriculante en la doble venta de inmuebles, transcurridos que sean los dos años; sin embargo, si la inmatriculación se efectúa mediante título anterior a 1909, no tiene lugar la limitación del artículo 207, según el artículo 302 del Reglamento Hipotecario.

ANTECEDENTES EN NUESTRO SISTEMA DEL CONCEPTO DE TERCERO HIPOTECARIO

La génesis del tercero hipotecario de la Ley de 1861 se halla en la Base 52, reformada de LUZURIAGA: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro.» Así se decía también en el Proyecto del Código civil de 1851. Luego, en el artículo 3 del Anteproyecto del Ministerio, ya se expresaba más concretamente al decir: «Careciendo los títulos de que se hace mención en los dos artículos precedentes de la toma de razón, no podrán perjudicar a tercero que haya cumplido por su parte con la misma solemnidad.» Luego se simplificó la redacción, estableciendo, en el artículo 23 (32), que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero. Este tercero es el titular que cumplió con el requisito de la inscripción, pudiendo considerar ineficaz cualquiera otra transmisión anterior no inscrita, siempre que haya incompatibilidad absoluta entre la personalidad del inscribiente protegido y la de otro titular o la del *auctor*, y por esto mismo, también cabe el alcance del artículo 34 en el contenido del artículo 32 de la Ley, ya que, si surge un tercero luego, preten-

diendo ser titular del mismo derecho, mediante título no inscrito, derivado del mismo *auctor*, el tercero inscrito tiene protección, no sólo amparándose en los términos del artículo 34, sino en la fuerza de la apariencia negativa comprendida en el artículo 32, que actúa o puede actuar, sin necesidad de que estén vigentes los asientos anteriores al otorgarse el título del tercero inscrito, cabiendo así la eficacia general del artículo 32, no sólo en las adquisiciones *a non domino*, a virtud del artículo 34, sino en las adquisiciones en que el tercero a título oneroso se ampara en las inscripciones previas para el tracto sucesivo, en las inscripciones de inmatriculación por información de dominio o por otros títulos cuando ya no exista la limitación de los dos años, y lo mismo respecto de las inscripciones de conversión de posesión en dominio.

SE TACHA DE POCO TECNICOS A LOS AUTORES DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

Se les atribuye falta de técnica en el principio de publicidad registral, dejando de formular tal principio, se dice con sencillez y categóricamente, y han optado—dicen—por desarrollarle en varios artículos en forma empírica, de tanteo, casuísticamente, como si el legislador no hubiese asimilado el núcleo central del sistema germánico en que se había inspirado, y que la funesta técnica del tercero hipotecario, de invención transaccional, por un lado, y el admitir la adquisición extrarregistral de los derechos, de otro, son las causas de la confusión—dicen—de nuestro sistema y del fracaso de los buenos propósitos del legislador.

Nosotros decimos a esto que, de no establecerse la inscripción constitutiva para la adquisición del dominio y de los demás derechos reales sobre el inmueble, tenemos que hablar del tercero en la Ley Hipotecaria como titular preferido, y mientras así sea, cuanto más se pretenda formular un concepto único del tercero hipotecario a base del artículo 34, más limitada se hace la eficacia de la inscripción y más se separa nuestro sistema del pensamiento base de los autores del mismo que, al ser eclético, no podemos desentendernos del principal artículo para nosotros, que es el ar-

título 32, en el que se refugia el tercero adquirente inscrito, contra los titulares no inscritos del mismo derecho, y contra los títulos o circunstancias causantes de inexactitudes en el Registro, aunque tuviesen eficacia en la realidad.

TERCERO HIPOTECARIO

Adelantémonos a decir que tercero hipotecario, en términos amplios, es el adquirente, mediante título oneroso y válido, que otorga con buena fe, basada en la apariencia registral positiva o negativa y que luego inscribió.

Este tercero es el destinatario de la protección registral, tanto para que no le afecte lo no inscrito como para sostenerle en su propia adquisición inscrita, obtenida: unas veces, confianza en el asiento registral a nombre del *auctor* (apariencia positiva), y otras, espera la protección, fundándose en la apariencia negativa, refugiándose en el Registro con la presentación de su título en el mismo, con la esperanza de poder apurar el tracto sucesivo, si la finca ya figura inscrita o de poderla inmatricular mediante los procedimientos legales, para que, en uno y otro caso, tenga la protección del artículo 32 de la Ley y del artículo 1.473 del Código civil, y así existirá siempre estímulo para que el titular inscriba, estímulo que no tendría, si sólo hubiese protección para los que adquieran, según los requisitos del artículo 34, y se dirá seguramente que las inscripciones de adquisiciones, fundadas en la apariencia negativa, no convalida los vicios de nulidad que afectan al derecho del transferente; pero el último párrafo del artículo 40, en relación con el apartado d) del mismo artículo, puede inmunizar al tercero del vicio de nulidad o falsedad, y, desde luego, no le afectarán las causas de rescisión, revocación y resolución, al amparo del primer párrafo del artículo 37 de la Ley, y también subsana la inexistencia del derecho en el *auctor*, salvo la limitación del artículo 36.

GENESIS DEL TERCERO HIPOTECARIO

El concepto de tercero hipotecario se forma: unas veces por exclusión, negativamente, en relación a un determinado acto o también en relación a determinada situación jurídica, relativa a un mismo inmueble, y otras veces, positivamente, según operen los principios de apariencia negativa o positiva: lo no inscrito no existe; lo inscrito, existe. Y por esto mismo, el derecho del *tradens*, anulado que sea, resuelto, revocado o rescindido por causas que no consten en el Registro, o por otra razón que produzca la inexistencia en el *auctor* de aquel derecho, adquirido luego por el tercero inscribiente, éste será mantenido en su adquisición, si su título es válido (arts. 31, 32, 34, 37, 40, 220 de la Ley). El que no inscribe provoca una apariencia negativa que no debe perjudicar al subadquirente, que en ella confía, a virtud de la eficacia preclusiva de la publicidad, y también al amparo de la eficacia convalidante de la presunción de exactitud; o sea, que la inscripción, a nombre del tercero, provoca efectos de exclusión frente a otro título de imposible coexistencia, produciéndose el juego de dos contratos o negocios en relación a un mismo derecho: uno, anterior, que será extraño al otro, al del tercero protegido.

Así, el beneficiado por la fe pública registral (positiva o negativa), y el tercero registral, en sentido genérico, son, uno y otro, los llamados a la protección del Registro, los que pueden impetrar a su favor los efectos de la inscripción, principalmente los efectos defensivos o inmunizantes, basados, generalmente, en los postulados presuntivos y preclusivos. Para el tercero hipotecario, la realidad comienza y termina en los libros del Registro. La protección registral debe ser igual, tanto por efecto de la exactitud registral como por la presunción de integridad, si en uno y en otro caso existe la buena fe que justifique la protección; opera la fe pública, que declara señalativamente, por una parte, que el Registro agota la realidad jurídica en beneficio del protegido registral, contra cualquier titular que se haya descuidado en acudir al Registro, por efecto de la presunción de integridad, y, por otra parte, para el tercero protegido especial, el Registro es exacto, concordando

con la realidad jurídica, aunque el titular transferente no sea verdadero titular del derecho enajenado o por estar afectada su titularidad por causas que no consten en el Registro y sea desconocida la inexactitud por el subadquirente.

Es decir, que, con relación al tercero hipotecario, los términos *confiado* y *fundado* pueden ser consecuencia de la apariencia positiva o negativa, y así, como decía muy bien MOLINA RAVELLO, «si en el supuesto, por ejemplo, de la doble venta de un mismo inmueble, el segundo adquirente tan sólo se hace propietario cuando inscribe su título, ¿por qué se habrá de referir a un momento distinto a éste la necesidad de la previa inscripción de su causante?» En estos casos, el asiento de presentación del título del segundo adquirente hace impacto para la protección de este adquirente.

En una palabra, que en nuestro sistema se clama más que en otros de inscripción constitutiva por la protección del tercero, porque las disconformidades entre Registro y la realidad son más de tener en cuenta y justifican la atención de los autores de nuestra legislación ante la inexactitud, en la que hay que tutelar al que de buena fe quiere adquirir con seguridad.

EN NUESTRO DERECHO HIPOTECARIO, LA FE PÚBLICA ACTÚA EN SU ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO

En los regímenes alemán y suizo, el contenido del Registro vale como exacto; en los sistemas de inoponibilidad, la fe pública se entiende solamente en el aspecto negativo; pero en nuestro régimen hipotecario actúan los dos aspectos: negativo y positivo; o sea, que actualmente en nuestro sistema se puede afirmar que la fe pública, en razón de integridad, con respecto al tercero que inscriba, no queda su adquisición amenazada por las acciones de impugnación, por defectos en la titulación del transferente, toda vez que, no sólo mediante lo establecido en el primer párrafo del artículo 37 de la Ley, sino que el apartado d) del artículo 40 de la misma dice: «Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento (el asiento del transferente) y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anterior-

mente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.» El último párrafo del mismo artículo 40 preceptúa: «En ningún caso, la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.»

Pero, además, el penúltimo párrafo del citado artículo 40 dice: «La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive.» Esto quiere decir que, el que entable la acción de rectificación, habrá de tener título de dominio o derecho real, que, si no está inscrito, resultará ineficaz para privar de tutela al tercero hipotecario, protegido por el artículo 32 de la Ley.

Queremos decir con esto que, queriendo o sin querer, los autores de la Reforma de 1944 han reforzado, con el artículo 40, el artículo 32, toda vez que en el mencionado último párrafo del artículo 40 se hace referencia a los derechos de todo tercero a título oneroso de buena fe, no sólo comprendido en el artículo 34, sino en el 32 y en el primer párrafo del 37, puesto que, si el legislador quisiera referirse solamente al tercero del artículo 34, lo diría, como lo dice en el artículo 31 y en el 69 de la Ley y también en el 15.

Nuestro sistema hipotecario apoya también la protección del tercero, basándose en la confianza derivada de la apariencia positiva, o presunción de exactitud del Registro, en la que se funda el alcance de los artículos 34 y del 76 de la Ley, dando eficacia positiva o sustantiva al derecho del causante, según la extensión y consistencia que resulte del Registro para la tuición del tercero.

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO CONFIERE A LA INSCRIPCION: UNAS VECES, FORMA DE SER, Y OTRAS, FORMA DE VALER

Nuestro sistema hipotecario vigente, interpretado sin los criterios retorcidos de los tratadistas, confiere a la inscripción: unas veces, forma de ser, y otras, forma de valer. Forma de ser se alcanza en las inscripciones constitutivas, porque dan ser o existencia a los derechos que son objeto de inscripción. Forma de valer resulta, respecto de tercero, en la inscripción de los derechos que ya existían

en la realidad, pero que la constatación en el Registro les imprime un *valor* de seguridad excluyente que antes no tenían, provocando, por precepto legal, apariencia legitimadora que sostiene al titular actual como único portador del derecho inscrito, con aptitud para ejercitar todas las facultades que en la realidad constituyen tal derecho, del que nadie podrá disponer, sin consentimiento de tal titular (seguridad estática), manteniéndole de esta forma a cubierto de las transmisiones que pululen clandestinas fuera del Registro (seguridad dinámica), y así, el tercero se *enquicia* en las posibilidades previsibles de nuestro sistema para actuar *erga omnes* en la realidad dinámica de la propiedad inmueble.

MANUEL VILLARES PICO.