

La fuerza del asiento de inscripción en la primera Ley Hipotecaria

The Force of Registration Entries in Spain's First Mortgage Act

por

CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: Este trabajo sobre la fuerza o valor del asiento de inscripción en la primera Ley Hipotecaria española pretende hacer un estudio sistemático de los preceptos de la Ley de 1861 no solo de aquellos que se ocupan específicamente de ese punto sino de otros muchos con ellos relacionados. No se trata solo, por tanto, de ir a la Ley en busca de los precedentes de la legislación actual, para apoyar una determinada interpretación de esta última, sino de realizar un análisis sistemático de los preceptos, en la medida de lo posible, aséptico, sirviéndonos para identificar la estructura de unas normas, hace tiempo derogadas, de los métodos de interpretación que utiliza hoy la doctrina cuando analiza los preceptos vigentes. Es decir, se trata, para no incurrir en anacronismos, de estudiar la Ley como un todo; sin centrarse, por tanto, solo en los artículos que se han venido considerando de más interés, separándolos así del contexto lógico e histórico que les dota de sentido. Se presta por ello en el texto y las notas especial atención al Derecho transitorio y el Derecho civil substantivo vigente entonces de Partidas. La historia es una ciencia descriptiva, no normativa. Los hechos —aunque sean textos lo que sin duda les confiere una particularidad esencial— son como son con independencia de que nos guste o no. Intenta ser esta una investigación histórica, no dogmática; descriptiva, no prescriptiva.

ABSTRACT: *This is a study on the force or value of registration entries in Spain's first Mortgage Act. It takes a systematic look at not only those provisions of the 1861 Act that specifically address registration entries, but also many other provisions related with registration entries. The idea, then, is not to examine the 1861 Act for the precedents of today's legislation in order to back up a given interpretation of modern law; instead, a systematic and, insofar as possible, aseptic analysis is conducted. The methods of interpretation that modern legal thought employs to analyze prevailing legislation are used to identify the structure of this long-repealed law. In other words, to avoid anachronisms, the 1861 Mortgage Act is examined as a whole, without focusing solely on the articles that are generally considered to be more interesting, and therefore without taking articles out of the logical and historical context that makes them meaningful. Accordingly, in the paper and its footnotes, special attention is paid to transitional law and the substantive civil law then prevailing under the Partidas. History is not a science that establishes rules; it is a science that describes. The facts (even if the facts are texts, which certainly endows them with an essential uniqueness) are what they are, regardless of whether we like them or not. This research aspires to be historical, not dogmatic; descriptive, not prescriptive.*

PALABAS CLAVE: Tercero civil. Acción rescisoria. Buena fe.

KEY WORD: *Action for rescission. Bona fides.*

SUMARIO: I. MONISMO INVERSO.—II. DUALISMO EN LA LEY DE 1861.—III. LAS PRIMERAS INSCRIPCIONES EN LA LEY DE 1861.—IV. UNA LEY «DISTINTA E INDEPENDIENTE».—V. DERECHO TRANSITORIO.—VI. LUCHA ENTRE CONTRADICTORIOS VÁLIDOS.—VII. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.—VIII. LA FRONTERA ENTRE EL 23 Y EL 34.—IX. LA FUERZA DE LA PRIMERA INSCRIPCIÓN.—X. ACCIONES RESOLUTORIAS Y RESCISORIAS.—XI. EL CASO DE LA DOBLE VENTA.—XII. EL REQUISITO DE LA BUENA FE Y GREGORIO LÓPEZ.—XIII. FERNÁNDEZ NEGRETE, MINISTRO DE JUSTICIA.—XIV. EL GALIMATÍAS DEL ARTÍCULO 35: LA PRESCRIPCIÓN.—XV. CONCEPTO DE TERCERO.—XVI. FUERZA REAL DEL ASIENTO.—XVII. ¿GERMANISMO?—XVIII. NUEVO INTENTO.—XIX. PROPIEDAD RELATIVA.

I. MONISMO INVERSO

1. Desde hace unos años ha vuelto a cobrar interés doctrinal la tradicional polémica sobre el concepto de tercero hipotecario. Parte de culpa de

esa resurrección cabe achacarla a la publicación de la obra de J. M. GARCÍA sobre «Derecho inmobiliario registral»¹. Este autor con la claridad que en él es habitual y argumentos de diferente peso, ha vuelto a defender la concepción «dualista» del tercero y por tanto la autonomía del artículo 32 frente al 34 de la Ley Hipotecaria.

Una posición por lo demás que solo con reparos puede calificarse de «dualista». J. M. GARCÍA es más bien «monista» aunque ciertamente un «monista» atípico². Es «monista» porque, a lo que se deduce de sus afirmaciones, tercero inscrito en sentido estricto, sería solo el del 32 ya que el 34 únicamente establecería una excepción al 33, excepción a su vez al 32. Preceptos que, como es sabido, con variaciones de importancia en el caso del 34, proceden todos de la primera Ley Hipotecaria.

2. Según la Ley de 1861, en efecto, los títulos no inscritos no perjudican a tercero (23), únicamente los inscritos lo hacen (25), y son terceros todos los que no fueron parte en el acto o contrato inscrito (art. 27)³. Los títulos inscritos en consecuencia tienen eficacia frente a terceros (*erga omnes*). Ahora bien no la ganan por la simple práctica del asiento. Deben ser además válidos. La tienen, por tanto, con una importante excepción: salvo que sean nulos. No es misión del Registro, en efecto, transmutar lo malo en bueno, es decir, lo nulo en válido^{3bis}.

Para dejar este punto totalmente claro, el legislador, a continuación de los mencionados preceptos, incorporó otro, también fundamental, por el que dispuso que la inscripción no convalidara los actos y contratos nulos (art. 33). Al contrario de lo que pasaba en otros sistemas de corte germánico (que NÚÑEZ LAGOS con envidiable precisión semántica llamó de «inscripción substantiva»)⁴, en el nuestro, los títulos, por inscritos que estén, si son nulos, no dejan de serlo. El artículo 33 introdujo así una excepción al 23: los títulos inscritos, por el hecho de estarlo, no se transforman en válidos y, por tanto, perjudican a tercero.

3. Ahora bien, si la inscripción no convalida los actos y contratos nulos, caso de impugnarse con éxito, caería no solo el anulado sino, como lógica consecuencia, los posteriormente inscritos que se apoyasen en él⁵).

En efecto, en abstracto la nulidad del título es cosa distinta de la de los posteriores que de él traigan causa. Pero en concreto, no lo es, y no lo es, porque la nulidad de los antecedentes arrastra forzosamente los consiguientes. Resultará así perjudicado el titular inscrito no solo cuando se impugna directamente su título, sino también el de cualquiera de sus antecesores, e indirectamente, por tanto, como consecuencia de la consiguiente «reacción en cadena» que inevitablemente se produce, el suyo.

4. Fue para evitar este resultado por lo que el legislador introdujo lo que J. M. GARCÍA llama la «segunda excepción», mejor la «excepción de la excepción»⁶, y por tanto un precepto que luego se convertirá en el más famoso de la Ley Hipotecaria: el artículo 34.

Para poner límite a la «reacción en cadena» que se producía, y la inseguridad que ello generaba, dispuso el legislador que, aunque la impugnación contra título inscrito prosperase, solo perjudicaría a otros posteriores que de él trajesen causa cuando el vicio resultase claramente del Registro (34.1). En estos casos los inscritos después son perjudicados por los que lo fueron antes pero solo por su contenido inscrito, esto es, el que reflejaba el asiento (no resultaba del documento): el resto se tenía por no inscrito y por tanto, con arreglo al 23, no perjudicaba a adquirentes posteriores.

Con lo que al final el artículo 34, como recordaba su primer párrafo, no era más que una excepción al 33, a su vez, como acabamos de ver, excepción al 23, y por tanto en el fondo una vuelta a este. En resumen caía el título nulo («del otorgante», es decir, del *auctor* o causante) pero solo el de él y ningún otro posterior salvo que la causa de la impugnación resultase del Registro. No es lo mismo que un título no esté inscrito que, estando inscrito, sea nulo. El título por el solo hecho de estar inscrito tiene apariencia de válido aunque no lo sea y eso como acabamos de ver no deja de tener consecuencias.

II. DUALISMO EN LA LEY DE 1861

1. Como resultado de todo esto, entre partes conservaron toda su fuerza las acciones de nulidad o resolución por causa del negocio inscrito. La razón es sencilla. Como únicamente los terceros son perjudicados por la fuerza del Registro (23 y 25) —y solo son terceros los que no han sido parte en el contrato inscrito— la inscripción no impide la impugnación entre partes de los contratos nulos.

Seguían vivas, por tanto, las acciones de nulidad o resolución entre partes. Sobre eso no podían en buena lógica abrigarse duda alguna. La pregunta, llegados aquí, que correspondía hacerse, era: ¿entre ellas nada más? ¿No podían terceros no inscritos ejercitarlas también? La tajante dicción del 33 (en contra de la letra del 23, del que era excepción) inclinaba a pensarlo así pero no estaba claro.

Fue por esta razón, es decir, para despejar cualquier tipo de confusión, por la que el artículo 34.2 de la ley ratificó lo que ya se deducía del 33 y resultaba literalmente del 34.1: «en virtud» de títulos no inscritos⁷, cuando sean estos la causa directa de su nulidad (art. 34.1), pueden invalidarse otros inscritos pero no de los subsiguientes, esto es, de quienes apoyándose en ellos adquieran con posterioridad e inscriban los suyos.

2. El 34. 1, que preveía expresamente el caso, aceptó así que se impugnase título inscrito (el que el 34 llamaba «del otorgante») «en virtud» de otro que no lo esté⁸. Pero exclusivamente el nulo no el de quienes adquiriesen luego e inscribiesen después sus títulos confiando, porque constaba inscrito sin tacha, en la validez del anulado.

El artículo 34.2, por su parte, en una cuidada pero sibilina redacción, procedió a insistir y, por tanto, remachar la misma idea. Según su tenor, en efecto, «solo en virtud de título inscrito puede invalidarse, en perjuicio de tercero, otro posterior inscrito»⁹.

Uno era, por tanto, el título que se anulaba y otro, el subsiguiente del que adquiere y después inscribe. Para anular el primero (el que la Ley Hipotecaria llama del «otorgante»), bastaba con que, aunque inscrito, fuese inválido (33), se impugnase por titular no inscrito y por causa o «en virtud» del título de este (34.1). Para anular el segundo (el del adquirente «posterior») era en cambio imprescindible que el título del impugnante constase inscrito (34.2) y además que la causa en que se fundamentaba la resolución o anulación resultase claramente del Registro (art. 34.1)

3. En conclusión una fue la solución que se dio para los casos de confrontación entre títulos válidos (o cuya nulidad no podía ser probada) en que vencía el inscrito (o el primeramente inscrito, si eran compatibles); y otra en caso de conflicto entre título válido y el que no lo es, en que vence el primero —aunque no esté inscrito— salvo el titular inscrito transmita el derecho a tercero y este lo inscriba.

Una cosa, en definitiva, es la oponibilidad y otra la nulidad (como lo demuestra el hecho de que la falta de inscripción no produzca esta última). Una la irregularidad intrínseca y otra la extrínseca (falta de asiento o retraso en su práctica). En esta clara y razonable distinción fundamenta todavía hoy la doctrina «dualista» el distinto trato que, según ella, merecen los terceros inscritos del 32 y del 34¹⁰.

4. Toda exposición cobra mayor fuerza cuando su argumentación es precisa y clara y por ello formalmente bien articulada y, a la postre, bella. Pieza de convicción (esta de la estética de las formulaciones teóricas) que, en particular, matemáticos y físicos suelen tener muy en cuenta cuando juzgan hipótesis que rivalizan entre sí^{10 bis}.

Aquí esa pieza sin duda juega a favor de la construcción de J. M. GARCÍA. Una construcción que, ciertamente, acerca hasta tal punto el sistema español al alemán de inscripción constitutiva que casi se confunden (en este punto no muy distante de sistemas latinos puros como el francés). La única diferencia segura (aunque no menor) estaría en que, en el nuestro, subsiste entre partes la acción real aunque el título no se inscriba (cosa imposible salvo raras excepciones en Derecho alemán).

En cualquier caso, al aceptar los «dualistas» que la protección del hoy 32 (entonces 23), es decir, del que inscribe frente a título no inscrito, se circunscribe, como en el actual 34, a quienes adquieran a título oneroso y de buena fe (requisitos que como es sabido no resultaban de la Ley Hipotecaria de 1861), la discusión entre «monistas» puros del 34 y «dualistas» puros del 32, al final, se reduce casi exclusivamente a la eficacia que hay que reconocer al asiento

de «inmatriculación» (es decir, al asiento de títulos sobre fincas que acceden por primera vez al Registro).

III. LAS PRIMERAS INSCRIPCIONES EN LA LEY DE 1861

1. Sostienen algunos —para defender la teoría «monista» dominante que, como sabemos, absorbe el 23 (hoy 32) en el 34— que el sistema de 1861 se montó sobre el viejo de Contadurías por lo que en el tránsito de uno al otro no se produjo ni por tanto hubo solución de continuidad¹¹.

Los asientos en los nuevos libros se sustentaron directa e intencionadamente en los de Contadurías, por lo que nunca pudo haber pasado por la cabeza del legislador dar a las primeras inscripciones (llamadas hoy comúnmente de «inmatriculación») tratamiento distinto a las demás (posteriores). Mal, evidentemente, podría proteger el entonces 23 (hoy 32) a los «inmatriculantes» si no los había.

De ser así las cosas (es decir, si las primeras inscripciones en el nuevo Registro se apoyaban siempre en las practicadas en el de Contadurías) no habría espacio para una aplicación autónoma del 23. En el concurso de leyes entre el 23 y el 34, no tendría así nada de extraño que terminase por prevalecer este último. La premisa que justifica una aplicación independiente del 23 (falta de inscripción del título del transmitente) no estuvo nunca en la mente del legislador porque este siempre contaba con que al menos existía un asiento previo (el de las Contadurías)¹².

2. A partir de estos presupuestos se explicaría fácilmente que, cuando después, en la práctica, empiecen a darse casos de «inmatriculación», casos en que efectivamente tal inscripción previa faltaba (es decir, en que se presentaron títulos no inscritos en las Contadurías, o que no se basaban en los asientos extendidos en ellas), 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, trasmitiese de nuevo su derecho y el adquirente lo inscribiese a su favor. De esta forma el 23 acabaría siendo absorbido por el 34, con lo que su recepción en el Código Civil y supervivencia en la Ley Hipotecaria constituyen hoy un completo misterio¹³.

Empujaría también en esa dirección la idea de que la protección dispensada al titular inscrito frente al propietario civil (*versus dominus*) constituía un privilegio, un régimen excepcional y odioso pensado en último término en favor de los prestamistas (detrás de los que en muchos casos asoma el rostro repugnante del usurero) por lo que debía ser objeto de interpretación restrictiva¹⁴. Razón de más para que prevaleciese el régimen del 34 sobre el del 23, ya que los requisitos que según este el titular inscrito debía cumplir para derrotar al

propietario civil y aprovecharse de la fuerza del Registro, eran menores, menos rigurosos, que los del 34¹⁵.

3. Esta (re)construcción histórica, por la razones que vamos a ver, no puede ser compartida. Y no puede serlo, primero, porque —como vio perfectamente autor tan poco sospechoso de ser proclive al nuevo Registro como GALINDO— en el régimen de Contadurías hubo, y el legislador hipotecario lo sabía perfectamente, muchas fincas y sobre todo muchos títulos que nunca se inscribieron. Y, segundo, porque se toleraban en ellas, y el legislador lo sabía también, tractos contradictorios (cadenas de títulos incompatibles) ya que no regía el principio de cierre (principio fundamental del nuevo sistema: artículo 17 de la Ley). En uno y otro caso el problema de atribución de la propiedad era soluble aplicando el 25 (reverso del 23) e insoluble, en cambio, utilizando el 34.

En el primer caso, en efecto, debemos preguntarnos: ¿se privaría a los títulos inscritos en el nuevo Registro —sujetos a inscripción y no inscritos en las viejas Contadurías— de la fuerza que, según estas, les correspondía tener frente a los no inscritos? Dicho de modo más claro: ¿negó la nueva Ley Hipotecaria, a los adquirentes bajo el viejo sistema, de la protección que les correspondería de haber inscrito oportunamente sus títulos en los libros de Contadurías?¹⁶ De ser así, como el legislador reconoció a los asientos viejos (los de Contadurías) y los nuevos (del Registro) la misma eficacia (art. 387), debería existir alguna disposición que retirase la prevalencia de que gozaban en aquellas los títulos inscritos frente a los no inscritos. Pues bien, no encontramos tal precepto ni en la Ley ni en su Reglamento.

4. En el segundo caso, el asunto es todavía más claro. De concurrir en el mismo folio tractos contradictorios, cada uno de ellos podía sustentar terceros del 34 también contradictorios ¿en esos casos, hay que preguntarse, cuál de entre ellos prevalecería? Una cuestión que no podía resolverse con el 34. Cuando hay asientos incompatibles y ambos perfectamente legítimos, y por tanto defendidos por el sistema, el mecanismo del 34, como advirtió el mismo Galindo, no puede funcionar¹⁷.

Tan es así que en caso de colisión entre títulos inscritos durante el año siguiente a la publicación de la ley, esto es, durante el periodo de suspensión, prevalecía no el primeramente inscrito, ni siquiera el de fecha anterior, sino el de quien presentase causante con título de fecha más antigua (las famosas «inscripciones con eficacia retroactiva»). Es decir, decidía la prioridad y no la llamada hoy fe pública¹⁸.

5. Que existían numerosos títulos sin inscribir otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley¹⁹, y por tanto que ello debía ser muy frecuente, resulta no solo del testimonio de los juristas de entonces, ni del hecho de que el legislador les dedicase título aparte (14 de la ley: «de la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente ley») y precisamente antes de ocuparse de las sentadas en las contadurías (15:

«de los libros de registro anteriores a esta ley y su relación con los nuevos»); resulta lisa y llanamente de que el artículo 318 del Reglamento de entonces lo afirmaba taxativamente²⁰.

Se practicaron, por tanto, primeras inscripciones (de «inmatriculación») en los libros nuevos (que carecían de apoyo en otros inscritos en los viejos)²¹. Por tanto, de títulos que, según la dicción literal del artículo 23, por razón de su sola inscripción, debían postergar automáticamente los no inscritos (como pasaba en las antiguas Contadurías)²² pero que, según el 34, en cambio, no lo harían sino después de que los titulares inscritos transmitiesen de nuevo su derecho a un tercero y lo inscribiese este (al que en 1861 no exigía, para estar protegido, título oneroso y buena fe).

¿Por cuál de estas dos opciones se inclinó el legislador? La verdad es que ni por una ni por otra. No se decidió por ninguna sino que, a la hora de resolver el problema, ensayó una fórmula diferente, eso sí, dependiente del 23, no del 34, que tendrá enorme éxito en el Derecho posterior y que late con fuerza todavía en la ley vigente.

IV. UNA LEY «DISTINTA E INDEPENDIENTE»

1. ¿Qué valor daba la Ley de 1861 al primer asiento de derechos en los nuevos libros? Por suerte contamos con numerosos testimonios que nos permiten dar una respuesta a esa pregunta. El legislador se entretuvo en regular el tránsito del viejo al nuevo sistema de modo pormenorizado y lo hizo hasta tal punto que, probablemente con razón, fue acusado (entre otros por el propio Antón LUZURIAGA con acritud) de haber incurrido en el odioso vicio para un privatista de «reglamentarismo»²³.

Decía la Exposición de Motivos de la Ley de 1861: «el legislador al hacer cambios aunque sean tan profundos como los que propende el proyecto, debe ante todo respetar los derechos adquiridos (...). Para hacer ese tránsito sin violencia ha sido necesario descender a muchos pormenores. Puede considerarse esa parte del proyecto como una ley distinta e independiente de la de hipotecas que lejos de tener como esta un carácter de perpetuidad, es pasajera porque se limita a salvar los derechos adquiridos a la sombra de la legislación que ahora concluye»²⁴.

2. «¿Podía adoptarse esta regla (irretroactividad de la ley) de un modo absoluto e incondicional —continuaba la Exposición— tanto respecto a los mismos derechos creados como a la forma de su existencia? Responder afirmativamente a esa pregunta equivaldría a anular el proyecto, dejando el crédito territorial en sus actuales condiciones (...). ¿Habían de seguir perpetuamente como VIVOS derechos DESCONOCIDOS, cargas extinguidas, pero que por la imperfecta organización de los archivos o por el descuido de los interesados o por su larga

antigüedad aparecen aún como existentes? La comisión no teme asegurar que a creerse esto, y decidirse así, serían escasos los bienes que producirían los nuevos registros (...). No es esto lo que el Gobierno se propone (...).

«Respétense enhorabuena —continuaba la Exposición— los derechos: la comisión no puede proponer que uno solo sea violado. Pero no es violación cambiar la forma de hacerlos efectivos que es lo más grave que se propone en el Proyecto. No deben sacrificarse en verdad los derechos civiles invocando el nombre del interés público; pero tampoco es lícito a los particulares dejar de hacer cuanto salvando sus derechos exija la sociedad para conciliarlos con el bien general. Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos (...). Sujetar a ciertas formalidades la declaración y conservación de derechos preexistente, no es anularlos».

«Respecto a la inscripción de derechos reales —proseguía la Exposición— siempre que se han hecho reformas importantes ha sido frecuente señalar nuevos plazos dentro de los cuales pudieran sin temor a penalidad alguna librarse los interesados de los perjuicios que según el tenor LITERAL de las leyes deben experimentar por no haber hecho oportunamente la inscripción». El plazo que finalmente se fijó fue el de un año a contar desde el día siguiente al que la nueva ley empezase a regir; «término, que si bien no es largo —añadía— basta para que todos puedan hacer oportunamente y sin grave incomodidad las inscripciones».

Aquí, precisamente, es donde hay que buscar, en este sitio y ningún otro, el origen de la suspensión de efectos —hoy de dos años— que soporta la primera inscripción, que llamamos hoy de «inmatriculación». Suspensión que define su naturaleza y determina la singularidad y especialidad del procedimiento que la produce. Agotado el plazo, el asiento cobraría toda su fuerza. Se trata ahora de precisar cuál era esta.

3. Los propietarios civiles y demás titulares de derechos reales fueron gravados por el legislador con la carga de inscribir sus títulos en el plazo de un año. ¿Qué pasaba si no lo hacían? ¿Cuál era la sanción?

«La PENA de NULIDAD por DEFECTO DE INSCRIPCIÓN —razonaba la Exposición— no podía ser tomada en cuenta, ATENDIENDO 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, LIMITÁNDOSE A SALVAR LOS DERECHOS DE TERCERO que ADQUIRIÓ el dominio o los derechos reales EN LA SEGURIDAD DE QUE ESTABAN LIBRES de cargas o responsabilidades que NO APARECÍAN en el Registro».

Ahora bien como libres según el Registro había que tener las fincas gravadas con «cargas o responsabilidades» cuyos titulares, incumpliendo su deber, dejaron de inscribir en el plazo del año (cargas por tanto de las que el Registro nada decía); como «cargas y responsabilidades» en sentido amplio, los títulos no inscritos que, por anteriores, pretendían prevalecer sobre otros posteriores

aunque estuviesen inscritos; y, como terceros, los titulares que no habían sido parte en los actos o contratos en cuestión²⁵.

4. «De todo modos es claro —así concluía la Exposición de Motivos de la Ley de 1861— 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».

Desechada la pena de nulidad²⁶, las primeras inscripciones de dominio —al contrario de lo que pasaba con las de posesión (que no «perjudicaban al verdadero propietario» ni a quienes «acreditasen mejor derecho») — perjudicaban por tanto a terceros civiles que descuidasen inscribir sus títulos en plazo. El propietario que incumplía la carga de inscribir y permitía que un extraño se adelantase, no podía quejarse. Debía imputarse a sí mismo, es decir, a su propia desidia, a su conducta negligente, ese resultado.

V. DERECHO TRANSITORIO

1. Así se expresaba la Exposición de Motivos. Pero la Ley ¿qué decía? ¿Confirmaba o desmentía esta interpretación? Es decir: ¿el primer asiento perjudicaba desde su fecha a terceros (no inscritos) —es decir, terceros civiles— o había que esperar a que se transmitiese otra vez el derecho inscrito e inscribiese la adquisición?

No se trata solo de que, de exigirse esto último, resultaría que, frente a terceros con títulos no inscritos, el nuevo sistema ofrecería al titular inscrito menor y por tanto peor protección que el viejo de Contadurías. Ni que del artículo 23, en relación con el 27, resultaba claramente que el título inscrito, sin más requisitos, fuese por tanto primera o segunda inscripción, perjudicaba a tercero no inscrito. Ni que del 34, interpretado a contrario, los títulos no inscritos solo podían impugnar los inscritos *nulos* pero no los que no lo fueran (esto es, que fuesen válidos).

Se trata de que el legislador había resuelto el problema en un conjunto de preceptos (especiales y minuciosos) que dedicó al asunto y buscaban evitar cualquier duda o especulación. Esto es, de que del tenor literal del artículo 392 de la ley, incluido en su título 14 (el que se ocupaba precisamente «de la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente ley») resultaba con toda claridad que, terminado el año de suspensión, los títulos referentes a «inmuebles o derechos adquiridos antes de la publicación de la ley (y no inscritos en las Contadurías) perjudicaban a tercero desde la fecha de su inscripción en los nuevos libros», esto es, sin necesidad de proceder a una nueva transmisión y practicar otra inscripción más (como exigía el art. 34.1)²⁷.

Es decir, solo perjudicaban al no inscrito los títulos inscritos y, a la inversa, como lógica consecuencia, únicamente los inscritos se perjudicaban entre sí.

Dicho de otro modo: por razón de «derechos nacidos antes de la publicación de la ley», concluido el periodo de suspensión, solo se admitían demandas de propiedad entre titulares inscritos.

Así lo remachó a continuación de modo tajante el artículo 396 (incluido en el mismo capítulo); precepto redactado con otros fines y de aplicación general, pero sobre todo a los casos que estamos tratando: esto es, de conflicto entre derechos nacidos antes de la publicación de la ley. Si no consta inscrito el título del impugnante, la reclamación no puede prosperar (392) y de esa forma, de rebote, el derecho de terceros (aunque su inscripción sea primera) se vuelve inatacable²⁸.

2. En conclusión, solo perjudican a terceros (es decir, a quienes no hubiesen sido parte en el primer acto o contrato) los títulos inscritos. Un resultado que concordaba con el conciso pero terminante mandato del que era precepto fundamental de la primera Ley Hipotecaria, el 23, y con otro no menos fundamental (34.2), de atormentada vida, que no admitían más que una excepción (34.1), impuesta por el nuevo ángulo de visión que había impuesto la introducción del 33: los títulos no inscritos vencen a los que lo están solo en caso de que, «en virtud» de aquellos, sean nulos estos últimos (art. 34.1).

Dicho de otro modo: si la disputa versa exclusivamente sobre el «mejor derecho» —y no se funda por tanto la impugnación en la existencia de «vicios» de los título^{28 bis}— el inscrito prevalece siempre sobre el que no lo está (o, de ser compatibles, lo haya sido en segundo lugar: art. 17). El artículo 392 resultaba ser así nada más que una variante del 23 al que por tanto venía a confirmar. Cuando la disputa versa sobre cuál de entre dos títulos tiene «mejor derecho» al inmueble²⁹, el inscrito vence al no inscrito (salvo se funde la impugnación en causa de nulidad, rescisión o revocación).

VI. LUCHA ENTRE CONTRADICTORIOS VÁLIDOS

1. Que resultaban cadenas contradictorias de títulos que discurrían en paralelo (es decir, que no se encontraban nunca en el pasado o no se conocía o aportaba prueba de esa conexión) no solo de los libros de Contadurías (donde no operó nunca ningún principio de cierre registral) sino incluso de los libros del nuevo Registro; es indiscutible^{29 bis}.

El artículo 35 del Reglamento permitió (como recuerda GALINDO) la inscripción de títulos incompatibles durante el famoso plazo del año³⁰. Por su parte, el artículo 391 de la Ley Hipotecaria retrotrajo la prioridad de los inscritos en plazo a la fecha de la escritura en que se formalizaron, incluso a la de la escritura que formalizó el de su causante. Un beneficio (el de la «retroacción») que solo tiene sentido si se está pensando en una contienda entre cadenas de títulos contradictorios sin causante común conocido, inscritos en el famoso periodo de prórroga, y cuya preferencia —la de los «títulos cabeza» de las cadenas que

nunca se encuentran— venía decidiendo, en Derecho tradicional, su prioridad en origen, es decir, la mayor antigüedad de su primer eslabón.

2. Estas inscripciones, que la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1869 llamará luego «inscripciones con efecto retroactivo», podían perjudicar —de ser su fecha después de la «retroacción» más antigua— a títulos contradictorios inscritos con anterioridad³¹. En efecto, a pesar de la inscripción de segundos, permitía la de los primeros la suspensión del cierre (v. art. 17 de la ley) —por el mismo plazo del año— dispuesta por el artículo 35 del Reglamento.

Podían resultar así de los libros del nuevo registro cadenas de títulos contradictorias (no inscritos en las Contadurías), válidos aparentemente, con origen más o menos lejano en el tiempo, a veces desconocido, gestadas en el periodo fatídico del año (plazo luego ampliado mediante sucesivas prórrogas).

Cadenas que, después de la publicación de la Ley, podían prolongarse indefinidamente mediante nuevas transmisiones y cuya preferencia decidía no el socorrido artículo 34.1, sino el 391 (variante del 23), que se atenía a la fecha del primer asiento (retrotraída en su caso, por previsión expresa del legislador, como pasaba en las Contadurías, a la de la escritura que lo causó e incluso —si constare en esta el título del transmitente— a la de la fecha de este).

3. El 391 fue así el instrumento utilizado por el legislador para eliminar la incertidumbre que generaba el periodo transitorio en que, para proteger los derechos adquiridos, se había dejado abierta durante un año la posibilidad de que accedieran a los libros del registro títulos no inscritos en las Contadurías, aunque fuesen contradictorios entre sí. Títulos que podían dar origen a cadenas (cada uno la suya) separadas e independientes³², es decir, que discurrían en paralelo y por tanto sin causante común conocido.

Solo, finalizado el año de suspensión, con la entrada en vigor del 392, variante del 23, se volvieron imposibles las «inscripciones con efecto retroactivo» permitidas entre tanto aquel no hubiera transcurrido.

VII. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

1. En efecto, concluido el periodo de gracia y sus sucesivas prórrogas —frente a los que por descuido u otra razón no utilizaron la posibilidad que se les había brindado de inscribir sus títulos manteniendo así la fuerza que les concedía el antiguo Derecho— pasaron a operar con toda su fuerza y vigor los principios de oponibilidad (art. 392) y cierre registral (art. 35 del Reglamento)³³.

A partir de ese momento, es decir, solo con la entrada en vigor de la Ley, operativo por tanto el 392, lo inscrito perjudicaba a terceros y lo no inscrito, en cambio, no perjudicaba lo inscrito. No menos importante: una vez inscrito un título quedaba vedado el acceso a todos los contradictorios; tuviesen o no origen en el mismo causante, fuese este conocido o no (35 del reglamento).

2. Toda una bolsa enorme de títulos ocultos quedaron así privados automáticamente de valor y efecto. El primeramente inscrito los vencía a todos, hubiese sido extendido el asiento durante el periodo de suspensión, o una vez concluido. Todo ello con una sola pero importante salvedad: vencía a todos, salvo que el título inscrito fuera nulo (o cualquiera de los anteriores, incluso inscritos en que se apoyaba, ya que el 34.2 también había sido suspendido) y se sustentase la impugnación en título inscrito también en el fatídico plazo.

La Ley, caso de que adoleciese de vicios, no convalidaba el título inscrito ni por tanto lo sanaba (eso no lo hacía ni el famoso 34 que solo paralizaba frente a tercer adquirente la eficacia de la acción impugnatoria). El 392 nada decía, en efecto, de las acciones anulatorias, revocatorias o rescisorias contra el título inscrito que derivasen de este mismo (el propio título) ni tampoco de que las procediesen por razón o «en virtud» de otros títulos (inscritos o no en el periodo de prórroga), por lo que había que entender que seguían vivas y perjudicaban al titular inscrito³⁴.

3. La primera inscripción (la que merecía consideración de tal según las reglas de Derecho transitorio recogidas en el 392 y 391) se limitaba a decidir cuál era de mejor derecho cuando competían títulos válidos contradictorios, incluso inscritos en plazo, procedentes del mismo o distinto causante. Y lo hacía, como dijo lapidariamente la Exposición de Motivos de la Ley, sobre la base de que el que descuida la inscripción de título anterior, contradictorio en todo o en parte, se «presume que renuncia a su derecho en concurrencia con tercero que inscribe»³⁵.

Las primeras inscripciones, sin embargo, como sabemos, no convalidaban los vicios de los títulos que las causaron por lo que podían ser anulados «en virtud» de otros, que hubiesen sido inscritos en el citado plazo (en que no operaba el principio de cierre: artículo 35 del Reglamento). La duda estaba en si, transcurrido el año, seguía siendo eso posible en caso de que se hubieran dejado de inscribir. Es decir, en el supuesto de que el impugnante por nulidad, con fundamento en su propio título, hubiesen dejado pasar el plazo del año sin inscribir el suyo (arts. 358 y sigs.).

VIII. LA FRONTERA ENTRE EL 23 Y EL 34

1. En caso de confrontación entre cadenas de títulos válidos, concluido el periodo de suspensión, el inscrito (si solo lo fue uno) vence al no inscrito y, si hubiesen sido varios, el primeramente inscrito al posterior ¿Pero qué pasaba si el inscrito (o inscrito antes) era nulo?³⁶

Como sabemos la inscripción no convalida los actos y contratos nulos. No transforma automáticamente por sí misma lo malo en bueno ni por tanto lo nulo en válido. No cabía duda por tanto que la impugnación prosperaría cuando la

causa del vicio se fundamentaba en el propio título inscrito y la reclamación se planteaba entre partes. Tampoco en caso de que la nulidad procediese en virtud de otro título contradictorio, inscrito durante el periodo de suspensión del año (cosa, como sabemos, con arreglo al 35 del Reglamento, perfectamente posible). El verdadero problema, sin embargo, surgía cuando la causa de anulación derivaba de título no inscrito.

2. Como el título puede ser perjudicado exclusivamente por otro inscrito (arts. 26 y 23 a contrario), si no lo estaba este, en principio no debía prosperar la reclamación (art. 17). Pero no estamos ahora ante una colisión entre títulos válidos sino entre uno válido (no inscrito) y otro que no lo es (pero inscrito). La duda por tanto está exclusivamente en si vencerá el primero, a pesar de no estar inscrito, cuando por su causa o «virtud» se produzca la invalidez del segundo (como decía la letra del 34.1 de la Ley)³⁷.

No cabía duda de que la inscripción por si sola, en el régimen general de la Ley Hipotecaria, no purgaba nunca las acciones resolutorias, anulatorias, rescisorias, o revocatorias, que deriven del propio título inscrito (art. 33 y a contrario 36, 38 y 37.1), y aunque la cuestión se embrollaba como vimos cuando la causa de anulación o resolución derivaba de título no inscrito, el 34.1 dejó perfectamente claro³⁸ que la impugnación prosperaría siempre que el no inscrito fuese causa de la nulidad del inscrito (y solo decaía, no resultando esta del Registro, ante adquirente posterior que inscribía su título) (34.1). ¿Fue esta también, de ser la impugnada primera inscripción, la solución adoptada por el Derecho Transitorio? ¿Por la que llamó la Exposición de Motivos «ley separada e independiente»?

3. Si nos atenemos al tenor del 391, durante el plazo del año de suspensión, la primera inscripción no purgaba las acciones de anulación, resolución o rescisión por razón de títulos no inscritos ya que, mientras no hubiese transcurrido el susodicho año, era perfectamente posible la inscripción de estos, al estar suspendida también la vigencia del principio de cierre (cfr. art. 35 del Reglamento). Incluso aunque fuesen contradictorios y lo que es peor con «efecto retroactivo».

Así, por ejemplo, en caso de doble venta podía el primer comprador, que inscribía después, ejercer la acción rescisoria (veremos más adelante de donde sale esa extraña acción rescisoria) que tenía contra el segundo aunque este hubiese inscrito antes (*a contrario* art. 38.4 de la Ley). O el heredero (el 28 actual todavía no existía) por testamento posterior, que inscribe después, al que lo hizo primero.

Por tanto cuando disputaban entre sí títulos contradictorios válidos (es decir, sin vicios de formación ni los de ellos ni los de sus antecesores) decidía su mejor derecho la primera inscripción en función de la fecha que debía reconocérseles según las normas de Derecho transitorio establecidas (arts. 391 y 392). Pero 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 del año y, de ser así, si lo haría desde la fecha del asiento, esto es, sin necesidad de esperar a que, con arreglo al 34.1, el titular inscrito transmita su derecho y el nuevo adquirente inscriba su título.

IX. LA FUERZA DE LA PRIMERA INSCRIPCIÓN

1. De este asunto se ocupó también el regulador pero no tanto en la Ley Hipotecaria como en su Reglamento. Pasado el plazo del año, el artículo 309 del Reglamento, por su parte, cegó terminantemente también la posibilidad de «interponer demandas que tuviesen por objeto o resultado *INVALIDAR* títulos inscritos en virtud de OTROS QUE NO LO ESTÉN». El supuesto regulado era exactamente el del 34.1 de la Ley Hipotecaria pero, en cambio, la solución seguida era completamente distinta³⁹.

No se necesitaba una nueva transmisión con subsiguiente inscripción para que las acciones anulatorias perdiesen fuerza real: la perdían ya frente a la primera inscripción. Si se aplicase el 34.1 de la Ley Hipotecaria, la acción del tercero anularía el título inscrito (el del «otorgante»); y lo único que sucedía, así lo decía su texto, es que la fuerza de la sentencia de anulación no alcanzaba y por tanto paralizaba ante el posterior adquirente que inscriba también su título. Pero —al contrario que pasaba aquí, es decir, en el caso del 309 del Reglamento— en el del 34 de la Ley el título anterior (esto es, el del «otorgante») se anulaba desde luego.

2. En consecuencia el 309 reconocía al primer asiento, pasado el año, eficacia purgatoria de los vicios de nulidad de que adoleciese el título inscrito cuando derivasen esos vicios de otros títulos que no lo fueron⁴⁰.

Una conclusión que amartilló con especial fuerza y contundencia el citado precepto, en su párrafo segundo, cuando dispuso que solo podrían «interponerse tales demandas (de nulidad), en virtud de títulos cuya inscripción fuese anterior a la que pueda quedar sin efecto por consecuencia de dichas demandas». Es decir, que, para dejar sin efecto la primera inscripción por nulidad del título, era precisa siempre la inscripción previa del título que provocaba la anulación.

3. Doctrina que, en consecuencia, estaba en directa oposición a la del 34.1 y 34.2 de la Ley Hipotecaria que, como sabemos, permitían que se invalidasen títulos inscritos, por razón de otros que no lo fueron, con una única salvedad: la anulación no alcanzaría a quienes hubiesen adquirido e inscrito su derecho con posterioridad (pero antes de anotarse la correspondiente demanda de impugnación).

Es decir, del texto del 309 —cuyo amparo legal estaría en el 396⁴¹— resulta que, de faltar la inscripción del título que fundamenta la impugnación, es inmune no el título del adquirente posterior sino el de la persona de la que adquirió este y contra quien se dirigió la demanda de anulación. Faltan, en efecto, en el 309, las palabras claves del 34.2 «en perjuicio de tercero».

4. En definitiva el titular de acciones de anulación que dejaba pasar el año de prórroga sin inscribir el título del que derivaban y permitía que se inscribiese antes otro (que una vez inscrito impedía la inscripción del suyo) no podía ejercitar (repito, transcurrido el año) las citadas acciones contra el titular registral.

La adquisición de este último, en efecto, era anulable no por razón de vicios intrínsecos de su propio título sino «en virtud» de causas que derivaban de título no inscrito (pensemos en prohibiciones de disponer, retractos convencionales, revocación de testamentos por otros posteriores, sentencias de incapacidad, etc). 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 Hipotecaria⁴².

Nada, en efecto, importaba el hecho —ninguna salvedad hacía la Ley al respecto— de que la inscripción del titular inscrito (para hacer valer su fuerza) fuese primera o segunda. En las viejas Contadurías, en particular, había muchos asientos «suelos», que la nueva Ley Hipotecaria equiparaba automáticamente a «todos los efectos a los nuevos», en que por hipótesis faltaba la inscripción anterior —diríamos hoy con «tracto interrumpido»— y por tanto en que no cumplían con el requisito de las dos inscripciones sucesivas⁴³. Una cosa es que el titular inscrito, para quedar protegido, deba ser tercero (art. 27) frente al título no inscrito de que deriva la impugnación (única cosa que preocupa al legislador) y otra muy distinta que además deba haber adquirido de titular inscrito⁴⁴.

5. Por tanto como defiende J. M. GARCÍA, una era, en la Ley de 1861, la eficacia de la primera inscripción (regulada por los arts. 391 y sigs., y concordantes del Reglamento), por cierto mucho más fuerte, y otra la de las practicadas con posterioridad a la primera, o subsiguientes.

Los títulos protegidos por esa primera inscripción, pasado el año, si eran válidos, no solo vencían a los contradictorios anteriores no inscritos (392) sino también aunque, por causa de estos, fuesen nulos (o lo fuese el de cualquiera de sus causantes) (art. 309 del Reglamento). En este caso las acciones anulatorias no se paralizaban solo frente al tercero posterior —que adquiere de titular inscrito que inscribe su derecho (34)— sino que morían ya ante el primer título inscrito.

Dejando así a salvo la nulidad entre partes del propio título por vicios intrínsecos, la primera inscripción desplegaba todo su poder sin restricciones frente a terceros, es decir, derechos no inscritos, reconociesen los titulares de estos últimos la validez del contrato inscrito, pero negasen el mejor derecho del adquirente, o la rechazasen y, alegando nulidad de este o del de cualquiera de sus antecesores, intentasen su impugnación. La primera inscripción practicada en los libros del nuevo Registro sumaba así, frente a títulos anteriores no inscritos, la fuerza del 23 y del 34.2 de la Ley.

X. ACCIONES RESOLUTORIAS O RESCISORIAS

1. Acabamos de ver que, según el Reglamento, las acciones de nulidad que se fundasen en títulos no inscritos y no se ejercitasen en el plazo del año, morían, transcurrido este, ante el que no siendo parte se adelantaba a inscribir su título. Es decir, sin necesidad de que este, previo asiento del suyo, volviese a transmitir el derecho y el adquirente inscribiese su título (esto es, sin necesidad de un 34). Pues bien, dejando ahora aparte las anulatorias que hemos analizado en el epígrafe anterior ¿qué pasaba con las acciones resolutorias, revocatorias y rescisorias? ¿El análisis de los preceptos de la Ley lleva a la misma conclusión?

El problema está tratado en la Ley con todo detalle en los artículos 347 y siguientes. Las acciones resolutorias y rescisorias que, por no haberse cumplido la condición de que dependan, no fuesen exigibles en el plazo del año, y cuyos titulares tampoco pidiesen en ese plazo la conversión de sus derechos en hipotecas especiales, subsisten solo entre partes (esto es, frente al «obligado») y no alcanzan a tercer poseedor⁴⁵. Por tanto el propietario queda liberado sin necesidad de que, como exigía el 34 (y exige también ahora), inscriba su derecho, lo transmita y el nuevo adquirente siente su título en los libros.

2. Decía, en efecto, el 359 de la Ley Hipotecaria de 1861: «durante el plazo del año podrán exigirse del «obligado» (la parte) o del «tercer poseedor» (civil), hipoteca especial por los derechos de resolución (si las acciones «no fuesen exigibles dentro del mismo por no haberse cumplido la condición de que dependan»)⁴⁶. Y apuntillaba el 360: «transcurrido el término del año sin haberse hecho uso de las acciones rescisorias, o haber obtenido la garantía, no podrán ejercerse las expresadas acciones en perjuicio de tercero como no se haya asegurado el derecho con hipoteca especial»⁴⁷.

¿Quién debía tenerse por tercero a efectos de estos artículos? Según la Ley, el que no había sido parte en el contrato del que nacen las causas resolutorias o rescisorias. ¿Debía inscribirse el contrato del que derivaban estas para poder acogerse el impugnante a los beneficios de la ley? No, porque al contrario de lo que sucedía en el caso del 391, no exigía el legislador que se inscribiesen los títulos de que derivaban las acciones sino que ofrecía única y exclusivamente dos posibilidades: una, que el titular ejerciese la acción en el plazo del año, si era ello posible porque se había vuelto exigible; y otra, de no ser posible, pidiese hipoteca especial para asegurar su resultado económico o posibles daños.

3. Por tanto estará protegido —y quedará liberada la finca de sujeción por esas acciones— el tercer poseedor que, primero, ha adquirido en el año o antes sin que en ese plazo se ejercite la acción contra él (o se exija y constituya la hipoteca especial); o, segundo, adquiera después —transcurrido el año— cuando ya no sea posible contra él el ejercicio de la acción ni exigible la hipoteca. En ningún sitio, en efecto, se dice que para quedar protegido deba inscribir y haber adquirido además de titular inscrito.

No hay aquí, en cualquier caso, especialidad alguna. El régimen es el mismo que el de las hipotecas generales tácitas. Transcurrido el año, ya no podrá exigirse la constitución de hipotecas especiales por las acciones que nos ocupan (359) —precepto que reproduce el que para las hipotecas legales del viejo Derecho dispuso el 350 de la Ley—. Y tampoco será posible ejercitarlas en perjuicio del que no siendo parte inscribía su título (360) —artículo que reproducía lo que para las hipotecas legales antiguas dispuso el 351—⁴⁸.

En conclusión, cuando se trataba de primeras inscripciones (dejando las peculiaridades de los asientos con efecto retroactivo, permitidos durante el periodo del año de la publicación de la ley), una vez transcurrido este, los derechos no inscritos no perjudicaban a tercero⁴⁹, siempre desde luego en el caso de que el impugnante ejercitase una acción reivindicatoria u otra real; pero también, que es lo que importa ahora, acciones de nulidad, de rescisión o resolución por razón de títulos distintos al tercer poseedor⁵⁰.

4. Una vez terminado el periodo transitorio, empezó a regir en cambio el nuevo sistema hipotecario en toda su plenitud⁵¹. Por tanto, siempre que la disputa se planteaba entre títulos válidos pero contradictorios, ámbito del 23 (hoy 32), la inscripción decide la atribución del derecho. Si la disputa se entablaba, en cambio, entre uno válido y otro viciado, campo del 33 y 34, el primero vence al segundo pero no a quien hubiese adquirido de este (si los asientos del Registro no advertían sobre la posible causa de nulidad o resolución).

Distinción que explica la articulación de los tres preceptos básicos de la ley de 1861: 23, 33 (excepción) y 24 (excepción de la excepción)⁵². La protección que la Ley dispensaba frente a otros no inscritos era distinta según el título inscrito fuese válido o nulo. En el primer caso vencía por supuesto el inscrito al no inscrito ya que este carecía de eficacia frente a terceros; en el segundo el no inscrito (causante de la nulidad o rescisión) al inscrito pero no al que adquiriese de este después e inscribiese su título^{52 bis}.

XI. EL CASO DE LA DOBLE VENTA

1. Por si se abrigasen todavía dudas sobre si las cosas eran así, el caso de la doble venta es clarificador. Un caso por lo demás que en la ley de 1861 nos permitirá apreciar nuevos aspectos hasta ahora silenciados de importancia capital para valorar la eficacia del asiento⁵³.

En efecto, con remisión al 36, el 38.4 privó en caso de doble venta al primer comprador, según la explicación que nos da la Exposición de Motivos, de la acción (rescisoria) que tenía según el Derecho civil frente al segundo, aunque este último hubiese llegado a tomar posesión⁵⁴.

2. La pregunta que, en consecuencia, llegados aquí se impone hacerse es de donde procede esta extraña acción rescisoria del primer comprador que no

posee frente al segundo que sí lo hace. Dos son los datos de que parte el legislador: uno, que el primer comprador tiene acción rescisoria (según el Derecho Civil entonces en vigor) frente al segundo aunque este haya tomado posesión y el primero no. Y, dos, que esa acción rescisoria no perjudicará al segundo comprador, posea o no, si inscribe su compra y, por tanto impide, por causa del «principio de cierre», que el primero inscriba la suya (art. 17 de la Ley).

En definitiva, aunque tenga el primer comprador acción rescisoria según el Derecho sustantivo, asunto del que hablaremos después, lo cierto es que no podrá prosperar frente al segundo comprador que inscribe. Es decir, aunque aquí, al contrario que en el caso del 34 de la Ley, el rescindible sea el propio título inscrito (es decir, el último practicado y no el de su causante), no prosperará la impugnación y ello sin necesidad de que el comprador que inscribe transmita la finca de nuevo y se asiente la nueva adquisición⁵⁵.

3. Por tanto, viciado por causa de rescisión (según el Derecho en vigor) estaba el propio título del segundo comprador que inscribe (art. 33) —no el de su vendedor (art. 34.1)— y sin embargo prevalecía el viciado inscrito⁵⁶.

A primera vista, parece, por tanto, que estamos ante una excepción al 33⁵⁷. No es sí. Y no lo es porque, precisamente como no perjudican a tercero los títulos no inscritos (y no lo está el del comprador impugnante), la nueva Ley, con fundamento en esa idea, como dice la Exposición, introdujo un cambio fundamental en el Derecho vigente de Partidas (veremos luego exactamente con qué alcance) y alteró el sistema tradicional de transmisión del dominio.

4. Esto es, 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). Ahora bien si la propiedad corresponde al que inscribe, no puede admitirse, sin incurrir en contradicción, la acción rescisoria que el Derecho común concedía al primer comprador contra el segundo. Esto es, sin contradecir la atribución de propiedad que la propia ley hacía a favor del que inscribe. Según la repetida Exposición, en efecto, es propietario siempre el comprador que inscribe; y no el que no lo hace, posea o no.

«Una venta que no se inscriba ni se consume con la tradición, dice la tantas veces repetida Exposición de Motivos, no traspasa el dominio al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe ya se los 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»⁵⁸.

5. Por ello, cuando el artículo 38 de la ley de 1861 dispuso que «no se rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho: (...)

6. Por la doble venta de la misma cosa cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita»⁵⁹, justificó la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria esa negativa con las siguientes palabras: «consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las BASES de la ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero —y aquí está lo esencial— solo se entenderá transmitido el dominio desde

la inscripción, no desde la posesión y menos desde el convenio. ADMITIDO EL PRINCIPIO NO PUEDEN NEGARSE SUS COROLARIOS RIGUROSOS»⁶⁰.

En caso de doble venta, en definitiva, prevalece la compra del segundo comprador que inscribe incluso aunque según Partidas fuese rescindible por el primero y este hubiese tomado posesión. Y vence porque, como el título no inscrito no perjudica al inscrito, solo el que inscribe es propietario⁶¹. La reclamación del no inscrito (aunque posea y haya comprado primero) no puede prosperar. En efecto, inscrita una venta, es imposible la inscripción de otra. Ahora bien de poco serviría la atribución legal de propiedad al inscrito y la concesión de la reivindicatoria (principio), si pudiese prosperar la rescisoria del no inscrito (corolario).

6. En conclusión, la negación de la rescisoria (corolario) se produce como consecuencia de que el Registro, por disposición expresa de la Ley Hipotecaria, ha atribuido la propiedad al comprador que ha inscrito primero. El artículo 23 (principio) niega eficacia frente a terceros a los títulos no inscritos y el 25 se la concede única y exclusivamente a los inscritos⁶². Por razón de ello es propietario solo el que inscribe e incurriría en contradicción el legislador si, a la vez, el mismo título de compra que atribuye la propiedad, se declara rescindible.

Principio es, pues, el 23 y corolario el 38.4; no al revés. No se trata de que el que inscribe antes sea propietario porque no quepa la rescisoria. Sino de que no cabe la rescisoria porque el asiento le ha hecho propietario al inscribir su título (y mal podría hacerlo si fuese rescindible). Las Partidas han quedado derogadas. La inscripción en caso de doble venta atribuye la propiedad, ya que «admitido el principio, no pueden negarse los corolarios rigurosos»⁶³.

7. ¿Pero qué pasaría si el primer comprador pudiese inscribir su compra a pesar de haber entrado antes la del segundo? Cosa, como sabemos, perfectamente posible en el mencionado periodo transitorio, ya que, mientras no hubiese este transcurrido, se admitía la inscripción con efecto retroactivo de título contradictorio de otro que ingresó con anterioridad⁶⁴.

En ese caso el tercero, que inscribió después, pero compró antes, vencería a su oponente por dos razones. Una, porque su título también inscrito (además de perjudicar al no inscrito cosa ahora irrelevante) perjudicaría también a los inscritos antes (ya que estaba suspendido también el artículo 34.2). Y, dos, porque el primero en comprar (segundo en la inscripción) tenía según la legislación civil una rescisoria y podía por tanto revocar sin problemas la venta previamente inscrita, y de esta forma imponerse y quedarse con la finca.

XII. EL REQUISITO DE LA BUENA FE Y GREGORIO LÓPEZ

1. ¿Pero de dónde vino esta extraña rescisoria y en qué casos jugaba? De nuevo, si queremos aclarar este misterioso asunto, debemos ir a la Exposición de Motivos. ¿Y qué nos dice esta? Por lo pronto dos cosas:

En primer lugar, confirma efectivamente que esa rescisoria existía y que el que compró primero, aunque no posea, puede según el Derecho civil pedir la rescisión del título del que compró después, aunque este último posea. Así resulta con claridad de la citada Exposición,

«las INNOVACIONES que con este motivo ha introducido la Comisión (dar prevalencia al título inscrito frente al que no lo está e impedir la rescisión por causas que no consten en el Registro) se refieren (entre otras) a las rescisiones de las ventas, por haberse vendido y ENTREGADO a un segundo comprador lo vendido antes a otro»⁶⁵.

2. Lo que presupone que, según el Derecho civil en vigor, en caso de doble venta, el que compraba primero, tenía una acción rescisoria contra el segundo aunque este hubiese tomado posesión. Y, en segundo lugar, que esa rescisoria —y aquí está la importante innovación— decaía, según la Ley Hipotecaria, únicamente frente al que inscribe; con independencia de que haya tomado posesión.

¿Ahora bien por qué razón o causa se concedía esa extravagante rescisoria al primer comprador contra el segundo? En primer lugar hay que hacer una importante observación: la acción rescisoria no le correspondía siempre. En Derecho de Partidas procedía solo cuando el segundo sabía de la primera venta y a pesar de todo compraba. Es decir, cuando era de mala fe. Por tanto la misteriosa rescisoria era precisamente la acción que tutelaba la BUENA FE, y, por ello, castigaba al segundo comprador que, al adquirir, sabía de la primera compra.

3. Cómo argumentaba el afamadísimo Gregorio LÓPEZ, autor de la Magna Glosa de Partidas, en su comentario a *Par. 5,5,50*, la revocación de la segunda venta tiene lugar

«porque siendo sabedor el segundo comprador de la venta precedente, deberá darse al primero la acción al afecto de revocar lo que se enajenó en fraude del mismo, como dice Baldo en la rúbrica C. de revoc. his quae in fraud. creditr. alien. al princ., y parece probarlo la Glossa en d. ley 17, sobre la palabra iure, y allí Alberico y Jasón opposit. 9. (...)»⁶⁶.

Lo importante ahora, en todo caso, lo que hay aquí que destacar por encima de todo, es que, según su Exposición de Motivos, la Ley Hipotecaria suprimió, en beneficio únicamente del titular inscrito, esa acción rescisoria y que, si lo hizo, fue evidentemente porque en ese caso nada importaba que el inscrito supiese de la existencia de una compra anterior y, por tanto, que actuase de mala fe.

4. Ahora bien si el legislador hipotecario protegía al adquirente que compra de mala fe si inscribe, la pregunta, que corresponde hacerse, es por qué. Pues bien la respuesta es simple. Nada importaba en esos casos la mala fe porque, por expreso mandato del 23 de la Ley, la inscripción es modo de adquirir como consecuencia de que los títulos no inscritos no perjudican a tercero y, según

el 25, solo los inscritos lo hacen. El titular inscrito por lo tanto no solo no es perjudicado por el no inscrito sino que no es perjudicado aunque sepa cuando compra que el vendedor ha celebrado otra con anterioridad. De otro modo los títulos no inscritos le perjudicarían contra lo que decía el repetido 23.

En resumen la inscripción no produce efecto de mera publicidad (tiene solo naturaleza declarativa) ya que protege al que inscribe aunque conozca la venta anterior por medios extra-registrales. Es decir, el conocimiento de título no inscrito por el inscrito no sana la falta de asiento. La inscripción en nuestra primera Ley es *condictio iuris* de la oponibilidad y por tanto del reconocimiento eficacia real (plena) al título. El conocimiento del no inscrito por terceros no le vuelve oponible a estos. Simplemente lo no inscrito carece de fuerza real. A efectos de tercero, el título no inscrito no existe.

5. En conclusión la mala fe no obsta a que prevalezca la compra inscrita. La falta de buena fe del comprador que inscribe (porque conozca que la cosa ha sido transferida por su vendedor a otro comprador) no impide la plena adquisición ya que el 38.4 SUPRIMIÓ la rescisoria.

Se comprende ahora el porqué de la redacción del artículo 1473 del Código Civil y la misteriosa dispensa, sobre la que tanto se ha discutido, del requisito de la buena fe del titular inscrito. Y la exigencia en cambio, a falta de inscripción, de esa misma buena fe al poseedor para que pueda prevalecer su compra. En 1889 todavía estaba clara la eficacia constitutiva del asiento, y por tanto la subordinación del reconocimiento de plena eficacia real (frente a terceros) a su práctica⁶⁷. Por tanto, se tenía muy presente la idea de que la rescisoria por mala fe, con arreglo al 38. 4, por mandato de este, no procedía si el segundo comprador inscribía porque en ese caso el legislador la había descartado expresamente.

Y como estaban vivas esas ideas, lo estaba también la contraria de que, a falta de inscripción, renacía la solución tradicional, esto es, que, a falta de inscripción, seguía vigente el Derecho común, en especial, *Partidas* 5.5,50, y en particular el comentario (263) de Gregorio LÓPEZ. Por tanto, la doctrina de que la compra de quien conoce otra anterior, aunque posea, es rescindible por mala fe (cfr. párrafos finales del atormentado 1473 del Código).

XIII. FERNÁNDEZ NEGRETE, MINISTRO DE JUSTICIA EN 1861

1. Es notoria la predilección que los autores que se han ocupado de estos asuntos tienen por los tratadistas de la época y otros posteriores para aclarar qué pretendía el legislador de 1861 con el 23 de la Ley Hipotecaria. Y también notorio el olvido en que tienen a FERNÁNDEZ NEGRETE, a la sazón Ministro de Justicia, a pesar de que se echó a la espalda con notable acierto la defensa de la Ley en el Senado y el Congreso y tuvo incisivas y luminosas intervenciones (hoy fácilmente accesibles en ese magnífico libro que son las *Leyes hipotecarias*

editado por el Colegio de Registradores; un texto minucioso elaborado por un conjunto de trabajadores, cuidadosos y eruditos funcionarios).

Pero FERNÁNDEZ NEGRETE no es ni mucho menos para olvidar. Discute con LUZURIAGA con desparpajo y hasta se permite darle lecciones, habla con notable seguridad y todos los intervinientes le tratan con notable respeto. Pues bien FERNÁNDEZ NEGRETE defiende sin ningún tipo de ambages una concepción monista fuerte, centrada en el 23, columna vertebral de la nueva ley⁶⁸.

2. Dijo el Sr. Ministro de entonces en su turno de defensa del Proyecto en el Congreso: «Los títulos no inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero. Señores si se analiza bien esta ley, si se condensa todo lo que es condensable, si se saca el espíritu de la ley; este artículo de la ley es la sola, el artículo 23 es solo la Ley Hipotecaria; se pudiera decir sin exageración que esta ley no es fundamentalmente más que el artículo 23, es decir, que no tiene más que un solo artículo y una sola excepción el artículo 354 (hipotecas generales tácitas). ¡Qué de cuestiones se resuelven con este artículo! Luego hay necesidad de la inscripción para perjudicar a tercero, (perjuicio que es el) origen de la inscripción, ¿y qué significa aquí inscripción? (...). Este artículo es la consecuencia de la tradición latina, de la tradición romana y de la inscripción germánica. En Roma no había contrato hasta la tradición de las cosas (...). En Alemania no se consumaba el contrato sin cumplimiento de ciertas formalidades materiales que hablaban a los sentidos. Había necesidad de coger un pedazo de tierra con césped, una rama desgajada de un árbol (...) de tal manera que todo el pueblo se apercibiese que aquel derecho pasaba del dominio de uno al de otro. La tradición en Roma, la inscripción en Alemania»⁶⁹.

Para después de leer los artículos 24 y 25 de la Ley, concluir de modo contundente: «estos dos artículos, que son consecuencia del 23, principio generador de esta Ley, son sin embargo importantísimos. *El artículo 25 dice que el derecho nace desde la inscripción y es la diferencia que hay entre la legislación latina y la germánica.* En la latina el derecho nacía del contrato, y como el contrato era oculto, todos los días podían crearse nuevos sin que el tercero lo supiese (...). Estos males gravísimos viene a subsanar (la ley) diciendo que el derecho nace desde la inscripción (...). *La cuestión pues 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*»⁷⁰.

3. En resumen, según el Ministro, derecho real *erga omnes* nace solo con la inscripción, no con la tradición. Antes de la inscripción hay únicamente «obligaciones».

En el mismo sentido se había pronunciado con anterioridad también don Cirilo ÁLVAREZ, miembro de la Comisión del Senado que dictaminó el proyecto: «las obligaciones que nacen de nuestro Derecho civil todas quedan intactas, íntegras. No hay más que un límite: esas acciones podrán ejercitarse contra todos menos contra el tercer adquirente que ha adquirido el derecho incontestable (...).

Así es que quedan a salvo siempre las acciones personales (...). Las obligaciones que no han sido inscritas, esas acciones que nacen de circunstancias que el (el tercer adquirente) no puede conocer (...) esas obligaciones desaparecen: pero solo frente a él no se podrán ejercitar en perjuicio suyo»⁷¹.

4. No es acertada por ello la crítica de OLIVER a la denominación de que se sirve el legislador («obligaciones») en el título XIV de la Ley para referirse a los derechos «contraídos y no inscritos antes de la publicación de la (presente) ley» (el epígrafe del título en cuestión habla «de la inscripción de obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente ley»). El recurso a la palabra «obligaciones» no fue un desliz del legislador, un brindis de una Comisión dividida al sistema francés; todo lo contrario⁷².

Se introdujo con toda la intención y para ratificar la idea de que con arreglo al sistema adoptado (de Derecho tradicional pero concorde en este punto con los postulados del Derecho germánico) antes de la inscripción no hay derecho real pleno sino solo «obligaciones». Un punto, este, esencial sobre el que vamos a insistir a continuación.

XIV. EL GALIMATÍAS DEL ARTÍCULO 35: LA PRESCRIPCIÓN

1. Galimatías en realidad solo para algunos intérpretes posteriores que no aceptaron el principio de inscripción, que tan brillantemente, como acabamos de ver, expuso en el Congreso el Ministro de Justicia de entonces FERNÁNDEZ NEGRETE. Es decir, para los comentaristas que bajo el imperio de la reforma de 1869 (que hizo *tabula rasa* de la ley de 1861) y, desde ella, interpretan sus preceptos fundamentales.

Después de 1869 como puso de relieve CÁRDENAS la filosofía de la primera ley había sido dinamitada. OLIVER, por su parte, ha relatado los pormenores de ese proceso. No importan ahora los recovecos de aquella involución. Lo que sí hay que denunciar es el anacronismo en que incurrieron quienes después trataron de explicar el 23 y concordantes desde la ley de 1869; no menor, por cierto, que el de quienes hoy los siguen y utilizan o se sirven de la de 1944 para interpretar la ley de 1861 contra el tenor de sus artículos y la Exposición que los aclara⁷³.

2. No hay, en efecto, más reconstrucción posible del 35 que la que parte de la interpretación literal del precepto en coordinación con el 409 de la ley. Empecemos por su último párrafo.

Como el 35.3 repite el mismo mandato del 403 *in fine*, como algunos autores habían defendido en su día, no queda otro remedio que equiparar la usucapión contra «el dueño legítimo del inmueble», de que nos habla el artículo 35. 3, a la que el 409 *in fine* denomina «inter partes». *Inter partes* —con arreglo al 23 y, ratificando su tenor, disponen el 35.3 y el 409 *in fine*— rige, pues, la legislación civil.

En estos casos no se precisa ni inscripción del título (35, último párrafo) ni de la posesión (409 *in fine*). La única pregunta pertinente, por tanto, que, llegados aquí, hay que hacerse, es la de quien es «la (contra) parte» del que está prescribiendo. Y la respuesta no puede ser otra que aquel contra quien se inició la posesión, es decir, el dueño contra el que se «está prescribiendo». En ese caso, como dice el repetido 35, último párrafo, se calificará el título y se contará el tiempo (35), y por tanto la posesión (409), con arreglo a la legislación civil⁷⁴.

3. La cosa cambia completamente, en cambio, cuando el inmueble se transmite a tercero. Si el dueño civil, es decir, si la contraparte del que «estaba prescribiendo», transmite y aparece un tercero, el que está prescribiendo, si quiere que la usucapión prospere y perjudique a este último, tendrá que inscribir su justo título (y la posesión) con arreglo al 23. Es decir, si quiere que uno y otra perjudiquen al adquirente; ya que el 23, como sabemos, rechaza que en otro caso pueda producirse perjuicio a tercero (tercero «a secas», INSCRITO O NO). Esto es, repito, habrá que inscribir, por una parte, la posesión (para que funcione la prescripción extraordinaria) y, por otra, posesión y título (para que funcione, si es la que se quiere hacer valer, la ordinaria)⁷⁵.

Pero en ese caso, como mandan el 35.2 y el 409, con arreglo a la doctrina del 25, tanto la posesión como el título empezarán a contar desde la fecha de sus asientos (en el primer caso, del asiento de posesión y, en el segundo, del título).

4. Ahora bien, debemos insistir, ¿quién es tercero? Tercero, con arreglo al 27, no puede ser otro que el que no era parte en la prescripción, es decir, no era propietario cuando esta se inició porque adquirió después (como dice la Ley actual, cuando ya se estaba prescribiendo).

Por tanto será tercero el que adquiera del dueño civil aunque no inscriba su derecho —es decir, es tercero tanto el «tercer poseedor» (civil), como el que inscribe— porque como nos recordaban un poco más arriba FERNÁNDEZ NEGRETE y Cirilo ÁLVAREZ, y repite la Exposición de Motivos —las situaciones jurídicas (en este caso, tanto el «justo título» como la posesión *ad usucapionem*) que no constan inscritas, tienen efectos obligacionales y como mucho reales *inter partes*. Para que los actos y contratos tengan efectos reales contra terceros, inscritos o no, civiles o hipotecarios, se precisa inscripción.

5. Se entiende ahora que el 35.1, en perfecta consonancia con el 23, diga que la prescripción no perjudicará a tercero siempre que, requiriendo «justo título, no se hallare inscrito». Y que el 408 confirme, también en perfecta consonancia con la doctrina del 23, que la posesión «perjudicará (...) a tercero desde la fecha» de su inscripción «pero solamente en cuanto a los efectos de la mera posesión»⁷⁶.

Es por ello, por una vez acierta plenamente GALINDO, que si no inscribe el título el que está prescribiendo y se le adelanta el tercero ya no procederá nunca la usucapión ordinaria sino solo la extraordinaria (y eso si consigue inscribir su posesión)⁷⁷.

XV. CONCEPTO DE TERCERO

1. En resumen, los títulos no inscritos —y la posesión que, aunque no sea título en el sentido estricto de la palabra se le trataba como si lo fuese en los artículos 401 y sigs. de la Ley— no perjudican a tercero —esto es, a quien no fue parte en el acto o contrato o dueño (y, por tanto, parte) en el momento de iniciarse la usucapión—. Es decir, con independencia de que inscriba o no su título, esto es, de que sea «tercero civil» («tercer poseedor») o tercero con título inscrito. Repárese, en efecto, que el 23 habla, en este mismo sentido, de tercero a secas (y por tanto no exige que sea tercero con título INSCRITO)⁷⁸.

Y 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». Como hemos visto, 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*⁷⁹.

2. Tercero es así un concepto recíproco (si uno es tercero frente a alguien, este es también tercero frente a él) porque es una posición formal; y por tanto lo es tanto el inscrito respecto al no inscrito (23), como el no inscrito respecto al inscrito (25)⁸⁰.

En el caso del 35 es tercero el no inscrito que adquirió del dueño civil —esto es, de aquel contra el cual («parte») se inició la usucapión—. Tercero es pues el adquirente civil que recibe la finca o derecho del dueño (parte) frente a la cual el poseedor «estaba prescribiendo» cuando los transmitió⁸¹. Lo que en la práctica, como algunos defendieron, supone que el que está prescribiendo —si no tiene inscrita la posesión y transmite el dueño la finca a tercero, aunque no inscriba este el título— verá interrumpida su posesión (*ad usucapionem*). Y, si lo inscribe, tendrá impedida la ordinaria —ya que por el principio de cierre (art. 17) no podrá inscribir el suyo—.

Una consecuencia, la primera, que late todavía en nuestro actual 36 y, hay que reconocer, ya vio el propio GALINDO aunque retrocediese espantado inmediatamente ante esa posibilidad⁸². Rechazo que tiene su razón de ser en que este autor niega el efecto real que la Ley Hipotecaria dio a la inscripción: ley de «cuyo espíritu» se declara firme opositor.

3. Todo lo dicho en los epígrafes anteriores —a pesar de que se atiene al significado literal de los preceptos interpretados— podría entenderse una simple fantasía novelesca, si no fuese porque eso es lo que se sigue no solo del tenor de los preceptos interpretados sino sobre todo, y este es un dato fundamental, de la Exposición de Motivos.

La reserva del efecto real *erga omnes* a la inscripción y ninguna otra cosa, se sigue de los preceptos hasta ahora analizados⁸³. Como hemos visto ni el 25 (por razones obvias) ni el 23 dicen que tercero sea el tercero inscrito⁸⁴. Por tanto

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^{84 bis}.

4. Y precisamente porque los actos sujetos a inscripción y no inscritos producen solo «obligaciones» y, como mucho, efecto real entre partes —y por tanto la posesión no inscrita por la misma razón ni aprovecha ni perjudica a tercero (408)— es por lo que el 35.1 puede decir lo que dice.

De interpretarse tercero en el 35.1, como tercero con título inscrito, la antinomia, como el propio GALINDO reconoce, estaría servida. De ahí que recurra este autor a las más pintorescas distinciones y para sortear aquella acabe sentando la siguiente conclusión: «tercero del 35.1» no sería el tercer adquirente de la propiedad de la finca del dueño civil sino el adquirente de un derecho real (limitado)⁸⁵.

XVI. FUERZA REAL DEL ASIENTO

1. Es hora pues de entrar a analizar la Exposición de Motivos. Pero de analizarla respetando su texto, el significado literal de las palabras, no para manipular su sentido con el fin de servir a dogmas interesados o interpretaciones sesgadas desde el espíritu y la letra de reformas hipotecarias posteriores (sea la de 1869 que, como dicen OLIVER, CÁRDENAS, y hasta el propio SANZ, torpedeó sus propios fundamentos; sea de otras más próximas, en particular la del 44, que aunque hayan recuperado algunos de sus principios, ha resucitado el que J. M. GARCÍA llama «tópico» de la inscripción declarativa)⁸⁶.

Tampoco nos entretendremos en especular sobre la identidad de quiénes fueron los redactores de tan famosa Exposición para, a partir de sus escritos, rebatir a quienes, forzando sus palabras, pretenden tergiversar el tenor de esta. En todo caso no hay mejor prueba de la participación que algunos tuvieron en su redacción que el que sin tapujos ratifiquen el significado literal que se deduce del texto.

2. Dejemos, pues, hablar a la Exposición de Motivos y escuchemos, sin alterar el sentido que se desprende de sus palabras, respetando su significado literal⁸⁷.

La falta de inscripción del acto o contrato sujeto a inscripción no produce su nulidad: «La comisión ha considerado ante todo (...) los principios de Justicia: no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y LOS DOS FALTAN AL REQUISITO DE LA INSCRIPCIÓN, deba ser de mejor condición el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma (...). Por eso no contiene el proyecto LA PENA DE NULIDAD de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y sus modificaciones que no hayan sido inscritos; POR ESO SE

SEPARA DE LO QUE ESTÁ ESCRITO EN NUESTRAS LEYES, y VUELVE AL ANTIGUO PRINCIPIO establecido por Don Carlos y Doña Juana, y seguido por don Felipe V y por don Carlos III, de que LA FALTA DE INSCRIPCIÓN SOLO PUEDE ALEGARSE POR LOS PERJUDICADOS QUE NO HAN SIDO PARTE EN EL CONTRATO QUE DEJÓ DE INSCRIBIRSE».

El sistema antiguo. «Y aquí —continúa la Exposición— debe CON FRANQUEZA exponer el GRAN CAMBIO, que acerca de este punto INTRODUCE EL PROYECTO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ACTUAL. Nuestras leyes siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que EL TÍTULO SOLO produjera ACCIÓN PERSONAL, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por tanto LAS ACCIONES REALES, que se dan para reivindicarlos, SOLO NACIERAN CON LA TRADICIÓN, o lo que es lo mismo la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión (...). Contra este principio romano se ha elevado otro en tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código Civil francés. Separándose este del Derecho antiguo (...) buscó un principio más espiritualista (...): el de que LA PROPIEDAD SE TRANSMITIERA tanto respecto a LOS CONTRAYENTES como a un TERCERO, por el mero consentimiento».

El sistema de la Comisión. «No corresponde a la comisión apreciar este principio —es decir, el principio llamado de consentimiento de origen francés— CUANDO SE LIMITA A LOS CONTRAYENTES (...) —en que por tanto a contrario la Comisión redactora tolera— lo que cae de lleno bajo su dominio ES DESECHARLO CUANDO SE TRATA DEL INTERÉS DE TERCEROS —inscritos o no— QUE NO HAN SIDO PARTE EN EL CONTRATO (...).

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 —por tanto, no hay transmisión perfecta, es decir, con efectos reales (plenos) en perjuicio de terceros civiles mientras no se asiente el acto o contrato traslativo— quedando ENTRE LOS CONTRAYENTES CUANDO NO SE HAGA LA INSCRIPCIÓN EL DERECHO ANTIGUO» —por tanto, queda subsistente nada más que entre los contrayentes; contra terceros civiles solo hay acción real con la inscripción de la transmisión—.

Para remachar un poco más adelante cuando habla del periodo transitorio: «NEGANDO FUERZA (real) CONTRA TERCEROS a los TÍTULOS que en contravención a las leyes anteriores DEJARON DE INSCRIBIRSE, mientras NO SE SUBSANE EL DEFECTO Y ENTONCES SOLO DESDE LA INSCRIPCIÓN»

3. Doctrina que confirma más adelante para otros títulos traslativos: «RESPECTO A DONANTES Y ADQUIRENTES (...) QUEDARÁ SUBSISTENTE EL

DERECHO ANTIGUO EN LO QUE CONCIERNE A LA ACCIÓN PERSONAL Y AUN TAMBIÉN EN LO TOCANTE A LA REAL, mientras que la cosa no haya pasado a tercer poseedor (...)».

Por eso, como hemos visto, cuando hay una doble venta o transmisión no pasa la propiedad plena al adquirente que posee el inmueble primero y luego, cuando inscribe otro, se resuelve la del anterior para dársela a este, sino que como el primero como mucho no era más que propietario «relativo», frente al vendedor, el segundo comprador que inscribe —y no hay plazo como sabemos para pedir y practicar la inscripción— adquiere del vendedor la propiedad plena; propiedad que, por lo que a él se refiere, nunca había salido de su patrimonio.

4. La no inscripción aborta el nacimiento de la acción real más allá de la relación *inter partes*. Solo su práctica la concede. Hay por tanto que distinguir; esto es, que no confundir.

Una cosa (art. 23) es 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 conditio est possidentis*). Y otra distinta el efecto positivo (la concesión de la acción) que depende de la práctica del asiento (art. 25). Asiento cuya eficacia el principio de cierre —cosa que no sucedía en las Contadurías— refuerza al impedir la extensión de otros contradictorios, asegurando así de rebote al titular inscrito la exclusividad de su derecho (real) y transformando en simple obligación personal el de sus competidores o rivales (art. 25)⁸⁸.

XVII. ¿GERMANISMO?

1. En este punto, decididamente, no. Como pasamos inmediatamente a ver, esta regulación no implicaba innovación alguna, verdadero cambio, respecto al Derecho tradicional. Muy al contrario, como decía la propia Exposición, solo suponía una VUELTA AL SISTEMA ANTIGUO de don Carlos y doña Juana, de Felipe V y Carlos III. Esto es, constituía un nuevo intento de recuperar viejos principios en desuso y en parte adulterados por la introducción de la sanción de nulidad. Germanismo por tanto solo en el sentido que el viejo sistema de Contadurías se apartaba del Derecho romano⁸⁹.

La Ley Hipotecaria —así lo afirma su Exposición de Motivos— sigue en este punto el Derecho tradicional y no acoge ninguna solución desconocida o extranjera. En efecto, el Proyecto, descartando la innovación que castigaba con nulidad el defecto de inscripción en plazo —derecho vigente entonces, en 1861, que por tanto deroga— solo nos dice con palabras claras y terminantes una cosa: la ley se limita a «VOLVER AL ANTIGUO PRINCIPIO establecido

por Don Carlos y Doña Juana, seguido por don Felipe V y por don Carlos III, de que LA FALTA DE INSCRIPCIÓN SOLO PUEDE ALEGARSE POR LOS PERJUDICADOS QUE NO FUERON PARTE EN EL CONTRATO QUE DEJÓ DE INSCRIBIRSE». Palabras claras y terminantes que, por serlo, hay que respetar en su plena significación.

2. «Ciertamente —aclara con su nunca bien ponderada maestría y sana inteligencia SANZ FERNÁNDEZ— la toma de razón (en las antiguas Contadurías) producía el efecto de perjudicar al tercero, y contrariamente, (el de que) lo no registrado no perjudicaba a tercero; pero ese tercero no perjudicado, insistimos (dice SANZ), no era un adquirente inscrito, como exige el principio de inoponibilidad (!), sino un TERCER ADQUIRENTE CUALQUIERA, que, por negocio jurídico, entrase en contacto con la finca que había sido objeto del anterior negocio jurídico no registrado»⁹⁰.

En este mismo sentido siguiendo su estela vuelve a repetir hoy lo mismo T. A. JIMÉNEZ: «el tercero de las Pragmáticas Reales no es un tercero inscrito (...) si no que es todo tercer adquirente extrarregistral (...) que adquiere algún derecho sobre la misma finca (...). El tercero de las Pragmáticas Reales, en definitiva, es cualquier posterior tercer adquirente civil (...)»⁹¹.

3. De que era esa la intención del legislador da testimonio GÓMEZ DE LA SERNA cuando recuerda que la eficacia de los asientos en el nuevo Registro no era distinta que la que tenían los practicados en los libros de Contadurías con la salvedad de que, al quedar suprimido el plazo para inscribir, dejó de ser nulo el negocio no inscrito a tiempo. Reproducamos sus palabras:

«El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados dijo que, si se analizaba, si se condensaba, la Ley, este artículo era solo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir «sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción el artículo 354». «Sin entrar en la mayor o menor exactitud —continúa GÓMEZ DE LA SERNA— que puede haber en tal apreciación, es indudable que tenía razón el Ministro en considerar este artículo como el más importante de la Ley (...). La regla que en él se establece NO ES NUEVA ENTRE NOSOTROS: ESTÁ ESCRITA EN NUESTRAS LEYES HACE MÁS DE TRES SIGLOS: en la Pragmática de D. Carlos y D.^a Juana de 1539 tiene ya una sanción expresa cuando ordena que en los contratos a que se refiere, si no se registra (...) no será obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor»⁹².

4. La Ley Hipotecaria, por tanto, no introdujo, según su Exposición de Motivos y su comentarista más conocido, innovación alguna por lo que a este punto se refiere con relación al sistema de Contadurías. Se limitó a recuperar, como ella misma dijo, antiguos principios en desuso, al tiempo que, única verdadera innovación, ratificó la supresión de la sanción de nulidad, introducida con el fin de incentivar el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Principios que, por lo que se refiere a este asunto —es decir, el valor del asiento de inscripción— privaban de fuerza de «derecho real» más allá de las partes intervinientes a los títulos no inscritos (ya que no perjudicaban a terceros con independencia de que estos terceros inscribiesen o no los suyos) y que, debido a la tenaz resistencia que opuso parte de la sociedad española, no habían encontrado hasta entonces ejecución cumplida.

XVIII. NUEVO INTENTO

1. Es esclarecedora, además de extraordinariamente divertida, la irónica relación que hace el Conde Torreánaz de los sucesivos intentos hechos para imponerlos y consiguientes fracasos.

«En 1539 se fijó naturalmente la fecha de la pragmática para que empezase a aplicarse el registro. Después una provisión del Consejo de Castilla de 1581 determinó que esa fecha de 1539 era la que debía seguir rigiendo a la hora de registrar» (lo que indica que había dudas). «La jurisprudencia del Consejo, en un auto acordado de 1617, estableció otra regla diciendo que la fecha inicial era la del título del escribano del registro de censos (...). Más tarde se volvió a la retroactividad a partir de 1539, auto del Consejo de Castilla de 1713. Por último, en 1768, se estableció que el registro no obligaba más que para los títulos sucesivos, para los que se otorgasen con posterioridad a la pragmática y que respecto a los títulos antiguos, pudiesen inscribirse cuando fuera menester llevarlos a los Tribunales. Esto mismo fue reformado por el propio Consejo (...) en 1769 hizo obligatoria la inscripción siempre, es decir, se vuelve otra vez a la retroactividad (...). Tan pronto se iba a una cosa como a otra. Esta era la legislación hasta 1861 si bien dándose prórrogas constantemente, 10 de abril de 1782, 23 de agosto de 1784, 14 de mayo de 1787, 31 de julio de 1789, circular de 22 de enero de 1816 y 12 de julio de 1825, etc.»⁹³.

FERNÁNDEZ NEGRETE, por su parte, afirmaba: «no se comprende lo que quería el legislador (Carlos III), porque dice: las escrituras que debieron registrarse antes y que no están registradas a la publicación de la ley no habrá necesidad de llevarlas al Registro, sino cuando vaya a hacerse uso de ellas en juicio, es decir, que se legisla para nada (...). Se puede aseverar con verdad que no tenemos sistema hipotecario (...)»⁹⁴.

2. Con tal falta de seriedad (los títulos anteriores a la entrada en vigor del sistema podían inscribirse cuando las partes quisiesen; los posteriores debían hacerlo en cambio en plazos de pocos días que, a pesar de su aparente perentoriedad, fueron siempre sucesivamente prorrogados) se vuelve comprensible que los Tribunales y el Tribunal Supremo a la cabeza —la última vez según testimonio de GALINDO el 2 de abril de 1869— permitiesen la subsanación de la falta de inscripción en cualquier tiempo anterior a la presentación en juicio⁹⁵.

El desuso judicial venía sin embargo de lejos. La instrucción conocida como Pragmática de Hipotecas se publicó en 1768; en su preámbulo advertía sobre el fracaso de las disposiciones otorgadas por las Cortes de Toledo en 1539 y por Felipe V en 1713. Las sanciones resultan de Nueva Recopilación 5, 15, 3, 2 y 10 en que recogía literalmente lo ordenado por las Cortes de Toledo. Felipe V llegó a amenazar en un auto acordado a los Tribunales con severas penas⁹⁶.

3. Ciertamente la sanción de nulidad por falta de inscripción que algunos intentan retrotraer a Carlos III estaba expresa en el artículo 40 del Real Decreto de 23 de mayo de 1845 que, con la evidente intención de promover el pago del impuesto denominado «derecho de hipotecas», creado por Decreto de 31 de diciembre de 1829, había castigado con nulidad la falta de inscripción en plazo de estas⁹⁷. Según los datos que aporta OLIVER, sin embargo, antes de 1861, aunque la Comisión la dé por vigente, había sido dejada sin efecto.

Desechada la sanción de nulidad, en marcado desuso la legislación de contadurías, la práctica se atuvo al sistema civil de Partidas cuyos preceptos (que acogían, en términos generales, la doctrina de origen romano del título y el modo) da por vigentes la Comisión en su Exposición.

La Ley Hipotecaria para remover esta situación que entiende indeseable, al tiempo que niega valor frente a tercero a la posesión no inscrita, vuelve a recuperar los principios tradicionales y, con arreglo a ellos, niega también al título no inscrito valor frente a terceros —hayan estos inscrito o no sus títulos (art. 23)— y solo la concede al asiento: solo los títulos inscritos son eficaces frente a terceros, estén sus títulos inscritos o no (art. 25).

En efecto, no porque sí —sino porque sabía bien de que hablaba— había dicho en el Congreso con la vehemencia que le caracterizaba el entonces Ministro de Justicia Sr. FERNÁNDEZ NEGRETE: 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».

XIX. PROPIEDAD RELATIVA

1. El legislador debió considerar bajo estos presupuestos —esto es, a la vista del riesgo que implicaba la falta de asiento en los nuevos registros de los derechos de propiedad— que los interesados procederían a inscribir sus títulos de inmediato, es decir, sin dilaciones. No fue así. La indiferencia fue la tónica general en muchas regiones del país. Y lo así pensado como una solución excepcional, transitoria, mientras no se inscribiese el título (la propiedad *inter partes* o propiedad relativa) se transformó inopinadamente en una solución de alcance general con riesgo de vigencia indefinida.

¿Qué pasaría en caso de que ninguno de los terceros (terceros civiles) que rivalizaban entre sí llevase sus títulos al Registro? ¿Quién prevalecería? No

es fácil distinguir la acción real «inter partes» de la acción personal (aunque el 126 y 127 de la Ley Hipotecaria actual ofrecen suficiente base, prueba contundente, de que es algo perfectamente posible). Pero lo importante, como vamos a ver, fue que solo la idea de «propiedad relativa» (la usucapión si faltaba la inscripción de la posesión, único título con fuerza verdaderamente absoluta en Derecho tradicional, fue privada también de efectos *erga omnes*) permitió a la postre mantener viva la idea misma de propiedad⁹⁸ y darle operatividad práctica.

2. A falta de inscripción, según el sistema de la Ley Hipotecaria tal como resulta de la descripción que hizo su Exposición de Motivos, 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; ya que los rivales (es decir, quienes sin haber contratado directamente entre ellos, se enfrentaban por la propiedad o derecho en disputa) se relacionaban entre sí únicamente a través de sus causantes y, por prolongación, de los causantes de sus causantes, etc.

En efecto, solo una vez se hubiese encontrado un punto de interconexión o contacto entre ambas cadenas, una argolla compartida o causante común (bien porque ese causante hubiese transmitido la misma cosa o derecho dos o más veces, procediendo a gravar lo que había transmitido o, no menos importante, consiguiese algún poseedor usucapir contra él); entraría en acción la propiedad relativa, esto es, toparíamos con una relación entre partes que, al permitir el ejercicio de la acción real entre ellas, permitiría también decidir el litigio.

3. En resumen, entre terceros rivales no hay relación jurídica directa ya que (si sus títulos no están inscritos) carecen de acción real entre sí. Únicamente remontándose a sus causantes, si a través de ellos, encontremos uno común del que deriven a la vez dos o más cadenas de títulos contradictorios, caso de no haberse consumado la usucapión por parte de alguno, podrá decidirse con arreglo al principio de prioridad (sea en el título o la posesión) quién debe tenerse por mejor en Derecho⁹⁹.

Entre títulos que proceden de ese mismo causante común solo uno de ellos gozará (frente a ese causante común) de eficacia real y saldrá por tanto vencedor en la disputa con sus rivales. Y con él, vencedor también, a la vez, toda la cadena de títulos consiguientes (argollas posteriores) que sustenta. Este y no otro era por cierto el sistema de resolución de conflictos que se deducía del artículo 391 de la Ley, para el caso de lucha entre pretendientes, y que, perfectamente articulado para el caso de evicción en la compraventa, regía en el Derecho civil vigente entonces y rige hoy también para el caso de evicción¹⁰⁰.

4. ¿Qué pasaría si ninguno de los rivales durante años daba el paso de inscribir y de pronto uno lo hacía e inscribía su título? La propiedad malvivía en un régimen de incertidumbre, en una situación de interinidad permanente lo que facilitaba verdaderos despojos.

Según la Ley se convertía en propietario inatacable el que se adelantaba a inscribir (y la inscripción era siempre posible por mucho que fuese el tiempo que hubiese transcurrido desde la celebración de las ventas dobles o múltiples). Fue entonces cuando la Comisión deslizó de pasada, para esos casos, una solución que se impondrá años después con carácter general cuando se prive al asiento de fuerza constitutiva (y se impongan los tópicos, como J. M. GARCÍA los vienen llamando, de la naturaleza voluntaria y declarativa de la inscripción).

Por una parte, la Ley Hipotecaria, al contrario que la legislación anterior, no había fijado ningún tipo de plazo para solicitar la inscripción pero, por otro, aunque nada trasluzca de su texto, la Exposición desliza que merece la propiedad el tercero que hubiese adquirido el derecho de MALA FE.

«En el sistema de la Comisión, decía, NO CABE FIJAR TÉRMINO (con lo que derogaba el Derecho en vigor) DENTRO DEL CUAL SE LLEVEN AL REGISTRO LOS TÍTULOS QUE PARA SER EFICACES FRENTE A TERCERO (inscrito o no) NECESITAN INSCRIPCIÓN. En el interés de los que adquieren su derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio; al que se descuida le debe perjudicar su negligencia PERO —aquí está la fatídica frase— SOLO CUANDO ESTA HAYA INDUCIDO A OTRO POR ERROR A CONTRATAR ACERCA DE LA MISMA COSA QUE DEJÓ DE INSCRIBIRSE OPORTUNAMENTE (...)»¹⁰¹.

4. Según el primer párrafo, la interinidad en la atribución de la propiedad cesa solo cuando uno de los contrincantes o rivales se adelantaba a inscribir. Por lo que solo la inscripción atribuye la propiedad y entre tanto no se practique no habrá acción real frente a terceros. «Error» en este caso es igual a falta de asiento y debía interpretarse como falta de publicidad aunque como hoy sabemos la publicidad registral nada tenga que ver con el error porque opera tenga o no el afectado conocimiento efectivo de los contenidos publicados. Pero dio pie a malentendidos. El primer titular, según la Exposición, parece que, aunque no inscriba, si su título de adquisición es válido, tiene una acción (¿acaso la antigua rescisoria del Derecho común?) frente a sus rivales, terceros adquirentes posteriores de la misma finca o derecho, aunque inscriban, si lo fueron de mala fe. Todo ello se prestaba a que el que supiese que su transmitente había transmitido antes el inmueble pudiese ser privado de su derecho por el que adquirió primero.

Semejante resultado no podía por menos que producir, respecto a la propiedad no inscrita, un estado de confusión indescriptible. Pues ¿cómo podía asegurarse el adquirente civil de que no actuó de mala fe su transmitente cuando adquirió el inmueble antes de trasmitírselo a él? La antigua acción rescisoria que la castigaba, como sabemos, tenía fuerza real. Previa rescisión del título del comprador, permitía privar de la posesión al que se había adelantado a tomarla. En otro caso (es decir, ausencia de mala fe) vencería el que tuviese el inmueble en su poder: *melior conditio est possidentis*.

5. Lo malo fue que el mencionado párrafo insensiblemente fue ganando fuerza y acabó, lo que suponía una verdadera revolución, por entenderse aplicable también a los terceros que habían inscrito sus títulos.

Del contexto parece deducirse que el redactor de la Exposición estaba pensando en la propiedad no inscrita. Lo cierto, sin embargo, fue que por la presión de *Partidas* y la jurisprudencia, que mantuvo en la nueva etapa los «estilos» elaborados durante la vigencia del Derecho anterior, la interpretación que al final acabó imponiéndose no fue esa¹⁰².

La suerte, en consecuencia, estaba echada y el Tribunal Supremo recogió el guante. Fue la traslación de esta construcción (la exigencia de buena fe) al titular inscrito, la que, conculcando el pensamiento original del legislador de 1861, llevará a que el 38.4 caiga en el olvido y, previa la oportuna interpretación correctora del 1473 del Código, el 34 de la ley, comiendo gran parte del terreno al 23, acabe arrebatándole su primigenia fuerza (constitutiva). Solo, en efecto, la protección del 34 podía ahora inmunizar, no ya frente a la nulidad de los títulos sino la mala fe de cualquiera de los adquirentes anteriores, que haría caer como un castillo de naipes toda la cadena de transmisiones inscritas.

Pero comer terreno no es todavía usurpar completamente su primigenio papel y aniquilar así su función. Cuando son varios los que se disputan la misma cosa, si son válidos sus títulos (más tarde se añadirá: tuviesen «causa onerosa» y la adquisición fuese de «buena fe») se impone el que inscribe.

NOTAS

¹ J. M. GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o inmobiliario* 2 (1993) pp. 229 y sigs.

² Los matices entre las distintas posiciones — más en gradación que en oposición tajante — han sido destacados con particular detalle por T. A. JIMÉNEZ, *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria* (2005), pp. 135 y sigs.

³ Artículo 27: *Para los efectos de la ley*, se considera como tercero «aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Como veremos con más detenimiento al final, tercero es el que, inscriba su título (25 y 34.2) o no (tercero civil: 23), no fue parte en el acto o contrato inscrito y es perjudicado por este (aunque solo por su contenido inscrito: 34.1). COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias y registrales de España* 1 (1974) pp. 340 y sigs. La eficacia de la inscripción es positiva, no negativa (solo el título inscrito, y por lo que respecta al contenido inscrito y nada más, tiene efecto real contra terceros). Se trata de algo bastante más fuerte que la inoponibilidad: se trata, en realidad, de oponibilidad o eficacia real, es decir, de fuerza *erga omnes*.

^{3 bis} Justificaba la regla del artículo 33, el riesgo de que, como solo los títulos inscritos eran oponibles a tercero, se llegase a entender que, por la fuerza del asiento, «actos nulos en sí mismos pudiesen considerarse purgados del vicio que entrañaban por el solo hecho de inscribirlos» P. GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación* 1 (1862) p. 620.

⁴ Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público* (1950) pp. 300 y sigs. Para la relación de la inscripción, substantiva, con la purga, todavía vigente en Francia; la

importancia de esta a lo largo del siglo XIX como sistema alternativo a la fe pública registral; la lucha entre ambas en los años posteriores; la incorporación limitada de la purga, por la ley de 1861 a los solos efectos de liberar de cargas y gravámenes ocultos durante el periodo transitorio las fincas así como, una vez entrase en vigor, las contadas hipotecas tácitas que iban a subsistir; la valoración de su función por Cárdenas, Fernández Negrete, a la sazón Ministro de Justicia, y la Exposición de Motivos; su hipertrofia posterior al usurpar desde la reforma del 69 el papel de la fe pública; la causa de esa usurpación y su alcance según ROMERO GIRÓN, ministro impulsor de la reforma; la supresión de la purga, en la reforma de 1944, es decir, del antiguo expediente de liberación; la recuperación del principio de fe pública por la ley citada de 1944 y finalmente el esclarecedor balance de Sanz Fernández: C. PARDO, Entre la purga y la fe pública. Génesis del sistema hipotecario español en *RCDI* 614 (1993).

⁵ Para la eficacia, al tiempo de la publicación de la Ley Hipotecaria, de la acción de nulidad frente a los causahabientes del que adquiere en virtud de título nulo. Cfr. el comentario al artículo 1190 del Proyecto de Código Civil en F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (1852) 2 p. 198: He notado en el artículo 1184 que los resultados de la rescisión y nulidad vienen a ser casi iguales: así es que en este artículo se dispone para la segunda lo mismo que en el 1172 para la primera: el contrato declarado nulo no ha existido civilmente y lo nulo no puede en tesis general, producir efecto alguno, con cita de *Par.* 6,19,8, también *Par.* 6,19,8, en que se dispone que los impugnantes hallen, en salvo su derecho como lo tenían primeramente: SAN MARTÍN (ed.), *Los Códigos Españoles* 4 (1872) p. 251. LA SERNA, *cit.* p. 519, no confunde el efecto anulatorio con el rescisorio. En el primer caso, al que equipara el de la resolución que producen las condiciones expresas (voluntarias), el transmitente conserva la reivindicatoria; en el segundo, al que equipara el que producen las tácitas o legales, se concede el remedio restitutorio (entonces con fuerza real). Lo que explica que la Ley Hipotecaria dedique a cada tipo de resolución preceptos separados o distintos: uno en el 34 (cfr. también 16) y otro en los artículos 36 y sigs. En este último caso como no son, condición expresa del contrato, no puede reclamarse su cumplimiento por acción que nazca de él, y menos, por la reivindicatoria; en su lugar tiene que entablarse otra acción cuyo objeto es que se rescinda la enajenación hecha (...); a esta clase de acciones con cierta propiedad las llamamos rescisorias. Para el origen de esta doctrina de las condiciones, GREGORIO LÓPEZ, Comentario a *Par.* 5,5,38 en *Los Códigos Españoles*, *cit.*, p. 609 que la admite por su «mayor equidad» con fundamento en una aplicación analógica de la *Lex Commisoria*, y cita de los siempre innovadores Baldo y Pablo DE CASTRO contra BARTOLO. Una cosa es, por tanto, la resolución por nulidad (a la que se equipara la que produce la condición expresa) y otra por rescisión (a la que se equipara la resolución que produce la tácita). Sobre la importancia de la distinción de LA SERNA insiste con razón GARCÍA; El tópico de la inexactitud registral en el principio de fe pública, en COLEGIO DE REGISTRADORES, *Ponencias y comunicaciones presentadas al V congreso internacional de Derecho registral* (1983) pp. 459 y sigs.

⁶ Sobre la idea de excepción y excepción de la excepción, GARCÍA, *Tópico*, *cit.*, pp. 451 y sigs. Origen de la explicación en NÚÑEZ LAGOS, El registro, *cit.*, pp. 236 y sigs. aunque con diferencias importantes. Según este el 33 hizo excepción al 23 para impedir no solo que las acciones de titulares no inscritos pudiesen prosperar frente al inscrito si el título de este era nulo sino también para que pudiesen hacerlo las reivindicatorias derivadas de títulos anteriores no inscritos. Resume bien T. A. JIMÉNEZ, *cit.* p. 170, núm. 286: NÚÑEZ LAGOS parte de la nulidad de actos de disposición sobre finca ajena, que no puede convalidar el Registro, salvo por la vía del 34. Se refiere a disposiciones sobre cosa ajena que NUNCA FUERON PROPIEDAD DEL TRANSMITENTE —al contrario que J. M. GARCÍA— pues los casos de doble venta por un mismo vendedor estarían contemplados en el 1473.2 del Código, para el que ofrece otra explicación.

⁷ La frase del artículo 34. 1 de la Ley de 1861, que todavía sigue provocando ríos de tinta, dice literalmente: los actos y contratos que se ejecuten u otorguen por persona que aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después

se anule o resuelva el del otorgante en virtud de título no inscrito o causas que no resulten claramente del propio registro. Leyes hipotecarias, *cit.* p. 341.

⁸ Lo único que demuestra la referencia que se hacía en las primeras redacciones del 34 a los títulos no inscritos, es que, para el legislador, existían causas de nulidad que derivaban de la cadena inscrita (títulos anteriores) y otras que no. Esto es, la nulidad o resolución del título del «otorgante» puede proceder por razón de uno de los antecedentes que le precedía o de otros no inscritos (el supuesto de testamento revocatorio de otro anterior constituye un ejemplo típico al que el legislador se vio obligado a dedicar párrafo aparte en el 23 de la ley de reforma de 1869). *Ibidem*, p. 528. Una prueba más —la inclusión del supuesto de herencia y legado en el 23— de la pronta confusión entre el 23 y el 34. El 23 (lo impiden los arts. 33 y 34.1) no puede proteger el heredero nombrado, aunque inscriba su título, frente al nombrado en otro testamento posterior revocatorio del primero. Para las dudas de la resolución de la DGRN de 13 de junio de 1874: L. GALINDO y R. ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria* 2 (1899), p. 281.

⁹ Al final, por el juego de los conceptos, el pretendido apoyo del 34.1 de 1861 a la teoría monista se revuelve en contra de quienes lo utilizan ya que lo que realmente demostraría (*a contrario*) es que para el legislador de entonces habría títulos no inscritos que producían nulidad de los inscritos (34) y otros que no (23). Es decir que no todo título contradictorio es causa de nulidad del inscrito y por tanto su conflicto con el inscrito no siempre será resuelto por el 34. Contra, JIMÉNEZ, *cit.* pp. 402 y sigs. Advirtiendo la diferencia entre ambos supuestos aunque luego no la utilice: A. SANZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario* 1 (1947), p. 392.

¹⁰ *Partidas*, que eran Derecho vigente en el momento en que se publica la Ley Hipotecaria, distingue el conflicto entre títulos válidos y entre uno nulo y otro válido. Son válidos los dos títulos en caso de doble venta, incluso aunque la cosa sea ajena, y, porque lo son, son igualmente aptos los dos para transmitir la propiedad que acabará ganando el que primero tome posesión. Prueba contundente en *Par.* 5,5,50. Incluso es válido el de quien compró de vendedor que no era propietario si ha pasado a serlo cuando más tarde le transfiera la posesión: *Par.* 5,5,51. Para la compraventa de cosa ajena, si se hizo de buena fe, como título de usucapión: *Par.* 5,5,54. Cfr. *Los Códigos* 3, *cit.*, pp. 618 y sigs. Para el análisis de estos textos, así como un seguimiento ilustrativo de los precedentes: E. MENDEZ APENELA, La venta de cosa ajena, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo* 5 (1988), pp. 512 y sigs. Para los antecedentes romanos especialmente, *Ibidem*, pp. 536 y sigs.

¹¹ El traslado era voluntario e innecesario. Voluntario según el artículo 307 del Reglamento hipotecario. Innecesario, porque, según el mismo 307, los asientos en los libros de Contadurías tienen el mismo valor que en los nuevos: cfr. Leyes hipotecarias, *cit.*, p. 446. La suspensión de la entrada en vigor de la ley Hipotecaria, no solo aplazó la vigencia de esta: suspendió también la de la legislación de contadurías que entonces estaba teóricamente en vigor. «Teóricamente» porque en realidad nunca fue muy respetada: cfr. LA SERNA, *cit.* p. 564: puede asegurarse que no eran muy atendidas en la práctica las severas prescripciones de las antiguas pragmáticas y esto basta para nuestros propósitos.

¹² Un argumento que demuestra la escasa seguridad de las razones dogmáticas que arguyen quienes lo mantienen. Ante la tajante dicción del 23 (y del 392) se salvaría el problema limpiamente si se consiguiese demostrar que todos los primeros asientos en los nuevos libros fueron en realidad segundas inscripciones, protegidas por tanto siempre por el 34. Sobre el artículo 3 de la instrucción para la redacción de documentos públicos: cfr. LA SERNA, *cit.*, p. 551. El artículo 1 de la RO de 20.2.1863 dispuso que, los títulos que se presenten al Registro para ser inscritos con arreglo al artículo 389 deben serlo sin necesidad de que se halle inscrito el anterior. 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: R. DE LA RICA, Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria en *RCDI* 478 (1970) 721.

¹³ Sobre la desaparición del 32 (en 1861, era el 23) en el texto refundido de la Ley Hipotecaria de 1946, como precepto inútil —al quedar cubierto su supuesto de hecho por el 34—: SANZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* (1946) p. 268. Sobre las causas de su reaparición (necesidad de recoger el aspecto negativo de la fe pública registral) según la doctrina «monista»: M. PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario* 1 (2001) p. 614. No solo cuando el derecho del otorgante es anulable o resoluble por causas que no consten en el registro sino también cuando el otorgante, aunque todavía aparece en el registro con facultades para transmitir el derecho, no es ya dueño o no es ya dueño pleno por haber transmitido o gravado la finca: extremos ambos cubiertos literalmente por la redacción original del 34.1 en la Ley de 1861 pero no la actual: cfr. nota 7. Lo cierto es que ni el 32 ni el 1473 del Código dicen que el titular inscrito deba adquirir su derecho de persona que aparece en el registro con derecho para trasmitirlo. Como un argumento (el de la supervivencia del 32 en la ley vigente) que confirma, una vez más, su autonomía frente al 34: GARCÍA, *Derecho* 1 cit. 593-594. Sobre el mantenimiento en la ley vigente de una serie de preceptos concordantes con el 32 (13, 319 y 225 de la Ley, 606, 1526 y 1549 del Código y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal) insiste asimismo GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario* 2 (1993) 29-30.

¹⁴ GALINDO-ESCOSURA, cit. p. 375: Pero en fin si el interés del acreedor ha de prevalecer sobre todo si ha de seguir imperando ese principio antilegal, antimoral, antieconómico, al menos despojémosle de su irritante injusticia (...) (aunque añada) que la escuela utilitaria pueda excusarlo, al menos a los ojos de los que, a ideales más elevados, dirigen la legislación del país (tributo a Cárdenas?). Una crítica que desde su nacimiento acompaña a la Ley Hipotecaria y estimularon sus redactores al ligarla a los Bancos de Crédito Territorial. Razonaba FERNÁNDEZ NEGRETE (v. *Leyes hipotecarias* 1.1 cit., p. 387): Se puede aseverar con verdad que no tenemos sistema hipotecario (...) y esto explica el abatimiento de nuestra agricultura; (...) como siendo España uno de los países más ricos de Europa, agrícola y ganadería, considerado, los grandes propietarios no han encontrado capitales sino a intereses fabulosos. A lo que respondía FUENTE ALCÁZAR: la usura no proviene ni puede provenir ni ha provenido aquí de la falta de una ley hipotecaria por lo que, todo cuanto se nos dice acerca de bancos agrícolas y asociaciones de capitales, porque se conocen en otros países, no tendrá en España resultados. *Ibidem*, p. 211. Y el también diputado GARCÍA GÓMEZ DE LA SERNA (*Ibidem*, p. 184): no solo para los grandes pueblos y sociedades que, mercantilizando la propiedad levantan grandes compañías» sino pequeñas sociedades y transacciones entre particulares a quienes más perjudican los fueros y en quienes más se ensañan los privilegios. Según Cirilo ÁLVAREZ: la gran necesidad de nuestra propiedad inmueble es convertirla en un capital seguro como el que existe en el Banco de España (...), una revolución saludable en las costumbres (...) los hombres que por su carácter, por su profesión y hasta educación misma no se pueden dedicar sin riesgo a este género de negociaciones (mercantiles y especulativas), tengan una renta segura (...): v. *Leyes hipotecarias* 1.1, cit., p. 117.

¹⁵ Sin retirar los principios cardinales de la ley, no es posible contener los robos de la propiedad. El exabrupto es de CARDELLACH y la cita de LA SERNA, cit., p. 630. Por su parte tampoco se escondía GALINDO-ESCOSURA, cit., p. 374: nosotros que quizá no estamos conforme con el espíritu de la Ley Hipotecaria (...); *Ibidem*, p. 380: las violaciones monstruosas del derecho, que acarrearía el cumplimiento literal e inflexible de los artículos 34 de la LH y 308 de su reglamento; para terminar con la retórica de los, hartos que, por los años sesenta del franquismo, recuperó un conocido notario con otros fines: harto era que trasgrediendo la LH sus naturales límites (...) Harto era que fallase sobre la validez de los títulos (...) faltaba solo (como si en este país no hubiese atendibles más derechos que los de los acreedores) que se dictara la disposición del 34 (...): *Ibidem*, p. 373.

¹⁶ Para el valor que se daba a los asientos practicados en las Contadurías y su eficacia cfr. GALINDO-ESCOSURA, cit., 2 p. 272 e *Ibidem*, 4 cit., (1900) p. 556. También el extracto minucioso de jurisprudencia que hace LA SERNA, cit., p. 564. Para su valoración detallada más adelante en notas 89, 90, 91.

¹⁷ Sobre la posibilidad de la vigencia simultánea de tractos incompatibles en las Contadurías y en los nuevos libros, por razón de inscripciones contradictorias originadas durante el plazo del año de suspensión, GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2 p. 369: sabido es que antes de empezar a regir la LH se tomaba razón en las Contadurías de los títulos (...) sin tener en cuenta su validez o nulidad y sin exigir que contase registrado a favor del que transfería (...) Ahora bien como en virtud de esa facilidad (...) puede ocurrir que haya dos asientos contradictorios (...).

¹⁸ Artículo 391 de la Ley: Las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de un año, conforme a lo dispuesto en los dos anteriores artículos, no surtirán efecto en cuanto a tercero sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones o gravámenes a que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición. Si constare tal derecho en los títulos se retraerán los efectos de la inscripción a la fecha en que se hayan adquirido por el dueño. *Leyes hipotecarias, cit.*, pp. 389-390.

¹⁹ El artículo 389 de la Ley que encabeza el decisivo título 14 de la misma *sobre inscripción de obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley* dispone: los que a la publicación de la 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 empiece a regir. En el mismo sentido el artículo 35 del Reglamento hipotecario (Real Decreto 21 de julio de 1861): que suspende el principio de cierre para títulos, que oportunamente no se hubieran presentado en el registro. *Leyes hipotecarias, cit.*, p. 403. Para las sucesivas prórrogas de ese plazo, cfr. *Ibidem, cit.*, 1.1 p. 490: se estimó suficiente el término de un año; pero la experiencia demostró muy al contrario y fue preciso prorrogarle en los reales decretos de 29 de diciembre de 1863 y 19 de diciembre de 1865, en el primero por dos años y en el segundo por tiempo indeterminado porque se dijo que duraría la prórroga hasta que sobre el particular se dictase la disposición legislativa correspondiente. GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2 p. 273, hace una enumeración bastante más completa y añade los siguientes preceptos: artículo 389 de la ley vigente (1876); 1 de la ley de 3 de julio de 1871 y artículo 2 de la ley de 29 de agosto de 1873, (plazo de prórroga) que hoy debe considerarse terminado, porque con arreglo a esta última ley, solo se prorrogó hasta 31 de diciembre de 1874 (v. la RO de 31 de marzo de 1875). Más minuciosa todavía en GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 4 p. 547.

²⁰ La existencia de títulos no inscritos en las Contadurías resulta claramente del artículo 318 del Reglamento y del título 14, en que está incluido, sobre disposiciones relativas a la inscripción de *títulos no registrados al publicarse la ley*: Si (...) no resultaren inscritos ni el derecho real de que se trate ni la propiedad del inmueble a que afecte (...). El 326 habla de propietario que teniendo título no puede reclamar inmediatamente la inscripción, por haberlo de traer de punto distante del lugar que debe hacerla o, por cualquier otra causa que le obligue a dilatar su presentación. *Leyes hipotecarias cit.*, 1, pp. 448-449. Una prueba de cargo perfectamente clara la tenemos en el 389, antes transcrito: los que a la publicación de la Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir (...).

²¹ El hecho de existir títulos —otorgados tras el 1 de enero de 1863— cuya inscripción había sido suspendida en su día por falta de inscripción previa del título del transmitente (cfr. dos últimos párrafos del artículo 318 del Reglamento de 1870) demuestra que, pese a los rigurosos términos de la RO de 22 de diciembre de 1862, la práctica notarial (...) se había suavizado: cfr. JIMÉNEZ, *cit.*, p. 396. Ya LA RICA, *Algo más, cit.*, p. 721, destacó en su día que los títulos de fecha anterior a 1863 que se inscriben directamente no se sometían al principio de tracto aunque no se hubiesen anotado en la Contaduría de hipotecas.

²² Que de todos modos el tracto podía reconstruirse en bastantes casos resulta implícitamente del 308 del Reglamento que extiende el juego del 34 a los asientos practicados en los libros de contadurías (!). Artículo 308: La disposición del 34 de la Ley será también aplicable a los títulos inscritos en los antiguos registros (...). En efecto, el artículo anterior había reconocido en general a los asientos practicados en los libros de Contadurías los efectos de las nuevas inscripciones. Artículo 307: Las inscripciones de los antiguos registros surtirán en

cuanto a los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones aunque carezcan de alguno de los requisitos de los artículos 9 y 13 de la ley bajo pena de nulidad y no se lleguen a trasladar a los nuevos registros. Cfr. *Leyes hipotecarias, cit.*, pp. 446-447.

²³ Para la intervención en este sentido de LUZURIAGA, v. COLEGIO REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución 1.2* (1989) p. 12: para ser clara y conocida, es necesario darla en un cuerpo lo más conciso posible, cuanto menos extenso mejor, porque bueno del todo ¿quién es capaz de hacerlo?

²⁴ Todos los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley, recogidos en el texto, están tomados de *Leyes hipotecarias 1 cit.*, pp. 332-333.

²⁵ Si el registro nada dice sobre la propiedad de la finca, el que, amparándose en ese silencio, adquiere de quien tiene título, adquiere confiando en el registro, esto es, en que no existe ningún derecho obstativo de su adquisición (art. 23); y, si inscribe, hace uso, para defender el suyo, de una prerrogativa legal dispuesta precisamente para luchar contra la clandestinidad de los derechos (25), por lo que no puede castigársele por diligente en el cumplimiento de sus deberes en beneficio del negligente que descuidó los suyos. Esto es, equiparar al que publica su derecho «ateniéndose a los *preceptos* de la ley» a quién no lo hace y prefiere mantenerlo oculto. Más cuando deja pasar, sin utilizarlo, el plazo de gracia que tenía (1 año, luego prorrogado muchos más) para inscribir su título a pesar de la inscripción de otros contradictorios y defenderlo así sin daño para sus intereses. La colaboración en la búsqueda de la transparencia merece un premio. El que inscribe se jacta públicamente de la legalidad de su título: esto es, notifica a la sociedad que nada esconde, saca a la luz pública un acto o contrato sobre la propiedad inmueble sacándole de la gestación clandestina, y reta a quienes se crean con mejor derecho a que lo prueben: M. VILLARES PICO, *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero en RCDI 252* (1949) pp. 292 y sigs. Se pregunta JIMÉNEZ, *cit.*, p. 161, cuáles serían los, preceptos, a los que se refería VILLARES, si el sistema español no OBLIGA a dar publicidad a los derechos reales mediante la inscripción. Ciertamente no existe la obligación de inscribir pero una cosa es que no haya la obligación de inscribir y otra que no imponga la ley la carga de hacerlo. Existe efectivamente el deber de inscribir pero no en interés ajeno que esa es la nota que define el concepto de obligación sino en interés propio. Esto es, existe la CARGA de inscribir (al igual que existe la carga de la prueba en el proceso civil): el que retrasa la inscripción se expone a perder su derecho en concurrencia con un tercero qué sí lo haga. Para el concepto de, carga: L. ROSEMBERG: *La carga de la prueba* (1956) pp. 49 y sigs.

²⁶ Sobre la vigencia de la sanción que castigaba con nulidad los títulos no registrados de que habla la Exposición de Motivos de la Ley (*Leyes hipotecarias, cit.*, 1 p. 236): por eso no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos (...) que no hayan sido inscritos; por eso se separa de lo que hoy está escrito en nuestra leyes (...). Es de tener en cuenta sobre este asunto el Real Decreto de 23.5.1845 que obligó a los notarios a insertar en los instrumentos sujetos al pago del impuesto, la cláusula de que serían nulos si carecían de las notas que acreditasen hallarse oportunamente registrados y declaró la nulidad de las escrituras en que se hubiese omitido semejante cláusula: v. B. OLIVER, *Derecho inmobiliario español* (1892) p. 296. A iniciativa de Bravo Murillo, el Real Decreto de 26 de noviembre de 1852 prohibió a los notarios autorizar documento sobre bienes raíces si no contaba inscrito el título previo y exigió que todo acto o contrato sujeto al pago del impuesto constase en escritura pública. Antes de transcurrido un año fue derogado por Real Decreto de 19 de agosto de 1853: *Ibidem*, pp. 297-298.

²⁷ Artículo 392: Transcurrido el término del año, se podrán inscribir también los inmuebles y derechos adquiridos antes de la publicación de la Ley, pero tales inscripciones, aunque sean 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 (...). *Leyes hipotecarias, cit.*, 1 p. 390. Dice la Exposición de Motivos, la reforma no produciría los eficacísimos resultados, que se pretenden para el porvenir si no se, arreglasen a su sistema (el de la ley) los actos y contratos anteriores a ella: esto lo hace (...) negando FUERZA

CONTRA (!) TERCEROS a los títulos que en CONTRAVENCIÓN A LAS LEYES ANTERIORES dejaron de inscribirse, mientras no se subsane el defecto, y ENTONCES SOLO DESDE LA INSCRIPCIÓN». *Ibidem*, p. 238. Por tanto, sin necesidad de que concurran nuevas transmisiones e inscripciones.

²⁸ El artículo 396 estaba incluido en el título 14 sobre, la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la ley. Ciertamente no es una norma pensada solo para el periodo transitorio pero sí teniendo muy en cuenta este, en concreto, para estimular la inscripción. De ahí que se coloque en el título 14, por lo que complementaría el 392 y será desarrollada por el 333 del Reglamento (cfr. notas, 33, 40 y 41). Pero la más firme garantía del CUMPLIMIENTO DE LA LEY, tanto respecto a derechos antiguos COMO A LOS QUE DE NUEVO SE CONSTITUYAN, está en la prohibición (...) en admitir en los juzgados, tribunales ordinarios y especiales, en los consejos y oficinas del Gobierno ningún documento que no se haya tomado razón (...): *Leyes hipotecarias 1 cit.*, p. 353.

^{28 bis} NÚÑEZ LAGOS, *El registro de la propiedad español en RCDI* 250 (1949) 140 y 159 aporta de pasada una razón muy convincente para la absorción del 23 por el 34. Según los estilos del Tribunal Supremo no prosperará la reivindicatoria contra el poseedor que tiene título si no se ejercitaba a la vez la acción de nulidad contra este. La de nulidad era presupuesto de la reivindicatoria con lo que la aproximación del supuesto del 23 al 34 era natural. Si el tercero no inscrito acciona contra el inscrito debe pedir la nulidad pero las acciones de nulidad o resolución solo decaen frente a un 34, no un 23. Ahora bien si según la primera Ley Hipotecaria el título no inscrito no existe frente a tercero, mal podrá exigirse su anulación sin contradecirse. Cfr., para la vigencia de ese viejo, estilo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: V. MONTES, Comentario al artículo 348, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil 1* (1991) p. 970.

²⁹ La construcción monista cuya defensa últimamente ha tomado a cargo JIMÉNEZ, *cit.*, parte de la idea de que el ejercicio de toda acción real lleva consigo la de anulación del título del contrincante pero eso no era así con la entrada en vigor de Ley Hipotecaria. Y no era así, porque como resulta del 23 (y ratifica el 35) los títulos no inscritos no perjudican a tercero por lo que, cuando no están inscritos, carece de sentido solicitar su anulación ya que a los efectos legales no existen, es decir, carecen de fuerza real frente a terceros. En consecuencia salvo el caso de aquellos títulos que no tienen otro efecto que el anulatorio o resolutorio (34.1) en que la petición de anulación o resolución es inevitable porque ese y no otro constituye su efecto típico, los demás para producir efecto reivindicatorio (o declarativo del derecho) no precisarían de la formulación de esa petición.

^{29 bis} Esta situación estaba prevista y resuelta por el Derecho de Partidas (cfr. *Par.* 5,5,50 *in fine*): en caso de conflicto entre pretendientes por doble venta de cosa ajena decide entre ellos la posesión pero resultan vencidos ambos por el *dominus* que comparece. *Códigos españoles cit.*, p. 618. La venta de cosa ajena de buena fe es válida: *Par.* 5,5,54: *pero si el este comprador a tal ouo buena fe quando compro la cosa, no sabiendo que era ajena, mas cuidando que era de aquel que gela vendió; entonces puede ganar por tiempo el señorío della* (...). *Ibidem, cit.*, p. 622. Al mismo supuesto de posible conflicto entre títulos válidos se refiere el artículo 391 de la Ley que sigue el principio que regía en las Contadurías: «Las inscripciones que se verifiquen (en el plazo de un año) (...) no surtirán efecto en cuanto a tercero sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones o gravámenes a que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad (...). Si constare (...) se retrotraerán los efectos (...) a la fecha en que se hayan adquirido por el dueño». Cfr. *Leyes hipotecarias, cit.*, 1 p. 389.

³⁰ La suspensión del principio de cierre, tal como constaba recogido en el 17 de la primera ley (y la actual); resulta del artículo 35 del Reglamento que permitía y amparaba así las inscripciones con efecto retroactivo: LA PROHIBICIÓN DE INSCRIBIR TÍTULOS DE FECHA ANTERIOR LA DEL ÚLTIMO INSCRITO en el registro, contenida en el artículo 17 de la ley, se entiende SIN PERJUICIO de la FACULTAD que según la misma ley tengan los dueños (...) PARA REGISTRAR EN PLAZOS DETERMINADOS, LOS TÍTULOS que

oportunamente NO se hubiesen PRESENTADO EN EL REGISTRO (...). Leyes hipotecarias 1 *cit.*, p. 403.

³¹ Decía la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1869, presentada por el Ministro Sr. Romero Girón: Lo más interesante para el crédito territorial es poner término al periodo de transición (...). Cuando dicho periodo que solo debía ser de un año dura ya más de seis, nadie podrá quejarse con fundamento de que cerrara inmediatamente. Sin embargo, tomando en consideración que por no haberse determinado el tiempo de la segunda prórroga (!), pueden haberse descuidado algunos en llevar sus derechos al registro, confiados acaso en que dicha prórroga no concluiría tan pronto o en que se concedería otra por el poder legislativo, se ha estimado conveniente fijar un último y preciso término, si bien muy corto (...). Justifican la diferencia de tiempo (...) para obtener mayor seguridad (...) lo cual no sucederá *mientras puedan registrarse derechos con efecto retroactivo* (...). *Leyes hipotecarias, cit.*, 1, pp. 475 y sigs.

³² Las inscripciones contradictorias estaban permitidas expresamente en el artículo 35 del Reglamento y 391 de la Ley: cfr. nota 30 y 18. Sería un caso parecido al del que hoy llamaríamos de doble inmatriculación. De volver cada titular a transmitir de nuevo la cosa y producirse conflicto no decidía la fe pública. Dicen con acierto GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2 p. 369 que, aun siendo el título nulo o falso, no sería nunca aplicable el 34.1 porque, falta el requisito de la no inscripción para que el que contrató con el adquirente en virtud de título falso o nulo, pueda estar comprendido en (...) 34. Cfr. nota 29.

³³ El artículo 392, a contrario, dispone que, pasado el periodo de suspensión, el título inscrito no perjudica ni favorece (aprovecha) a tercero sino desde su fecha. La causa es sencilla. Perjudica, desde la fecha del asiento y no otra, a los terceros (con títulos) no inscritos (23) y también inscritos (con posterioridad) (25 y 34.2). Aprovecha a los terceros pues a los que con título, inscrito o no, contratan con titular inscrito ya que, sin inscripción no hay efecto real. Por tanto solo se puede adquirir derecho real de titular inscrito. En particular, como resulta *a contrario* del artículo 333 del Reglamento, aprovecha a quienes con títulos no inscritos, invoquen los inscritos en apoyo de un derecho diferente que no dependa del acto o contrato (inscrito). En este último caso, por disposición del citado 333 del Reglamento, no juega la prohibición del 396 de la ley, que desarrolla y matiza el citado 333, de admitir en los Tribunales u oficinas documentos no registrados (anteriores o posteriores a 1863): *Leyes hipotecarias, cit.*, 1 p. 450.

³⁴ Las palabras del 392, desde su fecha, hay que interpretarlas en relación al 391 —a cuya doctrina se opone (la fecha que decide es la del asiento, no la del título)— que admitía inscripciones con efecto retroactivo, es decir, con eficacia retrotraída a la fecha del título inscrito o al del causante que transmitió el derecho. En el periodo transitorio como en las Contadurías decide la fecha del título (o del título de su causante) a la que debe remontarse la del asiento (art. 391). Por tanto, en estos casos, la fecha del asiento, será la propia de este mismo o —es lo importante— la del título, si fuese, la de este, más antigua.

³⁵ Sino desde su fecha: por tanto si solo un título se inscribe, sea en el periodo transitorio o concluido este, vencerá al contradictorio anterior que no se registró. Esto es, concluido el plazo no caben inscripciones con efecto retrotraído a la fecha del título o de el del causante o transmitente. Por dos razones: una porque lo dice el 392 y, otra, porque la inscripción previa, transcurrido el año, al entrar en acción el efecto cierre (art. 35 del Reglamento) impide la inscripción de contradictorios y por tanto pueda ampararse en el 391.

³⁶ Estamos ante un caso híbrido. 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. Si nos atuviésemos exclusivamente a la condición de no inscritos de estos entraría el 23 y la acción no podría prosperar. Si nos centrásemos únicamente en que el vicio es de nulidad la acción debería admitirse con arreglo al 33. La solución legal es también híbrida y así se admite que, contra el 32, título no inscrito puede perjudicar a otro inscrito y, contra el 33, que únicamente resuelva el viciado y nada más que este (no los posteriores que de él traigan causa: art. 34.1).

³⁷ Hay que convenir con SANZ, *Instituciones* 1 p. 411 cuando dice que para los monistas, el 32 (entonces 23) es un precepto inútil. Solo una superficial consideración del sentido de la palabra causas (en el vigente 34) llevaría a echar de menos la referencia a títulos anteriores, ya que precisamente una de esas causas que no constan en el registro es precisamente el título no inscrito. Completamente de acuerdo. Lo que quiere decir —en caso de doble venta— que, dejando ahora de lado el artículo 40 de la ley actual, introducido en 1944, antes de esa fecha, para que la reclamación del que no inscribe no pueda prosperar, había que cumplir con los dos requisitos del 34.1. Uno, que el titular no inscrito con fundamento en su título (no inscrito) pretenda ANULAR O RESOLVER otro inscrito; y, dos, que ese otro inscrito que se impugna sea precisamente EL DEL OTORGANTE, de su contrincante y no el de este mismo. Pero, de exigirse la concurrencia de estos dos requisitos, especialmente el último, el 34.1 sería un precepto completamente inútil (insisto, en caso de doble venta o en general en el caso de doble transmisión o transmisión de finca gravada por el propio transmitente). Porque ¿cómo podría el comprador no inscrito pretender la anulación del título del otorgante, —es decir, del causante de su contrincante— sin destruir, de tener éxito, AL MISMO TIEMPO el título de su *auctor* y por tanto el fundamento del suyo y de su propia pretensión? En efecto, ese causante (otorgante), contra el que, para que opere el 34, hay que dirigir la acción de anulación, sería también su propio causante, es decir, no solo de su contrincante sino también suyo.

³⁸ Mucho peor, si se sigue a los monistas del 34 y se acepta por tanto la irrelevancia del 23, dado que, desde 1869, la sanación que produce la fe pública exige de las notificaciones que introdujo la Ley de Reforma de ese año y es operativa solo frente a posibles vicios de los títulos de quienes precedían en la cadena del tracto al titular inscrito —únicos cuyo domicilio constaba en el registro— resultaría que el 34 no podría proteger frente a títulos de titulares no inscritos con lo que el 34 sin el 23 quedaría completamente cojo a partir de 1869. Decía el artículo 34.2 (redacción de 1869) la notificación se realizará, a los anteriores adquirentes que tuviesen *registrado* su derecho. En consecuencia, para liberarse de los derechos no inscritos no serviría el 34 ni sus notificaciones y habría que acudir al expediente de liberación con lo que la defensa frente a títulos no inscritos (a pesar de estar vigente el 23) solo podría conseguirse mediante el citado expediente de liberación; NUNCA, desde luego, A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA. Es decir, si fuese cierto que el 23 se hizo inútil al ser absorbido por el 34; por su parte, el 34 se VOLVIÓ todavía más inútil para defender al titular inscrito frente a títulos no inscritos ya que, sin notificación a los perjudicados, el 34 por sí solo era desde 1869 inoperante para conseguirlo. Por tanto el que absorbió la función del 23 no fue el 34 sino que sería el 365 que amplió a esos casos el, expediente de liberación de cargas y gravámenes» con efectos equivalentes al viejo procedimiento de purga (de que habló en su día CÁRDENAS que lo introdujo para tapar un agujero que subsistía provisionalmente: esto es, para acabar con los derechos ocultos durante el periodo transitorio y, transcurrido este, con ciertas hipotecas tácitas o derechos antiguos a las que respetó la nueva ley). Dejando a salvo SANZ, *Comentarios a la nueva ley hipotecaria* (1945) p. 498, nadie insiste sobre la desactivación del principio de fe pública desde 1869 hasta la reforma de 1944: a partir de ese año, dice SANZ, la «finalidad del expediente de liberación anterior no era preciso cubrirla mediante expediente de liberación, toda vez que la cumplía por sí misma la fe pública registral. Un hecho decisivo para entender la evolución del sistema: v. PARDO, *Purga y fe pública*, cit., 149. Según FERNÁNDEZ NEGRETE el expediente de liberación de cargas de 1861, que hipertrofia la reforma de 1869, vigente hasta 1944, era un, medio que es imitación del que inventó en Francia el Edicto de 1771. Es lo que los franceses llaman la purga, que es un sistema de LIBERACIÓN: v. *Leyes hipotecarias 1-2*, cit., p. 300. La comunicación entre el Ministro de entonces y CÁRDENAS era muy fluida no solo en este punto sino sobre el sentido y alcance del 23.

³⁹ Artículo 309 del Reglamento: Dentro del año siguiente al día en que empiece a regir la ley, se podrán deducir las demandas que procedan, según la legislación anterior, y tengan por objeto o resultado invalidar títulos inscritos en virtud de otro 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. Leyes hipotecarias 1, *cit.*, p. 447.

⁴⁰ En resumen, pasado el plazo de suspensión, solo caben demandas, por anulaciones, en virtud, de derechos que correspondan, según la anterior (antigua) legislación, entre titulares inscritos. Así lo confirma el 396 de la Ley pensado para ese periodo esencialmente y que desarrolla el 309 del Reglamento antes transcrito (cfr. nota siguiente).

⁴¹ El artículo 396 en efecto está incluido en el título 14 de la ley que lleva el epígrafe de la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la ley por lo que parece una norma que tiene por objetivo fijar el Derecho transitorio. Según la Exposición de Motivos no fue totalmente así (cfr. núm. 28). La clave está en las palabras, sujetos a inscripción. Sujetos a inscripción indica que no están todavía inscritos y coordina perfectamente con el 392, 23 y 34.2: no se admiten demandas o reclamaciones contra terceros con títulos no inscritos sino previa inscripción del propio. Busca incentivar la inscripción de títulos todavía pendientes de inscribir denegándoles protección judicial y administrativa. No se trata de inoponibilidad, sino de oponibilidad. Cfr. LA SERNA, *cit.*, p. 647 (v. nota 92) y p. 622: no sería justo que el derecho anterior no inscrito fuera anulado por el posterior que tampoco lo estuviera. La prohibición (que no salva el caso de pedirse la anulación del título inscrito por titular no inscrito, vía 33 y 34.1) no tiene sentido durante el periodo transitorio en que no hay cierre registral y por tanto pueden hacerse valer contra títulos inscritos otros no inscritos; cosa que aunque posible en el año anterior, era completamente imposible transcurrido este. Como veremos para las primeras inscripciones (y solo para ellas) se cerraba el paso, transcurrido el año, al ejercicio por titular no inscrito (anterior a 1863) de todo tipo de acciones contra titular inscrito: es decir, no solo de acciones reales *parte rei* sino también las resolutorias con efecto anulatorio o real *parte personae*. Para las sucesivas inscripciones, en cambio, no; ya que prosperaban estas últimas (34.1) dejando a salvo la fe pública: cfr. nota siguiente y 44. El párrafo del artículo 333 del Reglamento, aunque dichos documentos no se puedan ya registrar (es decir, pasado el plazo del año), confirma que el 396 se redactó pensando fundamentalmente en el periodo transitorio lo que explica su inserción en el título 14 de la ley.

⁴² Así lo entendió y refrendó el importante artículo 309 del Reglamento ya visto, que se ocupaba de las, demandas que procedían SEGÚN LA ANTERIOR LEGISLACIÓN. En cambio para los títulos de fecha posterior regiría el 34.1. Resulta *a contrario* del mismo 309.2 que remachaba que solo TALES DEMANDAS (es decir, las que procedían con arreglo a la legislación anterior, no la posterior) eran las que, pasado el año, estaban prohibidas. Hay que insistir que, para esas posteriores, correspondía estar al 34.1 que las permitían y solo no prosperaban cuando un tercero hubiese adquirido del titular inscrito (contra el que se dirigía la demanda) y la causa que producía la anulación no resultaba claramente del Registro. Así corresponde deducirlo también de la anotación preventiva de demanda del 42.1 de la Ley Hipotecaria.

⁴³ El núcleo de la cuestión está en la conversión de los asientos de Contadurías en inscripciones y por tanto la traslación de los efectos de los asientos en los nuevos libros a los antiguos. Lo que tenía gran importancia a la vista del 34.2 de la ley: solo los títulos inscritos perjudican a terceros inscritos. Por una parte se mantiene la eficacia anulatoria respecto a otros posteriores de los títulos inscritos, no solo en los nuevos libros sino en los antiguos. Pero, por otra parte, cfr. nota siguiente, respecto a los no inscritos se les priva de fuerza anulatoria —pasado el año de suspensión de eficacia de la ley— frente al titular inscrito, aunque sea el suyo el primer asiento y por tanto no constase inscrito el de su causante. Se pone plazo de caducidad al ejercicio de anulaciones que procedan en virtud de títulos no inscritos. Coincide con el trato que se da en el periodo transitorio a las acciones de resolución por razón de los artículos 16, 36 y 144. Aunque la reforma fuere de eficacísimos resultados para el porvenir, no produciría desde luego todos los que se apetecen, si no procurase que se arreglaran a su sistema los contratos y actos anteriores a ella. Esto la hace ya ofreciendo estímulos a la inscripción, ya NEGANDO FUERZA CONTRA TERCEROS A LOS TÍTULOS QUE EN CONTRAVENCIÓN A LAS LEYES ANTERIORES DEJARON DE INSCRIBIRSE, mientras no se subsane el defecto Y ENTONCES SOLO DESDE LA INSCRIPCIÓN: Leyes hipote-

carias 1 *cit.*, p. 238. Cfr. nota siguiente. Pasado el año de suspensión, y fuese uno el asiento practicado, no hay necesidad de doble transmisión e inscripción para enervar la fuerza de los títulos no inscritos (frente a los inscritos).

⁴⁴ Cfr. artículo 308 del Reglamento de 1861: La disposición del artículo 34 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 (el año de suspensión de los efectos de la ley) y «también en cuanto a aquellos que inscribiéndose en dicho plazo, deban surtir efecto desde la fecha de la inscripción». Leyes hipotecarias *cit.*, 1 p. 447. Es decir, procede exclusivamente durante un año la resolución de título inscrito, por razón de otro anterior no inscrito, sea el de su causante u otorgante (nulo por vicios intrínsecos) o el de un tercero que produzca la nulidad de este (esto es, el del causante u otorgante). En el régimen de las antiguas Contadurías, al contrario, la resolución procedía en cualquier tiempo siempre que antes de entablar la acción se inscribiese el título que la fundamentaba. ¿Y si el del otorgante (cuya anulación se pedía) constaba inscrito en las contadurías? Dicho de otro modo: ¿La anulación del antecedente inscrito en las Contadurías arrastraba al consiguiente también inscrito en ellas? Si procedía por razón de título no inscrito, solo durante el año siguiente a la entrada en vigor de la ley o, de haberse inscrito en plazo en los nuevos libros, no procediese retrotraer su eficacia a fecha anterior a la del anulado. En consecuencia, pasado el año como no cabía la inscripción del título causante de la invalidez fuese el del otorgante, o el de un tercero, los títulos sentados en las contadurías (fuesen o no primeras inscripciones) se volvían inmunes (frente a posibles causas de nulidad que no derivasen de su propio título) exactamente igual que los inscritos en los nuevos libros. A no ser, claro está, que la resolución —v. artículo 34.1— procediese por causas, que derivasen no del propio título sino de otro distinto y este constase inscrito (es decir, resultasen del propio Registro).

⁴⁵ Tercero a secas: nada se dice de que adquiera de titular inscrito. Artículo 358: 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 empieza a regir la misma ley, si antes de hacerlo no han prescrito. Nótese que nada dice del 34 ya que la resolución por anulación tiene régimen específico en la ley (art. 34) y, para el periodo transitorio, en su reglamento 309. V. Leyes hipotecarias, *cit.*, 1 p. 384. Tener muy en cuenta la distinción de GREGORIO LÓPEZ, que asume LA SERNA, y que se recoge en la nota 5.

⁴⁶ Artículo 359: Si los derechos a que se refiere el artículo anterior, no fueran exigibles dentro del año, por no haberse cumplido la condición de que dependan, podrá el que los tenga a su favor pedir que se los asegure con hipoteca especial, la misma persona obligada y en su caso el tercer poseedor de los bienes que llevan consigo la obligación. *Ibidem, id.* Durante ese plazo con arreglo al Derecho de Partidas —inoperante la de Contadurías: cfr. nota— los títulos no inscritos producen efecto frente a tercero que por tanto está vinculado como la parte. Tercer poseedor porque, con arreglo a las normas generales de derecho transitorio, al respetarse durante el año los derechos adquiridos con arreglo a la legislación anterior, si las acciones resolutorias por rescisorias perjudican al titular inscrito, con más razón perjudicarán al no inscrito.

⁴⁷ Artículo 360: Transcurrido el término del año, sin haberse hecho uso de las acciones resolutorias o rescisorias que se refiere el artículo 358 o sin haberse obtenido la garantía de que trata el 359, no se podrán ejercitar las expresadas acciones en perjuicio de tercero, como no se haya asegurado el derecho con hipoteca especial. Leyes hipotecarias, *cit.*, 1 p. 385. No exige que el tercero adquiera de titular inscrito. Lo confirma el que, al contrario de lo que por ejemplo pasa en el 34 del Reglamento, el 360 no mande inscribir el título del que deriva la acción (del 16, 36, 144) —de ser así se cumpliría con el requisito de las dos inscripciones del 34— sino que dé solo dos opciones: una, que ejercite judicialmente la acción; dos, que constituya hipoteca.

⁴⁸ Artículo 347: Los que a la publicación de la ley tengan alguna hipoteca legal de las no exceptuadas en el artículo 354, podrán exigir en el término de un año, que la persona

obligada por dicha hipoteca constituya e inscriba en su lugar una especial suficiente (...). Artículo 350: Transcurrido el año prescrito en el 347, no podrán exigirse la constitución de hipotecas especiales en sustitución de las legales sino los que tengan derecho a ello con arreglo a esta Ley. Artículo 351: Tampoco surtirá efecto contra tercero, transcurrido el año, ninguna hipoteca legal no inscrita, con exclusión de las comprendidas en el referido 354. Decía LUZURIAGA en su intervención en el Senado: tampoco surtirá efecto transcurrido el año, ninguna hipoteca legal no inscrita con exclusión de las comprendidas en el referido artículo 354 (...); las hipotecas legales comprendidas en el artículo 353 quedan extinguidas al año si no han sido inscritas y las del 354 no: Leyes hipotecarias 1.1, *cit.*, p. 14.

⁴⁹ Lectura difícil es la del artículo 366: bajo apercibimiento de que no haciéndolo 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. *Ibidem*, p. 386. Nada se dice de qué ese tercero para serlo deba haber adquirido de titular inscrito e inscribir. Pero aun entendiéndole así (poniendo en relación la palabra «después» con el artículo 382 de la ley) no hay que olvidar que las cargas que se purgan con el expediente de liberación, porque son cargas de origen legal y tácitas, se tienen a todos los efectos como si estuviesen inscritas (arts. 354 y 355) y durante el periodo transitorio también las que no lo sean (353 y 358) y, por tanto, con arreglo a las reglas generales, SOLO SE EXTINGUEN POR SU CANCELACIÓN y únicamente EN CUANTO A TERCERO (cfr. art. 77 de la ley). Por tanto se necesita para que la liberación sea efectiva, primero, la práctica de la cancelación, y, después, la transmisión del derecho liberado a un tercero, inscriba o no.

⁵⁰ Como estamos viendo, en los supuestos de primera inscripción inmatriculadora, prevalecerá, en cambio, su condición de no inscrito y pasado el plazo de suspensión no se admitirá que prospere con fundamento en él la reclamación por nulidad ya frente a primera inscripción. La doctrina que rechaza esta interpretación no valora el plazo de suspensión de efectos de dos años (y la publicación por edictos) como justificación de la eficacia reforzada del asiento de inmatriculación. Parece así que nada importa que haya dejado pasar un año (hoy dos) sin protestar el que no inscribe y permite que lo haga su oponente a pesar de haber sido advertido por activa y por pasiva de los peligros que corre (por la ley directamente y los oportunos edictos). Incluso aunque, como en la ley de 1861, desaprovechase la oportunidad que en ese plazo (aplazada también durante el año, la entrada en vigor del art. 17 de la Ley por el 35 del Reglamento) se le concedió para, a pesar de habérsele adelantado otros oponentes, inscribir su derecho sin perjuicio alguno. Pero obviamente, hoy como ayer, siempre que uno, advertido convenientemente, deja pasar un plazo de gracia para cumplir sin castigo su deber de inscribir, tanto mayor será su culpa si se le adelanta otro. Es precisamente la suspensión de efectos y por tanto la posibilidad de impugnar el asiento del derecho inscrito por terceros no inscritos, lo que da su impronta especial o típica al asiento de inmatriculación: cfr. nota y lo que allí se dice.

⁵¹ Según LA RICA, *cit.*, p. 721 las inscripciones primeras nunca gozaron en la ley de 1861 de la fuerza que se reconocía a las siguientes. En su opinión se fueron admitiendo excepciones al principio de tracto sucesivo para que pudiese ingresar en el Registro la propiedad que no lo había hecho. Aprovecha JIMÉNEZ, *cit.*, p. 397, para recordar que solo tras la reforma del 20 por la ley de 1869 fue posible inscribir títulos posteriores a 1 de enero de 1863 sin necesidad de previa inscripción del causante, anterior a esa fecha. De ahí concluye que «fuera del caso de derecho transitorio (...) no podía inscribirse título posterior a 1 de enero de 1863 sin que estuviese previamente inscrito el título del transmitente (...) por lo que no es posible imaginar que se estableciese en la LH un principio que fuese especialmente protector de las primeras inscripciones, como lo es el principio de inoponibilidad». Parece entender esta autora que el legislador partía de la premisa de que, a partir del citado uno de enero, los propietarios llevarían sus títulos anteriores a esa fecha solo para acompañar los de transmisiones posteriores y cuando estas se produjesen. Basta leer los artículos 391 y 392 de la ley para concluir que no era así en absoluto. Más bien el legislador pensaba que, por la cuenta que les traía, los propietarios registrarían sus títulos anteriores a 1863 inmediatamente, sin esperar a transmitir

la finca de nuevo. Cfr. también el artículo 318 del Reglamento de 1861 y epígrafe del título 14 de la ley: Leyes hipotecarias 1.1, *cit.*, pp. 448 y 384.

⁵² Dice SANZ, *Instituciones* 1 *cit.*, p. 374, que entre los presupuestos de un sistema de fe pública está el de que el registro comprenda la historia de las transmisiones y gravámenes del dominio de una finca, de manera que se pueda formar una vida aparente del inmueble frente a la vida extra-registral del mismo. Dicho en *román paladino*, los títulos se ordenan no por personas o fecha de presentación, siguiendo un orden cronológico, sino lógico de modo que los adquirentes de hoy serán los transmitentes de mañana. Es decir, por fincas de modo que el folio, con arreglo a los principios de tracto, y cierre, no publique nunca simultáneamente titularidades contradictorias. Por su parte afirma PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario* (1982) p. 599, que el legislador de 1861 ideó un sistema de protección que amparaba a terceros que adquiriesen de persona el registro publicase como titular y por tanto con facultades para transmitir. «Por ello no podía interesar un sistema de protección de terceros que demuestre su substantividad solo en situaciones anómalas o transitorias: en los casos de primera inscripción (por no inmatriculación o por interrupción del tracto)». Pero en el caso de doble venta o transmisión no hay inmatriculación ni interrupción del tracto y sin embargo no sirve, como vimos, el 34. El 34 exige que se ejercite una acción de nulidad pero en caso de doble venta el único título susceptible de ser pedida su anulación —descartado el del causante común— es el del comprador rival lo que subsumiría el caso en supuesto del 33 y no del 34. Por lo demás es absurdo que pensase montar el legislador el tracto en el nuevo registro sobre los asientos de las antiguas Contadurías cuando en estas no existía tal tracto y por tanto ni se vigilaba ni guardaba. En ellas los asientos estaban sueltos, todos por decirlo así eran formalmente primeras inscripciones ya que se ordenaban cronológicamente: el tracto formal no era principio del sistema por tanto su cumplimiento excepción y su interrupción la regla. En cambio, el tracto material, cuando se llevaban todos los títulos referentes a un inmueble al Registro, era reconstruible mediante una paciente labor de búsqueda. Los títulos no se agrupaban por fincas ni, por tanto, engarzaban unos con otros, como ahora, en la hoja de cada una de ellas siguiendo un orden estrictamente lógico. Cabían inscripciones de títulos aislados, de consiguientes antes que antecedentes y, lo que es peor, incompatibles. Por tanto, cuando era posible reconstruirlas con gran esfuerzo, podíamos encontrarnos con cadenas interrumpidas o contradictorias. Cfr. nota 32. Siendo las cosas así, habiendo en muchos casos asientos aislados, tractos contradictorios e interrumpidos, no se ve por qué iba a dispensarse a las primeras inscripciones en los libros del nuevo registro peor trato que a las extendidas en el antiguo ¿Cuál sería el fundamento de la mayor fuerza jurídica de estas? No evidentemente el tracto.

^{52 bis} El principio de tracto se recogió por primera vez en el artículo 1820 del proyecto de Código Civil. Y fue recogido por el artículo 16 del Real Decreto, expedido por el Ministerio de Hacienda, de 26 de noviembre de 1852 proscribiendo a los escribanos que otorgaran documento sin que constase haberse inscrito el documento de que resultasen. En otro lugar hemos expuesto los gravísimos inconvenientes de esta disposición y la alarma que produjo (...) venía en último resultado a imposibilitar la enajenación de la propiedad en la mayor parte de la Monarquía, a hacer de hecho inalienables fincas cuyo dominio por descuido, trastornos políticos, incendios, robos, vicisitudes políticas o del mismo transcurso de los siglos no podía probarse escriturariamente (...) lo que decidió al Gobierno algunos meses después, en 19 de agosto de 1853, a dejar en suspenso por entonces el citado artículo 16, aplazando el examen de la cuestión para resolverla en la Ley Hipotecaria»: LA SERNA, *cit.*, p. 549. Sabido es, que antes de empezar a regir la Ley Hipotecaria se tomaba razón en las contadurías (...) sin tener en cuenta (la) validez o nulidad y sin exigir que constase registrador a favor del que transfería o gravaba, como el artículo 20 de aquella previno: GALINDO, *cit.*, p. 369.

⁵³ El Tribunal Supremo comprende en el 1473 a, todo contrato con finalidad traslativa a título oneroso: RUBIO, *La doble venta y la doble disposición* (1994), pp. 187 y sigs. Cfr. Sentencia 17 de diciembre de 1984.

⁵⁴ Leyes hipotecarias 1 *cit.*, p. 249: conviene repetir el párrafo de la Exposición de Motivos que hace esta decisiva afirmación: Las innovaciones que con este motivo ha introducido la

Comisión se refieren a (...) a las rescisiones (...) POR HABERSE VENDIDO Y ENTREGADO A UN SEGUNDO COMPRADOR LO VENDIDO ANTES A OTRO. Es decir, compete al primer comprador una rescisoria contra el segundo comprador que compra aunque haya tomado posesión. Esa rescisoria efectivamente existía en el Derecho tradicional, esto es, en el Derecho de Partidas y se limitaba según Gregorio López al caso de que el segundo comprador conociese la compraventa del primero: *sed limitare potest, quod propter scientiam remptoris de prima venditione, competat primo emptori actio revocatoria ad revocandum alienata in fraudem ut dixit sigulariter Bald. in rubr. C. de revocand. his quae in fraud. credit. alien. sunt, in princ. et probari videtur in Gloss. in verbo iure, in dict. 1. quotiens, ubi Alberic. et Jaso. 9. opposit., quod intelligerem, quando constaret de scientia emptoris secundi de prima venditione tempore secundae venditionis*. V. GREGORIO LÓPEZ, Comentario a Partidas, 5,5,50, en Los Códigos españoles, *cit.*, 3 p. 618. Cfr. también nota 29 y 102.

⁵⁵ El artículo 23 (hoy 32) no protege contra la nulidad del propio título: tanto es así que si la venta anterior no inscrita produjese en caso de doble venta la anulación o resolución de la inscrita, con arreglo al 33 y el 34.1 a contrario no pertenecería nunca al segundo comprador por mucho que inscriba su título (e incluso hubiese adquirido de titular inscrito: causante común de ambos compradores). Lo único que interesa, para que pueda imponerse con arreglo al 23 y 1473.2 es que el título inscrito del segundo comprador sea válido Y por ello poco importa que se alegue que en la doble venta el que compra en segundo lugar pero inscribe adquiere válidamente *a domino* como que se diga que es un comprador de cosa ajena ya que la venta de cosa ajena se entiende de modo abrumadoramente mayoritario que es válida. Solo si se entendiese nula no podría ser protegida por el 23 (1473.2) por qué lo vedaría el 33. Pero en ese caso tampoco podría servir el 34 que protege contra la nulidad del título del otorgante (causante), pero no del propio. Es por ello completamente lógico que, cuando el Tribunal Supremo, en una interpretación correctora del 1473, tachaba de nula, por falta de objeto, la segunda compra, caso de que hubiese un lapso temporal significativo entre ambas; no concediese amparo al titular inscrito ni por el 23 ni por el 34 y aplicase en cambio el 33.

⁵⁶ En este caso el titular no inscrito no pretende anular o resolver el título del otorgante (requisito imprescindible para que opere el 34.1) sino el de su rival: ¿Cómo iba a querer anular o resolver el del otorgante (causante común) si para fundamentar su pretensión y triunfe su reivindicación debe apoyarse precisamente en él? Se entiende que por esta razón Hermida, que es monista, y exige doble inscripción para ganar protección del registro, mantenga el 32 y 13 como autónomos frente al 34 en estos casos. Existe inscripción constitutiva en su opinión no solo cual la ley lo dice como por ejemplo en el 145 (para el caso de hipoteca) o en el del 34 (una *a domino* y otra *a non domino*) sino en el del 32, 13 de la ley y 1473 y 606 del Código en que, al contrario que en el 34, la impugnación del titular no inscrito no se dirige contra el título del causante o *auctor* del titular inscrito (34.1), sino contra el de este último.

⁵⁷ Es coherente con su propia posición HERMIDA LINARES cuando sostiene que: A) existe inscripción constitutiva no solo en el caso de la hipoteca sino también en los del 34 (ahora bien en la primera *a domino* y la segunda *a non domino*) (la primera no expropia; segunda, si). B) Es constitutiva también la inscripción del 32 (hay que entender *a domino*) cuando se da prevalencia al que inscribe primero, en caso de transmisión de usufructo de finca gravada con servidumbre no inscrita (y, por extensión, habría que concluir también en caso de doble venta o transmisión de un mismo derecho). M. HERMIDA LINARES, El Derecho inmobiliario español. Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad en RCDI 280 (1951) pp. 648 y 729-730.

⁵⁸ Leyes hipotecarias 1 *cit.*, pp. 237-238.

⁵⁹ *Ibidem*, *cit.*, pp. 341-342.

⁶⁰ *Ibidem*, *cit.*, p. 253. El artículo 1473 del Código Civil vigente en caso de doble venta de un mismo inmueble a diferentes personas establece que *la propiedad pertenecerá al adquirente* que antes haya inscrito en el registro. *Es un precepto atributivo de propiedad*. La inscripción es en este caso modo de adquirir el dominio (por ley, art. 609) *in loco traditione*. NÚÑEZ LAGOS, *El registro*, *cit.*, p. 159.

⁶¹ Se sorprende A. MONSERRAT VALERO, *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario* en RDP 6 (2001) 513 de que, con arreglo al 34, cuando se trata de segunda inscripción, los dualistas exijan sin remordimiento alguno, para enervar las acciones de anulación o resolución, el cumplimiento de requisitos que dispensan cuando se trata de la inscripción primera de inmatriculación. Pero, primero, ninguna inscripción ni siquiera de inmatriculación sana los vicios del propio título; proceda la anulación o resolución por razón de este mismo (vicios intrínsecos) o por razón o «en virtud» (así resulta en la ley actual del terminante mandato del 33; *al contrario que la ley de 1861 durante el periodo de suspensión a la vista del 309 de su Reglamento*) de títulos sujetos a inscripción y no inscritos (revocación testamento anterior; derechos de preferente adquisición, sentencia incapacidad, etc.). Segundo, en el caso del inmatriculante, cuando la acción de impugnación se ejercita en el plazo de dos años de suspensión durante el periodo transitorio y se dirige ya no contra él (por supuesto, los posteriores) sino contra cualquiera de sus causantes por vicios de los títulos de estos. No hay duda por lo que a este último caso respecta que el procedimiento de inmatriculación (incluso del 205 vigente) es mucho más riguroso que el ordinario. A lo que parece la suspensión de los principios de prioridad, tracto, cierre y oponibilidad durante un plazo prolongado no parece importar nada. El titular inscrito vence en este caso porque su oponente, pudiendo, ha dejado pasar dos años sin hacer valer su derecho a pesar del asiento efectuado, y la publicación de la ley (hoy de los edictos oportunos). Su desidia por tanto le hace doblemente culpable.

⁶² Dice HERMIDA que en el Derecho inmobiliario español existen dos formas de adquirir la propiedad: una forma superior (la fe pública registral) y otra inferior (la tradición) porque es vencida por la primera caso de enfrentarse a ella. HERMIDA, *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles en RCDI 457 (1966) pp. 1487 y sigs.* En realidad, por tanto, lo que viene a decir es que la inmatriculación es un acto clave porque saca a la finca del mundo civil y la introduce en el registral. Ahora bien para valorar la eficacia del asiento de inmatriculación hay que valorar el rigor del procedimiento que la produce en consonancia con el principio de teoría de la organización que condiciona la fortaleza del efecto de un acto al rigor del procedimiento de que surge.

⁶³ Lo que habría que explicar más bien es que el 23 no opere cuando estamos ante un caso de nulidad y por tanto, a pesar de no constar inscrito el título, en cuya virtud, procede anular el inscrito, prospere la acción entablada. Dejando de lado este caso —en que como sabemos la solución de 1861 fue distinta— es obvio, sin embargo, que con arreglo a los conceptos generales no es lo mismo la compra nula de cosa propia (del transmitente) que la venta válida de cosa ajena (que no le pertenece). El Derecho civil no trata del mismo modo la venta nula y la venta de cosa ajena que, como demuestra el caso de evicción, es algo perfectamente posible e incluso, en muchos casos, inevitable (por muy buena voluntad le echen las partes). Sobre la venta de cosa ajena tenemos ahora el magnífico estudio histórico-jurídico, ya citado, de MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa ajena, cit.*

⁶⁴ Al respetarse íntegramente durante el plazo del año los derechos adquiridos, constasen o no inscritos en las Contadurías, las dobles, triples, múltiples cadenas causales que podían salir de semejante «sopa» jurídica hicieron inevitable, para clasificarlas y decidir cuál era mejor en derecho, recurrir al principio de prioridad y explica que se mande estar a aquella cadena cuyo título/origen fuese más antiguo: v. artículo 391 en nota 18. Pero si vencía el título con inscripción que, por efecto retroactivo, debe tenerse por más antigua, cuando fueron varios los inscritos durante el periodo transitorio, con más razón vencerá, agotado este, en caso de doble venta, el único inscrito o inscrito a secas: artículo 38.4. Entra solo uno ya que, pasado el año, como vimos más arriba (cfr. nota) rige el principio de cierre (art. 35 del reglamento).

⁶⁵ *Leyes hipotecarias cit.*, p. 249. V. nota 54.

⁶⁶ Cfr. transcripción del original latino en nota 54.

⁶⁷ Contra E. LALAGUNA, *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil*, en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1 (2009) p. 400. A. PAU, *Comentario al artículo 606*, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del*

Código Civil, 1 (1991), p. 1536, reduce el valor del asiento, en el caso del 1473 del Código, al de conflicto entre ventas no traditorias; en otro caso entra el 34 de la Ley.

^{67 bis} Conviene recordar que el hecho de que el Registro proteja al adquirente a título lucrativo o de mala fe (que tanto escandaliza aquí) es efecto perfectamente normal en Italia o Francia. V., por ejemplo, artículo 2544 del *Codice civile*. Es por ello ridículo argumentar que el conocimiento del segundo comprador, que inscribe primero, de la compra anterior vuelve ilícita forzosamente la causa de la suya: franceses e italianos tienen precepto equivalente al 1275 de nuestro Código y no ven la causa ilícita y no la ven porque tienen precisamente un precepto equivalente a nuestro 32. La adquisición del segundo comprador que inscribe es derivativa, el segundo adquirente que ha transcrito antes es adquirente a domino y esto explica precisamente la irrelevancia de su buena o mala fe: MENGONI, *L'acquisto a, non domino*, 1949, pp. 131 y sigs.

⁶⁸ Aunque no tenga siempre la misma firmeza, son insistentes —solo por citar su comentario al 34— los pronunciamientos en este sentido de LA SERNA, *cit.*, p. 622: no pudo conocer por los libros; en esto se sigue que el espíritu de la ley y su base capital, según la cual, sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado; enterarse de lo que hay en el Registro; el que engañado por el silencio del Registro, no pudo tener conocimiento por el Registro.

^{68 bis} Sirva de ejemplo su exposición sobre la legislación hipotecaria comparada: Pero se dice ahora por el Sr. LUZURIAAGA que siendo el objeto de esta ley materia de uno de los títulos del Código Civil, debería haberse aguardado a la publicación de este y no traerse sola. Yo respeto mucho la opinión de SS, tanto más respetable en esta cuestión, cuanto que con gran honra suya es el autor de los títulos XIX y XX del proyectado Código Civil; y por nadie más autorizado que SS para emitir parece en esta materia. Pero esta materia (...) ¿no es la que con mayor facilidad puede desprenderse del Código Civil como se ha desprendido en efecto en muchas naciones? Y a continuación cita por su nombre y fecha las leyes hipotecarias 11 Brumario, año 7 de la república francesa; 1 de junio de 1822 de Baviera; 1 de mayo d 1934 en Bremen; 10 de enero de 1834 en los estados romanos; Sajonia de 1843; Friburgo de 1 de julio de 1834; Grecia de 11 de agosto de 1836; Lübeck en 1818; Francia en 1855; Bélgica en 1851; y continúa con Milán, la legislación prusiana, que es base de todas las legislaciones posteriores alemanas y por consiguiente de la legislación universal: «¿no cuenta con las Ordenanzas hipotecarias dadas por Federico II en 1783?; para rematar con una enumeración de proyectos de reforma hipotecaria pendientes en otros países: *Leyes 1.1 cit.*, 20. No menos elogiable es su disertación sobre la historia de la publicidad inmobiliaria, con un examen detallado de la contrarreforma francesa de 1851: *Leyes hipotecarias cit.*, pp. 379 y sigs. (esp. 384-385).

⁶⁹ *Leyes hipotecarias 1.1 cit.*, p. 387.

⁷⁰ *Leyes hipotecarias 1 cit.*, p. 388.

⁷¹ La intervención esclarecedora del Sr. CIRILO ÁLVAREZ, en *Leyes 1.1 cit.*, p. 123. La calificación que hacía la ley, que provocó por ejemplo las críticas de Oliver (nota siguiente), se ajusta completamente, como vemos, al pensamiento del legislador. Decía el epígrafe al título 14 de la ley: de la inscripción de OBLIGACIONES contraídas y NO INSCRITAS antes de la publicación de la ley: *Leyes hipotecarias 1 cit.*, p. 389.

⁷² OLIVER, *cit.*, p. 367 habla de epígrafe algo impropio. Manifiesta claramente (la ley) que sus autores tuvieron también presente el sistema francés con arreglo al cual, en los registros que se designan con el nombre de *Hipotecas* (no de la *propiedad*) solo se inscriben *obligaciones*, es decir, el contenido de los actos o contratos otorgados sobre inmuebles, pero no el dominio de las fincas y los derechos reales constituidos sobre ellas, de cuya inscripción, sin embargo, se trata principalmente en el título de la ley: *ibidem*, p. 538.

⁷³ Censuró esta modificación Francisco DE CÁRDENAS (uno de sus más ilustres autores y desde luego el más competente, palabra de OLIVER, *cit.*, p. 351) que hizo notar en la memoria que escribió en 1870, sobre los trabajos de la Comisión Codificadora, que la liberación introducida en el 34 estaba en pugna con el sistema de publicidad de adoptado por la ley: si todo derecho real para ser efectivo contra tercero ha de constar en el Registro

¿para qué notificar y anunciar su constitución cada vez que se transmite o modifica (mediante notificaciones)? Y si el derecho real no ha de ser efectivo contra tercero sino cuando se haga saber por la notificación y el edicto ¿Qué vale su inscripción ni para qué los requisitos y solemnidades con que se verifica? Por eso si la Comisión redactora de la ley de 1861 admitió aquel procedimiento (de liberación de cargas y gravámenes, equivalente a la purga francesa), fue en tanto que subsistieran algunos derechos que podrían no estar registrados y para precaverse contra ellos o para inscribir por primera vez inmuebles que carecían de título inscrito, y no dudó en preferir como sistema permanente la publicidad del Registro a la de la liberación; porque si la primera envuelve hasta cierto punto una ficción legal, la de que todos pueden enterarse de los asientos del Registro, la segunda se apoya en otra ficción de la misma especie, la de que todos pueden leer los edictos que se fijan en la Casa Consistorial, o se insertan en el Boletín de la provincia aunque se hallen ausentes a mucha distancia y sin tiempo material para ejercitar su derecho». Por su parte OLIVER, *cit.*, pp. 684 y sigs., después de contar el origen del movimiento crítico antecedente de la Ley de Reforma de 1869 —que contaba con diputados importantes que propugnaban el cambio total de la de 1861— añade: y esta reforma no debía limitarse a detalles o accidentes ni a disposiciones que comprende la parte transitoria de la ley, sino que afectaba a la médula y sustancia de la misma, pues según uno de los diputados que a la vez ejercía el cargo de Director general (don Severo Catalina, catedrático de lengua hebrea de la Universidad de Madrid), la primera de las cuestiones que urgía era resolver la relativa a (...) si debe prevalecer la inscripción sobre el título, o el título sobre la inscripción. Más como (...) no le eran familiares los estudios de esta parte difícilísima de la moderna ciencia jurídica, incurrió en el gran error de afirmar que (...) como no afectaba a las dos bases esenciales de la ley (...) podía resolverse libremente (...) (lo que) equivalía aplicar la piqueta a los cimientos de la misma (...). Para el juicio de SANZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* (1945), p. 498: el expediente de liberación (sea el expediente en sí, hipertrofiado en la reforma de 1869, sea la especie de, mini expediente, que supuso el juego de notificaciones del 34, introducido en la misma fecha) era una consecuencia de la desviación introducida por los legisladores de 1869 en el desarrollo de la fé pública registral (...).

⁷⁴ La primera premisa del razonamiento del texto es el paralelo entre los párrafos finales de los artículos 35 y 409 de la Ley Hipotecaria. El primero dice: en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil. Por su parte el segundo dispone: *entre las partes* surtirá su efecto la posesión, desde que deba producirlo, conforme al Derecho común. V. Leyes hipotecarias I *cit.*, pp. 341 y 392 respectivamente. Lo esencial, aquí, es que en la posesión hay, partes, al contrario de lo que afirman GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 1 p. 403. Fue por negar este principio y con el propósito de sortear la antinomia que en otro caso se producía «entre los tres primeros párrafos y el último del 35, argumentaban sobre la redacción de 1869), por lo que esos dos autores interpretarán que cuando el 35.1 (1861) usaba la palabra, tercero, no comprendía al dueño de la finca (como siempre pasaba en la Ley y se venía entendiendo), sino precisamente, al que no lo era (dueño del inmueble), es decir, solo a terceros titulares de derechos reales (!). Cfr. en cambio LA SERNA, *cit.*, p. 646: La Ley Hipotecaria solo tiene por objeto consultar el interés del tercero (...); consecuencia de esto es que el dueño verdadero de la finca quede dentro de las condiciones que se hallaba antes de la publicación de la reforma.

⁷⁵ La segunda premisa del razonamiento es el paralelo entre el 35.1 (y 2) y el artículo 408. Según el primero: la prescripción no perjudicará tercero (...) si requiriendo justo título no se haya inscrito, (...) desde la fecha (del asiento). Según el segundo: la inscripción (de posesión) (...) perjudicará (...) a tercero desde su fecha (...).

⁷⁶ Por su parte el artículo 409.1 de la Ley dispone que la inscripción de posesión (en lo que se refiere a la posesión en sí, no claro a la *ad usupationem*) no perjudicará en ningún caso al que tenga mejor derecho al inmueble aunque su título no haya sido inscrito. En «ningún caso» son palabras perturbadoras pero se refieren solo a que no hay en ningún perjuicio del derecho, porque la posesión no es igual que un título de los del artículo 2 de la Ley. La

inscripción de posesión, como dice el 408 de la Ley, solo produce, los efectos que las leyes atribuyen a la mera posesión: cfr. GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 4 p. 629.

⁷⁷ Inscrito el título del tercero que adquiere de la persona contra la que se inició la prescripción (parte), no cabe ya más que la usucapción extraordinaria. Entre tanto no lo haga, el que está usucapiendo podrá inscribir el suyo y así iniciar la ordinaria a contar desde la fecha del asiento (cmpr. art. 35.2). Pero una vez el tercer adquirente inscriba su propio título, eso se vuelve imposible. El cierre impide la inscripción del título del poseedor (art. 17) y el 23 que los títulos no inscritos perjudiquen a tercero. De ahí que no quepa más que la extraordinaria: *vid.*, GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2 p. 406.

⁷⁸ El que lee sin perjuicios el 36 de la primera Ley Hipotecaria, advierte, primero, que no exige —ni él ni los 37 y 38 que lo desarrollan— para proteger al tercero, que conste *inscrito con carácter previo* el título del transmitente, ni, segundo, que inscriba su título conforme al artículo 34 sino, y la redacción es significativa, CONFORME A LO PREVENIDO EN ESTA LEY. Convince por ello la explicación de que los autores de la ley puesto que el 34 se introdujo a última hora y por sorpresa, tuvieron el 36 como una aplicación del 23: NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad* (1950), pp. 373 y sigs. En la revisión que hizo CÁRDENAS no aparecen todavía ni el 33 ni el 34 PERO SÍ YA ESTABAN los precedentes del 23 (en el art. 13 del Proyecto elaborado) y del 36 (en el 16 del mismo Proyecto) relativo a las rescisorias que tenían entonces eficacia real *parte rei*, no *parte actoris*. De ser así, el 34 no sería más que una concreción del principio general recogido en el 36 para el caso que el título anterior (el del otorgante) constase inscrito y por tanto únicamente una aplicación singular (ya que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos) de la citada regla del 36, que pasaría así a ser la regla general y no la del 34. Conviene no olvidar que los títulos rescindibles son válidos. Cfr. nota 5. El 33 se refiere solo a títulos nulos. De ser así no bastaría en este caso —para protegerse contra las acciones resolutorias de terceros no inscritos con eficacia anulatoria— con ser terceros inscritos 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 (y por tanto calificación previa del registrador por lo que la apariencia de validez del título —legitimación— protege al tercero inscrito frente a ellas). Para las rescisorias de «origen legal» del 36 y 38 —que precisamente porque no producen nulidad, no protegen intereses tan fundamentales— siendo además imposible el control del registrador, basta con que el tercero inscriba su título aunque no adquiera de «persona que aparezca en el registro con derecho a transmitir». Nótese que el 38 después de la palabra «contratos» no dice «inscritos, al contrario que el 34 (y de lo que se exige en ese 38 para los terceros protegidos, que menciona a continuación, respecto de los cuales se impone solo «que hayan inscrito su derecho con arreglo a las disposiciones de esta ley»). Para los secuaces de la teoría «monista», en cambio, el 36, como el 23, no sería más que repetición del 34 (que los absorbe) lo que hace de la Ley Hipotecaria, la ley presuntamente más técnica de nuestro admirable, legislativamente hablando, siglo XIX (y eso nadie lo puede poner en duda leyendo su Exposición de Motivos) un rosario, en su núcleo fundamental, de preceptos inútiles. Todo ello aparte de hacer inexplicable el caso de venta de finca ya vendida o gravada por el vendedor puesto que en esos casos no hay resolución o anulación del título del otorgante de que nos habla el 34.1: cfr. notas 55 y 56. Sobre la legitimación que produce el asiento: J. GÓMEZ-GÁLLIGO, *Acciones registrales en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en BCERC 83 (1999) 380. Sobre el respeto al Código Civil (art. 606) como causa de la recuperación del 32 (antiguo 23) en el texto refundido de 1946, suprimido por la Ley de Reforma del 44, J. L. GIMENO, *El principio de inoponibilidad* (art. 606), en COLEGIO DE REGISTRADORES, *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil* (1989) p. 108.

⁷⁹ La referencia que hacía el 23 a los títulos de los artículos 2 y 5 (*numerus clausus*) obligaba a mantener el absurdo de que los demás —los no enumerados en esos artículos— en la medida que, según la legislación antigua, tuvieran eficacia real, la conservarían, aunque no se inscribiesen. De ser así se explica la previsión extralegal del artículo 1 del Reglamento de 1861 que, para cubrir ese hueco —desbordando la letra del 2 de la Ley Hipotecaria, al optar

por un sistema de *numerus apertus* — abra la inscripción, después de mencionar mayorazgos, concesiones, caminos de hierro, aguas pastos y otros semejantes, a «cualquier acto o contrato legítimo que, sin tener nombre conocido en derecho, modifique desde luego o en el futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales». Con lo que dada la redacción (amplia) del precepto, no habría ya ninguna posibilidad de que pudiesen quedar o haber títulos con posible eficacia real frente a terceros sin asiento.

⁸⁰ El artículo 23 no califica al tercero al que no perjudica el título no inscrito: dice solo tercero. Tampoco el 25 respecto al tercero a quien perjudica el título inscrito. El artículo 23 se limita a decir que los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos no podrán perjudicar a tercero. El artículo 25 que los títulos no surtirán sus efectos (oponibilidad) en cuanto a tercero sino desde la fecha de la inscripción. No califican al tercero, el 77, 83, 114, 120. Por su parte la ley siempre que exige que el tercero para quedar protegido inscriba, lo dice expresamente (arts. 36 y 38). También cuando además debe adquirir de titular inscrito (arts. 31, 34, 69, 97, 99). Hablan de tercer poseedor los artículos 112, 127, 128, 129, que el 131 equipara al comprador, 132, 133. Especial el caso del 115 y 121 que hablan del que adquirió derecho real. En texto y notas se comentan las menciones de terceros que hace la que la Exposición llama, ley separada e independiente, (es decir, la parte que regula el Derecho transitorio).

⁸¹ La discusión sobre si la venta produce o no interrupción de la posesión no inscrita, está relacionada con la de si cabe inscripción de posesión estando inscrita el dominio y, a la inversa, inscripción de dominio constando inscrita la posesión. V. en GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, pp. 632 y sigs., su discusión con CALDERÓN NEIRA. Por lo que al primer caso se refiere, el 407 no decía ni que sí ni que no, dependía de lo que el juez decidiese. La solución del segundo estaba implícita en el 35.2, porque si el legislador estimula al poseedor (en la ordinaria) a inscribir su título (con el fin de impedir que el dueño no inscrito inscriba el suyo), era obviamente porque partía de que podía hacerlo este en cualquier momento aunque estuviese inscrita la posesión. Finalmente la RO de 28.8.1883 se inclinó por la imposibilidad en ambos casos. *Ibidem*, p. 639. El problema estaba en que la posesión producía efectos frente a tercero no inscrito o civil (*a fortiori*, tras 1883) no desde el día que se inició sino desde la fecha del asiento. Luego *a contrario* frente a ese tercero nada valía la posesión anterior no inscrita. Por tanto la transmisión de la finca a tercero civil producía su interrupción. En la discusión sin embargo acabó terciando el artículo 403 de la ley de reforma de 1869 cuando dispuso que «el tiempo de posesión que se haga constar como transcurrido, cuando se verifique la inscripción, se cuente para la prescripción que no requiere justo título (o sea la extraordinaria) a menos que aquel a quien perjudique, lo contradiga en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo con arreglo al Derecho común». Con lo que la posesión, incluso no inscrita, pasó a perjudicar a tercero (también no inscrito) desde la fecha de inicio con arreglo al Derecho civil. Vulneración clara, otra vez en 1869, de los principios de 1861: la posesión no inscrita no perjudica a tercero.

⁸² Cfr. GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2, p. 405: criticando la posición de CANALES dice: afirmar otra cosa sería sostener que los contratos que otorgase el dueño eran por su propia virtud interrupciones de la posesión y que esta sin ningún acto externo del dueño que la turbase y a pesar de seguir pacífica y tranquila en el poseedor, perdía todos sus efectos legales, lo que repugnan a los principios que la generan. Viene a la memoria la redacción del actual artículo 36 (reformado en 1944) de la vigente Ley Hipotecaria.

⁸³ Para JIMÉNEZ, *cit.*, p. 498 ya que, según el 32 (redacción actual), el asiento de título indebidamente inscrito —cuyo asiento sea nulo— no produce efectos frente a terceros (sin especificar cuáles); y según el 31, el asiento indebidamente inscrito no perjudica tampoco a tercero (en este caso que siempre que cumpla con los requisitos del 34), exige concluir que uno y otro artículo, hacen referencia al mismo tercero: esto es, al del 34. Tendrá que reconocer, sin embargo, que en el caso del 32 la frase, que no estén debidamente inscritos, comprende tanto el caso del título no inscrito (que era al que tradicionalmente se entendía, refería el precepto), como el de mal (indebidamente) inscrito (que la citada autora incluye

ahora). Ahora bien si es así, nunca puede entenderse que el 32 y el 31 se refieren al mismo tercero (el del 34). No es lo mismo el caso de falta de asiento de un título que de inscripción defectuosa del mismo. En el primero falta el asiento, al contrario que en el segundo, por lo que mal podría darse el supuesto de tercero que adquiera basándose en un asiento. Ahora bien, si falta el asiento, no podrá ningún tercero apoyarse en él. Hay aquí sin embargo un grave problema que merece atención pero cuya complejidad exige dejar su análisis para mejor ocasión. Como anticipo basta leer el primer epígrafe del comentario de LA SERNA, *cit.*, p. 615 al artículo 31; a primera vista desenfocado pero quizás no tanto.

⁸⁴ En la Ley Hipotecaria de 1861 la primera inscripción no purgaba las acciones procedentes por razón de títulos *anteriores* no inscritos hasta pasado un año (plazo que luego se prorrogó muchos años más). Durante ese plazo el principio de inscripción no regía y los terceros no inscritos (no las partes que con arreglo al 33 tendrán esa posibilidad siempre abierta incluso después de la entrada en vigor de la ley mientras no aparezca un 34) podían libremente combatir el asiento y el título inscrito. Cara al efecto «purgatorio» de esas acciones, el año funcionaba así, solo para la primera inscripción y por tanto con carácter excepcional, pero equivalente al juego que producían juntos los artículos 32 y 34 en sus supuestos respectivos. Lo confirma que en la citada ley no se extiende el efecto purga del expediente de liberación de cargas (arts. 365 y sigs.) a los derechos no inscritos porque salvo en los casos del 354 (353 y 358, si se constituye hipoteca) no sobreviven, pasado el plazo del año, a la primera inscripción. Esto es, transcurrido este, no se precisa la purga del expediente de liberación porque, fuera de los casos de esos artículos, la «purga» la produjo el asiento de primera inscripción. La primera inscripción tiene más fuerza jurídico-real que las posteriores. Por eso, al menos para la ley de 1861, no pueden aceptarse en este caso los escrúpulos de GARCÍA *cit.*, p. 617 ni tampoco la crítica de JIMÉNEZ, *cit.*, p. 505. Cfr. notas 27, 29 y 46.

^{84 bis} Nótese que ningún otro derecho no inscrito salvo los del 353 y 358 cabe convertirlos en hipoteca y así conseguir que puedan sobrevivir al año. Nótese también que el 365, para el supuesto del 358, habla no solo de las acciones sino de los derechos «procedentes» de ellas (es decir, hipotecas especiales constituidas en garantía durante el año de suspensión). Solo exceptúa de la liberación (en aplicación de la doctrina de los actos propios) a las hipotecas del 353 y 354, que fueron constituidas a instancia del propietario en uso «del derecho que le corresponde con arreglo al 356 (conversión de la hipoteca tácita en especial).

⁸⁵ GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 1 p. 403: para sortear la antinomia que, según ellos, en otro caso se produciría, entre los tres primeros párrafos y el último del 35, (argumentan sobre la redacción de 1869), interpretan que cuando el 35.1 (1861) emplea la palabra «tercero» no comprende al dueño de la finca, como siempre, sino se refiere solo, al que no lo es, es decir, a terceros titulares de derechos reales.

⁸⁶ Según GARCÍA, *Derecho cit.*, p. 113, la idea de tercero, es decir, que sin inscripción el título no perjudica a terceros, surge como fruto de la transacción entre la postura de GARCÍA GOYENA, partidario del sistema francés, y LUZURIAGA, de tradición e inscripción, que logra el esforzado BRAVO MURILLO en cuya virtud —por su intervención— se llega a la conclusión de que la tradición —sistema antiguo— produce efectos entre partes; y en cambio para la adquisición del dominio y demás derechos reales frente a todos es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es decir, lo que luego se ha llamado sistema de inscripción constitutiva frente a terceros, no en la relación entre partes. Crítica en JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 338-340. En ese sentido, VILLARES PICO, *La inscripción en nuestro sistema es constitutiva a efectos de tercero en RCDDI* 252 (1949) 299. Remontan también el 23 al Derecho tradicional J. M. CHICO y F. BONILLA, *Apuntes de Derecho inmobiliario registral* 1 (1967) p. 266.

⁸⁷ Todos los textos que siguen entrecomillados están tomados de COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias* 1, pp. 236-238.

⁸⁸ De nuevo la lógica juega en contra de quienes absorben el 23 (hoy 32) en el 34. Porque si nada añadía ¿por qué se suspendió también la vigencia del 23?: razona al contrario JIMÉNEZ, *cit.*, p. 387.

⁸⁹ Pues qué ¿tenemos en nuestras recopilaciones muchas cosas que no sean copiadas? Nuestro registro de hoy ¿no es alemán? ¿No lo trajo Carlos V de sus estados de Flandes? (...). Yo reto a SS a que señale el origen de esta ley: de seguro que no acepta SS el reto. ¿Cuál es el origen de la ley? ¿Es francés? No: esto tiene nada de francés (...) ¿Es alemán? ¿Cuál es la ley alemana? En Alemania hay 21 leyes hipotecarias (...). No hay esa copia, ese plagio (...) teniendo en cuenta los sistemas que dominan el mundo lo que hace es acoger lo más a propósito para satisfacer las necesidades del pueblo español (...) está muy lejos de eso (copia) el proyecto que ha presentado la comisión. *Leyes hipotecarias* I.1., pp. 65 y sigs. Califica al sistema francés de mixto (romano-germánico), OLIVER, *Derecho inmobiliario español* I, p. 164. Todos los documentos —dice Núñez Lagos— que he visto en los archivos de la Comisión general de Codificación (...) permiten afirmar que, presididos por Cortina, los autores de la ley fueron un romanista, Gómez de la Serna, y un historiador, Cárdenas. Es claro que por ello el éxito del trasplante de un sistema germánico a suelo latino, se debió a, un *tupido filtro* a través de un FUERTE ESPÍRITU TRADICIONAL: L. Díez-PICAZO, Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas, en *Ensayos jurídicos*, 3, (2011) p. 3332.

⁹⁰ SANZ, *Instituciones* 1 cit., p. 294.

⁹¹ JIMÉNEZ, cit., pp. 132-133.

⁹² Recuerda este párrafo de GÓMEZ DE LA SERNA, para defender su tesis de la inscripción constitutiva respecto de tercero hipotecario, VILLARES, La posesión y el registro en *RCDI* 230-231, (1947), pp. 438 y sigs. Más claro todavía el pensamiento de LA SERNA en palabras que recoge GORDILLO, ¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema en el *Libro homenaje al profesor Luis Díez-PICAZO*, 3, (2003): no sería justo que el *omiso en inscribir* por su parte el derecho que hubiese adquirido sobre un inmueble pudiera *echar en cara* su negligencia a otro que *no inscribió y prevalecerse de la falta que el mismo había cometido*. La ley solo protege al que la respeta ajustándose a sus preceptos: v. LA SERNA, p. 647. El título no inscrito no perjudica a tercero, tenga este inscrito o no el suyo. En esto se sigue el espíritu de la ley y su base capital (se refiere al 34, que como se ve sigue la base, no la es) según la cual sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado: *Ibidem*, p. 622. En la actualidad, para la idea de que la oponibilidad es efecto de la publicidad registral (y no solo la inoponibilidad), esencial M. AMORÓS, Los registros jurídicos de bienes en el Derecho español, en CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, *Principios y desarrollo legislativo de los Registros Jurídicos de Bienes* (1975), p. 185; y M. AMORÓS, Comentario a la Resolución de 7 de diciembre de 1978, en T. CARRETERO, E. FERNÁNDEZ y M. AMORÓS, *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado* (1987), p. 1177. Fundamental PAU, *La prioridad registral: un nuevo enfoque* (2004), pp. 35 y sigs.; especialmente, pp. 41 y 45-46.

⁹³ V. COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. 2.1 (1974) pp. 385-387.

⁹⁴ *Leyes Hipotecarias*, cit., 1.2, p. 387.

⁹⁵ GALINDO-ESCOSURA, cit., 4, pp. 556-557. También especialmente importante sentencia de 6 de noviembre de 1866.

⁹⁶ La necesidad de presentar los documentos (...) (dentro de plazo) quedó limitada a los que se autorizaran con posterioridad a la promulgación de la pragmática. Respecto de los anteriores, que, según la antigua ley recopilada tenían señalado plazo de seis días, la referida Pragmática suprimió este plazo, quedando por consiguiente en libertad los interesados de registrarlos cuando tuviesen por conveniente, siempre que, si se trataba de perseguir judicialmente las fincas gravadas, cumpliesen dicho requisito antes de presentar el documento en juicio. Así se declaró por RO dictada de conformidad con lo propuesto por el Tribunal Supremo (RO de 11 de abril de 1848): OLIVER, cit., p. 284. Como sabemos los plazos para inscribir sin sanción fueron continuamente prorrogados. Un análisis ejemplar del proceso de deterioro de las Contadurías en LA SERNA cit., pp. 93 y sigs. No podemos resistirnos a transcribir la valoración que la precede: «no fuera tan eficaz la

ley (la legislación de Contadurías) como debía desearse y como hubiera convenido porque (...) los tribunales que en aquellos tiempos juzgaban con una latitud hoy desconocida, que se sobreponían al texto de la ley invocando la equidad, y que se creían autorizados para ir borrando con el derecho consuetudinario el derecho escrito en lo que les parecía injusto o inacomodable a las circunstancias de su época, se consideraban 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 (sobre esto v. sentencia de 14 de junio de 1860 en LA SERNA, *cit.*, p. 564), interpretación farisaica, pero muy conforme con las opiniones entonces dominantes, con la irresponsabilidad casi absoluta de los que ejercían cargos públicos (...). El legislador mandaba y el juez con interpretaciones arbitrarias, se encargaba de anular la obra del legislador (...). Para la continuación en una minuciosa y pormenorizada exposición de los sucesivas ordenaciones precedentes de la ley de 1861 explicar los fundamentos de juicio tan negativo.

⁹⁷ Cfr. también el pormenorizado relato de LA SERNA, *cit.*, pp. 126 y sigs. Para las sucesivas prórrogas, siempre amenazando con que, después de la última concedida, no habría más: *Ibidem*, p. 129.

⁹⁸ Sobre este asunto, GARCÍA, *Comentario al artículo 32 de la Ley Hipotecaria* 1 (1991), p. 356, que sigue en este punto a FUNAIOLI, La cosiddetta proprietà relativa» en *Studi in onore de Antonio Cicu* (1951), p. 377. La idea de propiedad «relativa» es tan vieja al menos como lo es el dualismo de Derecho romano clásico entre propiedad quirritaria y bonitaria y sus sucesivos vaivenes: cfr. el magnífico BUCKLAND-MCNAIR, *Derecho romano y Common Law* (1994), pp. 77 y sigs. En España y con aplicación a la inscripción en el Registro de la Propiedad, ya en LACRUZ-SANCHO, *Lecciones de derecho inmobiliario registral* (1957), p. 294. Crítica en J. M. MIQUEL, El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad» en *Revista de Derecho Patrimonial* 1 (1998), p. 57. La duda sobre la habilidad del concepto tiene sentido solo si niega la *acción real entre partes*. Para la distinción entre la acción personal y la acción real inter partes en el caso de la hipoteca, cfr. 126 y 127 de la Ley Hipotecaria que distingue tajantemente entre la acción *ejecutiva* ordinaria entre partes y acción ejecutiva real entre esas mismas partes. Esta última no se suspende al contrario que la primera ni por la muerte del deudor o tercer poseedor ni la interposición de tercerías (que no se basen en títulos previamente inscritos); sí pero solo temporalmente por la declaración de concurso (56 y 57 de la Ley Concursal); e no permite su acumulación con ejecutivos ordinarios (555 de la ley de Enjuiciamiento Civil). Clama, con la lógica en la mano, contra la propiedad relativa, L. MARTÍN-BALLESTEROS, La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias, *a non domino*, en *RCDI* 603 (1991) 643-644. Pero el Derecho en su conjunto no es un entramado de disposiciones puramente lógico: hay *ratios* generales y especiales, incluso excepcionales, en parte contradictorias entre sí. Bien que lo saben los analistas, hoy muy en boga, que han incorporado a la teoría del Derecho la distinción entre reglas y, principios y, entre estos, para coordinarlos, el superior principio de ponderación, o proporcionalidad (armonizador de todos). Sobre el carácter multidimensional, de las disciplinas jurídicas: R. ALEXY, *Teoría de los Derechos fundamentales* (2002) p. 44.

⁹⁹ El título por excelencia de propiedad absoluta (que vence a todos) era en Derecho romano la usucapción extraordinaria BUCKLAND-MCNAIR, *cit.*, p. 83. En España con la Ley del 61 solo la extraordinaria *secundum tabulas*. Decía el último apartado de su 34: «a menos que la *prescripción* haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiere dicho título». Sobre los derechos inscritos, protegido por el 34, reforzado por el 38, como derechos cuasi-inviolables: PEÑA, *cit.*, p. 561

¹⁰⁰ Cfr. LA SERNA, *cit.*, p. 622, dice que cuando los título no están inscritos, quedan los actos y contratos dentro de sus *condiciones naturales* (!). Sobre el proceso de evicción, y los problemas de legitimación y calificación de la intervención del *auctor* en el procedimiento, M. SERRA, Intervención del vendedor en el proceso de evicción, en *Estudios de Derecho Procesal* (1969), pp. 251 y sigs.

¹⁰¹ Leyes hipotecarias *cit.*, p. 248.

¹⁰² Para la fortaleza de la posesión y por tanto la tradición en Derecho tradicional que después se hará sentir en la interpretación jurisprudencial de la Ley Hipotecaria: cfr. *Par.* 5,5,50: Otro sí decimos que si el postrimero comprador pasase a la tenencia e la posesión e pagase el precio, que él la debe tener y no el primero. Esencial también *Par.* 5,5,51 para el caso de que, cuando vendió la cosa no fuese todavía del vendedor pero si cuando la entrega. Indispensable el comentario a los precedentes de Derecho romano de MENDEZ APENELA, *La venta, cit.*, pp. 536 y sigs. En contra de lo que mantiene la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria (cfr. nota 54), según GREGORIO LÓPEZ, *Comentario a Partidas*, 5,5,50, aunque el segundo comprador conozca la primera venta al tiempo de la tradición, si no sabía de ella cuando contrató, prevalecerá frente al primero que descuidó la posesión: toda vez que el comprador no participó en el fraude, respecto de lo cual y por lo que mira a la acción revocatoria, se atiende al tiempo del contrato (...) a más de que toda *la fuerza de la enajenación está en la entrega*, de la cual y no de la venta, dimana la traslación del dominio, según la l. 20 de *C. de pact.* V. Los códigos españoles, *cit.*

*(Trabajo recibido el 26-10-2014 y aceptado
para su publicación el 15-11-2014)*