

Retornos al Código Civil

CAPÍTULO II

RETORNO AL ARTICULO 606

SUMARIO

1. *Este II capítulo propone un retorno al originario artículo 606 del Código Civil (art. 32 de la Ley Hipotecaria), porque la publicidad es esencial para el derecho real en cuanto a tercero.*

2. *La publicidad inmobiliaria es una constante histórica y creo que nuestra doctrina hipotecaria debe cuidarse más de la historia y del Derecho comparado.*

3. *Son peligrosos los optimismos sobre nuestro sistema, en tanto no le estudiamos e interpretemos comparativamente con los demás.*

4. *Roca Sastre y la dominante tesis monista del tercero.*

5. *La reacción de Roca Sastre ante la tesis dualista e indicios de un leve cambio en su posición, que, aunque queda inalterada, se ofrece menos inexpugnable.*

6. *Mi opinión sobre la diferencia de trato a los dos terceros. Todas las legislaciones parten de esta diferencia de trato. La aparente ausencia del tercero latino en las legislaciones germánicas (inscripción constitutiva) y la aparente ausencia del tercero prusiano en las latinas (carencia del principio de fe pública) es lo que obstaculiza la visión de esa diferencia de trato.*

7. *La Ley Hipotecaria introdujo los dos terceros. Esto no es un ilícito contubernio, sino una imperiosa necesidad. en cuanto quiso, a la vez, quedarse con el principio de inoponibilidad sin llegar a la inscripción constitutiva, y recoger, aunque en forma prudente, el principio de fe pública registral.*

8. *Lo ilegal fué la agrupación de ambos terceros por involuntario aplastamiento del artículo 32 por el artículo 34. El completo desarrollo germanista del artículo 34 no fué acompañado del desarrollo germanista del 32 (inscripción constitutiva). Ni siquiera se mantuvo el 32 en su originario sentido y hasta estuvo en trance de desaparecer. Por olvido y no uso nos quedamos sin inscripción constitutiva y sin principio de inoponibilidad: lo que no ocurre en ninguna parte.*

9. *El visto bueno al aplastamiento en la Reforma de 1944-1946.*
10. *Núñez Lagos se da cuenta de la desviación; pero su repugnancia temperamental a la inscripción como modo le hace quedarse en una cauta posición.*
11. *Lacruz, en pocas palabras, nos explica acertadamente lo ocurrido; pero termina por rendirse a la doctrina dominante al estudiar unívocamente los requisitos de los terceros.*
12. *Otros muchos no sabemos a qué carta quedarnos en el crucial problema.*
13. *En el B. G. B. y otras legislaciones germánicas no existe el tercero latino por virtud de la inscripción constitutiva; pero es fácil ver su sombra fantasmal en las discusiones sobre el acuerdo formal vinculante y en la solución práctica de la Vormerkung de la pretensión del acreedor «ad rem» en documento público.*
14. *También aflora el tercero germánico en las legislaciones latinas. Una ligera escapada al Código Civil italiano nos lo demuestra.*
15. *El tercero latino se conserva intacto en Francia, Italia, Portugal, y suponemos que en todas las legislaciones latinas. No se les ha ocurrido cargarle de peligrosos requisitos.*
16. *Nuestra jurisprudencia está libre de culpa al desviarse del originario artículo 23, más ligeramente, creo, de lo que nuestra doctrina nos dice.*
17. *El requisito de la buena fe en especial. Las frases de la Exposición de Motivos y de Gómez de la Serna sacadas de quicio. Su ausencia en las legislaciones latinas y explicación sobre la novísima jurisprudencia francesa.*
18. *La onerosidad en especial.*
19. *El requisito de la previa inscripción. Necesidad de reconsiderar la limitación del 207 a la vista de nuestra evolución legal, de la doctrina dual del tercero y del Derecho comparado.*
20. *Resumen ordenador de la línea de mi asistemático razonamiento a lo largo de este trabajo.*

1. En el capítulo I de este trabajo, dedicado al artículo 1.280, 1.º, del Código Civil, prometí un capítulo II, dedicado a estudiar las posibilidades de retornar al originario sentido del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, recogido por el 606 del Código. Este segundo capítulo llega tarde y con daño; pero renunciar a escribirle hubiera sido excesiva informalidad (1).

(1) El capítulo I se publicó en el número de marzo-abril de 1962, páginas 227 y sigs. El retraso con que llega el II es tan patente como inexcusable. Del daño con que llega se percatará quien lo lea. Ni supera la polémica entre monistas y dualistas en el tema del tercero (antes bien la agrava con una acaso exagerada tercera posición), ni se apoya en estudios completos de Derecho comparado, que es lo que, sin calcular mis fuerzas, pretendí; ni siquiera puede aspirar, por un correcto planteamiento, a ser base para posteriores y mejores desarrollos por otros. Como hemos dicho, el capítulo II llega tarde y con daño. Todo él no es sino una torpe disculpa ante los lectores de esta Revista por no poder cumplir mi promesa.

Sé que el tema del tercero, por manido, resulta impopular. Se ha escrito tanto sobre él que muchos lectores pasarán las hojas sonriendo. Pero el tema no tiene nada de bizantino, porque mientras no quede claro, toda la Ley Hipotecaria queda sin entenderse. En realidad, algo de esto ocurre, porque, aunque esos lectores se sonrían, el tema del tercero no está completamente claro. Cuando tanto se ha escrito sobre el tercero, poco daño puede hacer este trabajo, que pretende más exhortar a todos—y principalmente a los que mejor pueden—a profundizar en el estudio del Derecho comparado (2), que exponer alguna idea nueva sobre el tercero. Su única tesis es que sólo a la luz del Derecho registral comparado puede quedar nuestro sistema claro y útil. En esto, al contrario que en los vagones de nuestros ferrocarriles, lo peligroso es no asomarse al exterior.

Decíamos en el capítulo primero, que, aunque retornáramos al primitivo u original sentido del artículo 1.280 del Código, concibiendo la escritura pública como elemento esencial, constitutivo y *sine qua non* del Derecho real, esto no supondría nunca postergación ninguna del trascendental papel que juega la inscripción en el Registro. Tan pernicioso es concebir la escritura como mero instrumento facilitador de que el negocio jurídico real inmobiliario llegue al Registro, como el concebir la inscripción en el sentido de formulismo oficial accesorio facilitador de la publicidad de algo que por sí ya es público. En el fondo de estas dos perniciosas posturas hay sólo un equivoco juego de palabras en torno al concepto de lo público. La historia ha jugado mucho en el equivoco. Pero hoy queda la cuestión clara diciendo que el negocio inmobiliario ha de tener forma pública (y para determinados efectos esto es lo fundamental) y ha de ser publicado (y para otros ciertos efectos esto es lo fundamental). Escritura e inscripción son, así, dos pilares sobre los que la voluntad negocial se apoya para producir efectos y los cuales están reciprocamente determinados de manera que resulta torpe creer que el fortalecimiento de uno de ellos ha de producir debilidad en el otro.

(2) El Colegio de Registradores y la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO han demostrado ya sus buenas intenciones en este camino del Derecho registral comparado; pero si es mucho y bueno lo hecho, creo que es mucho más lo que por todos resta por hacer

Ensamblando convenientemente las dovelas de los artículos 609, 1.095, 1.462 y 1.280 del Código obteníamos, en el primer capítulo, el arco romano-gótico de la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en nuestro Derecho. Pero desde siempre se comprendió que la seguridad del tráfico y el concepto mismo de derecho real—relación jurídica de tres dimensiones—quedaban insatisfechos con ese arco, que precisa la resonancia de la bóveda de la publicidad, que hace oír a todos el derecho real para que a todos afecte, vincule y pueda perjudicar. La figura del tercero es necesaria consecuencia de esa tercera dimensión del derecho real que le coloca en la geometría jurídica del espacio.

2. LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA COMO CONSTANTE HISTÓRICA.

La Ley Hipotecaria, continuando la historia de la publicidad, fué la demostración de la trascendencia e inexcusabilidad de ésta en la modificación jurídica real. Los legisladores de 1861 no inventaron nada, no dieron un «media vuelta» al Derecho inmobiliario, sino que, una vez más, tuvieron que poner las cosas en su punto y continuar la historia de la publicidad inmobiliaria, que, en ciertos períodos, se ve empañada por teorías jurídicas de gabinete y, en algunas ocasiones, por tendencias filosófico políticas poco maduras.

De tiempo en tiempo la publicidad inmobiliaria sufre crisis de crecimiento como todos los seres y todas las instituciones. Cuando sus formas no se acomodan a la realidad social, la publicidad hace crisis, parece desvanecerse; muchos despistados aplauden ante el fenómeno, creyendo que ha habido un progreso jurídico y un paso más hacia la libertad del hombre. Pero pronto se comprende el error, la publicidad resurge, remozada, acomodada a la nueva realidad social y muchas veces reforzada para vengarse del período de loca clandestinidad.

En el Derecho romano ocurrió esto. Resumiremos un pasaje de BONFANTE: Una constante tradición considera como un progreso del Derecho romano el declive de la *mancipatio* y la aplicación general de la *traditio* en el Derecho justiniano. De todo cuanto se suele decir sobre la evolución de la transmisión del dominio en el Derecho romano sólo una cosa es completamente verdad: que la

traditio, aplicada a la *res mancipi*, representa un triunfo del *jus gentium*; pero no fué un triunfo benéfico, ni fué progreso del Derecho. En la práctica la ausencia de forma originó una confusión espantosa en la propiedad de las tierras. Esto nos lo demuestran dos Constituciones de Constantino: una dada como consecuencia de la comprobación que por sus propios ojos hizo el emperador, de la terrible confusión en que la propiedad inmueble se encontraba, con motivo de un viaje que a principios del año 313 hizo de Roma a Milán, y otra que constituye el Fragmento Vaticano 249. Desde entonces emperadores y prefectos del Pretorio comenzaron a prescribir obligatoriamente formas legales y solemnes para la enajenación de inmuebles: transmisión pública o registración oficial. Y continúa BONFANTE diciendo con ironía que «la ruina de las formas civiles llevó, por consiguiente, en el último estadio a un progreso tal que se manifiesta de un lado con una crisis violenta y de otro con uno de los más descarados retrocesos a la barbarie y a la ingenuidad de las firmas primitivas para la prueba del dominio y la transmisión de los inmuebles» (3).

La espantosa confusión que viera Constantino en su viaje era la misma que contemplaban los procuradores de las ciudades españolas que proponían al emperador Carlos V la publicidad inmobiliaria en las Cortes de Madrid (1528) y de Toledo (1539), y la misma que condenaba el Preámbulo del Real-Decreto de 8 de agosto de 1855, propugnando por una reforma para «dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados».

La publicidad inmobiliaria con vistas a la protección de los terceros, que, en el Derecho real, no son coro, sino protagonistas, es una constante histórica. No sólo porque venga impuesta por imperativos de razón práctica, sino porque deriva de la estructura esencial del Derecho real. Cuando parece desvanecerse se trata de una crisis de desarrollo más o menos larga. Otras veces su ausencia es imaginaria, puro error de los estudiosos. Así, por ejemplo, será pueril notar su falta en periodos de propiedad territorial totalmente enfeudada cuando de un lado la transmisión del feudo está sujeta a

(3) *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, en «Scritti giuridici vari». II, págs. 308 y sigs. Cita de GENTILE en *La Trascrizione immobiliare*. páginas 24 y sigs., 1959.

una superpublicidad y de otro la transmisión del dominio útil está sujeta a laudemios o gabelas señoriales. Igual nos ocurre si alegamos la falta de publicidad en los periodos históricos en que la propiedad territorial se encuentra inmovilizada por vinculaciones y mayorazgos. Lo que ocurre es que la evolución de la publicidad ha de coordinarse con la historia general de la propiedad inmueble sin dejarse llevar de la media docena de tópicos en uso.

Es muy conveniente ir sustituyendo la errónea creencia de que la publicidad registral es una idea moderna con aislados precedentes que emergen de un dilatado mar histórico de clandestinidad (*traditio*) por esta otra de que la publicidad es una constante histórica. Una obra que convendría divulgar en España para ello es la de VITTORE COLORNI (4).

COLORNI, después de finalizar su paseo a través de dos milenios, hace las siguientes conclusiones entre otras:

a) No hay solución de continuidad entre las formas antiguas y modernas de publicidad. La *mancipatio* romana, que se convierte en la Edad Media en acto escrito *coram testibus*, se encuentra en el siglo ix con la investidura ideal o abusiva (independiente de la entrega material) y se funde con ella en un instituto único que en Italia desaparece en el siglo xiii; pero que continúa en las tierras francesas, belgas y holandesas de *nantissement*. La publicidad de testigos se sustituye, más tarde, por la del Magistrado, y el acto que de ello se deriva se designa por la doctrina romanísticamente *mancipatio judicialis*. De este acto despojado de sus elementos formales más vetustos, nace en Francia en 1790 la transcripción que el Ordenamiento jurídico italiano adopta para todo el reino en 1865.

b) El fin de la publicidad es siempre el mismo: conseguir una titularidad, dentro de ciertos límites, cierta y notoria en cuanto a los derechos reales, a fin de tenerles enterados a los terceros que tengan interés en ello, garantizándolos de alteraciones ocultas en la consistencia de tales derechos. La intervención de la colectividad —personificada en el funcionario público—no representa, ni aun hoy, una forma de control con miras a la importancia social de determinados bienes, como cree BONFANTE, sino sólo un medio téc-

(4) COLORNI: *Per la historia della pubblicità immobiliare y mobiliare*, Milan, 1954.

nico para crear la «nominatividad» de esos bienes más preciosos y susceptibles de individualización en defensa de los intereses de los particulares. Esta tutela responde ciertamente a una finalidad social; pero sólo en vía secundaria y mediata y no más que cualquier otra norma del derecho privado, obviamente preordenado también a fines ultraindividuales.

c) Los efectos esenciales de la publicidad son casi idénticos después del transcurso de dos milenios. El rápido estudio comparativo de estos efectos en el Derecho romano es tan breve como sugestivo. Las semejanzas no proceden del ingenio de COLONI, con ser éste muy grande, sino realmente de que *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legi dispositio*.

Hemos alargado la cita de COLONI e insistimos en la conveniencia de profundizar en los trabajos históricos sobre la publicidad, porque, como él, estamos persuadidos «de que una reconsideración general del sistema del Derecho romano clásico y del Derecho medieval en cuanto a las funciones y a los efectos de la publicidad de los actos traslativos podría, acaso, ser fecunda para la elaboración de nuestro Derecho positivo con amplios, interesantes y acaso imprevistos resultados».

Si el hipotecarista español debe reforzar su interés por la historia de su especialidad, mucho más urgente e imprescindible es para él no considerarse satisfecho con las rudimentarias conclusiones a las que hasta ahora han llegado los estudios de Derecho inmobiliario registral comparado, a pesar de la indiscutible calidad de éstos y de sus autores. Nuestra Ley Hipotecaria sólo puede comprenderse y entenderse del todo a la luz del Derecho comparado. Su evolución y desarrollo, de éste han de venir. Todas las disputas de nuestra doctrina, causa de las vacilaciones de nuestros legisladores, derivan de que nuestras incursiones por el Derecho comparado se realizan sin método, sin itinerario y cada uno por su lado. Y falta, sobre todo, la tarea que ha de rematar todo estudio comparativo fecundo: vislumbrar la unidad dentro de la variedad y encontrar las razones de las distintas variedades.

3. LOS PELIGROS DEL OPTIMISMO.

Un fallo de nuestra doctrina, que se ha producido precisamente por la escasa atención concedida a la historia y al Derecho comparado, es el excesivo optimismo. Es muy frecuente leer que nuestro sistema es uno de los mejores del mundo. Esta postura optimista la considero suicida. Es verdad que gran parte de los trabajos recientes, conteniendo estudios críticos de nuestro sistema hipotecario, han sido escritos bajo el clima emocionado y entusiástico del Centenario de la Ley Hipotecaria; pero esta disculpa no quita el peligro de los excesivos optimismos.

ROCA SASTRE ha proclamado, una vez más, las excelencias de la admirable Ley Hipotecaria española; admirable—según él—no sólo por su estricto contenido normativo, sino también por su fondo potencial que «posteriores reformas legislativas han desenvuelto y que han situado a nuestro sistema inmobiliario registral a la altura de las legislaciones progresivas y modélicas en la materia». Según ROCA, sólo está necesitado de simples retoques de carácter marginal para que resulte difícil superarlo en sustancia.

Creo que debemos ser bastante menos optimistas. En primer término, nuestro sistema no sólo necesita retoques de carácter marginal, sino, ante todo, ser doctrinalmente desarrollado y comprendido, colocándole en su verdadero puesto dentro de los demás sistemas. Está necesitado de un estudio desapasionado y no polémico, sobre la imprescindible base histórica y de Derecho comparado a que nos hemos referido antes. En segundo término es preciso poner al descubierto y en tratamiento sus puntos flacos, algunos de los cuales estimo que son de la suficiente gravedad como para hacerle fracasar. Por último, es preciso no contemplar nuestra Ley Hipotecaria de 1861 como algo bueno que se ha ido perfeccionando, sin suficientes pruebas de este perfeccionamiento, sino, por el contrario, sometiendo a serenas críticas las reformas introducidas a la primitiva Ley, retornar a los principios iniciales de 1861 allí donde las reformas hayan supuesto regresión. Y todo ello con urgencia y visión de futuro.

Estima ROCA SASTRE que la Ley de 1861 es digna también—además de por sentar los pilares básicos del principio de fe pública tal

como hoy se regula—de un alto juicio favorable por introducir los siguientes principios fundamentales:

1. El sistema de registración por fincas. No hay duda que éste es el mejor sistema; pero haremos muy mal en sentirnos descansados y tranquilos con decir que la Ley española sigue en esto el mejor sistema, porque la verdad es que éste requiere una serie de presupuestos adyacentes que en nuestra Ley no se dan. Será bueno, por tanto, detenerse a pensar en los graves inconvenientes del sistema de registración por fincas en tanto falten esos presupuestos, no, naturalmente, para defender la sustitución del sistema, sino para conseguir la implantación de sus necesarios presupuestos.

2. El criterio de extender la inscripción a todos los actos y hechos jurídicos que impliquen modificación jurídica real inmobiliaria, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. También tiene razón en esto Roca, siempre que la crítica al sistema latino de lista casuística de hechos y actos transcribibles no olvide las ventajas que tiene para matizar por separado los diversos efectos y fines de la registración de cada tipo de hechos y actos.

3. La implantación del principio de tracto sucesivo. Elogiable principio en verdad; pero que cuando va en explosiva mezcla con el de inscripción voluntaria conduce de hecho a la siempre vacilante componenda de los procedimientos de reanudación de tracto, a veces tan rigurosos (expediente de dominio), a veces tan alegres (Concentración parcelaria) (5).

4. Los principios de especialidad, legalidad, rogación y prioridad. No insiste Roca en las ventajas de éstos por darlas por indis-

(5) El calificar de alegre las soluciones de la legislación de Concentración Parcelaria ante el problema del tracto interrumpido y de la falta de inscripción de grandes zonas no implica ninguna crítica de esa legislación. Sin una previa reforma de nuestro sistema registral, la legislación de Concentración se encontró con un problema que no podía solucionar haciéndose más papista que el Papa. Tenía que partir de probabilidades estadísticas, aunque la consecuencia sea que allí donde la Concentración recae en zonas de intensa vida registral—caso más frecuente de lo que se dice—, el Jordán purificador del acta de reorganización sea teóricamente una estridencia jurídica, por escasas que sean las usurpaciones que de hecho resulten. La legislación de expropiación forzosa ya había chocado en el mismo escollo. Y la legislación fiscal también en ámbito más general. Es todavía difícil decidir si en el constante prescindir del Registro por parte del legislador fiscal la culpa está de éste o de la doctrina hipotecaria, continua enervadora del valor de la inscripción frente a la misma Ley

cutidas. Posiblemente en ellos sea donde verdaderamente sólo necesite nuestra legislación retoques de carácter marginal.

4. ROCA SASTRE Y SU TESIS MONISTA DE TERCERO.

El alto juicio favorable que nuestro sistema hipotecario le merece a ROCA SASTRE lo expuso cuando el 5 de mayo de 1961 dió su magnífica conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia con motivo del primer Centenario de la Ley Hipotecaria (6). Fué una tarde memorable para la ciencia hipotecaria española. Allí mantuvo su clásica postura del carácter unívoco del concepto de tercero, no obstante su gran conocimiento de las sutilezas de la doctrina italiana. PRIETO CASTRO, elogiando a ROCA con palabras de NÚÑEZ LAGOS. El maestro CASTÁN, con sus medidas y ponderaciones de sabio. Asombro de los juristas extranjeros asistentes, ante esta demostración de que existe, realmente, una verdadera vocación jurídica en el pueblo español.

Aquel día nos demostró ROCA SASTRE dos cosas: 1.^a Que podemos alejar el temor de que la doctrina jurídica española quede reducida a ramplonas exégesis. Concretamente, el Derecho hipotecario cuenta con mentes claras y aptas para cualquier dificultad. La Ley Hipotecaria no está sola. 2.^a Que está dispuesto a dar cierta beligerancia a la postura dual de NÚÑEZ LAGOS sobre el tercero (tercero del artículo 32 y tercero del artículo 34)¹. Parecía que ROCA, excesivamente impresionado por los sistemas que él llama de desenvolvimiento técnico, jamás encontraría términos adecuados para polemizar con la tendencia pluralista del tercero. En la conferencia a que nos venimos refiriendo hay un pasaje que considero el fundamental, en el cual, sin dar un paso atrás, deja abierto un importante resquicio para la discusión.

En realidad este problema del tercero único o plural fué el tema básico de su conferencia y también el de estas notas, que sólo pre-

(6) Esta conferencia fué publicada en el número de septiembre-octubre de 1962 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO págs. 585 y sigs. Como su detenida lectura la consideramos imprescindible para que mi trabajo resulte inteligible, me abstengo de hacer en él citas concretas a las páginas del de ROCA

tenden llamar la atención de la doctrina sobre la posibilidad de un retorno al originario sentido del artículo 32 (antes 23) de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil.

Alargaría excesivamente este trabajo el intentar hacer un resumen de las discusiones doctrinales sobre la unidad o pluralidad del concepto de tercero en nuestro sistema. El programa de oposiciones entre Notarios ha considerado suficientemente madura la polémica y la ha hecho objeto de una de sus preguntas. Yo creo que no hay tal madurez, aunque acaso mi creencia derive de escasez de fuentes de estudio sobre la discusión.

Para orientarse en el oscuro mar de esta polémica es conveniente seguir la ruta siguiente: Doctrina de los hipotecaristas antiguos sobre los artículos 27, 32 y 34, teniendo como fondo de Derecho comparado el tercero latino derivado de la inoponibilidad del acto no transcrito; conatos germanistas de hipotecaristas anteriores a don JERÓNIMO (CALDERÓN NEIRA); impacto de don JERÓNIMO y el B. G. B.; doctrina dominante en torno de los autores de la Ley de Reforma 44-46; escritos de NÚÑEZ LAGOS; ROCA SASTRE, antes y después de estos escritos; otras tendencias dualistas o pluralistas menos precisadas (LA RICA); intento de síntesis de LACRUZ. La polémica presenta mil incidencias y matices; muchos se han ocupado del asunto antes y después de NÚÑEZ LAGOS y haría falta mucho tiempo para conseguir dar una idea breve y clara sobre la posición de cada uno.

Por ello vamos a limitarnos, de momento, a descubrir si la conferencia de Roca, en 1961, significa algún cambio en su monolítico concepto del tercero (subadquirente). Antes, oponiéndose a la afirmación de NÚÑEZ LAGOS, de que los artículos 32 y 34 tienen diferente «estructura técnica», decía que pretender esto es destruir la unidad de nuestro sistema, pues implicaría la coexistencia en extraño contubernio de dos regímenes dispares: el de transcripción y el de fe pública registral, cuya convivencia resultaría altamente perturbadora, pues sería confusa la propia área de actuación de una y otro sistema, dado el coordinado articulado de la Ley y relegado el artículo 32, a tan concretos menesteres que los mismos defensores de esta tesis habrían de buscarle mayor contenido. No negaba que el clima del régimen de transcripción se acepta en algunos preceptos de la Ley del 61; pero afirmó que en ella los legisla-

dores, puede que inconscientemente, inyectaron más sustancia propia de los sistemas de desenvolvimiento técnico.

Es decir, que Roca consideraba inadmisibile el contubernio de los dos sistemas. Debió hablar de concubinato, ya que nunca había disimulado su desprecio por los sistemas de transcripción, de muy inferior rango a sus predilectos sistemas de desenvolvimiento técnico. Y puesto a deshacer el contubernio, se limitaba a desconocer el artículo 32 y su tercero latino.

5. ¿UN LEVE CAMBIO EN LA TESIS DE ROCA?

Pero los alardes históricos de NÚÑEZ LAGOS y la ponderada exposición de LACRUZ, en mi opinión, le han hecho reflexionar mucho sobre la cuestión y me parece que su posición ha sufrido un levísimo cambio.

Dice ahora que si en nuestra primera Ley Hipotecaria no se hubiera contenido otro precepto importante de orden substantivo que el artículo 23, el sistema introducido por ella habría sido casi idéntico al de los denominados sistemas de transcripción. Y podemos suprimir el casi, pues si la única diferencia—según añade—es el artículo 17, y éste no es más que un lujo que se permitía nuestra Ley, gracias a la introducción del folio real, en realidad, el sistema habría sido idéntico. Pero *nuestra Ley fué mucho más allá*, y con sus posteriores reformas *avanzó aún más*, continúa diciendo Roca SASTRE.

Como damos por sabido, los supuestos avances y progresos del sistema español consisten, sobre todo, en los sucesivos retoques del artículo 34 y concordantes. Con una gran sinceridad, en la que queremos ver un mucho de *mea culpa*, por el olímpico desprecio anteriormente dispensado al artículo 32, desarrolla Roca la evolución del artículo 23 por un lado y del 34 por otro, y termina, a pesar de todo (después de un artificioso juego con textos de la Exposición de Motivos y de GÓMEZ DE LA SERNA, de los que deduce la *comunicabilidad* del doble dispositivo protector de los terceros), diciendo que no obstante cree «que el tercero adquirente o sujeto protegido por uno y otro precepto debe reunir los mismos cuatro requisitos indispensables para tal protección registral, porque a este respecto am-

bos artículos forman una unidad inescindible y, además, porque de otra manera se produciría una desigualdad inadmisible».

Al parecer, su postura es idéntica en definitiva; pero veamos el fundamental pasaje a que nos referimos antes y en el que deja al descubierto su tendón de Aquiles. Continuó diciendo: Podrá aducirse que exigirles los mismos requisitos implica una modificación sustancial del artículo 32 en su actuación *aparentemente* originaria, y que esto supone que el antiguo amparo que se entendía desplegaba este artículo 32 quedaba debilitado o disminuído y menor que el que reciben los terceros protegidos por los sistemas de transcripción, pues el artículo 34, si intensificaba la protección, iba aumentando los requisitos para concederla. Y añade: «*Evidentemente esto es, 'hasta cierto punto', verdad; pero no vemos razón alguna convincente para establecer una diferencia de trato entre los terceros, amparados por ambos preceptos*».

Como vemos, Roca está en una postura muy diferente que antes. El pasaje no tiene desperdicio. Si suprimimos las palabras «aparentemente» y «hasta cierto punto», que le subrayamos, llega a decir exactamente lo que muchos veníamos pensando. De todas maneras la tarea que resta no es sencilla, porque se trata, nada menos, que de convencer a Roca SASTRE de las razones que puedan existir para establecer dicha diferencia de trato, y sabido es que si la cultura jurídica de Roca es muy grande, su habilidad dialéctica no es menor.

De todas maneras hay que intentarlo, por muy difícil que la empresa sea, dada nuestra pobreza de medios y dándose además la circunstancia de que no podemos traer en nuestra ayuda a NÚÑEZ LAGOS, porque su tercero del artículo 32 no nos gusta; ni tampoco podemos recurrir a la autoridad de LACRUZ, porque éste, de unas premisas impecables, no deriva las lógicas consecuencias deseadas.

6. MI OPINIÓN SOBRE LA DUALIDAD DE TERCEROS.

Hoy ya no es necesario insistir contra Roca, en que existen dos terceros netamente diferenciados por razón de su colocación en la encrucijada de relaciones jurídicas que viene a hacer más segura la publicidad registral. Cada uno se corresponde con uno de los casos

que presenta LACRUZ al comenzar su exposición de la «Eficacia ofensiva de la inscripción».

a) A vende su finca a B, que no inscribe su título, y posteriormente A vende la finca a C, quien se adelanta a inscribir su título. C es el tercero de la prioridad, el tercero latino del artículo 32.

b) A vende su finca a B, pero el título es falso, nulo, etc. B inscribe y vende a su vez a C, quien a su vez inscribe antes de que se anote la demanda de nulidad, etc., del antetítulo. Este C es el tercero subadquirente germánico del artículo 34 (7).

Roca no ve ninguna razón convincente para establecer una diferencia de trato entre ambos terceros. La razón es, sencillamente, que siempre y en todas partes la diferencia de trato ha sido y es muy grande. Los sistemas hipotecarios, excepto el nuestro, tal como es entendido por la doctrina dominante, parten de tal básica diferencia. La confusión de ambos y la identidad de trato que pretende darles nuestra doctrina ha sido una consecuencia de la influencia germanista. Como el sistema alemán, por simplismo, por llevar al extremo la protección al tercero del artículo 32, le hace desaparecer con el invento de la inscripción constitutiva, y cómo, por otra parte, nuestra doctrina se empeña en ignorar en qué forma y hasta dónde los sistemas latinos protegen y contemplan también al tercero del artículo 34, hemos llegado al error de que en todas partes no hay más que un tercero, y como se sabe que el sistema alemán es más avanzado que los latinos, hemos llegado a la conclusión de que el único tercero que merece la pena y del que hay que ocuparse es el prusiano, con sus cuatro consabidos requisitos.

La protección del artículo 32 tiene abolengo latino, romano. Si recordamos la historia de la publicidad inmobiliaria y vemos en ésta una constante histórica, resulta sencillo encontrar el noble abolengo de la protección a este tercero. Está su origen en la preferencia del propietario quiritarario sobre el poseedor *in bonis* o dueño bonitario. El tercero del artículo 32 es el que ha adquirido *ex jure quiritium* (con mancipatio, hoy inscripción registral) de un propietario y al cual se le protege enérgicamente y sin condicionamientos

(7) Naturalmente que estos dos casos y toda la exposición de mi trabajo parten de una reducción del problema a sus términos más sencillos. Tanto un tercero como el otro pueden presentarse complicados por subcasos y casos mixtos.

frente a quien ha adquirido *ex jure gentium* (con mera traditio, sin publicidad, hoy sin inscripción registral). Es el renacimiento de la clásica inoponibilidad de la *actio publiciana* frente al verdadero dueño *ex jure quiritium*. Es el tercero que desaparece por pasar a dueño sin más, con el expediente simplificador de la inscripción constitutiva germánica.

La protección del artículo 34 tiene un abolengo germánico. Este tercero es el adquirente que por haber confiado en un contenido tabular inexacto, por desconocer la inexactitud (su transferente no era dueño, aunque tuviere la *Gewere* tabular), se le protege con ciertos condicionamientos (título oneroso y buena fe) frente al verdadero propietario que, generalmente, tuvo antes también *gewere* tabular, cancelada precisamente por virtud del acto falso o nulo originador de la inexactitud tabular. Este es el tercero germanico, único en el sistema alemán, después de muerto el otro por la inscripción constitutiva; pero que no es desconocido en los sistemas latinos, como lo prueban, no sólo los vacilantes bandazos de nuestro artículo 34 antes de 1944, sino el desarrollo, tan poco estudiado entre nosotros, de los efectos de la transcripción de las demandas de nulidad en perjuicio de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.

7. LOS DOS TERCEROS DE LA LEY DE 1861.

A la luz de la Historia resulta fácil ver por qué dentro de nuestra Ley Hipotecaria hay dos terceros con distinto juego y distintos requisitos. NÚÑEZ LAGOS ha puesto esto suficientemente claro y no es necesario insistir en cómo nuestros legisladores de 1861, encontrando demasiado exótica y radical la inscripción constitutiva de la base 52 de Luzuriaga, se contentaron con la posición transaccional iniciada por BRAVO MURILLO, que queda consagrada por el artículo 23 (hoy 32), recogiendo la base 52 reformada, artículo que pasa a ser el «protagonista de la Ley, que contenía en sí toda la Ley, según el Ministro de Justicia, y que mereció el honor de ser la única norma substantiva de la misma que pasó al Código Civil» (art. 606). Sin perjuicio de que, además, y a última hora, se introduzca sin gran precisión y sin gran certidumbre de su formulación, el principio de fe pública registral germánico en el artículo 34.

Por tanto, la suma y coordinación del principio de inoponibilidad latino con el de fe pública registral germánico no es un ilícito con-tubernio, sino precisamente lo que hicieron los autores de la Ley Hipotecaria de 1861, como paladinamente confiesa Roca en la conferencia a que nos referimos.

Los autores de la Ley tenían la posibilidad de seguir la dirección germánica: La inscripción como modo y además la derogación del *nemo plus juris...* por el juego de la fe pública; la dirección austriaca con la inscripción como modo; pero con una regla general de mantenimiento del *nemo plus juris...*, y la dirección latina de la transcripción como requisito de oponibilidad sin valor de modo y un aún más rígido mantenimiento del *nemo plus juris...* Bien o mal, en nuestra opinión con gran acierto y acomodación al sentido jurídico español, establecieron la inscripción no modo, pero sí requisito de oponibilidad al tercero y sentaron las bases del principio de fe pública, más que con cautela, con cierta escasez de información sobre el mismo. Es decir, que así como para decidir entre la inscripción constitutiva y el principio latino de publicidad (el título no inscrito no perjudica a tercero), los autores de la Ley tenían suficientes elementos de juicio y decidieron después de encontradas polémicas; para graduar con cuanta intensidad y decisión debían introducirse los principios germánicos derogadores del *nemo plus juris...* (efectos de la inscripción respecto del título nulo), no estaban tan documentados. Y creo que sólo refiriéndose a este segundo aspecto cobra su verdadero sentido la afirmación del señor FERNÁNDEZ NEGRETE, de que andando el tiempo se orientaría más nuestra Ley al sistema alemán.

Para los autores de la Ley eran dos cuestiones diversas, necesitadas de muy distinto tratamiento, la protección al tercero de la doble enajenación, que sólo muy relativamente se puede decir que adquiere de un no dueño, y la protección al tercero subadquirente que adquiere de quien no fué nunca dueño porque su título era nulo o falso. Fué más tarde cuando, por un olvido del verdadero sentido del tercero del artículo 32, se fué aproximando hasta identificarlos los dos *verus dominus* que se oponían a dichos dos diversos terceros. Pero en realidad el *verus dominus* del artículo 32 y el del artículo 34, lo son con muy diversa intensidad. Es verdad que, en tanto no se adopte el principio de inscripción, las personas de quien adquieren

ambos terceros parece ser un no dueño: una porque no lo ha sido nunca (no llegó a serlo); otra porque ya no lo es (dejó ya de serlo). Pero esta diferencia es fundamental.

La argumentación de la doctrina dominante española consiste en que la protección contra un *verus dominus* concedida a quien ha adquirido *a non domino* debe ser igual en ambos casos. «De otra manera se produciría una desigualdad inadmisibile», dice Roca SASTRE. Pero yo entiendo modestamente que la desigualdad consiste precisamente en tratar igual a lo que es desigual.

En el artículo 34, el tercero no es el dueño, sino que lucha contra el dueño y es natural que se le proteja sólo con ciertos requisitos.

En el artículo 32 el tercero no es el dueño para una concepción consensualística, pseudofilosófica y de gabinete de la transmisión inmobiliaria, pero sí lo es en el sistema germánico y casi lo es en todos los sistemas históricos realmente vividos en que la transmisión inmobiliaria se ha rodeado de formas de publicidad registrales o no. Por eso sólo necesita inscribir su título válido.

Los autores de la Ley Hipotecaria fueron completamente conscientes de estas diferencias. Todos los legisladores hipotecarios separaron como dos cosas distintas las facultades de la Institución registral para purificar títulos nulos (fe pública registral) de las facultades de la misma para salvar la falta de poder dispositivo de un transmitente, consecuencia de una anterior enajenación no publicada aún, al publicarse la posterior (inscripción constitutiva, inoponibilidad del título no transcrito). La identificación entre la carencia de facultad dispositiva que sufre quien nunca llegó a ser dueño porque su título fué nulo o falso y la carencia de facultad dispositiva que sufre quien había dejado de ser dueño ya, por haber transmitido en título, aún no inscrito, ha sido algo privativo y exclusivo de la doctrina hipotecaria española que se explica por razones varias y complejas; pero principalmente por una desmesurada preferencia por el estudio del sistema alemán, que nos ha llevado al extremo de olvidar la sencillísima idea de que el sistema hipotecario latino, con su principio de publicidad o inoponibilidad, se detiene un paso antes de llegar a la inscripción constitutiva, pero nunca ha exigido a su tercero los rigurosos requisitos del tercero prusiano. Cuando los sistemas latinos o eclécticos no se atreven a fortalecer tanto los efectos de la inscripción como para llegar a derogar la

regla romana *Nemo plus juris trasferre potest*, nuncá están pensando en esta regla en sentido tan lato que incluya precisamente el supuesto de la doble transmisión con transcripción previa de la posterior, porque precisamente este supuesto es el único que consideran básico estos sistemas y lo resuelven con la norma de inoponibilidad del acto no transcrito. El muro del *Nemo plus juris...*, que no se atreven a saltar, es el de la purificación por el Registro del título nulo intrínseco por vicios del título mismo (tímida y vacilante adopción del principio de fe pública en los sistemas latinos y eclécticos).

El tercero subadquirente germánico que alega la protección registral ha de obtenerla contra un verdadero dueño, acaso con abo-lengo secular, antiguo, que probablemente tenía sus viejos títulos inscritos, que perdió su titularidad registral por un título falsificado, falso, nulo, arrancado por el dolo, el error o la violencia. Este tercero lucha, pues, con un auténtico *verus dominus* de años o siglos. Es lógico que los sistemas hipotecarios se asusten y los más decididos exijan cuatro requisitos o más.

En cambio, el tercero latino del artículo 32 lucha con un ende-ble *verus dominus*. Suele ser un dueño de días o de meses y que desde luego sabe que le falta cumplir un trámite legal para consagrar su dominio. Es un dueño relativo. En Alemania no es dueño en circunstancias similares; sus colegas del Derecho romano clásico, adqui-rentes *sola traditio*, tampoco lo eran; para la concepción popular auténtica tampoco es dueño «en regla». Es un dueño que se le con-sidera tal, sólo porque a los juristas de gabinete en periodos de crisis de crecimiento de la publicidad inmobiliaria se les ocurrió que la transmisión del dominio es algo que se agota en transmitente y ad-quirente y se consuma con su mero consentimiento, *erga omnes* sin advertir lo absurdo de esta peregrina idea. Es lógico que ningún sistema exija a este tercero los mismos requisitos y que gran parte de las legislaciones hayan llegado a considerar que este tercero no es tal, sino verdadero dueño (inscripción constitutiva).

o

8. UNA AGRUPACIÓN ILEGAL.

Cuanto más profundicemos en los antecedentes inmediatos y en las posibles influencias de otras legislaciones en la Ley Hipotecaria de 1861, más nos confirmaremos en la idea de que los artículos 32

y 34 responden a finalidades distintas, exigen requisitos diferentes en el tercero por cada uno de ellos protegido y tienen un origen histórico diverso. Cosa que por otra parte resulta sobradamente demostrado por una interpretación literal, lógica y sistemática de la Ley, pues no tendría explicación ninguna dedicar dos artículos para establecer una misma y única norma y menos cuando su texto literal es tan diferente.

La agrupación de ambos preceptos, que fué incorrecta, pues cada uno tenía un titular distinto, fué obra de la influencia germanista. Si hacemos una apretada síntesis de la historia de nuestra legislación hipotecaria, habremos de decir que se reduce a un involuntario aplastamiento del artículo 32 por el artículo 34. En un principio el 32 (originariamente 23) era toda o casi toda la Ley, y su indudable sentido era el que tienen, en todas las legislaciones latinas, los preceptos ordenadores del principio de inoponibilidad del acto no transcrito frente al acto transcrito, contradictorio y proveniente del mismo causante. Ni en el anteproyecto ni en el proyecto ni en el proyecto retocado aparecen los artículos 33 y 34. Pero un acierto de los autores de la Ley introdujo estos últimos inspirados en las legislaciones germánicas. Se añade así al principio latino de publicidad (inoponibilidad de lo no inscrito) un tímido conato del principio germánico de fe pública registral (paralización de las acciones de nulidad y reivindicatorias consiguientes frente al tercero subadquirente tabular de buena fe). Toda la historia posterior puede estudiarse en dos capítulos:

1.º La azarosa historia del artículo 34, dando inciertos bandazos entre las normas germánicas y las latinas, o sea, entre el puro principio de fe pública y las casuísticas regulaciones de los sistemas latinos sobre efectos de la transcripción de las demandas de nulidad, rescisión y reivindicación puestos en relación con la especial regulación de los plazos prescriptivos, y eficacia contra subadquirentes de buena fe, de las diversas acciones.

2.º El descuido primero, desprecio y olvido después, del artículo 32, que se va considerando precepto de escasa calidad frente a las maravillas técnicas del sistema germánico, que la doctrina, por éste influenciada, va introduciendo con tenacidad en el artículo 34 hasta conseguir hacer de éste un precepto auténticamente germánico.

En cambio, el artículo 32 no sólo no progresó paralelamente, sino que por una inexplicable aberración visual estuvo en trance de desaparecer.

Hubiese sido lógico que, a medida que el artículo 34 se iba acercando a las pautas germánicas, hubiese ocurrido lo mismo con el 32 y el principio de inoponibilidad (o publicidad), que éste contenía, hubiese desembocado en la inscripción constitutiva. Hubo tentativas de introducir ésta, y es verdad que la doctrina frecuentemente la defendió; pero creemos que nunca se la asoció con el artículo 32; nunca se vió en ella el corto paso adelante que representa puesta en relación con este artículo. Del originario y auténtico precepto del artículo 32 a la inscripción constitutiva hay teóricamente una gran distancia; principio de inoponibilidad e inscripción constitutiva proceden de dos distintas concepciones del mundo, si se quiere; pero confluyen en un resultado práctico nada distanciado. El salto de un principio a otro no es ningún salto mortal.

Pero era imposible dar este relativamente pequeño salto porque el artículo 32 había sido completamente tergiversado y no daba pie para el tránsito.

¿Qué es lo que había ocurrido? Sencillamente, que la práctica y la doctrina habían derogado, por no uso, el artículo 32, como había hecho con el artículo 1.280, 1.º, del Código Civil. Y no porque ambos preceptos fueran extraños al Derecho popular español, sino, desgraciadamente, por un desafortunado enfoque doctrinal de los mismos.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia, que fué amontonando requisitos sobre el tercero del artículo 32, lo hacía precisamente por copiar preceptos germánicos sin darse cuenta de que éstos estaban pensados para el tercero del artículo 34. Partiendo de la idea verdadera de que el sistema germánico era más progresivo que los otros, se pasó a la idea errónea de uniformar igual ambos terceros y cargar al tercero de la prioridad, desconocido en el sistema alemán, con todos los requisitos del tercero subadquirente prusiano. La consecuencia es un sistema en que el principio de fe pública registral pleno al no descansar sobre la base firme de la inscripción constitutiva ni siquiera sobre la menos firme del sistema de transcripción (inoponibilidad) resulta excesivo.

De este modo creemos que hay razones convincentes para la diferencia de trato a los dos terceros. La razón principal y suficiente,

por sí sola, es que ningún sistema registral resulta tan endeble como el nuestro, si se prescinde del artículo 32 o se le interpreta en la forma en que lo hace la doctrina dominante. La registración por fincas, el riguroso principio de legalidad, el desarrollo del de especialidad, e incluso la introducción total y plena del principio de fe pública registral y el máximo desarrollo que se pretende dar al principio de legitimación, todo es inútil y hasta contraproducente; todo se viene abajo, si el sistema carece del pie fundamental de sustentación: el principio de publicidad latino o el principio de publicidad germánico vigorizado (principio de inscripción). Y cuando al tercero del artículo 32 se le identifica con el del artículo 34; cuando se le exigen los requisitos de inscripción previa, onerosidad y buena fe puede decirse que hemos dado muerte al principio de inoponibilidad que instauraron los legisladores de 1861.

9. LA REFORMA DE 1944-1946.

Hay un pasaje en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, que refleja la opinión oficial sobre el principio de fe pública registral por aquellos días. El pasaje dice así: «Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que en orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter *«juris et de jure»* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe». Y más adelante se completa la idea diciendo: «Las dudas que... se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34. A los efectos de la *fides publica* no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa».

También hace la Exposición de Motivos la afirmación de que el principio de la fe pública registral es elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. Esto es una verdad a medias, porque cuando hablamos de fe pública registral en rigor nos estamos refiriendo a la norma del parágrafo 892 del B. G. B., el cual está ausente de muchas legislaciones de las que es excesivo afirmar que carecen de sistema hipotecario.

La Exposición de Motivos hizo, pues, dos afirmaciones doctrinales que son, por lo menos, dudosas y que consagraron con la autoridad de la literatura oficial la tesis germanista de toda nuestra hermenéutica hipotecaria.

1.^a La de que el principio de fe pública registral es elemento básico de todos los sistemas. Afirmación que llevaba al extremo las posturas despreciativas de los regímenes hipotecarios latinos.

2.^a La de que el criterio tradicional español es el de tercero único: el subadquirente según Registro, a título oneroso, con buena fe y que inscribe su adquisición. Afirmación aún más aventurada y peligrosa que la anterior, y que sólo es defendible en gracia a la sinceridad y buena fe con que se hacía.

Y es que no se puede culpar a los autores de la Exposición de Motivos. Reflejaban la opinión doctrinal no ya mayoritaria, sino probablemente unánime. Toda nuestra doctrina hipotecaria se venía últimamente moviendo, sin querer, al influjo de la profecía de FERNÁNDEZ NEGRETE, cuando afirmó que nuestra Ley Hipotecaria se orientaba en el sistema alemán, y que andando el tiempo acentuaría este carácter. Profecía que no pensó en que el artículo 32 se desvaneciese antes de ser sustituido por la inscripción constitutiva.

La insensible evolución doctrinal, cada vez más germanística, tenía que terminar llevando a nuestro sistema hipotecario a un callejón sin salida si de antemano había de renunciarse al pilar básico del sistema alemán: la inscripción constitutiva. Por ello creo que la legislación hipotecaria española o va a la inscripción constitutiva o retorna al originario sentido del artículo 606 del Código y del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1961 o se resigna a ser hermosa fachada vacía por dentro.

a) La inscripción constitutiva es para muchos la panacea deseable. Piensan que únicamente menudos problemas había de planear su desarrollo progresivo, que unas meras bonificaciones arancelarias podrían solucionar. Yo no veo tan clara la inscripción constitutiva en España.

1. Porque choca drásticamente con el derecho vivido actual y su implantación encontraría una resistencia, explicable por la gran cantidad de normas jurídicas que se verían afectadas por ella.

2. Por no estar demostrado que encaje bien en el espíritu jurídico del pueblo español, en cuanto la inscripción constitutiva subordina innecesariamente el momento de voluntad del negocio jurídico, y todos sus efectos, a un posterior acto estatal. El momento de publicidad del negocio real es imprescindible para sus más trascendentes efectos; pero no para todos.

3. Porque el rigorismo del principio de calificación en nuestro sistema unido a la inscripción constitutiva agravaría mucho la situación actual. No debe desconocerse que junto a titularidades perfectas son abundantísimas otras *minus quam perfectas*, que no obstante viven en espera de prescripciones sanatorias de vicios formales y aun formularios a las que, de momento, se colocaría en penosa situación.

b) Por otra parte, a muchos no parecerá progresivo retroceder cien años para expurgar textos y escritos que nos corroboren en la idea de que el artículo 32 (antes 23) de nuestra Ley se inspiró totalmente en el sistema de inoponibilidad. Hemos presumido tanto frente a los «debilísimos» efectos del sistema de transcripción, que suena a plancha comprender que el Registro italiano, por ejemplo, concede al tercero similar al de nuestro 32, una protección mucho más enérgica que el nuestro, tal como lo concibe ahora nuestra doctrina dominante. Y precisamente este tercero del artículo 32, y no el del 34, es el que más juega en materia de corriente inscribitoria y desinscribitoria; hasta el punto de que la obligatoriedad de la inscripción en los sistemas latinos no ha sido, como se dice, una imposición estatal con miras fiscales, sino la fruta madurada por el principio de inoponibilidad del título no transcrito, pacíficamente admitido, sin interferencias del tercero prusiano y sin interpretaciones doctrinales amenguadoras de su enérgica actuación.

10. BREVE REFERENCIA A LA TESIS DE NÚÑEZ LAGOS.

Vamos a entrar ahora en el número más difícil de este trabajo. Si éste se propone defender la tesis dualista del tercero, ¿cómo es posible no apoyarse en NÚÑEZ LAGOS y mostrarse también disconforme con él?

Mi disconformidad con NÚÑEZ LAGOS proviene de creer que existe una desviación poco explicable en la línea dialéctica de este autor. NÚÑEZ LAGOS ha dejado completamente clara la génesis latina de nuestro artículo 32. La consecuencia lógica sería interpretarle acomodándose a sus orígenes y defender todas las derivaciones de tal interpretación. Pero no hace esto. Toma todos los elementos precisos para referir los requisitos de su tercero del artículo 32 a los sistemas latinos; pero precisamente en el ámbito de la protección concedida a este tercero prescinde totalmente del Derecho francés, belga e italiano. ¿Cómo puede ser que partiendo de premisas ciertas en cuanto a los orígenes históricos de la diferenciación de ambos terceros y conociendo como conoce el Derecho comparado llegue luego a tan raquitico tercero del artículo 32? Acaso todo provenga de la intransigencia polémica que tan bien disimula con su literario e irónico estilo. NÚÑEZ LAGOS tuvo siempre repugnancia a la inscripción como modo. Ha llegado a calificar esta construcción como el sueño de una noche de verano de ciertos hipotecaristas (8). Otra obsesión suya es el estrecho concepto de inscripción constitutiva al no considerar tal la del B. G. B., porque el Derecho real nace por el Acuerdo, *desde* la inscripción, y porque no hay inscripción constitutiva sin renovación de la voluntad en el momento final.

Tiene razón NÚÑEZ LAGOS en muchas cosas. Luego expondré mis ideas sobre la inscripción constitutiva del B. G. B. Pero creo que no es suficientemente clara la tesis de NÚÑEZ LAGOS en el punto concreto de cómo y por qué quiebra su acertado enfoque del tercero dual para reducir luego el del artículo 32 a un tercer poseedor de finca gravada que al inscribir queda inmune de acciones confesorias e hipotecarias no registradas.

Hay un pasaje de NÚÑEZ LAGOS en que creemos que queda al descubierto el fallo de su línea lógica. Cuando está explicando el ocasional origen de los artículos 33 y 34, afirma que los mantenedores de la tesis de que había que aclarar en la Ley si la inscripción en el Registro dejaba o no fuera de combate la acción reivindic-

(8) El Registro español es tan cabalmente un Registro de títulos que la inscripción, en vez de llegar a ser modo como soñaron alguna noche de verano ciertos hipotecaristas, se ha proclamado paladinamente título en el artículo 35. NÚÑEZ LAGOS: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, página 102, 1953. Consideramos innecesaria la cita de las sugestivas monografías en las que NÚÑEZ LAGOS ha desarrollado su tesis dualista del tercero.

toria derivada de títulos no inscritos invocaban el artículo 442 del Código austriaco, que salvaba expresamente de la eficacia del Registro la regla *Nemo plus juris in alium trasferre potest quam ipse habet*. Y añade: La inscripción en el Registro austriaco tenía valor de *traditio* y protegía frente a acciones confesorias e hipotecarias no inscritas; pero no contra la reivindicatoria; esto acontecía en el Derecho austriaco por un precepto expreso. La Ley española, ¿debía decirlo también expresamente? GÓMEZ DE LA SERNA, basándose principalmente en la Ley belga, sostuvo que sin aclarar nada se lograba igual resultado que en Austria, o sea, la reivindicatoria indemne. Trae luego en apoyo de que el artículo 33 fué escrito como límite y tope del 23 (hoy 32) un texto muy acertado de Pou, y dice que los autores de la Ley, con intuición maravillosa, formularon la doctrina en los siguientes terminos: *inter partes*, el problema del título válido o inválido no interesa al Registro; al tercero civil inscrito no le perjudica lo no inscrito, *pero siempre que no se trate de acciones de ineficacia*, pues la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes y el tercero del artículo 23, si bien le amparamos frente a gravámenes, ni es el tercero que protegemos frente a la nulidad. Sólo el tercero especial del artículo 34 queda protegido frente a la acción reivindicatoria.

Parece, pues—aunque tampoco hemos encontrado la afirmación clara y categórica—, que el tercero latino de nuestra Ley sólo está protegido frente a gravámenes anteriores a su adquisición y no inscritos; pero no frente al primer adquirente que no se adelanta a inscribir su adquisición, por entender NÚÑEZ LAGOS que el vendedor otorga un segundo título ineficaz y la reivindicatoria subsiste a favor del primer comprador que fácilmente conseguirá la anulación de la segunda venta o enajenación y la consiguiente inscripción. Si otra cosa ocurre será por el 1.473 del Código, y como éste se refiere a la venta (título oneroso) y la jurisprudencia le ha incrustado el requisito de la buena fe, propio del artículo 34, la posición de NÚÑEZ LAGOS termina bastante cerca de la doctrina contraria a la dualidad de los terceros.

No estamos conformes con todo esto. El dudar los autores de la Comisión redactora de la Ley de 1861 si era imprescindible, conveniente o inútil una norma aclaratoria de que la reivindicatoria quedaba inmune por virtud del *Nemo plus juris...*, a pesar de la pro-

tección al tercero instaurada por el artículo 23 y el traer a colación la existencia de tal norma, aclaratoria de lo mismo, en el Código austriaco, es suficiente prueba de que *la reivindicatoria que se pretende inmunizar será cualquiera, excepto precisamente la del primer adquirente que no inscribió si pretende ejercitarla contra el segundo comprador que inscribió ya.*

Si la inscripción en el Registro austriaco tenía valor de *traditio* y protegía frente a las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas; pero no contra la reivindicatoria; *esta reivindicatoria sobre la que se está discutiendo no puede ser la del primer adquirente no inscrito frente al segundo inscrito, porque en el sistema austriaco, al primer adquirente no inscrito, al faltarle el modo, no es dueño, luego no puede tener reivindicatoria.* El parágrafo 431 del Código Civil austriaco de 1 de junio de 1811 es terminante y estaría a la vista de los que discutían en la Comisión (9). Tenía que tratarse de otro supuesto de reivindicación, porque, para los legisladores de 1861, el caso de la doble enajenación por títulos contradictorios provenientes de un mismo titular no ofrecía dudas y estaba claramente regulado por el precepto sobre el cual ya se había discutido bastante en torno a la base 52. Por eso GÓMEZ DE LA SERNA decía que no había que aclarar nada. No había que aclarar nada porque nadie pensaba en excluir la reivindicatoria del *verus dominus*, si bien nadie dudaba tampoco que el primer comprador (adquirente) no inscrito no tenía reivindicatoria contra el segundo que inscribió, precisamente porque eso disponía el artículo 23 y esa era la norma fundamental que pretendía implantar la Ley Hipotecaria, por no llegar a la inscripción como modo del 431 austriaco.

Las dudas de los autores de la Ley, que terminaron en la intuición maravillosa de los artículos 33 y 34, en realidad recaían sobre

(9) Dice el artículo 431 del A. B. G. B. de 1 de junio de 1811: «Para la adquisición de la propiedad inmueble tiene que inscribirse el negocio de adquisición en los libros públicos determinados a este efecto». El artículo 442, en que se deja intocado el romano *nemo plus iuris* ..., dice: «Quien adquiere la propiedad de una cosa obtiene todos los derechos que lleva consigo. Los derechos que no tenga el transferente no se los puede transmitir. Puesto que nadie puede traspasar a otro más derechos que los que el mismo tiene». El principio de fe pública tenemos que irlo a buscar en los parágrafos 28, 63 y siguientes de la *Grundbuchgesetz* de 2 de febrero de 1955. Véase CARLOS ALVAREZ ROMERO y JESÚS LÓPEZ MEDEL: *El Derecho Inmobiliario y el Registro de la Propiedad en Austria*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, enero-febrero 1964, páginas 1 y sigs.

la reivindicatoria del *verus dominus* del artículo 34. Después de consagrado el principio de inoponibilidad del título no inscrito con toda la extensión de los sistemas latinos y pensando si se debía dar un paso más allá, entrando en los terrenos del sistema germánico, los autores de la Ley terminaron por iniciar inseguros tanteos por el principio de fe pública. Toda la azarosa vida del artículo 34 es reflejo de tales inciertos tanteos. El caso límite contemplado fué siempre el del título falsificado; pero en el fondo del problema estaban todas las verdaderas nulidades del título, *excluida, desde luego*, la que el principio de inoponibilidad había dejado despejada. Por eso el planteamiento inicial del artículo 34 estaba centrado en la nulidad o resolución derivada de causa no registrada o de título anterior no inscrito. Lo de la causa de nulidad no registrada fué siempre bien entendido. En confusionsismo vino en torno a la invalidación del título inscrito del tercero por virtud de título también inscrito y la no invalidación en cuanto al tercero por virtud de título anterior no inscrito. Estas normas, que son perfectamente claras en cuanto se limitan al caso del tercero de la fe pública registral, se han confundido al extenderlas al tercero de la inoponibilidad. Pero para los autores de la Ley estaba claro que en el caso de la doble venta no era posible anular la segunda inscrita por virtud de la primera no inscrita, porque los artículos 33 y 34 para nada afectaban al juego del 23. Ni siquiera cabe decir que esto ofreciese dudas, y para eso lo aclararon en la regla tercera del artículo 38, porque esta regla si que fué una repetición, para el caso concreto de la doble venta, de la regla general de inoponibilidad del artículo 23.

Cuando el artículo 33 dijo que la inscripción no convalida el contrato nulo, en ningún momento, pensaban en la nulidad del contrato procedente de la falta de poder dispositivo del transmitente sólo a medias perdido por la venta o enajenación anterior no inscrita. Estamos aquí con el mismo bizantinismo surgido en torno del artículo 1.953: Para la prescripción se requiere título válido; pero no tan válido, claro está, que tenga dominio y facultad de disposición perfecta el transmitente, porque entonces sobra la prescripción. Se trata de la nulidad del acto o contrato por vicios intrínsecos del mismo, y en este aspecto la segunda venta no es menos válida que la primera. El artículo 33 no es un tope al 23, sino la entrada en otro mundo, en otro campo, en el campo de la protec-

ción del tercero subadquirente y hay que relacionarlo con el 34. Ambos sí son regla general (la inscripción no convalida el acto nulo) y excepción (no obstante esa no convalidación, el título inscrito del subadquirente queda indemne de la nulidad del acto no convalidado por su correspondiente inscripción). Los artículos 33 y 34 introdujeron el principio germánico de fe pública registral.

11. EL IMPACTO DE LA OBRA DE LACRUZ.

Tampoco LACRUZ BERDEJO es una ayuda decisiva en mi disentiimiento con ROCA SASTRE. Su obra ha contribuido mucho a clarificar y fortalecer mis opiniones; pero creo que LACRUZ, partiendo de un planteamiento exacto y acertado, no extrae luego de él las consecuencia lógicas. El acierto de su planteamiento comienza desde su sistemática, que separa en distintos parágrafos el sistema latino de protección (artículo 32 de la Ley Hipotecaria) y el sistema germánico de protección (artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria).

Según LACRUZ, nuestra legislación sigue un sistema *sui generis*, en el cual, partiendo del principio de inoponibilidad de tipo francés, se llega, mediante sucesivas rectificaciones, a mantener la exactitud del Registro. Hace un breve pero documentado estudio histórico de la introducción del sistema latino en nuestra Ley a través del artículo 32 y desarrolla los varios elementos del tercero latino partiendo de una definición descriptiva: Adquirente a título particular y derivativo de un Derecho real que se opone a la vigencia de un título contradictorio con el suyo y a cuya vinculación es ajeno. Su planteamiento diferenciativo de los dos terceros es impecable y el desarrollo del tercero del artículo 34 en la obra de LACRUZ es magistral.

Pero luego termina por rendirse casi totalmente a las ideas dominantes. Nada tendríamos que objetar si llegase a la conclusión de que el tercero del artículo 32 requiere también los requisitos de previa inscripción, onerosidad y buena fe por argumentos extraídos del Derecho natural, del Derecho comparado o de la interpretación histórica y lógica del mismo artículo 32. Pero no hace esto, sino que estudia las condiciones de la protección registral en un tercer

y único párrafo, con lo cual da por prejuzgado que estas condiciones son iguales para ambos terceros y toda su exposición marcha sobre el pie forzado de esa equiparación o identidad (10).

Es verdad que al analizar cada uno de los cuatro requisitos del tercero expone las opiniones de los que no exigen los cuatro al tercero del artículo 32; pero cuando llega el momento de opinar se inclina por exigirlos todos, violentando así los mismos presupuestos diferenciativos de los que partía en los dos párrafos anteriores. Es verdad que en cada uno de los requisitos considera los derechos extranjeros, las opiniones doctrinales, la jurisprudencia y los artículos de la Ley Hipotecaria (vigente) que estima aplicables; pero en forma que modestamente sometemos a la siguiente crítica:

Derecho comparado: Al analizar cada uno de los requisitos, y concretamente los de onerosidad y buena fe, que son los más interesantes desde este ángulo visual, expone los diversos sistemas como sumandos homogéneos sin destacar el distinto tercero que cada uno contempla. Los sistemas latinos no exigen estos requisitos a su tercero y los sistemas germánicos si los exigen al suyo; pero se los exigen porque es un tercero distinto. Si nuestro sistema admite los dos terceros—como LACRUZ reconoce—la conclusión inmediata que nos brinda el derecho comparado es exigir los requisitos al tercero del artículo 34, pero no al del artículo 32.

Doctrina y jurisprudencia: Al considerarlas se inclina demasiado LACRUZ al criterio de autoridad. La altura doctrinal de su planteamiento dual de los terceros le permitía perfectamente colocarse en un plano de superación de las doctrinas anteriores a la crisis de la tesis monista, sometiéndolas a una crítica total sin perjuicio de terminar por estar conformes con ellas en el punto concreto de este o aquel requisito. Pero se limita a rendirse al argumento de autoridad, incluso allí donde él cree que teóricamente parece mejor fundada la tesis contraria a la doctrina dominante como en el requisito de previa inscripción.

Textos legales: Olvidándose de su planteamiento de dos terceros distintos y de cómo las reformas de la Ley han ido hipertro-

(10) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957. párrafo 31, pág. 232; párrafo 32, pág. 245, y párrafo 33, página 260.

fiando las normas dedicadas al tercero de la fe pública, especialmente la reforma de 1944-46, trae en apoyo de la tesis de los cuatro requisitos también para el tercero del artículo 32, preceptos legales dictados sólo para el del artículo 34 o reformados en el periodo de confusionismo entre ambos preceptos.

En el fondo de esta desviación de LACRUZ, que le lleva a trasladar al artículo 32 ideas y conceptos sólo válidos para el 34, creemos que está el relacionar excesivamente el mecanismo de la protección registral con la adquisición *a non domino*. Insistir demasiado en que toda la protección registral y todos los efectos de la inscripción se operan haciendo eficaz una adquisición *a non domino* conduce necesariamente a la asimilación de los diversos casos, terceros y protecciones. Si el tercero por virtud del Registro siempre rompe el dominio, parece lógico que siempre deberá reunir los mismos duros requisitos para tan fuerte desahogado.

No soy partidario de este planteamiento centrado en la adquisición *a non domino*. Una gran parte de la doctrina italiana—LACRUZ cita a FUNAIOLI, CARIOTA FERRARA, COVIELLO y MAIORCA—, trata por diversas vías de configurar la adquisición del tercero latino como *a domino*, porque el transmitente no deja del todo de ser dueño o tener facultades dispositivas. Por este camino, el gran CARNELUTTI, en su primera época, en un exceso de germanismo—mejor orientado que el de nuestra doctrina—llegó a considerar la transcripción como elemento necesario para la enajenación de los derechos reales, insistiendo en ello en sus escritos posteriores, a pesar de las amplias críticas de PUGLIATI, si bien posteriormente parece haber recogido velas, contentándose con un dominio condicional del primer comprador que se resuelve con la inscripción del tercero, que es con ligeras variantes la posición de GENTILE a la que se adhiera ROCA.

Estas construcciones son preferibles en cuanto aproximan los sistemas germánicos y latinos y destacan mejor los puntos de contacto entre el *Eintragungsprinzip* y el principio de inoponibilidad, que vienen determinados por su identidad de fin y fundamento. Queda así la idea de adquisición *a non domino* derogadora del romano *Nemo plus juris...*, centrada exclusivamente en la especial protección al tercero del principio germánico de fe pública (artículo 34).

Consecuencias de esta desviación de LACRUZ son algunas afirmaciones suyas que resultan, por lo menos, dudosas, a saber:

La protección registral—dice—supone la privación de un derecho a su verdadero titular en beneficio de un titular aparente, que se justifica por el castigo a la negligencia del propietario en los sistemas de transcripción y por la apariencia de titularidad en los germánicos. Aplica este distinto fundamento al caso de la doble venta, y afirma que mientras el derecho francés castiga la eventual perezosa del primer comprador, el alemán hace honor a la confianza del tercero en la inscripción del vendedor otorgando a aquél, si es de buena fe, un derecho que éste ya no tenía. Todo esto es indudablemente un descuido, porque en el Derecho alemán, en el caso de doble enajenación, no hay ningún tercero que proteger, porque su inscripción no hay transferencia y no cabe hablar de buena fe ni de conocimiento de una transmisión previa que no existe. La confianza en la apariencia, propiamente es el fundamento de la protección del subadquirente germánico por el principio de fe pública; aunque no tan propiamente, también se utiliza a veces por los autores latinos para justificar la protección a su tercero; donde no encaja de ninguna manera es en el caso de la doble venta en Alemania, Suiza y Austria, porque la inscripción constitutiva relega la primera venta al campo de lo obligacional. En estos sistemas no se puede hablar de que el segundo comprador confíe en que el titular registral es dueño, sino que sabe positivamente que lo es en tanto no haya otra *Auflassung* registrada.

En el parágrafo que dedica a la Mecánica de la adquisición registral (11) *a non domino*—primera vez que en España se aborda el tema con altura—, baraja indistintamente teorías de autores franceses e italianos explicativas de esa mecánica en el tercero de la inoponibilidad con teorías germánicas que versan sobre la naturaleza de la adquisición *a non domino* por el juego del principio de fe pública registral. El parágrafo, repetimos, es el primer intento serio en nuestra doctrina hipotecaria de asomarse al extranjero; pero opino que la colocación en un mismo plano de unas y otras teorías origina confusionismos en ciertos pasajes; por ejemplo, allí donde maneja la buena fe como base de argumenta-

(11) Obra citada, párrafo 35, pág. 289.

ción y en el dedicado a la readquisición por el no legitimado (caso de la bicicleta de EWALD).

Es verdad que cabe una construcción general de la adquisición *a non domino* que comprenda las legislaciones germánicas y las latinas; pero esta construcción habría de partir primero de una neta separación de los supuestos y soluciones de cada una de ellas para no errar en el montaje de aquella construcción general.

12. VARIACIONES SOBRE EL MISMO TEMA.

Solamente como demostración de que la tesis de NÚÑEZ LAGOS ha sido un magnífico revulsivo para nuestra doctrina hipotecaria; pero no ha sido asimilada ni desarrollada, acaso por la contradicción que en sí misma lleva; vamos a referirnos brevemente a un viejo escrito de VALLET DE GOYTISOLO y a otro reciente de LA RICA.

El texto de VALLET tiene gran valor sintomático para el estudio de nuestra evolución doctrinal posterior a la guerra, y no olvidemos que nuestra doctrina hipotecaria actual vive de las rentas de lo trabajado en los años 40.

VALLET (12) se muestra disconforme con una afirmación de NÚÑEZ LAGOS que va orientada hacia la pérdida de la propiedad por el verdadero dueño, sólo y exclusivamente en el momento en que surge el evento del tercero protegido por la *fides publica*. VALLET dice que el aspecto negativo de la *fides publica* como causa de revocación del dominio civil parece resplandecer en el artículo 32 mejor que en el 34, y añade: «Pero una construcción puramente negativa basada exclusivamente en el artículo 32 no sería suficiente para la defensa del tercer adquirente. El verdadero dueño, ciertamente, no podrá oponerle sus títulos no inscritos mientras subsista la inscripción a favor de aquél; pero podría perseguir la invalidación de la misma, y esto conseguido desaparece el obstáculo que le impide hacer valer aquellos títulos.» Y más adelante añade: «Examinemos ahora el supuesto de doble venta en la hipótesis de que sólo jugase el artículo 32. El primer comprador, pri-

(12) *La buena fe.*, «Revista de Derecho Privado», diciembre 1947, páginas 931 y sigs., especialmente 945-946.

mero en la posesión, ciertamente no podría hacer valer su título no inscrito frente al segundo comprador que fué el primero en inscribir; pero el artículo 32 no impediría por sí solo, si no existiesen además los artículos 1.473 del Código y 34 de la Ley, que el primer comprador y primero en la posesión consiguiese la declaración de nulidad de la adquisición del segundo comprador que fué el primero en inscribir, demostrando que, puesto que él ya poseía en el momento de comprar el inscribiente a éste le faltó el requisito de la tradición para haber adquirido. Invalidada esta inscripción, desaparecía el obstáculo del artículo 32» (13).

Según esto, el artículo 32 no añade nada al artículo 17. Es un mero precepto formal con destinatario desconocido e inútil, pues con el 17 y el 20 el resultado es el mismo: no poderse inscribir la primera venta hasta que el Juez declarase la nulidad de la segunda venta y de su inscripción.

Acaso todo esto sea así, por mucha que sea mi obsesión contraria. Pero lo que mantengo es que no puede entenderse tan a la ligera el artículo 32 después de diagnosticada su paternidad y estudiado el desarrollo, y actual vigencia de normas similares en todos los derechos extranjeros que se mantienen fieles al principio de inoponibilidad, y concretamente el artículo 2.644 del Código italiano.

LA RICA (14) dice que, prescindiendo del efecto constitutivo especial de la inscripción, en los casos de adquisición *o non domino* eficaces por la fe pública del Registro, hay que hacer referencia a un efecto general constitutivo (en la propiedad inscrita) derivado de que la inscripción corona o cierra el ciclo de la constitución eficaz del derecho real, y en este sentido la inscripción es un factor constitutivo complementario del título y de la tradición. Este efecto general constitutivo le extrae del artículo 32, y si atendemos al ejemplo que maneja (un censo o un usufructo) parece limitar como NÚÑEZ LAGOS la eficacia de este artículo a los graváme-

(13) En nuestra doctrina jurídica encaja muchas veces como anillo al dedo el refrán: «En casa del herrero cuchillo de palo». En los autores pertenecientes al Notariado es tan frecuente menospreciar la tradición instrumental como en los tratadistas del Cuerpo de Registradores complacerse en acumular requisitos y dificultades para la protección al tercero inscrito.

(14) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario*. Discursos de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia el 12 de marzo de 1962.

nes no inscritos, aunque guardando silencio sobre la hipoteca acaso por comprender que en ella la inscripción constitutiva elimina el juego del artículo 32. Pero a continuación añade: «Y es así porque en nuestro sistema para la constitución eficiente sobre bienes inscritos, de un derecho real cualquiera, *incluso el dominio*, hay que recorrer un ciclo de tres elementos: título, tradición e inscripción. En otro pasaje distingue dentro del concepto no unitario sino «proteico» del tercero: 1.º El tercero general o civil, *penitus extraneus*. 2.º Tercero hipotecario o registral por antonomasia que precisa sin definirlo el artículo 34. 3.º Toda una colección de terceros intermediarios, y entre ellos el tercero no perjudicado por títulos de dominio o derechos reales sobre inmuebles, no inscritos ni anotados del artículo 32; tercero tan fundamental que por él se llamó Ley de Terceros a la Hipotecaria. Este tercero, como dice acertadamente NÚÑEZ LAGOS, no necesita los requisitos de onerosidad ni de buena fe ni tampoco los de inscripción derivada de otra anterior.

El problema que nos preocupa no era básico en la conferencia de LA RICA; por ello no debemos conceder excesiva importancia en las contradicciones que se observan. ¿Gravámenes o incluso dominio? ¿Se requiere o no el requisito de previa inscripción? Las palabras de LA RICA no fueron completamente concluyentes; pero en el fondo su posición es la que mantenemos en este trabajo: Pocos requisitos y amplia protección.

En este trabajo no se pretende hacer una sistematización y menos una crítica de las variadas posiciones de nuestros autores en los temas hipotecarios más o menos conexos con el concepto de tercero, de su monismo o pluralismo y de los efectos de la inscripción. Ni me lo he propuesto ni es cosa fácil, porque cada autor parte de distintas premisas y llega a diversas conclusiones. Una postura muy frecuente es la de intentar conseguir una inscripción constitutiva para el tercero. VILLARES PICÓ (15), MARIANO HERMI-

(15) VILLARES PICÓ: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, páginas 289 y sigs.; 1960, págs. 145 y sigs.; 1961, págs. 910 y sigs.; *Curso de conferencias del C. E. H.*, 1951-1952, págs. 71 y sigs. Nadie ha insistido tanto como VILLARES en la distinción de los principios de publicidad o prioridad material y de fe pública. Sus trabajos son valiosa fuente de información sobre la originaria configuración del artículo 23 (hoy 32). Con razón podría decirse que mi trabajo es poco más que adornar y confirmar su tesis con mis cortas lecturas de la doctrina italiana. Pero VILLARES se adhiere precipitadamente a las frases

DA (16) y MANUEL GÓMEZ (17) pisan estos terrenos. En definitiva, es la base 52 primitiva de LUZURIAGA que como constante añoranza de los hipotecaristas, busca siempre su renacer. Pero unos parten del artículo 32 como autóctono y otros no. Todos acaban por refugiarse en el 1.473 del Código; pero unos para encontrar en él un premio de consolación y la mayoría para terminar adornando a éste con el jurisprudencial requisito de la buena fe.

Comprendo que es muy aventurado tratar de demostrar una interpretación de nuestros principios hipotecarios básicos partiendo de un apriorismo tan exagerado como el mío. Mantengo que en nuestra Ley Hipotecaria hay dos terceros principales: El latino del artículo 32 que hemos de perfilarle de acuerdo con las ideas predominantes en las legislaciones latinas, puesto que no quere-

de GÓMEZ DE LA SERNA sobre el requisito de la buena fe en el tercero de la prioridad y se conforma sin plantearse los grandes problemas que encierra, con la cómoda solución de la inscripción como modo. Tampoco creo que sea del todo verdad la afirmación de GÓMEZ DE LA SERNA de que el artículo 34 carecía de precedentes en la legislación comparada. La obra de OLIVER es suficiente para demostrarnos que los legisladores del 61 tenían ya base para entrar en los terrenos del principio de fe pública, aunque las legislaciones germánicas no le hubiesen aún consagrado en forma unánime y definitiva.

(16) MARIANO HERMIDA: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, páginas 641 y sigs, y 721 y sigs. Es uno de los autores que más sustancia transmisiva dan a la inscripción; pero, en mi modesta opinión, identifica el principio de publicidad con el de fe pública, y como consecuencia entremezcla los germánicos de inscripción y presunción de exactitud. La construcción de HERMIDA, en síntesis, es la de considerar constitutivas las inscripciones amparadas en el principio de publicidad y no constitutivas las no amparadas en él. Y como sólo están amparadas por el principio de publicidad las derivadas de una inscripción previa del transferente, de título oneroso y con buena fe, toda la tesis de HERMIDA se desvía del principio de inoponibilidad latino y de inscripción germánico, al principio de fe pública, y no tiene ninguna consecuencia práctica que no consiga la doctrina dominante con su tesis de la adquisición *a non domino* del tercero protegido por el artículo 34.

Lo más elogiable del trabajo de HERMIDA es que aborda el punto crucial de la adquisición por el tercero inscrito: el juego de fuerzas en las reivindicatorias posibles, materia que cuando no se desprecia se complica con las múltiples opiniones sobre la colisión entre tradición real y tradición escrituraria y sobre el concepto de posesión a efectos de la legitimación pasiva en la reivindicatoria. El elogio no supone total conformidad con sus afirmaciones.

(17) MANUEL GÓMEZ GÓMEZ: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, diciembre 1949, págs. 787 y sigs, y julio-agosto 1952, págs. 558 y sigs. Acaso es quien con más decisión y originalidad ha visto la conexión del artículo 32 con el principio de inscripción y la distancia que hay entre ambos y el principio de fe pública. Pero su postura es exagerada en cuanto no ve a su vez la distancia que hay entre el principio latino de inoponibilidad y la inscripción constitutiva; dos diferentes soluciones a un mismo problema. A GÓMEZ, como a mí, como a toda la doctrina española nos falta una seria confrontación de nuestro sistema con el derecho extranjero.

mos llegar al principio de inscripción; y el germánico del artículo 34, que debemos configurar en la forma que más se ajuste a nuestro derecho, de las varias en que, en las legislaciones germánicas, se nos presenta el principio de fe pública. Esto no supone, en ningún momento, servilismo ante el derecho extranjero; pero sí es afirmación tajante de que desconociendo éste, es imposible hacer ciencia hipotecaria española.

La doctrina española, tanto la de alto nivel como la de escritores modestos en contacto con la realidad jurídica y social, es de excepcional competencia; pero lleva el terrible *handicap* de creerse que el sistema hipotecario español es muy bueno cuando, en realidad, estamos todos esperando saber cómo es nuestro sistema, cosa que no podremos saber mientras no conozcamos mejor los otros.

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en su traducción anotada del *Derecho de cosas* del *Enneccerus-Wolff*, tuvieron una buena ocasión para enfocar nuestro sistema hipotecario a la luz del germánico; pero se enfrentaron con éste sin un previo estudio comparativo con los latinos. Por otra parte, los estudios de D. JERÓNIMO ya habían dado al traste con toda interpretación latina de nuestra Ley y la distinción de los dos terceros no apuntó por ningún sitio de las notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

Al anotar el párrafo del *Enneccerus* dedicado a los principios de consentimiento material e inscripción, dicen que la comparación de sistemas en este aspecto es totalmente imposible, porque nuestro Código sigue las huellas del sistema romano de la tradición; y se preguntan: ¿Qué razón puede haber para mantener (salvo en la hipoteca) el sistema tan característico y complejo de nuestra Ley a base del concepto de tercero, cada vez más complejo e inseguro en su desarrollo técnico y en los resultados de justicia? Pero se limitan a alabar el acuerdo real abstracto en vez de insistir en la inscripción constitutiva y de traer a colación el tercero del artículo 32 desde el cual no es difícil saltar a la inscripción como modo.

Al anotar el párrafo 891 del B. G. B. (principio de legitimación o presunción *juris tantum* de veracidad del Registro) ven destellos intermitentes mal combinados y con desarrollo casuístico de este principio. «La funesta técnica del tercero hipotecario

(temperamento transaccional de desdichada invención) es una de las causas de la confusión de nuestro sistema.» Es verdad que la técnica del tercero fué un temperamento transaccional, pero entre la inscripción constitutiva y el sistema de publicidad noticia y siempre que hablemos del tercero latino.

Al anotar el 892 del B. G. B. afirman que la idea de la protección del tercero hipotecario es en el fondo correlativa a la de la fe pública del registro en Derecho alemán. El sistema de nuestra Ley—dicen—centrado en el concepto del tercero fué un arbitrio a que se recurrió por no atreverse a dar a la inscripción el carácter de un verdadero requisito para adquirir; mas al través de la completa armazón técnica del concepto de tercero, sus efectos, cuando no quiebran en las sutilezas de la interpretación y de la confusión misma en que se desenvuelven los propósitos del legislador vienen a coincidir en lo fundamental con los resultados de la fe pública atribuida al Registro alemán. Buscando el paralelismo, comienzan por citar los artículos 23 y 27; pero luego dicen que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de completar la deficiente expresión legal con ayuda del artículo 34 y de los motivos generales de la ordenación inmobiliaria caracterizando al tercero por las notas o requisitos consabidos.

Vemos cuán cerca estuvieron PÉREZ y ALGUER de dar en la diana. Por un lado, viendo en el tercero un temperamento transaccional próximo a la inscripción como modo; de otro, viendo la similitud del tercero con el subadquirente protegido por el párrafo 892 del B. G. B. Si ellos en esta obra publicada en 1936 se hubieran aventurado a insinuar que existían dos terceros en nuestra Ley, su autoridad de técnicos en Derecho alemán acaso habría evitado el mal trato posterior dado al artículo 32 y la exégesis de éste hubiérase orientado hacia el problema del modo, de la inscripción constitutiva y del principio de inoponibilidad latino y no hacia el de la fe pública y la adquisición *a non domino*, lo que ha hecho de él un lacayo del 34.

13. EL TERCERO LATINO EN EL B. G. B.

La inscripción en el Derecho alemán no es tan constitutiva como parece.

El principio de inscripción constitutiva no es un inmueble y absoluto dogma en el Derecho alemán. NÚÑEZ LAGOS tiene mucha razón al dudar que sea la inscripción lo constitutivo en el sistema alemán. Damos por sabidos sus alegatos en este sentido; pero aun dando al término inscripción constitutiva el sentido general en que todo el mundo lo emplea, o sea el de que la inscripción es un requisito *sine qua non* de la transmisión o constitución del derecho real, queremos destacar ciertos aspectos del B. G. B que hacen pensar que el legislador en el fondo nunca consideró descabellado que el derecho real *inter partes* tenga vida desde el acuerdo, y que sólo por razones prácticas, como solución simplificadora y casi simplista hizo de la inscripción requisito esencial del derecho real a todos los efectos.

Estos aspectos que entendemos suelen ser pocas veces destacados son los siguientes:

a) El principio de inscripción sólo juega en las modificaciones jurídicas derivadas de un negocio jurídico. Quedan fuera las herencias, adjudicaciones en subasta, etc. Incluso en algunos casos de negocio jurídico tampoco actúa como en la hipoteca de cédula. Es, pues, un principio exigido con vistas a la seguridad del tráfico.

b) Las discusiones sobre la *naturaleza de la inscripción*.

Gran parte de la doctrina alemana (ENNECCERUS y WOLFF, SIEBER, BRUCK, ROSENBERG, ECCIUS, KETSCHMAR) y también von THUR entienden que el acuerdo sólo no es contrato ni negocio jurídico. El contrato se compone del acuerdo y la inscripción; el acto estatal de la inscripción se halla dentro y no fuera del contrato. Para estos autores llamar contrato al acuerdo que no es más que uno de sus elementos daría lugar a confusiones, y, según ellos, el B. G. B. al sólo acuerdo no le califica nunca de contrato ni negocio jurídico.

Otra parte de la doctrina no menos autorizada (FUCHS, STRECKER, GIERKE, DERNBURG, STAUDINGER y BENDIX) entienden que el acuerdo, en cuanto contiene las dos declaraciones de voluntad privada, esenciales en todo contrato, es ya el contrato y negocio jurídico perfecto. El acto estatal de la inscripción se halla fuera del contrato y para explicar la esencialidad de este requisito extrín-

seco se recurre a la figura de la *conditio juris*. Esto de definir el acuerdo como un contrato condicionado a la inscripción es lo que WOLFF considera más desdichado de toda esta dirección doctrinal, pues dice que la inscripción es un elemento esencial y no una condición.

En nuestra Patria, LACRUZ se adhiere a esta construcción para explicar el mecanismo de la inscripción de la hipoteca, dando por prejuzgado que, en ella, la inscripción es constitutiva en forma idéntica a como lo es, en general, en el B. G. B., lo cual previamente no demuestra. Nuestra doctrina se ha detenido poco en determinar los efectos de la inscripción hipotecaria en los sistemas de transcripción, compararla con la *Eintragung* germánica y ver hacia dónde debe orientarse nuestra inscripción en los supuestos en que la Ley parece que ha querido salirse del juego del tercero.

Pero lo que nos deja más insatisfechos es que habiéndose asomado LACRUZ a la polémica doctrinal alemana sobre la esencia y naturaleza de la inscripción en relación con el acuerdo o contrato traslativo, no se haya dado cuenta de cómo en el fondo de esta polémica está la posibilidad o no de separar los efectos *inter partes* y *erga omnes* de la modificación jurídica real, polarizando los primeros en el contrato y los segundos en la inscripción, problema que tiene una larga historia, pues no fué otro el de la teoría del título y el modo ni el que dió pie a la discutida figura del *Jus ad rem*. Dándonos cuenta de esto, es como hemos llegado a identificar la protección registral del tercero latino con la solución germánica de la inscripción constitutiva y a separar el artículo 32 del principio de fe pública y su germánica infraestructura.

c) Pero el aspecto más interesante del sistema alemán en orden a su aproximación a los sistemas latinos es el relacionado con la discutida figura del acuerdo formal vinculante. En efecto, hay un pasaje en el cual el B. G. B. casi ha llegado a decir que el derecho real ya está perfecto y transmitido por el simple acuerdo, aun antes de la inscripción. Esto es algo que suelen silenciar nuestros autores. El pasaje es el párrafo 2.º del parágrafo 873, muy discutido por los alemanes.

Nos es muy familiar el primer párrafo del artículo 873 del B. G. B.: «Para la transmisión de la propiedad de una finca, para

el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario *el acuerdo* del titular y de la otra parte sobre la modificación del derecho *y la inscripción* de éste en el Registro, en tanto la Ley no prescriba otra cosa.» Según este primer párrafo, acuerdo e inscripción son necesarios y suficientes para la transferencia.

El párrafo 2.º del mismo artículo dice: «Antes de la inscripción, están vinculadas las partes por el acuerdo solamente (*sind... an die Einigung nur gebunden, wenn...*), cuando las declaraciones se han otorgado judicial o notarialmente o se han emitido ante el Registro o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción (*Eintragungsbeweiligung*) conforme a los preceptos de la Ordenanza del Registro.

Veamos las principales posiciones sobre el significado de la expresión: *sind... nur gebunden* (están sólo vinculados):

a) ENDEMAN, FUCH y OBERNECK afirman que significa estar obligados solamente. No se ha salido de la fase de derecho personal, a pesar del contrato causal y del *Einigung*. Este reforzaría la obligación personal causal con una obligación personal abstracta de transmitir. Posiblemente esto sería una inútil complicación, y por ello acaso no fuera esto sólo lo querido por el legislador. De todas maneras, estos autores derivan del acuerdo con forma pública (notarial o judicial) la posibilidad de una demanda dirigida o obtener un consentimiento de inscripción.

b) ENNECCERUS-WOLFF, y la que éste califica de opinión dominante, dicen que este estar vinculado quiere decir no poder revocar unilateralmente. La revocación unilateral sería no sólo ilícita sino no eficaz; pero el acuerdo vinculante puede ser suprimido mediante un nuevo contrato en tanto no haya inscripción. Estar vinculado no significa estar obligado; pero tampoco tener limitado el derecho de disposición. El acuerdo formal vincula al enajenante y le imposibilita su revocación, pero no le despoja del carácter de dueño y podrá transmitir a un tercero. Entendido así el precepto tiene ENNECCERUS que confesar que no tiene gran importancia práctica, salvo en el caso de que se llegue a practicar la inscripción, no obstante haberse revocado el acuerdo y el caso especial de limitarse el derecho de disposición del titular (concurso, subasta judicial, etc.).

c) Una tercera posición es la mantenida por KOFFKA y SIMON. Para éstos estar vinculados significa tener limitado el derecho de disposición. El segundo acuerdo que contradiga el primero contiene una revocación de éste, y, por tanto, será ineficaz y prohibido, o sea que estar vinculado quiere decir no poder disponer a favor de otro. Frente a ellos, ENNECCERUS-WOLFF dicen que ninguna prueba alegan los mantenedores de esta posición; que la revocación ineficaz es la normal dirigida a la parte con la que se realizó el primer acuerdo y que si el propietario celebra hoy un acuerdo vinculante con A y mañana otro con B, aunque éste conozca el primer acuerdo, si B queda inscrito como adquirente no tiene que ceder ante A.

Acaso sea verdad que esta tercera posición carezca de pruebas y de éxito en Alemania; pero debemos tener en cuenta que KOFFKA y SIMON son monografistas sobre el particular y que su tesis es la que parece más lógica ante el texto del B. G. B. imparcialmente interpretado. Si el segundo párrafo es una excepción al primero en gracia al carácter formal del solo acuerdo, la excepción parece que deba entenderse en el sentido de que aun sin inscripción el derecho está transmitido ya, si bien sólo *inter partes*, por el mero acuerdo.

En definitiva, el problema en la práctica no es tan grande como teóricamente parece. Porque el juego de la *Vormerkung* siempre permite garantizarse al primer comprador con venta, y *Einigung*, formal frente a la inscripción anterior de un segundo comprador, siempre que la anotación preventiva llegue al Registro antes de la inscripción de éste. Como tiene derecho a anotación preventiva todo el que tenga una pretensión actual dirigida a una modificación jurídica real, la discusión entre ENNDEMANN y ENNECCERUS se reduce a si el acuerdo sólo, cuando falta el *Causalgeschäft*, da pie a una demanda anotable.

Sería aventurada toda opinión nuestra en esta discusión surgida en Alemania en torno a los efectos vinculantes del acuerdo, antes de la inscripción, cuando ese acuerdo reviste forma pública notarial o judicial. Más todavía, intentar un estudio comparativo del supuesto de la doble venta con transcripción anterior de la segunda en los sistemas latinos con el supuesto de doble venta

notarial con doble *Einigung* cuando se produce la inscripción de la segunda.

Pero hemos querido dejar sembrada la inquietud de que cuando se profundiza en los opuestos sistemas, las cosas no son tan diferentes como parecen, porque en todas partes los intereses en juego son similares y la mecánica de la protección de la seguridad del tráfico a través del Registro descansa, en definitiva, sobre la base de una serie de ideas elaboradas a lo largo de la historia de la publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

Veamos un pasaje de ENNECCERUS-WOLFF (17 bis): Si X vende la finca a A, haciendo inscribir una anotación preventiva a su favor, podrá, sin embargo, procurar la propiedad a B, mediante consentimiento de transmisión e inscripción. Con ello, B se convierte en propietario frente a todo el mundo, menos frente a A. En relación a éste, X sigue siendo propietario, y, por tanto, está facultado para transmitir su propiedad a A. Pero si luego resulta que la venta a A era nula o que la pretensión de A se extingue después (por ejemplo, por contrato de remisión) o A asiente a la transmisión a favor de B, esta disposición tiene o tendrá eficacia absoluta. ¿No nos recuerda todo esto el párrafo de nuestra Exposición de motivos dedicado a explicar cuando de hecho se considerará traspasado el dominio con relación al vendedor y con relación al tercero inscrito? ¿No termina con ello el Derecho alemán por caer en construcciones muy similares a la del dominio relativo de quien tiene título no transcrito de las doctrinas latinas?

14. EL TERCERO GERMÁNICO EN LAS LEGISLACIONES LATINAS.

Si el tercero latino le vemos apuntar tímidamente, y, a pesar de la resistencia de los tratadistas alemanes, a través de la fuerza vinculante del *Einigung* formal y de la *Vormerkung* de la pretensión personal derivada de la compra en documento público; también vemos cómo en los sistemas latinos, por caminos algo di-

(17 bis) *Derecho de cosas*. Enneccerus-Wolff Barcelona, 1936, vol. I, página 274. Véase en 270, cómo sólo es anotable la pretensión del comprador con título formal, conforme al parágrafo 313, porque sin forma judicial o notarial no existe pretensión, y en págs. 207 a 210 el *Einigung* formal vinculante.

ferentes de la presunción de exactitud registral, aparece el tercero subadquirente germánico que tan azarosa vida llevó en nuestro vacilante artículo 34, hasta su apoteosis en la reforma 1944-46.

Leamos a GENTILE, cuando comienza su comentario al artículo 2.652 del Código Civil italiano:

«Ya vimos cómo la transcripción de un acto deja imprejuizada la cuestión acerca de su invalidez o ineficacia derivada de vicios *intrínsecos* (18). Es, por tanto, natural que sea muy probable un contraste entre la «apariencia *juris*»—que resulta del Registro—y la realidad jurídica que desconoce la validez de la modificación registrada, contraste que provocaría a la larga una notable y grave divergencia entre la resultancia de la publicidad y la efectiva modificación jurídica. A reducir tal divergencia y a tender un puente entre el principio de publicidad que reclama imperiosamente la *certeza*, y el principio *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*, provee el artículo 2.652, que sujeta a transcripción—disciplinando a la vez sus efectos—una serie de demandas judiciales tendentes a impugnar la validez o la eficacia de aquellas adquisiciones sujetas a transcripción».

No queremos cansar con la exposición y comentario de este precepto, a pesar de su gran interés. Unicamente vamos a enumerar las demandas transcribibles, relacionando en cada una de ellas cómo queda calificado el tercero, que va a quedar perjudicado por la transcripción de la demanda e indemne si la transcripción de su acto de adquisición es anterior a aquélla, con o sin intervención, además, de un plazo de tiempo.

1. Demandas de resolución de contratos y otras determinadas. La sentencia no perjudicará a los derechos adquiridos por tercero en base a un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción de la demanda. No se habla de buena fe ni de título oneroso.

2. Demandas dirigidas a obtener la ejecución en forma específica de la obligación de contratar. También es protegida toda

(18) Observemos la naturalidad con que se distinguen los vicios intrínsecos—cuya invalidez o ineficacia no es afectada por la transcripción del acto—de los vicios extrínsecos derivados de la anterior enajenación no transcrita, cuya supuesta ineficacia queda precisamente sanada por el principio de inoponibilidad de dicha enajenación anterior. GENTILE: *La trascrizione immobiliare*, Nápoles, 1959, págs. 455 y sigs.

transcripción o inscripción verificada contra el contratante. Este giro de transcripción *eseguite contro...* lo entendemos mejor nosotros, diciendo: «Inscripción derivada o apoyada en la de...»

3. Demandas dirigidas a obtener el reconocimiento judicial de firma en escritura privada de acto sujeto a transcripción o inscripción. La transcripción o inscripción del acto contenido en la escritura produce efecto desde la fecha de la transcripción de la demanda. No ha lugar a referirse al tercero, porque aquí juegan las normas de la transcripción o inscripción de un acto con rango adquirido por la transcripción de la demanda.

4. Demanda declarativa de la simulación. El protegido es aquí el tercero de buena fe (*terzi di buona fede*).

5. Demanda de acción pauliana. El protegido es sólo el tercero de buena fe y a título oneroso (a título oneroso *dai terzi de buona fede*).

6. Las demandas de nulidad y anulabilidad. Este es el caso más complicadamente regulado. Se separa con distinto régimen las de anulabilidad por causa de incapacidad y las de nulidad por un lado y las de anulabilidad por causas distintas por otro. Juega en ellas el transcurso de un término de cinco años y en unos casos el protegido es el tercero de buena fe por cualquier título y en otros el tercero de buena fe a título oneroso.

7. La demanda de *hereditatis petitio*. Juega el plazo de cinco años y el tercero protegido es el tercero de buena fe por cualquier título.

8. La demanda de reducción de donaciones y de inoficiosidad legitimaria. Juega el plazo de diez años. Pero basta el título oneroso sin mencionarse la buena fe.

Ante este precepto del Código italiano, cabe decir que estas matizaciones y este casuismo tienen muy poco que ver con la sencillez del principio de fe pública registral y con nuestro artículo 34 y concordantes. Habrá quien piense que no se comprende tanta variedad en la determinación de los requisitos del tercero en cada caso, y hasta dirá alguien, acostumbrado al simplismo del sistema alemán, que no ha podido ser intención del legislador tanta variedad. Para comprender ésta del todo, es imprescindible el cono-

cimiento total del Código italiano y el hacer el estudio comparativo de las normas generales de la resolución, rescisión, nulidad, anulación, etc., etc., con las consecuencias especiales producidas por la interferencia de la transcripción del acto y de la demanda, en base al 2.652 y sus concordantes.

Este estudio posiblemente no fuese inútil en nuestra doctrina para entender la historia de nuestros artículos 34, 28, 37, etc., y hasta para apreciar si la adhesión incondicional de nuestra reforma de 1944-1946 al sistema alemán no fué, en cierto modo y en algún punto concreto, excesiva o precipitada (19).

15. EL TERCERO LATINO HOY DÍA.

I. El *sistema francés* es bastante conocido por nuestros autores. Sus líneas básicas están suficientemente expuestas en los tratados generales. En los trabajos de NÚÑEZ LAGOS hay incluso referencias de detalle doctrinal sobre el trato al tercero amparado por el principio de inoponibilidad del acto no transcrito. Lo único que ocurre es que muy pocas veces se aprecia la energía y automatismo con que se produce este principio y la fuerte protección que para el tercero representa.

El poco interés que últimamente despierta el principio latino de la inoponibilidad se explica por una razón análoga al poco cariño con que nuestra doctrina contempla el artículo 1.473 de nuestro Código. Se piensa que es un menguado sistema hipotecario aquel que se centra totalmente en el supuesto de la doble venta

(19) Sé que esto puede producir indignación. Pero lo cierto es que hay una Orden del Ministerio de Justicia de 18 de diciembre de 1962, donde, tal como yo la he entendido—posiblemente mal—, apunta una peligrosa vía de agua para el artículo 34, y, por tanto, una reserva encubierta frente a este precepto reformado. En esta Orden se maneja con habilidad la doctrina de los efectos *erga omnes* del proceso penal; se argumenta que la protección registral no puede recaer sobre una finca que fué creación meramente ideal de un procesado; parece que en el fondo se trataba de un problema de doble inmatriculación; pero, ¿no será que tenían razón las antiguas suspicacias en materia de título falso que dieron origen al sistema de notificaciones? Acaso este sistema fuese imposible por perturbador; pero también puede ser que el 34 actual, en determinados supuestos concretos, no encaje en nuestra concepción de lo justo y de ahí viniesen los esfuerzos de la referida Orden que tenía que dar por visto dicho artículo; pero también abrir paso a la acaso justa resolución judicial penal.

—estadísticamente tan raro y perteneciente al campo de lo ilícito penal—. En primer lugar no se trata de la doble venta sólo, sino de la doble enajenación, y en segundo lugar no hay que perder de vista que es a través del caso límite y crítico de la doble venta (por raro que sea), desde donde hay que contemplar el fenómeno traslativo en sus matices más delicados. El supuesto de la doble enajenación viene a colocarnos la transmisión dominical en la platina del microscopio. Por eso, el artículo 1.473 de nuestro Código es el único al que hay que atenerse para determinar exactamente el momento de la transmisión cuando esa exactitud interesa por ponerse en contradicción los intereses de las partes con las de un tercero concreto. El 1.473 no contempla el caso excepcional y raro, sino precisamente el caso clínico en el que el legislador tenía que matizar más, y por eso es el más interesante. Ello no quita para que se equivocase y no acertase a aplicar a la compraventa las líneas puras del sistema latino de inoponibilidad. Al atribuir *ex lege* la propiedad al primer inscribiente y no una mera defensa renunciante, se aparta del principio de inoponibilidad y se acerca a la inscripción constitutiva, la cual va contra el estilo del resto del edificio construido por el Código Civil y la Ley Hipotecaria.

El reciente trabajo de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sobre el sistema registral francés nos evita toda referencia al mismo. Este trabajo tiene un interés extraordinario para acabar con los tópicos despreciativos del principio de inoponibilidad. En un pasaje dice que el Registro francés resulta un tanto pobre al faltar el principio de exactitud registral, pero, a veces, *sorprendentemente*, tiene una eficacia substantiva más radical que el español. La sorpresa de PEÑA es explicable, porque, en verdad, nunca nadie nos había medido la poca distancia que hay del artículo 30 del Decreto de 4 de enero de 1955 (que no es más que el artículo 91 del Proyecto del Consejero de Estado Treillard de hace más de ciento sesenta años) al parágrafo 873 del B. G. B. En otro pasaje PEÑA insiste en la importancia de la eficacia substantiva del Registro francés, en ciertos supuestos, superior a la del español (20).

(20) MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, noviembre-diciembre 1963, págs. 721 y siguientes, especialmente págs. 768 a 775.

II. Sobre el principio de inoponibilidad en el *sistema italiano*, posiblemente tengan pronto los lectores de esta Revista una información general y suficiente para comprender que, también en él, está su tercero automáticamente protegido por la inscripción en forma mucho más clara y enérgica que la que nuestra doctrina pretende para su colega de España. Ligeras lecturas de algunos comentaristas del Código Civil italiano son las que me han hecho concebir la idea de que algo marcha mal en nuestra concepción del tercero, incluso en la de aquellos que han visto la importancia del artículo 32 y han distinguido su beneficiario del protegido por el artículo 34.

El artículo 2.644 del Código Civil italiano dice aproximadamente: «Los actos transcribibles no tienen efecto respecto a los terceros que por cualquier título han adquirido derechos sobre inmuebles, en base a un acto transcrito o inscrito con anterioridad a la transcripción de aquellos actos.

Verificada la transcripción, no puede tener efecto contra el que ha transcrito ninguna transcripción o inscripción de los derechos adquiridos de su causante, aunque la adquisición tenga fecha anterior».

Es ésta otra reciente norma consagradora del tradicional principio latino de que lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito.

Claramente se ve que este precepto dice con otras palabras lo mismo que nuestro artículo 32 de la Ley y 606 de nuestro Código. El texto de estos artículos es más conciso que el del italiano, porque partían de un indiscutido valor entendido. Todos sabían lo que querían decir. El legislador italiano parte del mismo valor entendido; pero su texto, aunque más barroco, es más preciso y completo. Además, tiene que contemplar más directamente la posibilidad de que las dos transmisiones contradictorias se inscriban por la reciente y poco firme instauración del principio de continuidad de la transcripción.

Pero es seguro que si los legisladores de 1.861 tuvieran que redactar ahora el artículo 23 de su Ley, a la vista de los confusionismos germanistas surgidos en torno suyo, lo harían en forma más precisa al ver que aquel valor entendido ya no lo era.

Si los italianos dejasen su artículo 2.644 en manos de nuestra doctrina, en pocos años ésta dejaría inservible su Registro; porque

la verdad es que el texto literal da pie para entender que la primera venta no inscrita *tiene efecto* contra la segunda inscrita, porque el segundo comprador *no ha adquirido*. Poco tardaría nuestra doctrina en demostrar que el artículo 2.644 está pensando en el tercero subadquirente con sus cuatro requisitos. Tal demostración sería un juego de niños para una doctrina que ha conseguido eliminar de la Ley Hipotecaria precepto tan claro como el artículo 38, causa tercera de la Ley de 1861, y dejar sin sentido y utilidad el artículo 32.

Veamos la forma en que la doctrina italiana entiende unánimemente el artículo 2.644 sin perjuicio de discutir luego la explicación dogmática de la norma en ese artículo contenida.

NATOLI dice (21) que el principio contenido en el artículo 2.644 puede expresarse esquemáticamente así: En el caso de que de un mismo causante varios adquirentes deriven un mismo derecho (o derechos entre sí incompatibles, total o relativamente), prevalece la adquisición de aquel que, cualquiera que sea el momento de su adquisición, haya efectuado primero la transcripción del propio título. El primer apartado del artículo acentúa el lado negativo del principio: sanciona la ineficacia del acto inscribible frente a tercero que por cualquier título haya adquirido derechos sobre el inmueble en base a acto transcrito o inscrito con anterioridad a la transcripción de aquel acto. Este aspecto negativo o de inoponibilidad a los terceros del acto no transcrito oportunamente limita el concepto de tercero, entendiendo por terceros solamente aquellos que han efectuado la transcripción de su título de adquisición contradictorio con anterioridad. El segundo párrafo se fija en el aspecto positivo de la transcripción oportuna, excluyendo que, verificada oportunamente, pueda tener ningún efecto contra el que ha transcrito, la eventual transcripción o inscripción de los derechos adquiridos del mismo causante, aunque la correspondiente adquisición se remonte a fecha anterior. La transcripción posterior resulta, pues, inútil, por lo menos en principio, ya que puede llegar a adquirir plena función si la primera resulta removida por la nu-

(21) NATOLI (-FERRUCCI): *Della tutela dei diritti*. Trascrizione. UTET, Torino, 1959, págs. 6 a 20, 82 y sigs., y 91 y sigs, principalmente.

Para la tesis procesalista de la protección al tercero véase FERRI: *Comentarios al Código Civil de Scialoja-Branca*, libro 6.º *Tutela dei diritti*, Bolonia-Roma, 1955, págs. 143 y sigs, 156 y sigs, y 42 y sigs, especialmente.

lidad o anulación del negocio a que se refiere, o bien, según la jurisprudencia, a los fines de la usacapión abreviada del artículo 1.159 si se dan sus otros presupuestos (22).

Las disputas doctrinales sobre la construcción dogmática del artículo 2.644 son interminables y acaso sea esta materia una de las más apropiadas para convencerse del ingenio y finura que derrochan los juristas italianos. Pero no debemos perder de vista dos cosas: 1.^a Que las múltiples posiciones y tesis están tratando todas de dar una explicación lógico-jurídica a la norma, con la sana intención de resolver las dudas que ésta puede plantear y nunca pretenden polemizar con las contrarias por el mero gusto de hacerlo, y 2.^a Que la discusión no afecta para nada a la clara interpretación unánime de lo fundamental del artículo 2.644: Que el segundo adquirente, por cualquier título que transcribe antes que el primero, puede accionar y excepcionar frente a éste por vía de reivindicatoria, aunque conociese la primera enajenación.

Disponiendo de poco espacio para la demostración de esto segundo, creemos lo mejor traducir un pasaje en que GENTILE se opone a FERRI, porque acaso sean éstas las dos posiciones más distanciadas.

«Aunque sucumbiendo ante el Juez Segundo (el primer adquirente que no ha transcrito), permanece propietario por el derecho sustantivo—dice FERRI—, y, por tanto, es el verdadero propietario». El Juez debe, no obstante, ignorar la verdad substancial para juzgar sobre la base de una verdad formal o legal. Pero la verdad es que no solamente el Juez comete esta crueldad, sino todos los ciudadanos, las autoridades administrativas, el Fisco. Después de verificada la transcripción a favor de Tercero, no se encontrará ningún individuo sensato que esté dispuesto a invertir una lira sobre la verdadera propiedad de SECUNDUS. Y éste sería el primero en indignarse si, por ejemplo, el Fisco pretendiese considerarlo como el verdadero propietario y actuase en consecuencia (23).

Es verdad que, como dice GENTILE, la sistematización teórica del artículo 2.644 constituye todavía una cábala para la doctrina

(22) Esta transcripción posterior resulta en nuestro Derecho no inútil, sino imposible, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

(23) GENTILE: *La trascrizione immobiliare*, 1959, págs. 70-71

y que en torno al mismo «los mejores juristas desesperadamente aferrados a lo dispuesto en el 1.376 (que establece el principio de transmisión de la propiedad por efecto del consentimiento legítimamente manifestado) dan un singular espectáculo de contorsionismo». Pero la doctrina española no debe equivocarse al estudiar las polémicas de los italianos en torno a su artículo 2.644, porque lo que no hace ningún autor es saltarse el precepto con interpretaciones que le anulen.

III. El *Sistema hipotecario portugués* también está encuadrado dentro de los latinos en el punto concreto del principio de publicidad o inoponibilidad. Desde el Código Civil de 1867 y Ley Hipotecaria de 1863 hasta el Decreto-Ley de 8 de octubre de 1959 (Código de Registro Predial), inclusive, el sistema portugués se coloca en armonía con la doctrina clásica imperante en los sistemas latinos al funcionar, como dice el Preámbulo de dicho Decreto-Ley, como «mera condição de eficacia do acto relativamente a terceiros» (24).

El principio de inoponibilidad se encuentra en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria de 1863, que traducido libremente por DE LA FUENTE JUNCO dice: «Aquel que no tuviere registrado su derecho sobre un predio no puede ejercerlo frente a otro que lo tuviere inscrito, aunque el de éste sea posterior. La formalidad de la inscripción es necesaria para oponer a terceros los derechos inscribibles y hasta para hacerlos valer en juicio...» El Código Civil de 1867 recoge los preceptos de la Ley Hipotecaria; pero según DE LA FUENTE, la inscripción no es indispensable para que los actos registrales se puedan oponer en juicio entre las partes, sus herederos o representantes.

(24) ANGEL DE LA FUENTE JUNCO: *El Registro de la Propiedad en Portugal* (en publicación), REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, noviembre-diciembre 1964, págs. 697 y sigs. Aunque la primera parte del trabajo de LA FUENTE concede preferencia a los aspectos adjetivos del sistema portugués, hay en él suficientes datos para deducir cómo este Derecho es un argumento más en favor de la restauración del sistema puro de inoponibilidad establecido por el artículo 32 de nuestra Ley, como mínimo imprescindible, ya que no llegamos ni España ni Portugal a adoptar el principio de inscripción. Como dice LÓPEZ CARDOSO: «O princípio da inscrição nao e do modelo germânico».

16. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS TERCEROS.

La posición de la jurisprudencia española en lo relativo a la dualidad de terceros, a la configuración y requisitos del tercero del artículo 32 y a la posterior conmixción de ambos terceros sería por sí sola materia para un trabajo que requiere gran paciencia; pero que será imprescindible hacer, porque en esta cuestión, como en otras muchas, tiene más interés el análisis de los intereses en juego a través de los casos reales que las artísticas síntesis doctrinales forzosamente construidas en torno a pomposos principios.

Son suficientes pruebas de que los Tribunales, en los primeros años de nuestra Ley Hipotecaria, recibirían sin reservas el régimen introducido por ésta en su artículo 23, los informes que el Tribunal Supremo y las Audiencias emitieron sobre el Anteproyecto del Magistrado LUZURIAGA, de 1848, en cumplimiento de la Real Orden de 25 de septiembre.

Fué mucho más tarde, al no tener el sistema registral una implantación general, cuando los Tribunales fueron vacilando, no porque tuviesen, como siempre se dice, la constante obsesión del Derecho romano de Partidas, sino porque es verdad que el artículo 32, rectamente interpretado, conduce a consecuencias injustas tan pronto como la doctrina y el uso hacen que el pueblo no llegue a recibir y asimilar el verdadero sentido del precepto. El fenómeno evolutivo es sencillo: En tanto el artículo 32 se aplica pura y simplemente, el ciudadano le toma en serio y se percata de los importantes efectos de la inscripción; la inscripción entonces se desarrolla y generaliza y la aplicación del precepto es pacífica como la de una norma justa y razonable; pero si se olvida el precepto y la desinscripción cunde, el 32 puro se hace en ocasiones injusto (Teoría del burladero) y los Tribunales han de esforzarse por dulcificarle, buscándole paños calientes. La jurisprudencia sobre el requisito añadido de la buena fe y la posterior identificación de ambos terceros son esos paños calientes que, a través de un continuo círculo vicioso, terminan por privar a la inscripción de sus más inmediatos efectos, iniciando su paulatino desprestigio.

De este círculo vicioso sólo caben dos salidas: la anarquía inmobiliaria, río revuelto donde pescan los más avisados, o la ins-

cripción obligatoria que siempre es para el ciudadano algo de Registro-policía. El legislador de 1861, huyendo de ambas cosas, meditó la solución matizadamente jurídica del artículo 23, y mi creencia—puede que inocente, pero puede que no—es que si se encuentran términos apropiados para retornar al originario sentido de ese artículo, que continúa en la Ley Hipotecaria vigente y además en los artículos 606 y 1.537 del Código Civil, se saldría de la anarquía inmobiliaria sin necesidad de inscripción obligatoria ni constitutiva, que, a mi entender, son soluciones más toscas y menos elegantes que la de nuestra Ley Hipotecaria.

Los Tribunales no ofrecerían resistencia para la admisión de una doctrina tan general por el mundo y tan concorde con muchísimas sentencias del Tribunal Supremo no sólo del siglo pasado, sino del actual, porque no creo arriesgarme mucho al adelantar aquí que, posiblemente, el confusionismo y conmixtión del tercero latino y el germánico en la jurisprudencia, si es que existen, son muy leves y fácilmente rectificables, aunque otra cosa nos haya hecho creer la doctrina dominante.

Lo que no cabe exigir a los Tribunales es que vuelvan a su primitiva jurisprudencia contra viento y marea, mientras al público no se le diga claramente lo que quiere decir el artículo 32, por una doctrina que diferencie este precepto del artículo 34 y mientras los mismos jueces encuentren en sus libros repartidas a voleo las sentencias-precedentes al pie de uno y otro precepto.

17. EL REQUISITO DE LA BUENA FE EN ESPECIAL.

Toda la argumentación de ROCA SASTRE descansa en la afirmación de que «si bien el artículo 23 se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los llamados sistemas de transcripción, es de destacar que fué pensado bajo el clima de la buena fe concurrente en el tercer adquirente protegido».

Deduca ROCA tal clima de conocidas frases de la Exposición de Motivos (25), y de otra también muy citada de GÓMEZ DE LA SERNA

(25) Precisamente el párrafo en que ROCA se apoya es uno de los menos acertados de la Exposición de Motivos. La frase que ROCA cita está contenida en un apartado en que la Comisión dice cómo entiende la publicidad de las

sobre la razón de la prevalencia del segundo comprador que inscribe su título. Y atribuye mucha importancia a estas frases, a pesar de no haber pasado a la Ley, porque, según él, respondían al criterio de signo positivo de la protección de la confianza en el contenido del Registro y constituían el germen y origen de los requisitos de buena fe, previa inscripción del transferente y en cierta manera del de onerosidad, básicos para el tercero protegido por el artículo 34 y concordantes.

Más cierto es que no existió tal clima ni hay que dar esa importancia a tales frases. Parece más razonable el entender, como hace NÚÑEZ LAGOS, que la influencia francesa y belga fué tan clara, intensa y consciente, que la norma legal, disponiendo que los títulos que no estén inscritos no podrán perjudicar a tercero, era

hipotecas: «Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas, en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad, si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir no perjudique por una falta, que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiriera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe...»

Hay otro párrafo más apropiado para justificar que la buena fe rondaba por el pensamiento del legislador precisamente en relación con el tercero de la inoponibilidad. Es aquel en que la Comisión expone con franqueza el gran cambio que el proyecto introduce. En él, después de la referencia a la teoría del título y del modo, afirma que si bien no corresponde a la Comisión apreciar el principio de transmisión por el mero consentimiento adoptado por el Code, cuando se limita a los mismos contrayentes si cae bajo su dominio el desecharlo cuando se trata del interés de terceros porque produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento.

Pero si continuamos leyendo es fácil darse cuenta de que esta frase no tiene más valor que todas aquellas que la doctrina latina emplea para justificar el principio de publicidad con el desconocimiento general y presunto del acto no transcrito, sin que esta justificación última sea obstáculo para que luego las Leyes establezcan una presunción *juris et de jure* de desconocimiento de lo no transcrito. En efecto, el siguiente apartado de la Exposición de Motivos continúa diciendo que según el sistema de la Comisión resultará *de hecho* que el dominio, en tanto se considerará traspasado en cuanto conste su inscripción en el Registro; y así si una venta no se inscribe, el comprador, 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. Y cuando más adelante, en el epígrafe especialmente dedicado a los efectos de la inscripción, explica la innovación que el principio general de que los títulos no inscritos no perjudican a tercero introduce en el caso de la doble venta, hace referencia al proyecto de Código, según el cual cuando el propietario enajena unos mismos inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título. Este apartado demuestra que el 1.473 no es una regla especial, sino una aplicación concreta del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, que también la contuvo (38, 3.ª) hasta 1944.

suficiente valor entendido para que este tercero de que se habla fuese el tercero protegido simplemente por haber inscrito su título (válido) proveniente del mismo causante del título anterior no inscrito. Y que sólo el fraude enervaba esa protección.

Las frases de la Exposición de Motivos y de GÓMEZ DE LA SERNA no deben impresionarnos, porque otras muy semejantes se encuentran prodigadas en los tratadistas franceses e italianos cuando tratan de encontrar el fundamento y justificación de la prevalencia del primer transcribiente, sin que esas frases enturbien lo más mínimo las afirmaciones expresas, claras e indiscutidas de que el tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión.

Muchos autores se ocupan precisamente de explicar esta aparente anomalía de que la última justificación de esa prevalencia esté en la necesidad de proteger la confianza en la apariencia y luego se proteja a quien no se preocupó de averiguar el contenido del Registro, e *incluso a quien conocía la inexactitud del mismo*. Una cosa es la explicación filosófica de la protección registral en su aspecto fundamental y otra distinta la aplicación concreta de la protección misma, aplicación en la que juegan otros factores secundarios; pero no menos determinantes de la norma legal en definitiva adoptada. Empleando un simil explicativo, y salvando las distancias, podemos recordar cómo a pesar de ser la procreación el fin primario del matrimonio, este fin, aunque normal, no afecta a la esencia jurídica del vínculo, que se mantiene, incluso, en ciertos casos en que ni siquiera cabe hablar de los otros fines secundarios.

Por ello, cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de la protección; en los germánicos por el juego de la inscripción constitutiva y en los latinos, porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento. ¿Por qué una tercera postura en nuestro sistema?

Parte de la doctrina italiana, para la unificación lógica de la protección del tercero en las transferencias de inmuebles (y mue-

bles registrados) y en las de muebles, dice que en ambas es precisa la buena fe; pero en los primeros se trata de una buena fe oficial y en los segundos una buena fe efectiva. Otros reconocen que este concepto de la buena fe oficial no es más que una piadosa ficción que recubre el eventual conocimiento, por el segundo interesado que transcribe, de un título precedente no transcrito. La sentencia de 4 de junio de 1927 expresa este concepto de la buena fe oficial con la fórmula de que los terceros con presunción *juris et de jure* son reputados privados del conocimiento de la adquisición en tanto no sea transcrita y el conocimiento de hecho no suple al legal.

Por ello, para evitar esa piadosa ficción, encuentran más exacto decir que la perentoria fórmula del 2.644 prescinde del conocimiento efectivo que del acto no transcrito tenga el tercero, o sea, que el tercero de este artículo no requiere buena fe. La razón práctica de eliminar la dificultad y la perplejidad de la prueba de una eventual mala fe, con vistas a la seguridad especial de los derechos reales inmobiliarios y el crédito territorial, explica la diferencia respecto del derecho mobiliario y la perentoria solución del artículo 2.644.

Si volvemos a la conferencia de ROCA SASTRE, pensando en este punto concreto de la buena fe, observaremos lo siguiente:

1. Admite que la fórmula del artículo 23 venía a coincidir en su formulación legal con las leyes registrales del sistema de transcripción: Ley francesa de 1855 y Código italiano (artículo 2.644 del vigente). El mismo Ministro de Justicia afirmó que en el artículo 23 se condensaba la Ley Hipotecaria.

2. El artículo 23, aunque se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los sistemas de transcripción, fué pensado bajo el clima de la buena fe del tercero. La única demostración de esto ya hemos visto que son solamente *algunas* frases de la Exposición de Motivos y de GÓMEZ DE LA SERNA.

3. Contempla nuestro artículo 32 de la Ley y 1.473 del Código a través de las polémicas de los civilistas italianos sobre la construcción dogmática del fenómeno de la protección del tercero del 2.644 italiano. Y en esta polémica se inclina por la posición de GENTILE—poco original, porque está inspirada en la segunda de

CARNELUTTI—. Considera muy conveniente desentrañar la verdadera construcción dogmática del fenómeno, con lo que viene a reconocer que no son inútiles bizantinismos las discusiones de los tratadistas italianos; pero es muy posible que tenga escaso valor la elección entre las varias soluciones de éstos, entendiendo el artículo 32 como él le entiende y empleando la polémica precisamente para determinar el momento en que debe concurrir el requisito de la buena fe del comprador. Como el 2.644 italiano, no requiere buena fe en el tercero, y la polémica no es mera divagación, sino construcción dogmática sobre el derecho positivo italiano, la traída a colación de la doctrina italiana resulta un tanto inexplicable.

Si el Código italiano exigiese a este tercero de que tratamos onerosidad y buena fe, la polémica a que Roca se refiere no estaría planteada en idénticos términos, ya que todos los autores parten de la intrascendencia, a los fines del artículo 2.644 de toda indagación *sullo stato psichico del preferito* (NATOLI). Incluso los que, un tanto imbuídos de ideas germánicas, hacen descansar todo en la confianza, en la apariencia, reconocen que la presunción *juris et de jure* de buena fe del tercero descansa en último término en proteger esa confianza; pero que esta confianza en la apariencia que juega *in genere* en la introducción del mecanismo del Registro, deja de jugar como requisito de la protección del tercero que transcribe, porque a cambio de que el título inscrito se presuma conocido por los terceros *juris et de jure*, el título no inscrito se presume no conocido por el tercero, también *juris et de jure*: éstas son las dos inmediatas consecuencias de la función de publicidad de la transcripción.

Este punto de partida legal, jurisprudencial y doctrinal de la intrascendencia de la buena o mala fe, es previo y presupuesto de la construcción dogmática de cada autor. Así, por ejemplo, NATOLI, antes de entrar en esa reconstrucción dogmática del fenómeno que origina el estridente choque entre el principio del 2.644 y el más general de la transmisión por el consentimiento de las partes, considera oportuno adelantar que la transcripción no puede ser sustituida por equivalentes o substitutivos, como, por ejemplo, el conocimiento *aliunde* del acto transcribible no transcrito (cita como resolución reciente la sentencia de 6 de mayo de 1958). «En otras palabras, la prueba del conocimiento de la primera enajenación no

transcrita no perjudica al segundo adquirente que transcribe antes en el sentido de su protección registral, aunque, naturalmente, le perjudicará en otros interesantes sentidos» (26).

En definitiva, todas las legislaciones latinas han partido de una protección enérgica al tercero inscrito que le dejase a salvo de peligrosas e inciertas pruebas sobre hechos psicológicos. Es un caso más del paso de la presunción *Juris tantum* a la presunción *Juris et de jure*, allí donde el juego de intereses presenta la gravedad suficiente como para que el principio de seguridad jurídica prevalezca sobre el de aparente justicia intrínseca.

Contra la tesis mantenida en este trabajo, hay solamente un argumento sólido: La tendencia últimamente aparecida en la jurisprudencia francesa, dirigida hacia una interpretación extensiva del fraude excluyente de la protección al tercero. La jurisprudencia francesa venía amparando al tercero que nosotros llamamos de mala fe, excepto en el caso de concierto fraudulento. Aunque no estemos conformes con PEÑA en que, prácticamente, resulte difícil imaginar supuestos de mala fe sin fraude, lo cierto es que hay sentencias modernas que muestran una tendencia expansiva del concepto del fraude excluyente. Pero la verdad es que esta última carta no ha sido nunca jugada por la doctrina española al repudiar todo contacto con el principio latino puro de inoponibilidad.

A cambio de mi honradez en apuntarla, creo tener derecho a que se la juegue con tiento y sin precipitación. Sería muy sencillo decir que todos mis penosos esfuerzos por demostrar que la interpretación de nuestro artículo 32 debe ajustarse a la de sus modelos resultan inútiles cuando la jurisprudencia francesa está introduciendo de contrabando el requisito de la buena fe, acercándose así a la doctrina dominante española. Sería muy sencillo; pero no concluyente. Es muy distinto que el Derecho francés tenga un

(26) DUALDE, que parte del tercero único y germanístico, hace una ligera escapada al sistema latino para defender la jurisprudencia del Tribunal Supremo, instauradora del requisito de la buena fe contra los ataques de los hipotecaristas (GAYOSO, GALINDO Y ESCOSURA, MORELL), y afirma, «a calidad de coincidencia confortante», que el mismo criterio prevalece en Francia «con ser un régimen inferior al nuestro», y hace dos citas muy poco convincentes, una de LAURENT y otra de COVIELLO. Citas incompletas como éstas son las que nos han llevado al general engaño sobre los sistemas hipotecarios latinos (véase DUALDE: *Todavía sobre el concepto de tercero*, «Revista de Derecho-Privado», mayo 1947, pág. 349).

punto de contricción en favor del requisito de la buena fe después de casi dos siglos de puro sistema de inoponibilidad (27) y de titulación notarial monopolística, de lo que nuestra doctrina dominante pretende: mantener un precepto inútil (el artículo 32) en una Ley Hipotecaria inútil que permita postergar un título inscrito a otro en documento privado o verbal.

La jurisprudencia francesa podrá ahora, después de tanto tiempo de sistema de inoponibilidad—que ha desembocado en la inscripción obligatoria—y después que el principio de forma pública ha venido a coronar la práctica constante—que hizo del Notariado francés uno de los pilares del sistema registral, como dice PEÑA—, hacer concesiones a la buena fe. Pero nosotros lo que tenemos que hacer, si queremos seguir el ejemplo totalmente, es pasar antes por la etapa de escritura pública e inoponibilidad pura, como el Derecho francés.

18. LA ONEROSIDAD EN ESPECIAL.

Los sistemas latinos nunca han exigido este requisito a su tercero. Esto concuerda con las legislaciones germánicas que nunca han sustraído los negocios jurídicos gratuitos del principio de inscripción constitutiva. La diversidad de criterios en las legislaciones germánicas sobre la extensión o no de la protección registral a las donaciones se mueve siempre sólo dentro del principio de *fides publica*. Parte de la doctrina alemana se muestra partidaria del criterio del anterior Derecho prusiano, que es también el del Derecho inglés y el de nuestro artículo 34, de proteger solamente al adquirente a título oneroso, soslayando la dificultad de los negocios mixtos mediante una presunción de onerosidad. El distinto régimen de

(27) Hablo de dos siglos porque en realidad el sistema francés y su principio de inoponibilidad nacen con la Ley de 11 de Brumario de 1798. Antes, la Ley de 1790 había introducido la inscripción constitutiva, si bien sólo en los países de «Nantissement». Incluso en los cincuenta años que van desde la promulgación del Código Napoleón hasta la Ley de 23 de marzo de 1855, el buen sentido del pueblo francés acaso diese por vigente el artículo 91 del Proyecto del Consejero TREILHARD, que pareció triunfar en el Consejo de Estado frente al extremismo individualista de TRONCHET—tercamente empeñado en asociar la transcripción con el feudalismo—, y que al desaparecer en la redacción definitiva deja inexplicable el 1.583. La Ley de 1855 restaura con todos los honores dicho artículo 91.

la acción de enriquecimiento injusto, según sea el adquirente a título gratuito u oneroso (27 bis), demuestra que la fe pública registral se hubiera limitado a las adquisiciones onerosas si no fuese por lo incierto e impreciso que es el límite entre ellas y las gratuitas.

Pero todo esto, repetimos, se refiere sólo al principio de fe pública. Nada tiene que ver esta diversidad de criterios con el principio de inscripción ni con el de inoponibilidad. Toda Europa está conforme, según creemos, en que el Registro protege al donatario que se adelanta a inscribir igual que al segundo comprador. Naturalmente, sin perjuicio de que el ataque al donatario o la defensa contra él resulten facilitados por las presunciones de fraudulencia que cada legislación conceda en su Pauliana.

Por todo lo dicho no vemos nada claro la inclusión de la onerosidad en el artículo 32. LACRUZ opina que si la exigencia de este requisito se añade por el legislador al artículo 34, fué con la intención de extenderla a cualesquiera casos de protección registral; extensión que, por lo demás, siempre hubiera podido tener lugar por analogía. Yo no veo tal razón de analogía, porque ninguna legislación extranjera ha partido de ella y es demasiado aventurado imaginar que dormite tanto legislador.

Pero es que además, en España, se dan circunstancias especialísimas para que si la protección registral del artículo 32 se limita a lo oneroso se convierta en una verdadera Lotería. Y no sólo por esa imprecisa zona de los negocios mixtos, sino porque la legislación fiscal y la administrativa han fomentado como en ninguna parte el contrato simulado. Se dirá que la Ley no puede darse en beneficio de los simuladores, pero cuando lo que hacemos es atacar una doctrina poco convincente, es lícito el argumento de que cuando hay tantas ventas hechas en escritura de donación y tantas donaciones hechas en forma de venta, una protección registral que no distinga, siempre será preferible.

(27 bis) *Condictio*, por disposición sin derecho del párrafo 816 del B. G. B.

19. EL REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN EN PARTICULAR.

El deseo de conceder efectos a las inscripciones de inmatriculación que, para la tesis del tercero subadquirente como tercero protegido único, casi no producen ningún efecto favorable al inmatriculante fué uno de los motivos principales del renacimiento del artículo 32.

Los trabajos de VILLARES PICÓ (28), ALONSO FERNÁNDEZ (29) y FRANCISCO DEL HOYO (30), entre otros, van orientados en esta dirección. Comprendiendo que el requisito de inscripción previa que juega en sentido formal en el artículo 20 y en sus fundamentales efectos substantivos a través del artículo 34 no tiene directa aplicación en el artículo 1.473 del Código y 32 de la Ley, se colocan en terrenos del tercero latino. Pero su postura no es unánime, en ocasiones incurren en un impreciso deslinde de ambos terceros y en general no llegan a un planteamiento dualista en cuanto a sus consecuencias.

Los trabajos de NÚÑEZ LAGOS han venido a dar gran altura a la posición de que el tercero del artículo 32 no requiere inscripción previa, y LACRUZ BERDEJO ha expuesto el problema con la claridad deseable. Pero por el reducido tercero que NÚÑEZ LAGOS describe, las consecuencias prácticas son escasas, y la rendición de LACRUZ a la doctrina dominante, a pesar de que teóricamente encuentra más fundada la tesis contraria, da un rudo golpe a la tesis de los efectos automáticos de la inscripción, aunque sea primera en cuanto se refiere al tercero del artículo 32.

El problema de este requisito, como de los otros dos, deben plantearse con precaución. No caben aquí improvisaciones. Si se quiere restaurar el artículo 32, no se puede prescindir del estudio histórico, porque los autores de la Ley Hipotecaria precisamente tuvieron que ver las dificultades de derecho transitorio que suponía la implantación del nuevo sistema. Estas dificultades se agravaron porque el período transitorio se alargó tanto que aún con-

(28) Véase, entre otros, los trabajos citados en la nota 15.

(29) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo 1945, págs. 305 y siguientes, especialmente 315 y 316.

(30) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, págs. 563 y sigs.

tinúa y no fué ajeno a este alargamiento el incomprensible giro doctrinal del artículo 32. La insensible evolución de las normas que han venido sometiendo a suspensión de efectos las inscripciones primeras está poco trabajada. Igual ocurre con todos los preceptos en que las frases «surtir la inscripción efecto contra tercero, o no perjudicar la inscripción a tercero», que pensaban en el tercero latino, se han ido transformando en «no surtir efecto respecto de tercero», que se entiende más apta para referirse al tercero subadquirente. La teoría del tercero único (subadquirente germánico) ha dejado fuera de servicio muchos preceptos que ahora nos servirían para aclarar la postura del legislador sobre el requisito de previa inscripción en el artículo 23, dentro y fuera del periodo de planteamiento de la Ley Hipotecaria.

Si atendemos al Derecho comparado, la primera impresión será que si los sistemas latinos carecen de la registración por fincas y del principio de tracto, el artículo 23 no debe requerir la previa inscripción. Pero la cosa no es tan simple, y la prueba es que cuando en Italia se introduce el principio de continuidad de las transcripciones (tracto sucesivo) por el artículo 2.650 del Código, tomado del proyecto de SCIALOJA, la no producción de efectos de la transcripción, en tanto no se verifique la del antetítulo, va inmediatamente relacionado con el principio de inoponibilidad del artículo 2.644.

20. RESUMEN.

Comprendo que este trabajo carece de toda sistematización y de todo pulimento; que lo poco que haya en él de aprovechable y original queda desvanecido por ello y que la tesis mantenida presenta serios obstáculos para triunfar. De todas maneras quiero terminar con una síntesis-resumen que ordene algo el *maremagnum* que la falta de tiempo (!) me ha impedido aclarar.

La línea de mi confuso razonamiento ha querido ser la determinada por los siguientes puntos:

1. Es conveniente acercarse al Derecho Hipotecario comparado con la idea de que nuestro sistema es una síntesis de los latinos y los germánicos que se inclina a los latinos, en el pro-

blema de la inscripción como modo y a los germánicos en el de las presunciones de exactitud derogadoras del *Nemo dat quod non habet*. Esta posición sintética, más que intermedia, puede dar a nuestra doctrina una autorizada voz y un voto de calidad en el día, no lejano, de la unificación del Derecho Hipotecario como factor coadyuvante o ineludible consecuencia de la integración económica europea.

2. Tenemos en nuestra Ley Hipotecaria un precepto análogo a todos aquellos que en las legislaciones latinas vienen consagrand el principio de inoponibilidad. Es, por tanto, peligrosa egolatría toda hermenéutica del artículo 32 que se empeñe en desconocer la interpretación que en los países latinos se da a preceptos similares y despreciar toda la doctrina surgida en torno a ellos, especialmente en torno al artículo 2.644 del vigente Código Civil italiano.

3. El actual desuso o interpretación restrictiva del artículo 32 es una de las principales causas de la endeblez de la publicidad inmobiliaria en España y será motivo de la mayor extrañeza por los extranjeros que se pongan en contacto con nosotros. Hay países donde no hay Registro, otros donde la inscripción es constitutiva, otros donde la transcripción es requisito de inoponibilidad. Sólo en España hay Registro (magnífico en muchos aspectos); pero luego el inscribir apenas sirve para nada, porque una doctrina *contra legem*, que va siendo vista con simpatía por los Tribunales, sigue centrando la transmisión de las fincas en la entrega material, hecho fáctico, equivoco, casi siempre imposible, que pertenece al terciario de la publicidad y sólo valió en los círculos sociales mínimos y cerrados al exterior, cual el villorrio medieval.

4. Sólo podemos salir de este callejón olvidándonos de la tradición material, de la puesta en poder y posesión y del párrafo 1.º del 1.462 del Código en materia de inmuebles y centrando el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (606 del Código) en el capítulo del Derecho comparado dedicado al principio de inscripción y de inoponibilidad superadores de la *traditio* y el artículo 34 en el capítulo dedicado al principio de fe pública germánico y a los efectos de la transcripción de los títulos y de las demandas sobre las acciones reivindicatorias, de nulidad, etc., frente a los terceros de buena fe, su equivalente en las legislaciones latinas y que en nuestra antigua

doctrina se estudiaba también como efectos de la inscripción respecto de los actos y contratos nulos, anulables, etc.

5. Convencidos de que hay dos terceros que nada tienen que ver: el angular de la doble enajenación (principios de inoponibilidad e inscripción) y el lineal del título nulo, de la adquisición *a non domino*, derogador del *Nemo plus juris...* (principio de fe pública); latino el primero y germánico el segundo, extraer de esta dualidad las consecuencias lógicas: la protección a cada uno de ellos, ha de ser la concedida al respectivo tercero en las legislaciones correspondientes y los requisitos de cada uno, los que las tendencias prevalentes en el Derecho comparado exijan respectivamente. .

6. Posiblemente una unificación del Derecho hipotecario europeo se orientaría hacia la inscripción constitutiva, solución que aunque más simplista y tosca encuentra adeptos incluso en la doctrina italiana. Pero para preparar ese posible salto a la inscripción constitutiva nada más lógico que el retorno a la inicial solución de la Ley de 1861, para que pueda el sistema español, aunque sea quemando etapas, pasar por un periodo de plena actuación del sistema latino de inoponibilidad, que en Francia, Italia Portugal, etc., ha llevado a la inscripción obligatoria como fruta madura, a digerir sin ningún trastorno.

7. La interpretación auténticamente latina del vigente artículo 32 no entraña ninguna dificultad, pues sólo es necesario lo siguiente:

a) Llevar a sus últimas consecuencias lógicas las doctrinas dualistas de NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ, LA RICA, etc., etc.

b) Que ROCA SASTRE comprenda que no hay una desigualdad inadmisibles en exigir distintos requisitos al tercero del 32 que al tercero del 34, porque es muy diferente su posición en la relación jurídica real, y porque todas las legislaciones parten de esta diferencia de posición para darles un trato tan diferente que precisamente esta diferencia de trato ha sido origen del confusionismo español. Los sistemas germánicos desconocen el de nuestro artículo 32 por el juego de la inscripción constitutiva, aunque hemos visto apuntar este tercero en la polémica sobre los efectos «vinculantes» del *Einigung* formal no inscrito. Y los sistemas latinos desconocen

el tercero del artículo 34 por no haberse atrevido a adoptar plenamente el principio de fe pública, derogador del *Nemo plus juris...*, aunque también apunta este último tercero en ellos, como vimos al tratar de los efectos de la transcripción de los actos, contratos y demandas en las acciones de nulidad, anulación, etc., dirigidas con perjuicio de derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso.

c) Descansar un poco en el estudio del principio de fe pública germánico y de los cuatro requisitos de su tercero para profundizar más en las sugestivas construcciones de la doctrina italiana en torno de los artículos 2.644, 2.650, 2.652 y concordantes de su Código Civil.

d) Repasar todos los precedentes legales y todos los comentarios inmediatos de la Ley Hipotecaria de 1861, sin ideas prejuizadas sobre la teoría del título y el modo, sobre la tradición real y sobre el espiritualismo del Ordenamiento de Alcalá y ateniéndose, en cambio, a los trabajos legislativos que coronaron el artículo 32 de la Ley y los artículos 606, 608, 1.279, 1.280, 633, 1.462, párrafo 2.º, y 1.473 del Código Civil.

e) Y como consecuencia de todo ello dar el necesario giro doctrinal y jurisprudencial repristinador del originario artículo 32, que, al menos de momento, haga innecesario la reforma legislativa, que muchos consideran imprescindible para poner nuestro sistema a nivel europeo.

8. Retornando así al originario sentido del artículo 1.280 del Código Civil—que expusimos en el capítulo 1.º—y al originario sentido del artículo 606 del Código y artículo 32 de la Ley Hipotecaria—que en este segundo capítulo hemos expuesto—, empezarían a ser explicables y razonables los optimismos sobre nuestro sistema inmobiliario, que de otra manera son tan excesivos como peligrosos.

TIRSO CARRETERO GARCÍA,
Registrador de la Propiedad.