

V

DERECHO INMOBILIARIO ALEMÁN ⁽¹⁾

1.—FUENTES.

El sistema hipotecario que el Código civil alemán, promulgado el 18 de Agosto de 1896, y la Ordenanza inmobiliaria (*Grundbuchordnung*)

(1) La riquísima literatura alemana relativa al *Derecho de cosas* no puede ser encerrada en los límites de una nota, por lo que tan sólo indicaremos las obras que se han tenido a la vista al redactar este capítulo: **BIERMANN:** Das Sachenrecht des B. G. B.—**BÖHM:** Das Materielle und formelle Grundbuchrecht.—**COSACK:** Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, II.—**CROME:** System des deutschen bürgerlichen Rechts, III.—**DERNBURG:** Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens.—**ENDEMANN:** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II.—**FUCHS:** Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B. G. B.—**GIERKE:** Deutsches Privatrecht, II.—**HEILFRON-PICK:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III.—**KRETSSCHMAR:** Einführung in das Grundbuchrecht.—**LIEBE:** Bürgerliches Recht, II.—**LANDSBERG,** Bürgerliches Gesetzbuch, II.—**MATLTHIAS:** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II.—**OBERNECK:** Das Reichsgrundbuchrecht.—**PREDARI:** Die Grundbuchordnung.—**STAUDINGER-KOBER:** Sachenrecht.—**SCHWARZ:** Das Bürgerliche Recht, II.—**TURNAU-FÖRSTER:** Das Liegenschaftsrecht.

de 24 de Marzo de 1897 han puesto en vigor, se inspira en el derecho tradicional germánico, especialmente en las Leyes Prusianas de 5 de Mayo de 1872, que organizaron el Registro de la propiedad inmueble, y extiende el principio de inscripción que estas últimas imponían para constituir hipotecas o deudas territoriales y para adquirir por negocio jurídico, a casi todos los actos modificativos de la situación *real* de las fincas, al mismo tiempo que concede a los asientos plenos efectos, no sólo respecto de tercero, sino entre las mismas partes que los provocan.

La unificación del derecho material o sustantivo, que ha coronado en Alemania a fines del pasado siglo el brillante desarrollo doctrinal del Derecho privado, coadyuva en la actualidad a la generalización del derecho formal, o régimen de registro, aunque sin llegar en este último punto a borrar las diferencias regionales.

Las fuentes de la institución son, por lo tanto, de derecho común en su mayoría: *a*) dentro del Código civil, el capítulo II del libro I (*Sachen*=cosas) y el libro III (*Sachenrecht*=Derecho de cosas); *b*) los cinco capítulos de la Ordenanza Hipotecaria (Disposiciones generales, Inscripciones, derechos de garantía, recursos y derecho transitorio); *c*) la ley ejecutiva de 24 de Marzo de 1897 (*Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung*), y *d*) la ley de ju-

risdicción voluntaria de 17/20 de Mayo de 1898 (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*), todas las cuales, sistematizadas orgánicamente, agotan las materias respectivas y son interpretadas, ampliadas y suplidas con arreglo a su propia técnica, como *Códigos* independientes. El derecho regional subsiste al amparo de las leyes de introducción, especialmente en el modo de llevar los libros del Registro, pues a pesar de que el Código civil presupone la apertura de libros casi uniformes, deja a las legislaciones locales el cuidado de fijar la fecha, a partir de la cual se considerará implantado el nuevo régimen en cada sitio.

Es preciso reconocer que la mayoría de los antiguos Estados han fijado con tal objeto el 1.º de Enero de 1900, y que las diferencias entre las reglamentaciones hipotecarias son más bien de forma que de fondo. Unas han aceptado los modelos prusianos, otras han conservado los antiguos libros, completándolos con otros de estructura moderna; en unas poblaciones el Registro compete a los Jueces; en otras, son oficinas administrativas del Estado, de una Corporación o de una Asociación pública, y a veces los libros están a cargo de varios empleados oficiales, bajo la presidencia de un Notario.

2.—MODO DE LLEVAR LOS REGISTROS.

Los Registros se llevan por distritos, y en ellos se inscriben las fincas y derechos reales que no pertenezcan a la categoría de bienes públicos, o a las Casas reinantes o no figuren en libros especiales como los caminos, aguas, ferrocarriles...

El Registro de una finca o derecho, es el lugar de los libros (folio) en el que se describe el inmueble independiente o las entidades hipotecarias asimilables, como el derecho de superficie (*Erbbaurecht*) u otros regionales de igual naturaleza (derechos de uso, caza, pesca, minas, regalías...).

La determinación primaria de las fincas se basa en los datos topográficos y descriptivos que se traen de otras oficinas y libros (*Flurbuch*=libro catastral, *Lagerbuch*=cuaderno descriptivo de fincas, *Steuerbuch*=relaciones fiscales, *Kataster*=catastro...), y aunque tales datos son técnicos, minuciosos y precisos, no adquieren por su traslado al Registro inmobiliario *fe pública*. Una relación constante entre las oficinas catastrales e hipotecarias y la obligación de hacer las modificaciones de oficio, si no hay perjuicio de tercero, sirven para conservar el paralelismo que tan de menos se echa en otras naciones.

Cada finca o entidad asimilable puede recibir una hoja, sistema llamado del folio real (*Realfolien*), agruparse con otras sin formar una sola (*Realpersonafolien* de Cosack) o ser incluida bajo una rúbrica personal con todas las del mismo dueño (*Personalfolien*); pero sin perder en ninguno de los tres supuestos sus características ni perjudicar a la *publicidad real* del régimen.

Se abre un folio especial: *a*) cuando por primera vez se inscribe una finca; *b*) si con las ya inscritas se forma por agrupación una finca nueva, y *c*) en el caso de creación de un derecho real, sustantivado por su analogía con la propiedad.

Por la estructura o encasillado del folio, distinguiremos con Oberneck (1) tres grupos, según acepten el modelo de Prusia (4 secciones) o el de Sajonia (3 secciones) o adopten un sistema mixto.

El modelo prusiano aprobado por la disposición ministerial de 20 de Noviembre de 1899, indica en una primera página o portada el nombre del Tribunal, lugar y distrito en que se halla la finca y el número del tomo y folio; en la segunda y tercera página comprende un encasillado referente a la situación de la finca, números del plano y de la parcela catastral, aprovechamiento o cultivo, cabida, líquido imponible,

(1) Op. cit., pág. 95 del t. I.

agrupaciones o segregaciones; en la cuarta página describe los derechos unidos con la propiedad del inmueble (servidumbres, cargas reales y demás derechos subjetivamente reales); en la quinta página se halla el encasillado de la primera parte o sección hipotecaria que se refiere al propietario, título de adquisición, precio, valor y suma por que está asegurada la finca; en la sexta y séptima páginas (segunda división) se hace constar las cargas, limitaciones de enajenar, las modificaciones y cancelaciones correspondientes; y en la octava y novena páginas (tercera división) se consignan las hipotecas, deudas reales y rentas territoriales con sus modificaciones y cancelaciones (1).

El encasillado de Sajonia, bastante menos complicado, tiene tres secciones: la primera comprende los números de las inscripciones, la descripción del inmueble y las notas de agregación o segregación; la segunda designa los propietarios y titulares de los derechos creados, con una columna donde van los números de las inscripciones y las referencias, y otra de advertencias; y la tercera, bajo la rúbrica *cargas*, da número a las constituidas, las describe muy concisamente con fijación de su valor, cuando son hipotecarias, y agrega las observaciones en columna aparte.

(1) Véase el Apéndice B.

En fin, el tipo mixto empleado en Baviera Palatina, Hessen y Württemberg, muy práctico en los casos de *personalfolien* o folios por personas, consigna en una portada el nombre o nombres de los propietarios (por ejemplo, marido y mujer), y en tres secciones la descripción de los inmuebles, sus cargas y las hipotecas sobre los mismos.

Por regla general, el cierre del folio sólo tiene lugar por haberse *agotado* su contenido en virtud de segregaciones, o por extinción del derecho sustantivado a que se refería.

Todo asiento principal ha de ser inscripción, anotación, contradicción o cancelación practicada, ya a instancia del lesionado o favorecido por ellas, ya en virtud de mandamiento judicial, ya *de oficio* en los casos excepcionales.

El procedimiento hipotecario (1), minuciosamente analizado por los especialistas, está sujeto a reglas características y a las generales de la jurisdicción voluntaria. No se lleva Diario de operaciones, si bien éstas han de practicarse, en lo posible, por el orden que fija la hora de entrada del documento fundamental en la oficina.

(1) Vid. *Das Grundbuchverfahren als System dargestellt von Landgerichtsdirektor Du Chesne*. Weicher, Leipzig, 1919.

3.—DERECHOS REALES INSCRIBIBLES.

Rechaza el Código civil alemán la clásica teoría del *titulo y modo*, restringe extraordinariamente el papel de la voluntad en la regulación de los derechos reales, abandona el tipo intermedio de *jus ad rem* (obligación con efectos reales), extrema el criterio romanista, admitiendo un número limitado (*numerus clausus*) de *jura in re* y regula los hechos o momentos adquisitivos de los mismos y el contenido de siete clases: dominio, superficie, servidumbre, retracto, carga real, hipoteca con sus especies y derechos sobre derechos (usufructos y gravámenes hipotecarios sobre derechos registrados).

Las leyes locales, como hemos advertido, encajan un poco forzosamente en este cuadro otros derechos reales de tipo tradicional relativos a minas, aguas, pesca, caza, bosques, explotaciones agrícolas, fideicomisos, enfiteusis, regalía...

Ciertamente, la denominación *derecho real* (*dingliches Recht*) no se encuentra en el Código, cuyas locuciones, en orden a los derechos inscribibles, equivalen a *derechos en fincas*, *derecho en las cosas*, *carga*, *gravamen*, pero a los primeros se circunscribe la técnica de la inscripción, aunque resultan protegidos indirectamente por medio de anotación preventiva el

arrendamiento (1) y los derechos personales en que se funde la acción anotada.

Aunque no con energía (2) abandona el legislador el principio romano: *nemini res sua servit*, para admitir, a modo de compartimientos estancos, los derechos reales sobre cosa propia. Un derecho en finca ajena no se extingue porque el propietario lo adquiriera, o porque el titular del derecho adquiriera la propiedad de la finca. La *confusión* pierde su valor extintivo mientras haya una posición jurídica que tutelar frente a tercero, y la figura jurídica de la hipoteca del propietario se generaliza.

4.—PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN.

En la constitución, transferencia, modificación y término de los derechos sobre fincas, entra como momento esencial la inscripción, presupuesto necesario, aunque no suficiente, para consumir el fenómeno jurídico de naturaleza absoluta, pabellón que garantiza la existencia, carga y limitaciones del derecho real, así como su inclusión en el patrimonio del titular.

(1) Cosack y Fuchs consideran como real al derecho del arrendatario, mientras para Oberneck sólo es una *obligatio in rem scripta* que liga al adquirente de la finca.

(2) Véase la monografía de SCHMIDT-RIMPLER: *Die Eigenföhrerdienstbarkeit*. Halle, Verl. des Buchhand. des Waisenhausos, 1911.

La posición del Código civil es ecléctica. Ni llega con los regímenes de Hamburgo, Lubeck, Meklemburgo y Sajonia a dar fuerza de cosa juzgada a las declaraciones del Registro, ni las rebaja a la categoría de medios privilegiados de prueba, ni limita sus efectos a proteger las adquisiciones de los llamados *terceros*.

Para aquilatar este matiz, es preciso distinguir dos modalidades bien caracterizadas de la inscripción: la *constitutiva* y la *declarativa*. La inscripción *constitutiva* perfecciona la transferencia, constitución o modificación de un derecho, cuya causa jurídica inmediata es un acuerdo de transferente y adquirente, previa o no una obligación contractual (venta, permuta, hipoteca, etc.), mientras la *declarativa* autentica *erga omnes* un cambio jurídico que ha tenido lugar fuera del Registro (herencia, régimen económico matrimonial, subasta, etc.).

Las acciones, derivadas en el primer supuesto de la mera obligación contraída con el propósito de inscribir, son personales y no alteran por sí la situación real. Si el vendedor a crédito cae en quiebra antes de solicitarse la inscripción de la compraventa, la finca forma parte de la masa, y si el quebrado es el comprador, los representantes de la quiebra no podrán reclamar directa e inmediatamente la entrega de la finca.

En el segundo supuesto (inscripción declara-

tiva), cuando el fenómeno extra-hipotecario se produce, queda roto el paralelismo del Registro con la realidad, surge una inexactitud en los libros y se caracteriza el procedimiento de inscripción como rectificatorio.

Consecuencia natural de estas premisas es que, para destruir un derecho real, se necesita una causa extintiva y la cancelación hipotecaria, mas como la extinción realizada fuera del Registro se impone a la conciencia jurídica con fuerza incontrastable, la técnica admite que todos los supuestos de cancelación son verdaderos casos de rectificación. Pagada la deuda hipotecaria, por ejemplo, se considera equivocado el Registro, y si cae en quiebra el acreedor, no formará parte de la masa el crédito hipotecario todavía no cancelado.

5.—PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO.

La orientación predominantemente económica de la legislación estudiada y la cuidadosa atención que, como todas las del siglo pasado, dedica a la organización del crédito inmobiliario, explican el régimen especial de las adquisiciones, gravámenes, modificaciones y extinciones de derechos reales por acto jurídico *inter vivos* y el carácter *constitutivo* de las inscripciones correspondientes.

Pero rechazado el principio de la fuerza sustantiva y abstracta de la inscripción, al mismo tiempo que negada la necesidad de un *jus ad rem* como preliminar indispensable de la tradición, el Código civil exige un acuerdo (*einigung*) de transferente y adquirente sobre la *modificación real* y se contenta con esta coincidencia de voluntades, sin intentar bucear en las profundidades psicológicas en que está anclado el negocio jurídico.

Basta, por lo tanto, el consentimiento de las partes interesadas para provocar, con el complemento (*conditio juris*) de la inscripción, la transmisión voluntaria, y al funcionario encargado del Registro no debe preocuparle si el consentimiento se presta para cumplir una obligación anterior o para constituir una nueva o simplemente para llevar a cabo un acto de liberalidad.

Tal es el llamado consentimiento sustantivo (*material*), verdadero acuerdo de naturaleza contractual entre el lesionado hipotecariamente (sea el mismo titular, sus herederos o el Tribunal en su representación, y a veces los acreedores protegidos con garantía real) y el favorecido con la transmisión o cambio.

Aunque el primer Proyecto de Código, y con mayor claridad la Comisión que lo redactó, designaban este acto jurídico con el nombre de contrato real (*dinglicher Vertrag*), ni engendra

obligaciones ni encaja perfectamente por su especial construcción en la técnica contractual. Sus relaciones con el contrato causal (venta, cesión, etc...), que puede precederle (1), y con la inscripción, que normalmente le sigue, son objeto de apasionados debates y han cristalizado en teorías que agotan los matices jurídicos. Todas parecen coincidir en estimarle como acto que encierra una conformidad abstracta (*sine causa*) (2) sobre los efectos reales pretendidos, y al cual son aplicables los preceptos generales de los actos jurídicos (capacidad, representación), las normas de las declaraciones de voluntad (reservas mentales, simulación, seriedad, error, dolo, etc...) y muchas de las disposiciones peculiares de los contratos.

Bien represente este acuerdo la parte *volitiva* del negocio jurídico, mientras la inscripción re-

(1) Del contrato obligatorio u obligacional nacen acciones para compeler al cumplimiento de las formalidades legales, a la celebración de la *Auflassung* o a la redacción de un consentimiento de inscripción; pero del contrato real por sí solo, no surge ninguna obligación. De suerte que el procedimiento hipotecario se atasca en cuanto existe un defecto en el documento presentado para acreditar el acuerdo (*einigung*) o el consentimiento de inscripción (*bewilligung*), suponiendo que no haya tras ellos ningún contrato causal.

(2) Por esta razón se produce un verdadero cambio real con la inscripción que se apoye en un acuerdo válido, aunque sea nulo el antecedente causal (novación, cesión, etc.). El perjudicado en tales supuestos puede recurrir por enriquecimiento sin causa o ejercitar una *condictio* de carácter personal contra el favorecido.

presenta la parte *real*, bien sean ambos, actos coordinados o momentos indispensables de la tradición, bien se conciba el primero como un contrato de pago y la última como su realización, siempre pueden contraponerse por sus efectos al contrato causal que los pone en marcha, y se desprenden, en cuanto es posible, de la obligación que se encuentra casi siempre en su origen.

En general, no exige el Código una forma especial para acreditar el acuerdo (*einigung*); pero en la transmisión de la propiedad conserva la antigua *Auflassung* con los requisitos de presencia simultánea de las partes ante el Juez; y cuando aquél ha sido consignado en forma auténtica (notarial o judicial), o cuando ha tenido lugar ante el Registrador (verbalmente o entregándole un escrito) así como cuando el transferente ha remitido al adquirente un consentimiento de inscripción, se engendra un lazo jurídico (*Bindung*) que impide al primero la revocación unilateral. Si el acuerdo sigue a la inscripción, no necesita forma especial para que se consoliden los efectos reales, potencialmente encerrados en aquélla.

Surge esta posibilidad de inscribir actos translativos, sin previo acuerdo, ya por estar exceptuadas del acuerdo ciertas modificaciones reales, ya por virtud del predominante valor que la Ordenanza hipotecaria concede a la volun-

tad del lesionado (principio del consentimiento formal) para favorecer la libertad de negociación y simplificar las operaciones del Registro.

En virtud de preceptos sustantivos se encuentran exceptuados de la necesidad de un acuerdo los actos de renuncia, cancelación, constitución de hipotecas al portador, etc... cuya inscripción por la sola voluntad del titular perjudicado produce plenos efectos, aunque la desconozca el favorecido.

Por importantes que sean tales excepciones, todavía presenta mayor valor el artículo 19 de la Ordenanza hipotecaria, según cuyos términos: «Procede la inscripción cuando la consiente aquel cuyo derecho resulta perjudicado por ella.» El asiento, que puede obtenerse a su amparo en la mayoría de los casos de transferencia voluntaria, porque sólo quedan fuera de la autorización los de *Auflassung*, no es perfecto en cuanto le falta la *conditio juris* estudiada (*einigung*); pero sirve para tomar puesto preferente o rango hipotecario, goza de los beneficios de la publicidad y fundamenta la prescripción adquisitiva.

Entre los efectos especiales del acuerdo translativo, cuando las leyes lo exigen, señalan los autores: a) el de ser requisito indispensable para la validez de la inscripción; b) el de ser revocable; c) el de no resultar afectado por la muerte o la limitación de enajenar del que lo

ha suscrito, una vez presentado en el Registro, y *d*) el de fijar el momento a partir del cual no daña al adquirente el conocimiento de la verdadera situación jurídica.

6.—PROCEDIMIENTO ROGADO.

Contra lo que creen y sostienen entre nosotros personas superficialmente conocedoras del régimen alemán, la inscripción no es obligatoria; es decir, los interesados se hallan en completa libertad de llevar o no al Registro los documentos que pueden provocar una inscripción. El Registrador obra a instancia de parte en casi todos los supuestos. Únicamente por motivos de orden público y como natural desenvolvimiento del principio de legalidad, se ordena la inscripción *de oficio*.

La petición de un asiento es un acto procesal, regulado por las normas de la jurisdicción voluntaria y que puede ser formulado por el lesionado o transferente, por el favorecido o adquirente, por los interesados que posean título ejecutivo cuyos efectos dependan de la inscripción solicitada, por los representantes legales o voluntarios de todos ellos, y, en especial, por el Notario que haya autorizado el documento inscribible.

Una vez realizada la presentación, el proce-

dimiento es automático; por lo menos no depende en su marcha general de la voluntad, muerte, incapacidad o limitación de facultades de las personas que lo hayan instado. Sin embargo, el solicitante puede retirar la documentación si la inscripción no se ha extendido y no hay acuerdo (*einigung*) formalmente consignado (*bindung*).

7.—TRACTO SUCESIVO.

Las antiguas legislaciones de Prusia, Nassau y Mecklemburgo, exigían la inscripción previa a favor de una persona para que ésta pudiera realizar cualquier acto de disposición sobre la finca, y encontraron un eco en el artículo 828 del primer proyecto del Código civil, a cuyo tenor sólo el *titular* inscrito (*eingetragenen Berechtigte*) podía cerrar un contrato real. Desapareció en la segunda lectura la palabra *inscrito* (*eingetragenen*) y el artículo 40 de la Ordenanza cerró la evolución dando el máximum de facilidades: «Sólo puede practicarse una inscripción cuando aquel cuyo derecho resulta perjudicado por ella, está inscrito como titular.» En su consecuencia, los acuerdos o consentimientos de inscripción suscritos por un *no-titular* alcanzan, si se inscribe a favor de éste cualquier documento adquisitivo o rectificador, la

categoría de documentos inscribibles; y la transmisión concedida por un tercero que asume sin justificación el carácter de titular, no puede ser desestimada si viene al Registro el permiso o la aprobación del titular, según los libros.

Todavía exime la citada Ordenanza del requisito de la previa inscripción las transmisiones de cédulas hipotecarias, la transmisión o cancelación por los herederos o albaceas de los derechos inscritos a favor del causante, o las provocadas en virtud de un título ejecutivo contra la herencia, y aun las realizadas por los herederos del heredero.

8.—EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

Tradicional fundamento de los libros hipotecarios, la *fides publica* atribuída a sus declaraciones, puede ser enfocada desde un punto de vista sustantivo (material), o adjetivo (formal).

Como apotegma del derecho sustantivo que favorece a cuantos, confiados en los asientos, adquieren de buena fe, niega el antiguo aforismo *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habuit*, para afirmar que quien sucede en virtud de negocio jurídico, oneroso o lucrativo, al titular inscrito, se coloca en la posición garantizada por la inscripción, aunque no correspondiera a la realidad jurídica.

El Registro se presume exacto, y a esta *proesumptio* que pasa a ser ficción (*juris et de jure*), pueden acogerse los adquirentes de derechos reales, los favorecidos por la inscripción obtenida mediante acto *inter-vivos*, los legatarios y hasta las personas que, sin adquirir un derecho real ni una prioridad, realizan una prestación confiadas en el Registro, tales como el deudor hipotecario que paga interés al acreedor inscrito, o el propietario de una finca sujeta a carga real, que paga el canon al titular, según los libros.

En cambio, no se ha considerado necesario proteger de tal manera a las adquisiciones a título universal (sucesiones hereditarias) ni a las que se realizan por virtud de la ley (casos de subrogación legal, usufructos familiares, adquisición de la parte de bienes gananciales por un cónyuge frente al otro), ni a las declaraciones contenidas en la sentencia pronunciada contra el *no-titular*, ni a las adjudicaciones de inmuebles en procedimiento ejecutivo.

En su modalidad *positiva* la presunción estudiada da como existente y válido el derecho real (y el de obligaciones protegidas hipotecariamente) con los límites fijados en la inscripción; en su forma *negativa* declara que el Registro agota la realidad, sin que fuera de él pueda existir ninguna situación jurídica de naturaleza real.

No debe, sin embargo, suponerse que el detalle de la inscripción es positivamente cierto. Quedan fuera del alcance del principio de publicidad las cuestiones de identificación, representación, capacidad y facultad absoluta de enajenar de los titulares, los datos relativos a la medida, situación, derechos unidos a la propiedad (subjetivamente reales), la situación posesoria...

Tampoco debe creerse *íntegro*, en todo caso, el folio hipotecario. Pueden vivir fuera de él, servidumbres legales, derechos fiscales, gravámenes de tipo anticuado, derechos a obtener un camino, a continuar arriendos durante el año agrícola, a retener la finca como poseedor...

Para facilitar la publicidad, se entiende por registro de una finca la hoja especial afecta a la misma, dejando sin valor los datos o declaraciones que no se hallen directamente relacionados con ella.

Desenvuelta en estos términos la fe pública, no es propiamente, como hemos indicado, una presunción *juris et de jure*, sino una ficción absoluta en cuanto a su valor, que no admite prueba en contra y que protege al adquirente, aunque se demostrara que no había podido ver los libros antes de cerrar el contrato.

Desde el punto de vista formal, se halla también cuidadosamente reglamentada la publicidad hipotecaria sobre las bases de territoriali-

dad de la inscripción, estructura fácilmente inspeccionable del folio registral, manifestaciones de los libros, expedición de certificaciones, libramiento de copias de los documentos presentados o redactados en la misma Oficina y organización de los protocolos y archivos.

9.—FUERZA LEGITIMADORA DE LA INSCRIPCIÓN.

La presunción de que el contenido de los libros hipotecarios es exacto e íntegro, baja de categoría sin desvanecerse cuando es alegada en apoyo de relaciones jurídicas no derivadas del carácter de tercero adquirente. El Registro se desenvuelve sobre apariencias autenticadas, presenta una demostración suficiente para la vida de relación, favorece, sin llegar a la fuerza de cosa juzgada, a quien se funda en sus declaraciones, y como la antigua *gewere* germánica o por el mecanismo de la *Actio Publiciana* echa la carga de la prueba] sobre su adversario.

La legitimación del estado hipotecario o registral tiene únicamente una forma positiva (1)

(1) No puede deducirse de los términos de la ley una presunción general de que el derecho no registrado (por ejemplo, una servidumbre) no existe en realidad. Tampoco decide si un derecho cancelado se presume haber existido.

(el derecho inscrito pertenece en realidad al titular, el cancelado no existe), se extiende tanto a las inscripciones constitutivas como a las declarativas, y se exterioriza al ejercitar las acciones reales (reivindicatoria, confesoria, negatoria, hipotecaria) en la fuerza probante del certificado del Registro, exhibido por el que demanda.

Contra esta aseveración, el demandado debe probar que la inscripción está equivocada, bien negando la existencia del derecho inscrito, bien afirmando la del cancelado, y que procede en su virtud rectificarla a su favor; o alegar la excepción de que ha adquirido la posesión del demandante o de su antecesor (*de cuius*) mediante acto jurídico translativo (*exceptio rei venditae et traditae*).

De igual manera, el demandado que niegue la existencia de un derecho consignado a su favor en el Registro, debe probar la inexactitud, porque la inscripción sirve de legitimación activa (para el demandante) y pasiva (para el demandado).

10.—BUENA FE.

Si las leyes hipotecarias se proponen como fin especial la seguridad y rapidez de las transacciones sobre inmuebles, no pueden olvidar

que la inscripción es un medio de expropiación y un arma de dos filos que sacrifica el titular actual al futuro adquirente. Esta norma, aceptable cuando el protegido ha confiado en las declaraciones del Registro, resultaría desmoralizadora y contraproducente si se aplicase a las adquisiciones de mala fe. Lo difícil es determinar, sin desvirtuar la fuerza probatoria de los asientos, cuáles son los presupuestos necesarios para excluir de la protección hipotecaria al tercero contra quien se alega la falta, por él conocida, de paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica, que vicia su adquisición.

Para el artículo 837 del primer Proyecto de Código, era *necesario* y *suficiente* el conocimiento de hechos de los que resultara la discordancia entre los libros y la situación real o la prohibición de enajenar existente. *Necesario*, en el sentido de que no podía negarse la protección de la *fides publica*, al que desconociera lo que vive jurídicamente fuera de la inscripción y no hiciera investigaciones para informarse de su existencia y alcance, por entender que los libros hipotecarios suministran todos los datos y noticias dignos de ser tenidos en cuenta.

La Comisión redactora consideraba *suficiente* el citado conocimiento de los hechos contradictorios, sin conceder importancia a la cualificación ética del acto adquisitivo, ni al estado moral del adquirente; porque el precepto en

cuestión no descansaba sobre la *mala fe* en el sentido jurídico, y sacrificaba a la persona que, no obstante sus noticias sobre la inexactitud del Registro, adquiría la finca por suponerse equivocadamente al abrigo del derecho inmobiliario.

En la segunda lectura, se propuso que no gozara el beneficio de la publicidad el adquirente que conociera la inexactitud de la inscripción o la existencia de hechos que la provocaran lógicamente, con lo cual se trataba de excluir a quien hubiera sido advertido del caso por personas dignas de crédito. Posteriormente, fueron borradas las palabras relativas al conocimiento de los hechos que engendrasen la inexactitud, porque el Registro decide sobre la existencia de derechos, no sobre los hechos de que puedan resultar. Además, la inscripción se extiende como final de un procedimiento cuidadosamente vigilado y desenvuelto por personas de gran respetabilidad y de técnica perfeccionada. ¿A qué fin exigir que los interesados profanos revisasen los actos y decisiones del Registrador para enmendar su calificación? ¿Y cómo se iba a castigar al tercero, concededor de un hecho ya tenido en cuenta al inscribir, por no haber deducido del mismo consecuencias contrarias a las obtenidas por el Juez territorial?

Por eso el artículo 892 del Código quedó redactado en la forma siguiente: «A favor de

quien adquiriera un derecho sobre una finca o un derecho en tal derecho, vale como justo el contenido del Registro, a no ser que se hubiera tomado una anotación (*Widerspruch*) contra su exactitud o que la inexactitud fuera conocida del adquirente.»

El momento decisivo para apreciar si existe o no buena fe es: a) el de la presentación del documento adquisitivo en la oficina, cuando el derecho necesita para vivir la inscripción; b) el del acuerdo translaticio, si éste se celebró después de haberse inscrito la adquisición, y c) el de la adquisición propiamente dicha cuando ésta produce sus efectos reales antes de la inscripción. Por lo tanto, las noticias verídicas que el adquirente conozca antes de uno de los tres momentos indicados, vician su adquisición, que pierde el beneficio de la de *fides publica*, y el conocimiento posterior de la inexactitud no le perjudica (*mala fides superveniens non nocet*).

Sólo por lo que directa e inmediatamente atañe al estado real de una finca o derecho, se considera inexacto el Registro, y éste será, por consecuencia, el ámbito propio del principio examinado. El conocimiento de acciones personales cuyo ejercicio pueda provocar una inscripción o cancelación, o de actos otorgados por el titular que engendren obligaciones, no perjudica al adquirente, aunque unas y otras sean incompatibles con el derecho ad-

quirido. Así, por ejemplo, gozará del beneficio de la publicidad quien inscriba la adquisición de una finca después de haberse enterado de la enajenación anteriormente convenida por el dueño con un tercero; y el acreedor hipotecario que obtenga la inscripción antes que otro de igual clase y de título más antiguo, con pleno conocimiento de estas circunstancias, ocupará un indisputable puesto preferente.

Están sujetas a un régimen distinto, dentro del mismo artículo 892, las limitaciones de enajenar impuestas a favor de persona determinada, porque pueden ser alegadas contra el adquirente, no sólo cuando aparezcan del Registro, sino también cuando sean conocidas de aquél. La doctrina con tal motivo se esfuerza en distinguir las limitaciones impuestas por la ley en interés general, de las que nacen legal o judicialmente para proteger a una persona; las primeras provocan la nulidad del acto jurídico otorgado en su contravención, las segundas son anulables únicamente a instancia de la parte interesada. En cambio, las prohibiciones convencionales o voluntarias no tienen fuerza real, engendran tan sólo obligaciones a cargo de la persona que falta a lo convenido, o se ha sometido al precepto prohibitivo.

11. — EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Para hacer efectiva la publicidad hipotecaria y facilitar el exacto conocimiento de la situación jurídica que interesa en un momento cualquiera, el Código civil alemán ha extendido el principio de especialidad, que en los antiguos sistemas se relacionaba directamente con las hipotecas para evitar las clandestinas y generales, a todos los datos jurídicos de importancia.

Por de pronto, los libros del Registro descansan sobre la unidad finca (*Grundstück*), a la cual se abre un folio determinado numéricamente, en donde constan los datos descriptivos y las referencias catastrales necesarias para individualizarla. Aun en los regímenes que admiten el folio común (personal), conserva la finca su propia individualidad, sin que se permita la inscripción de una parcela indeterminada. Dentro de la hoja registral han de aparecer determinados por sus elementos característicos los derechos reales correspondientes, y en el caso de que pertenezcan *pro indiviso* a varias personas que no formen una mancomunidad (1), deben consignarse las cuotas respectivas.

(1) *Gemeinschaft zur gesamten Hand* (copropiedad en mancomún).

La especialización de las cargas hipotecarias ha de hacerse indicando su cuantía y distribuyendo la cantidad asegurada entre las distintas fincas gravadas (excepto si se trata de hipotecas solidarias), o por lo menos fijando el máximo de la respectiva responsabilidad. No se exige igual determinación en los demás supuestos de constitución de un gravamen, pero cuando la finca se grava con una servidumbre o derecho cuyo valor debe ser reembolsado, caso de ejecución forzosa en virtud de otro preferente, puede fijarse de antemano e inscribirse el máximo reembolsable.

En su consecuencia, la especialidad es completa desde el punto de vista de las facultades y porciones del titular (*activa*) como en lo referente a las cargas y cantidades soportadas por cada finca o derecho (*pasiva*); con la excepción de las copropiedades en mancomún de un lado, y del otro, la de la hipoteca que grava con una sola cantidad a varias fincas (*solidaria*).

12.—LEGALIDAD.

La inscripción, base de todo derecho real, es el término de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, donde debe demostrarse la existencia de los supuestos que la producen; y el Registrador tiene en este proceso un papel más

activo que el Juez ordinario en un juicio contradictorio; pues no sólo califica la autenticidad y fuerza probante de la solicitud con que se incoa y de los documentos auténticos o autenticados en que se apoya, sino que a veces reclama la justificación que estima necesaria, contrasta con la situación real el estado del registro y llega a intervenir de oficio avisando a los interesados, cancelando o tomando anotación preventiva en casos excepcionales, procurando el paralelismo del régimen jurídico con el catastral, practicando rectificaciones, etcétera.

Sin embargo, el derecho y el deber de comprobar que incumbían al antiguo Juez territorial en Prusia, Sajonia y Altemburgo, y que se extendían al fondo *causal del asunto*, han encontrado una limitación importante en el nuevo derecho con la cristalización independiente del negocio real en el acuerdo translaticio (*einigung*) y el carácter abstracto del consentimiento, que generalmente dejan fuera del alcance de la censura hipotecaria la licitud y supuestos del contrato obligatorio u obligacional y aun la tradición misma.

Por eso, afirma Willenbücher que no existe este principio de legalidad en el sistema actual. La mayoría de los autores hacen notar que, si bien la Ordenanza Inmobiliaria (*Grundbuchordnung*) no lo desenvuelve expresamente, caen

bajo la competencia del Registrador, aparte de los extremos citados, los siguientes:

1.º La identidad de las personas que otorgan al acto y de los titulares, según el Registro.

2.º La capacidad civil de cuantos otorgan, intervienen o consienten la transferencia.

3.º La facultad de disponer y el alcance de las limitaciones o prohibiciones que la afectan.

4.º La legitimación del representante o los poderes en cuya virtud obra.

5.º La ilicitud de la inscripción solicitada por razones de orden público o buenas costumbres, de la figura real constituida, del carácter personal del derecho o de su incongruencia con la publicidad hipotecaria.

6.º El contenido y forma del acuerdo (*eini-gung*).

El Registrador puede denegar la inscripción, suspenderla por un tiempo prudencial para que se subsanen defectos o practicarla. Contra sus decisiones, siempre que no se ataque la inscripción realizada, cabe un recurso de queja (*Beschwerde*) ante el Tribunal regional (*Landgericht*), en cuya circunscripción se halla el Registro. Los artículos 73 y siguientes de la citada Ordenanza desenvuelven el procedimiento con líneas amplias, sin exigir la dirección de abogado y permitiendo que se incoe ante el mismo Registrador por medio de acta, que se aleguen en su curso nuevos hechos y pruebas, que el

Registrador rectifique la calificación primitiva y que se tome anotación preventiva para asegurar las resultas.

De la resolución del Tribunal regional puede apelarse por infracción de la ley al Tribunal Superior del mismo Estado (*Oberlandesgericht*), y si éste al pronunciar su fallo sobre una materia de derecho inmobiliario imperial o común, se separase del criterio mantenido por otro Tribunal Superior o por el Tribunal del Imperio (*Reichsgerichts*), debe remitir al último las actuaciones para su decisión.

Con tal procedimiento se asegura una competencia técnica a la altura del problema y una orientación fija para el desarrollo de la jurisprudencia posterior.

13.—RESPONSABILIDAD.

Lógica consecuencia de las excepcionales atribuciones que el ordenamiento hipotecario concede a las oficinas competentes y de las medidas radicales que adopta para favorecer al comercio de inmuebles, es la obligación de indemnizar a los perjudicados por las acciones (cancelaciones...) y omisiones (no inscripciones...), dolosas o culpables de los funcionarios encargados del Registro, en los actos del servicio.

Si ha mediado dolo por parte del Registra-

dor, el perjudicado puede exigir directamente la indemnización al Estado o a la Corporación de que dependa la oficina hipotecaria. En el supuesto de mera culpa, sólo podrá reclamar contra aquéllos cuando no fuere posible conseguir de los que se hubieren enriquecido con la equivocación u omisión, la rectificación de los libros, la cancelación de los asientos, la modificación del rango hipotecario, la reinscripción del derecho o el pago de los perjuicios.

Para interponer la acción no necesita el interesado o expropiado demostrar que ha agotado todos los medios jurídicos contra las personas favorecidas. Bástale afirmar que no ha podido obtener el resarcimiento o que los obligados son desconocidos o insolventes, etc. La prueba de los perjuicios y de su conexión causal con los actos del Registrador, incumbe al reclamante; la de que el perjudicado puede obtener la reparación consiguiente de otras personas o ha incurrido también en falta o cooperado a la cometida, deben practicarla el Estado o la Corporación demandada. El artículo 12 de la Ordenanza hipotecaria y la legislación prusiana, reservan a los mismos la acción de regreso o repetición contra los funcionarios responsables, en el caso de dolo o culpa lata.

14.—PRIORIDAD.

Este principio, que tan relevantes consecuencias produce en el sistema de transcripción y aun en otros más avanzados que dan valor sustantivo a los asientos del Diario de Operaciones del Registro, se halla en el Código civil alemán totalmente subordinado al absorbente valor de la inscripción.

En verdad, se hace constar en las solicitudes presentadas el momento de entrada en las oficinas hipotecarias o en que las actuaciones se tienen por concluidas y aptas para ser inscritas, así como el orden de las inscripciones debe sujetarse al de presentación; pero ni es uno solo el funcionario encargado de recibir la documentación, ni único el despacho en que se presentan, ni, por lo tanto, hay rigidez cronológica en la formación de la serie.

Cuando entran en la oficina varios documentos o peticiones, el Registrador determina, ante todo, la relación en que se hallan. Si se refieren a distintas fincas o derechos, realiza las inscripciones por el orden que estima conveniente. Caso de que afecten al mismo derecho, debe seguir en el despacho el orden de presentación de las solicitudes.

Se entienden que han sido despachadas: *a)* cuando han sido recogidas por los interesados;

b) cuando inmediatamente o después de transcurrido el plazo concedido para subsanar, son denegadas, y c) cuando se extiende el asiento definitivo o se toma anotación preventiva para asegurarlo.

Extendidas las inscripciones con sujeción a estos preceptos o sin observarlos, adquieren el rango correspondiente al lugar que ocupan en el folio, si se hallan en la misma sección (*Lokusprinzip*), y en otro caso el correspondiente a su fecha, a no ser que se hubiera fijado una prelación distinta al presentar los documentos y en su consecuencia se haya consignado el orden respectivo en los asientos. Existen muchos supuestos de igualdad de rango entre varios derechos.

El conocimiento exacto de las relaciones jurídicas que en un momento determinado puedan afectar a un inmueble, no se alcanza sin un minucioso examen de las inscripciones hechas, documentos presentados y protocolos llevados en el mismo Registro, aunque los derechos reales sólo nacen al practicarse el asiento y según los pronunciamientos y referencias del mismo.

La prioridad obtenida por la inscripción es independiente de la condición, plazo o perfección del acuerdo que integra su contenido, sin perjuicio de que por cumplimiento o incumplimiento de la condición, por transcurso o lle-

gada del plazo o por falta de acuerdo (*einigung*) resulte inexacto el registro y se solicite su rectificación.

Corolario del principio que concede al rango hipotecario un valor privilegiado, es la afirmación de que el puesto mismo, por sí, con independencia del derecho que lo ocupa, tiene gran importancia económica y jurídica, figura entre los bienes patrimoniales y puede ser objeto de contratación.

En primer término, se admite la posibilidad de que sea cedido, con efectos obligatorios, el puesto privilegiado que un titular ocupa a otro titular posterior, y caso de ejecución, el acreedor que ha consentido la posposición debe permitir al que avanza hacerse pago con la cantidad que en el supuesto normal le correspondería.

Para que la permuta de puestos tenga efectos reales, se necesita el acuerdo (*einigung*) de los dos titulares, a veces el permiso del dueño de la finca y siempre la inscripción del cambio en el Registro; pero no el consentimiento de los interesados que ocupan un rango intermedio.

La naturaleza de esta figura jurídica, aplicable no sólo a las hipotecas, deudas territoriales y rentas reales, sino a todos los derechos inscribibles, ha sido objeto de profundos estudios y de sutilísimas teorías que ponen de relieve ya su aspecto personal, estimando que, como en

el derecho prusiano, el cambio efectuado sólo engendra obligaciones que ligan a los terceros adquirentes (*obligationes in rem scriptae*); ya sus consecuencias reales, vacilando entre la permuta sustantiva de derechos, el cambio de garantía hipotecaria, la simple transferencia de la prelación o la cesión de algunas facultades que, sobre todo, se traducen en acciones ejecutivas; ya, en fin, intentan resolver el problema sin gran compromiso, admitiendo una situación jurídica de efectos reales limitados.

Para apreciar las resistencias que el tipo estudiado presenta a la construcción jurídica, nos basta citar alguna de sus consecuencias:

a) Es aplicable a la permuta de puestos el principio de publicidad, de suerte que si el derecho postergado es nulo, el antepuesto puede ampararse bajo la ficción de exactitud para seguir gozando el rango preferente.

b) Caso de extinguirse el derecho postergado en virtud de negocio jurídico (por ejemplo, el pago), conserva su preferencia el antepuesto.

c) Si el derecho postergado está sujeto a término, condición o resolución registrados (por ejemplo, un usufructo), cesan los efectos de la permuta con la caducidad de aquél.

d) En el procedimiento ejecutivo instado por los acreedores intermedios o por el postepuesto, no puede liquidarse, ni por consiguiente ser cancelado, el derecho antepuesto.

e) Por virtud de la posposición no pierde el titular del derecho postergado sus facultades de renunciar, cobrar, ceder, cancelar, etc., sin que los titulares intermedios puedan prevalerse de estas circunstancias para mejorar su rango.

f) Tampoco pueden éstos aprovecharse de la extinción del derecho antepuesto, porque el postergado vuelve en este caso a colocarse en el sitio primitivo, como si nada hubiese pasado (1).

De análoga finalidad es la llamada reserva de rango o preferencia (*Rangvorbehalt*) que pone a prueba la elasticidad del Registro. El Código sanciona con ella una práctica que se hallaba muy extendida en Berlín y otras grandes urbes para favorecer la construcción de casas-habitaciones. Por regla general, las Empresas constructoras adquirían los solares pagando al contado una parte del precio y asegurando el pago de la restante con hipoteca sobre los mismos, y con el objeto de encontrar fácil y económicamente los capitales necesarios para construir, se reservaban un puesto preferente *en vacío*, por una cantidad que tomaban a préstamo de los Bancos a medida que avanzaban los trabajos.

Respondía esta figura a las exigencias del bien público, a las características de las Empresas

(1) Esta deducción sostenida por Dernburg (op. cit., II, pág. 283), Gierke (op. cit., II, 323) y Tunau-Förster (op. cit., I, pág. 175) parece algo chocante en el caso de pago.

que con pequeño capital emprendían grandes obras y a la equitativa consideración de que los solares consolidan y multiplican su presunto valor con la edificación misma.

Los preceptos que regulan la materia parecen *primâ facie* sencillos, pero las consecuencias jurídicas que se provocan por su juego, cuando se ha inscrito tras el derecho gravado con la reserva y antes del favorecido por la misma, otro derecho de tipo normal, son extrañas y hasta caprichosamente absurdas. En efecto, el último párrafo del artículo 881 del Código prescribe que, si la finca antes de la inscripción del derecho privilegiado por la reserva es gravada con un derecho no incluido en la misma, la preferencia será ineficaz en cuanto el derecho primeramente inscrito haya de sufrir un perjuicio superior a la reserva fijada. Supongamos que un solar ha sido adquirido por una cantidad, de la cual no se han pagado 5.000 marcos que son asegurados con hipoteca, reservando la facultad de constituir posteriormente otra preferente por 3.000 marcos, y que una vez inscrita la garantía (A) de la parte de precio aplazada, se ejecuta un mandamiento judicial que ordena la constitución de otra hipoteca (B) de 3.000 marcos, de suerte que al llegar al Registro la hipoteca reservada de 3.000 marcos (C), se encuentra con otras dos (A) y (B) de 5.000 y 3.000 marcos respectiva-

mente. ¿Qué sucederá si entablado un procedimiento ejecutivo la finca es vendida en una cantidad inferior a 11.000 marcos? Nótese que A no debe ganar ni perder con la inscripción de B, ni ésta gozar de preferencia respecto de A, aunque la tenga sobre C. Así, resultará inteligible el siguiente cuadro:

A = 5.000. B = 3.000. C (privilegiada) = 3.000.

Precio de subasta.	3.000	4.000	5.000	6.000	7.000	8.000	9.000	10.000
Corresponde a A.	»	1.000	2.000	3.000	4.000	5.000	5.000	5.000
— B.	»	»	»	1.000	2.000	3.000	3.000	3.000
— C.	3.000	3.000	3.000	2.000	1.000	»	1.000	2.000

Es decir, que la hipoteca privilegiada C queda satisfecha en su totalidad cuando el mejor postor no ha ofrecido mas que 3.000 marcos, y no garantiza nada cuando el mismo paga 8.000 (1) por la finca hipotecada.

15.—ASIENTOS PREVENTIVOS.

Para evitar, en lo posible, las expoliaciones que el riguroso juego de los mecanismos hipotecarios, especialmente el principio de inscrip-

(1) Las curvas de pago tienen distinta figura, según la relación matemática de los datos indicados. Véase la curiosa monografía de SERINI: *Rangvorbehalt und Zwischenhypothek*. München, Schweitzer, 1900.

ción y el de publicidad, provocan, y atenuar las consecuencias que chocan escandalosamente contra la intuición jurídica popular, sin desvirtuar el sistema, se han admitido ya desde mediados del siglo XVIII (1) asientos provisionales (*Protestationen*) que garantizaban las acciones modificadoras de la situación real, nacidas fuera del Registro. Sobre las disposiciones de la ley Hipotecaria de Prusia de 20 de Diciembre de 1783, la teoría se desenvolvió extraordinariamente, distinguiendo: 1.º Las protestas para conservar el derecho y el lugar (*protestationes pro conservando jure et loco*) de carácter positivo, y cuya finalidad era asegurar la inscripción de los derechos reales existentes sin ella y de los contratos que engendraran obligaciones de inscribir (*jura ad rem*). 2.º Las *protestationes pro conservandis exceptionibus*, donde predomina el aspecto negativo, y cuya principal función era el proteger al acreedor contra los actos dispositivos del titular según el Registro, y 3.º Las *protestationes de non amplius intabulando vel non disponendo*, motivadas por mandamientos judiciales que tendían a conservar el *statu quo* hipotecario, mediante el embargo de las fincas o derechos y el cierre del folio.

El variadísimo matizado de estos asientos pro-

(1) En el párrafo 32 de la Ordenanza hipotecaria dada el 4 de Agosto de 1780 para la Silesia (*Land und Hypotheken-Ordnung*) por Federico II.

visionales y la divergente terminología de las legislaciones habían introducido la confusión en el ordenamiento hipotecario, y antes de la vigencia del Código se conocían protestas, defensas, prenotaciones, cláusulas, notas marginales, embargos, inhibiciones, mandamientos, etc.... de análogas funciones preventivas. En las leyes prusianas de 1872 se había adoptado la reglamentación de las *protestas* bajo el nombre de *Vormerkung* (anotación), ya para conservar la facultad de inscribir un derecho real existente fuera del Registro o de cancelar el inscrito y no existente, ya para proteger una acción personal dirigida a la inscripción de una transferencia, modificación o gravamen real.

El primer proyecto de Código recogió la designación *Vormerkung* y los preceptos protectores de la inscripción de derechos *existentes sin ella*, o de la cancelación de los derechos ya caducados, así como permitió la práctica de una anotación para conservar las contestaciones que se pudieran oponer al crédito hipotecario; pero denegó tal protección a las acciones personales, que sólo podían ser aseguradas por la vía del embargo y prohibición de enajenar ordenados en mandamiento judicial inscribible.

Las críticas provocadas en las esferas oficiales y académicas por esta reglamentación que, a todo trance, quería mantener en pie la barre-

ra levantada por la técnica germánica entre los derechos reales y personales, cristalizaron durante la segunda lectura en una oposición respetable, y motivaron la admisión de dos clases de anotaciones en el Código: 1.^a Asientos provisionales que protegen la inscripción de derechos relativos a una finca, existentes en realidad y en contraposición al Registro (*Widerspruchen*=contradicciones). 2.^a Anotaciones para asegurar una acción personal que tiende a la inscripción o cancelación de un derecho (*Vormerkungen*). Las primeras tienen carácter real y son rectificadoras; las segundas, carácter personal u obligatorio y son complementarias.

16.—ANOTACIONES.

Las anotaciones preventivas (*Vormerkungen*) son, por lo tanto, asientos provisionales que garantizan el desarrollo de una acción personal que tiende a variar una situación real inscrita. Todos los derechos de crédito contenidos en los títulos inscribibles de la antigua técnica, ya fuesen dirigidos a la adquisición, revocación o modificación de un derecho, ya a provocar su cesión, gravamen o extinción, ya a cambiar la prelación hipotecaria, pueden ingresar en el Registro por este medio. Y no sólo cuando se pretenda una inscripción inmediata, sino cuando

la extinción del asiento definitivo dependa de un plazo, condición o eventualidad.

Se extienden las anotaciones por virtud del consentimiento de los interesados, por mandato judicial y de oficio en los casos impuestos por el principio de legalidad, y pueden proceder mediatamente de contrato, testamento y responsabilidad por enriquecimiento sin causa o por acto ilícito, e inmediatamente de la ley.

Imposible condensar en breves líneas la viva discusión entablada sobre la naturaleza de la anotación (*Vormerkung*) perfilada por el Código que estudiamos.

Aun a riesgo de que muchas expresiones resulten enigmáticas u oscuras, vamos a dar una idea de las construcciones jurídicas ideadas. Para Fuchs y Boehm, la anotación opera positiva y negativamente como una carga sujeta a condición suspensiva. Dernburg, Gierke y Lehmann la aproximan al *jus ad rem*; es decir, a un derecho de crédito cuya finalidad inmediata es la modificación de un estado jurídico real (1). Oberneck la califica de *obligatio in rem scripta*: en virtud de precepto legal la obligación que

(1) El tipo del *jus ad rem* comienza a ser objeto de investigaciones en nuestra patria. El Sr. Sánchez Román y Gallifa le ha dedicado tres conferencias en el Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho. Más adelante se intentará su deslinde y colocación entre el *jus obligationis* y el *jus in re*.

construye normalmente a un deudor determinado, liga en el supuesto examinado, no a todos, sino a quien según el Registro se halla en condiciones de cumplirla. Cosack sostiene que el acreedor adquiere con la anotación un verdadero derecho real que defiende a la acción anotada. Kober la considera una mera prohibición de enajenar o gravar. Reichel la define: asiento provisional que garantiza la expectativa de una modificación real inscribible en virtud de una acción existente o probable. Sekler la asimila a una hipoteca de seguridad, como derecho accesorio que somete a un inmueble al cumplimiento de la acción personal anotada. Según Bendix, es un asiento provisional asegurador de una inscripción definitiva por medio de una limitación de disponer de efectos reales. Biermann, que en un principio se inclinaba al *jus ad rem*, se contenta luego con afirmar vagamente que la anotación es una advertencia registral que asegura el desenvolvimiento de ciertas acciones (las incluidas en el párrafo 1.º del artículo 883, *B. G. B.*) en forma real. Turnau-Forster se adhiere a la opinión del Tribunal Cameral (*Kammergericht*): la acción anotada, como tal, no es un derecho real inmobiliario, sino una prohibición de enajenar cualificada, esto es, que obra contra el adquirente de la finca o derecho afectado. Enneccerus y Crome configuran un nuevo derecho de igual alcance

que la obligación inicial, con la que sólo en apariencia se identifica...

Entre los efectos que corrientemente se le atribuyen, se encuentran los siguientes:

1.º El efecto real (inscripción o cancelación) enfilado por la acción personal se asegura, no se adquiere, por la anotación. Cualquier disposición relativa al inmueble anotado, que se inscriba con posterioridad a la anotación, es ineficaz en cuanto perjudique a la acción anotada.

2.º La obligación en que descansa la misma acción no se *transforma*, sino que se *conserva* por medio de la anotación. Este asiento depende constantemente de su causa.

3.º La anotación no subsana los defectos ni desvirtúa las excepciones que amenacen la existencia y eficacia de la acción. La *fides publica* no puede ser alegada para robustecer el contenido del derecho favorecido por aquélla.

4.º Caso de ejecución forzosa, los derechos anotados se consideran como inscritos. Siguen vigentes si el ejecutante tiene rango posterior, y toman parte en la distribución del sobrante cuando sucede lo contrario.

5.º Los acreedores que han anotado su acción, no son perjudicados por la declaración de quiebra del deudor. La ley (*K. O.*) les concede el derecho de separar los bienes de la masa para hacer efectivo su crédito; es decir, para obtener la inscripción correspondiente.

6.º El heredero del titular contra quien actuaba la anotación, no puede invocar las limitaciones de su responsabilidad (por ejemplo, el beneficio de inventario) para eludir el consentimiento de inscripción.

En resumen, la anotación no cierra el Registro, reserva el puesto a la inscripción definitiva, garantiza la acción judicial y produce a veces los efectos de un derecho real perfecto.

Su cancelación se obtiene por el consentimiento del favorecido, por mandato judicial, y de oficio en casos excepcionales.

17.—CONTRADICCIÓN (WIDERSPRUCH).

Dentro de la categoría general de asientos preventivos, se dibuja con líneas precisas la *contradicción*, que, como hemos indicado, encuentra su fundamental justificación en la posibilidad de que las declaraciones registrales y la situación jurídica sean discordantes.

Supuesto este conflicto, la ley se coloca al lado del verdadero titular (extrahipotecario) si el principio de publicidad no impone diversa solución, y para asegurar los derechos reales y las prohibiciones de disponer existentes aunque no inscritos, de los riesgos con que los amenaza el juego inflexible de los preceptos hipotecarios, permite la extensión de un asiento provi-

sional que pone en entredicho la exactitud actual del Registro y prepara la futura inscripción armónica.

Todas las causas de inexactitud del Registro, bien actúen fuera de los libros provocando modificaciones reales, bien dentro de ellos alterando sin base jurídica las inscripciones, pueden dar lugar a acciones de rectificación cuyo desarrollo sea protegido por medio de *Widerspruchen*.

Así: los cambios jurídicos que surgen sin inscripción, en virtud de una sentencia firme, expropiación forzosa, régimen económico matrimonial, herencia, cumplimiento o incumplimiento de condiciones, consolidación, subrogación, etc., como los casos en que una inscripción carece de base material suficiente (1) o co-operante (*einigung*) por ser nulos, ineficaces, anulables o falsos los instrumentos, no producir efectos de cosa juzgada o haber sido revisadas las sentencias, existir suposición o sustitución de otorgantes, estar equivocada la declaración de herederos o revocado el testamento, haber cometido delito o falta el Registrador, etc.

El interés del titular en rectificar las declaraciones equivocadas (mediante una petición documentada que dirige al Registrador, o en un

(1) Todos los que acabamos de examinar pueden engendrar inexactitudes, porque lo mismo hay discordancia entre el Registro y la realidad cuando no se ha inscrito una herencia que cuando se ha deferido sin morir el causante.

procedimiento entablado contra el titular hipotecario para que consienta) es indiscutible, y también lo es la justicia con que la ley pone a su disposición el recurso de obtener un asiento, para anunciar a cuantos deseen contratar sobre la finca, que hay un derecho no inscrito o inscrito a favor del no dueño, extinguido sin cancelar o cancelado sin extinguir, de mayor o menor extensión que la fijada, con limitaciones, cargas, contenido o prelación diferentes...

La *Widerspruch* se diferencia de la *Vormerkung* como la acción de rectificación (parecida a la negatoria clásica) que la motiva se distinga de la acción personal base de la segunda. Aquélla es un asiento provisional que prepara el definitivo; ésta una protección hipotecaria de la obligación. En lo relativo a la extensión y cancelación del asiento (requisitos formales) marchan paralelamente.

Pueden señalarse como efectos de la contradicción:

1.º La paralización del principio de publicidad, sin cierre del folio. El tercero no puede alegar la falta de inscripción del derecho protegido por el asiento provisional.

2.º La imprescriptibilidad del mismo, como si estuviese registrado, y la suspensión de la prescripción tabular, que de otro modo podría ser alegada por el titular de la inscripción equivocada. En cambio, la acción correspondiente

al derecho de crédito anotado (*Vormerkung*) está sujeta a su prescripción especial.

3.º Conserva el puesto adquirido para la inscripción definitiva.

4.º Defiende al favorecido contra las consecuencias de la ejecución forzosa o de la declaración de quiebra del gravado con la contradicción.

18.—LA PRESCRIPCIÓN Y EL REGISTRO.

La relación entre ambas instituciones presenta una serie de problemas importantísimos que la técnica germánica ha planteado con claridad.

Si nos fijamos en que un derecho no existente puede figurar inscrito, y, por el contrario, un derecho existente en realidad puede aparecer cancelado, obtenemos dos casos en que las declaraciones del Registro se prestarían a la ratificación por el transcurso del tiempo.

Si atendemos a que la posesión con otros requisitos pueden desvirtuar los efectos hipotecarios, tendremos otros dos supuestos en que la situación existente fuera del Registro quedará legitimada por la usucapión o actuará con fuerza extintiva sobre el derecho inscrito.

Para mayor claridad, designaremos aquellos casos con las denominaciones de usucapión y

prescripción extintiva *secundum tabulas* (según el Registro), y a los dos últimos con las de usucapición y prescripción *contra tabulas*.

1.º *Usucapición según los términos del Registro.*—a) Quien aparece inscrito en los libros hipotecarios como dueño, sin haber adquirido la propiedad, la adquiere al cabo de treinta años si posee con aquel carácter. Por ejemplo, un heredero testamentario goza el inmueble inscrito a su nombre treinta años, y transcurridos éstos aparece otro testamento que instituye a otra persona; el primero es el dueño.

b) El titular de cualquier otro derecho que autorice para poseer la finca, o cuyo ejercicio goce de una protección análoga a la posesoria, lo adquiere también a los treinta años. Están comprendidos en este precepto la superficie (*erbbauerecht*), el usufructo y algunas servidumbres (no las cargas reales), las hipotecas, etc.

2.º *Prescripción extintiva que se apoya en el Registro.*—Un derecho en cosa ajena que ha sido cancelado injustamente, se extingue cuando se prescribe la acción de su titular contra el propietario. La acción que corresponde al titular para reinscribir el derecho cancelado indebidamente (*actio confessoria, hypothecaria*), arrastra en su prescripción al derecho que ya no goza de la protección registral.

3.º *Usucapición contra los libros hipotecarios.*—El propietario de una finca que otro ha poseí-

do en tal concepto durante treinta años, puede ser despojado de sus derechos en un procedimiento judicial caducario a base de edictos. Si aquél estuviese inscrito en el Registro, sólo se tramitará este procedimiento cuando hubiese muerto o desaparecido, y durante los treinta años no se hubiera practicado ningún asiento en el folio correspondiente que necesitara su consentimiento.

El poseedor que haya obtenido la declaración de caducidad puede solicitar la inscripción a su propio nombre, sin necesidad de título ni de buena fe.

4.º *Prescripción extintiva contra el Registro.*—En principio, los derechos inscritos no prescriben, porque, como decía la *Exposición de Motivos* del primer proyecto de Código, viven hipotecariamente, y la prescripción abriría una brecha que amenazaría todo el sistema; aparte de que el principio de publicidad siempre ampararía a quien con buena fe hubiera adquirido confiado en la inscripción. Pero dentro de las acciones derivadas del derecho inscrito, hay unas que son esenciales, sin las cuales no puede existir (*rei-vindicatio, confessoria in rem actio*), y otras cuya extinción no afecta al posterior ejercicio del derecho (reclamación de frutos, daños y perjuicios, pensiones periódicas debidas al propietario); de suerte que mientras debe sostenerse la imprescrip-

tibilidad de las primeras, no hay inconveniente en permitir que las segundas queden sometidas a la prescripción.

En tal sentido se ha orientado definitivamente el Código, si bien por lo tocante a servidumbres consigna que, si sobre el predio sirviente se han realizado trabajos que impidan el ejercicio de las facultades unidas al dominante, la servidumbre inscrita puede extinguirse por prescripción.

19.—CRÍTICA.

El sistema, cuyos principios se han esbozado, maravilla por su profunda técnica y artística complejidad, resultados de una cuidadosa y paciente elaboración de los tradicionales conceptos germánicos con la superior construcción romana.

Se han obtenido la seguridad en las transacciones inmobiliarias y la movilización de los valores territoriales, sin sacrificar la buena fe contractual ni las ricas intuiciones de la conciencia nacional.

No se entendía así por todos los jurisconsultos cuando el sistema estaba en proyecto, y la oposición vivísima que se hizo a sus desenvolvimientos, se halla reflejada en las observaciones críticas al libro tercero del Proyecto publicadas en los últimos lustros del pasado siglo.

«El que haya adquirido una cosa dolosamente, dice Kindel (1), quien sin base jurídica y aun de mala fe se la hubiera apropiado, será propietario, por más que el último de los romanos le hubiera señalado como ladrón. Base jurídica y buena fe perderán en lo futuro su significación para adquirir la propiedad.» Estas palabras son un eco de las violentas expresiones de van Bemmelen: «El nuevo sistema es lo contrario de un progreso. Es una innovación desastrosa. Es un sistema que sustituye el hecho al derecho, y que da al hecho la apariencia del derecho.»

La radical separación de los derechos reales y de crédito que borra violentamente los matices del derecho a reivindicar, a poseer o a reclamar cosa determinada, no responde a las concepciones populares. Se compra la finca, no la obligación de entregarla: *Non venditur traditio, sed res, nec traditio merx est, sed res tradenda* (2). En su virtud, el segundo comprador que conoce la primera venta, es de peor condición que éste, según lo afirmaba la *communis Doctorum opinio* (3), porque el derecho del primero engancha a la cosa misma (*jus ad rem*), y ca-

(1) *Das Recht an der Sache*. Breslau, Morgenstern, 1889, página 5.

(2) Texto de Coccejus cit. por Kindel, op. cit., pág. 10.

(3) En el siglo XVI los juristas, tanto alemanes como españoles y franceses, aceptaban esta consecuencia.

rece de fundamento ético y práctico la afirmación de que la obligación contraída por el vendedor en la primera venta no repercute sobre la segunda. «Este sistema es, sobre todo, inmoral y contrario a nuestro sentimiento de justicia, a nuestras intuitivas nociones de derecho. Nos causa, por de pronto, la impresión de haber sido establecido por una asociación de bandoleros, y concluimos por creernos miembros de ella» (1).

En fin, el principio del consentimiento, asegura aquel jurista, no es más que una frase teórica y nos lleva a la contradicción lógica de montar todo el sistema sobre un contrato abstracto, sin saber de qué ha de hacerse abstracción.

El examen de la doctrina relativa a la naturaleza abstracta del contrato real, base del sistema, exigiría de nuestra parte la discusión de las ideas que se le contraponen y en especial la valoración: *a)* de las legislaciones que desconocen el acto real y admiten la transferencia de la propiedad por virtud de la obligación (francesa, inglesa, rusa); *b)* de la doctrina llamada del título y el modo, y *c)* de la relación entre la causa y la tradición, todo lo cual reservamos para otro lugar más oportuno.

(1) VAN BEMMELEN: El sistema de la propiedad mueble (6, 8) cit. por Kindel, pág. 74.

Baste para concluir este capítulo la afirmación de que la jurisprudencia y la doctrina hipotecarias han limado las asperezas de las normas fundamentales, y que la contratación y el endeudamiento sobre inmuebles (1) se han desarrollado en términos alarmantes, por el atractivo poderoso que para la colocación del dinero ofrecía en Alemania el sistema inmobiliario.

(1) La depreciación del marco ha cambiado profundamente la relación entre el valor de los predios y el de la deuda territorial.
