

La inscripción en el Registro de la Propiedad  
(su contenido causal, su carácter voluntario  
y su función publicadora de la realidad  
jurídico-inmobiliaria o generadora de su  
apariencia jurídica)\*

ANTONIO GORDILLO CAÑAS  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** *Introducción y planteamiento.* I. *Inscripción y causa: la inscripción como peculiar forma de toma de razón por consignación del extracto jurídico-real del título que acredita el fundamento causal del dato inscrito.*—II. *El valor no constitutivo de la inscripción y su carácter voluntario:* 1.º El doble par *constitutiva-declarativa* y *obligatoria-voluntaria*; diferenciación y mutuas implicaciones. Forma de proceder a la vista de ellas. 2.º La voluntariedad de la inscripción: cómo se la entiende y por qué se la adopta en los momentos fundacionales. La ambigüedad de algunos textos primitivos y su aclaración: la inscripción voluntaria como inscripción no constitutiva pero cuya práctica se impone a modo de carga para la expedita oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales. 3.º Algunas precisiones en torno al sistema legal: a) El problema del artículo 313 LH. b) Las consideradas excepciones al criterio general de la voluntariedad de la inscripción y de su función publicadora. Especial consideración del valor de la inscripción en la hipoteca. 4.º La crítica doctrinal al sistema legal y la propugnación de la inscripción extrínsecamente necesaria o intrínsecamente constitutiva: a) La inscripción extrínsecamente necesaria; inscripción y forma. b) La defensa del carácter intrínsecamente constitutivo de la inscripción en la interpretación del sistema legal vigente: a') La incompatibilidad del sistema del título

---

\* Este trabajo, perteneciente a una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se integra en la investigación emprendida en el Proyecto PB 98-1159, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). El autor expresa su agradecimiento por la aprobación del Proyecto y por la financiación del mismo.

y el modo con el establecimiento de la publicidad registral: el desplazamiento de la *traditio* por la inscripción. b') La función excepcionalmente constitutiva de la inscripción en el caso de la doble venta (exégesis del art. 1473 CC) y de la adquisición registral *a non domino*. c') La tesis de la inscripción convalidante o conformadora. d') El problema de la llamada «dualidad legislativa»: su revisión y crítica. 5.º Conclusión: la inscripción registral como publicadora de la realidad inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica. Comparación y juicio sobre su función y valor en nuestro sistema.

## INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Avanzada ya en un trabajo anterior la que, en nuestra opinión, constituye la clave de interpretación y comprensión de nuestro sistema de publicidad registral inmobiliaria<sup>1</sup>, y después de haber montado desde ella la articulación de los Principios Hipotecarios españoles con las Bases de nuestro Derecho de Cosas<sup>2</sup>; después también de habernos detenido en el estudio del objeto de la publicidad inmobiliario-registral en nuestro Derecho<sup>3</sup>, debemos ocuparnos ahora de la inscripción en sí misma, tanto en su dimensión material —como peculiar forma de toma de razón registral—, cuanto en su incidencia en el sistema sustantivo de constitución y transmisión de los derechos reales. Entramos así en una tópica hipotecaria donde el sistema español de publicidad inmobiliaria brilla con luz propia: 1.º) Ni transcripción ni encasillado, como forma de toma de razón, sino inscripción por extracto del contenido jurídico-real del título, tan concisa y concreta como exigen la claridad del Registro y el principio de especialidad, y tan precisa y detallada como requiere la admisión del *numerus apertus* de los derechos reales. Es la traducción procedimental del causalismo de nuestro sistema transmissivo y la más radical negación del principio foráneo del consentimiento formal. 2.º) Voluntariedad de la inscripción, en atención tanto a la experiencia histórica del fracaso de los anteriores intentos de imponerla obligatoriamente, como a su intrínseca innecesariedad para la culminación del proceso de constitución, transmisión o extinción de los derechos reales. 3.º) Por último, finalidad sólo y

<sup>1</sup> GORDILLO: *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica*, ADC 1994, pp. 21-81.

<sup>2</sup> GORDILLO: *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: sistema español*, ADC 1995, pp. 527-694.

<sup>3</sup> GORDILLO: *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular*, ADC 1998, pp. 423-632.

siempre publicadora de la inscripción, sin que en nuestro Derecho sea posible distinguir, a diferencia de lo que con distintos matices ocurre en los modelos comparados, entre un ámbito general donde la inscripción reviste –confesadamente o no– carácter constitutivo, y otro, también general, donde se limita a cumplir una función sólo declarativa o de mera información general.

Al ocuparnos ahora del valor y caracteres de la inscripción registral nos vamos a situar en un paso intermedio dentro de la continuidad que lleva desde la adopción de un Registro plenamente asegurador del tráfico inmobiliario de buena fe hasta la concreta determinación de los efectos de la inscripción. Una vez decidido que el Registro español de la Propiedad ha de ser un Registro de los hoy llamados de eficacia máxima, ¿cómo se va a articular en su trazado el desarrollo de tal eficacia?; en concreto: ¿qué papel vamos a asignar en nuestro Derecho de Cosas a la publicidad registral, y –más directamente– qué efectos van a seguirse de la práctica de la inscripción?

En la concreta forma de plantear la pregunta anterior va implícito que también su contestación tiene que ser naturalmente concreta: en razón de sus presupuestos tendrá que variar en los distintos sistemas; de ahí que, siendo peculiar el nuestro, peculiar haya de ser en él la respuesta. Tratemos de verlo aunque sea a muy grandes trazos.

En los llamados sistemas germánicos (hoy, principalmente, en el alemán y en el suizo) tanto papel va a asignarse al Registro en las transmisiones inmobiliarias, que, en aras de su finalidad aseguradora del tráfico, abandonado el sistema de título y modo, la inscripción registral va a pasar a ocupar el lugar antes reservado a la *traditio* o entrega de la posesión. Sigue ésta contando en las transmisiones mobiliarias (BGB § 929; ZGB art. 714); en las inmobiliarias es sustituida por la inscripción registral, a la cual deberá preceder el acuerdo transmissivo abstracto (*Einigung*) en Alemania (BGB § 873) o el contrato causal de finalidad traslativa en Suiza (ZGB arts. 657, I; 665, I), de manera que, en ambos sistemas, sin inscripción, ni el acuerdo ni el contrato llegan a consumir el efecto de la transmisión<sup>4</sup>. La práctica de la inscripción se adentra así como codeterminante esencial en el proceso transmissivo. De tal forma queda elevada a «constitutiva» de la mutación jurídico-real, que su necesidad para que ésta se opere permite prescindir de imponerla

---

<sup>4</sup> Para el Derecho alemán, cfr., en el *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12., neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht 1989, STAUDINGER-ERTL, ad § 873 Rz 1-7; WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, 2.<sup>a</sup> Aufl. München 1996, Rz 52. Para el suizo: DESCHENAUX, Henri: *Le Registre Foncier*, Fribourg, Suisse 1983, pp. 7-8.

como obligatoria<sup>5</sup>. Claro está que lo dicho vale tan solo para las transmisiones negociales *inter vivos* (las mismas que la tradición jurídico-romana sometía al sistema del título y el modo). En las demás, la inscripción tendrá distinto valor: interesando la publicidad registral de todas las titularidades inmobiliarias (sea cual fuere la vía por donde se obtengan) y no jugando en las no estrictamente negociales la inscripción como *constitutiva* de la adquisición, su práctica quedará limitada a jugar una función meramente publicadora que, en contraste con la anterior, se vendrá a llamar «declarativa». Es así cómo en este sistema la inscripción registral, aunque materialmente siempre igual en sí misma, va a pasar a obtener valor diferente y a desempeñar funciones distintas<sup>6</sup>.

Distintas son también las cosas en los sistemas latinos (arquetipo, el francés de la Ley de Transcripción). Teóricamente, la inscripción registral queda en ellos fuera del mecanismo transmisivo, que, por lo demás, tampoco será ya el tradicional del título y el modo sino el que en el *Code* vino a sustituirlo: el puramente consensual (*merus consensus parit proprietatem*). El consentimiento que da vida a la compraventa no se limita a crear obligaciones *inter partes*, sino que llega a operar, por sí solo, la transmisión de la propiedad (arts. 1138, 1583 ...). A partir de este dato, a la inscripción registral no puede quedar más que una función publicadora; rebajada, además, en su eficacia, al ser meramente negativa o preclusiva la de la publicidad que genera el Registro francés. Es verdad que en el caso

<sup>5</sup> Cfr. en cuanto a la voluntariedad de la inscripción en Alemania, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, I, Madrid 1948, p. 105; para lo mismo en Suiza, SERRANO SERRANO, Ignacio: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales de la Universidad de Valladolid 1933, nn. 15, pp. 31-32: «La inscripción de la propiedad y derechos reales no es obligatoria en derecho suizo. No se puede citar un artículo en que se imponga esa obligación [...] Sin embargo, el principio de la inscripción viene a reducir a la nada esta voluntariedad». Desde este punto de vista se entiende la observación de SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1947, p. 267: «Puede, pues, afirmarse que el carácter necesario o voluntario de la inscripción presupone que ésta se limite a recoger derechos reales ya constituidos; si el derecho ha de nacer exclusivamente en y por el Registro, la inscripción no puede nunca ser voluntaria, ya que si bien es discrecional en el particular practicarla o no, esta voluntariedad tiene un sentido totalmente distinto»; la misma idea puede verse en CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1986, p. 230.

<sup>6</sup> Lo que, por la razón indicada, acaba de decirse para el sistema germánico, vale, por motivos y con matices distintos, en el modelo latino, tanto para la inscripción registral francesa, a partir de la reforma de 1955, como para la italiana. Para la primera, en cuanto a la distinción entre transcripciones para oponibilidad y las impuestas obligatoriamente con finalidad de simple información, cfr. MAZEAUD (Henri et Leon)-MAZEAUD (Jean): *Leçons de Droit Civil III*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris 1963, pp. 542-544, 571; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris 1987, pp. 447-451. Para la segunda, FERRI: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma 1960, pp. 22-25, distinguiendo el caso normal de las inscripciones con valor declarativo puro frente a las inscripciones creadoras de los que denomina «vínculos de indisponibilidad», que alcanzarían valor constitutivo.

paradigmático de la doble venta, la inscripción va a tener un valor cuasi-constitutivo que se compadece mal con la nitidez y efectividad del principio de transmisión consensual, pero, aun así y como afirmación general, en la doctrina francesa se mantendrá que la inscripción registral, aunque necesaria para que lo publicado pueda perjudicar a terceros, carece de valor constitutivo<sup>7</sup>. Sin él, pero interesando que el Registro sea instrumento eficaz para la seguridad del tráfico, en 1955 se la impondrá como obligatoria<sup>8</sup>.

En nuestro Derecho hay elementos de peculiaridad para justificar y sostener una solución diferente. Partiendo de la experiencia histórica del fracaso de la inscripción obligatoria y de la convicción teórica de que es posible compaginar el tradicional sistema del título y el modo con el completo aseguramiento de las adquisiciones e imposiciones de buena fe, se va a desembocar en un ordenamiento registral en el que la inscripción ni tiene que ser constitutiva de la mutación jurídico-real, ni tiene que imponerse coactivamente; bastará el cúmulo de sus beneficios para recomendar su práctica. ¿Cuáles son esos efectos?

Primero, uno: el mismo que provocaba la transcripción francesa: la inscripción evita en todo caso a quien inscribe que le pueda perjudicar o ser opuesto cualquier acto de su *causam dans* generador de un derecho incompatible con el suyo.

Segundo, sobrepasando ya la limitada eficacia de la transcripción francesa: normalmente desde que se inscribe —excepcionalmente, a partir de los dos años de haberlo hecho (arts. 28 y 207 LH)— el titular registral queda legitimado *erga omnes*, en razón de la inscripción, para ejercitar y hacer valer el derecho inscrito (arts. 35, 38, 41 ... LH).

Tercero: si quien ha inscrito su derecho lo adquirió de quien en el Registro aparecía como su titular, será mantenido en su adquisición aunque este último no fuera legítimo dueño o su titularidad se encontrara amenazada por cualquier causa de resolución o revocación que no constara en el Registro (art. 34 LH).

<sup>7</sup> Cfr. TROPLONG: *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription en matière hypothécaire*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris 1864, p. 216: «Ce n'est pas que la vente et l'échange cessent de produire, entre les parties contractantes, leur effet translatif de propriété; le principe du Code Napoléon reste debout; il ne fallait pas porter atteinte à l'autorité des conventions et à la puissance de la volonté. Mais à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties dans ces conventions, un autre ordre d'idées prévaut à l'avenir; la vente et l'échange n'existent que si l'acte leur a été révélé par la publicité»; MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 511-512; THÉRY, Philippe: *Sûretés et publicité foncière*, Paris 1988, pp. 385-386.

<sup>8</sup> MAZEAUD: *op. cit.*, p. 529: «[...] le décret de 1955 a réparé l'erreur du décret-loi de 1935: a côté de l'impossibilité, il a édicté deux sanctions —amende et dommages — intérêts— à l'encontre des personnes négligeant de se soumettre aux règles de publicité désormais obligatoires; la publicité est ainsi devenue une mesure de "police civile" et aussi fiscale».

En la sucesión de estos efectos puede advertirse la continuidad de una línea que, partiendo del efecto francés de la publicidad registral, logra superarlo integrándolo en otro tan amplio como el propio de los sistemas germánicos, aunque conseguido por vía diferente. La atención que parecía puesta en un primer momento en el adquirente singular que primero inscribe, va inmediatamente a comprobarse centrada en la generalidad ideal de los sucesivos eventuales y ulteriores adquirentes de quien ya tiene inscrito su derecho. Simultáneamente a ello, la inscripción recién practicada va a dejar de ser protagonista exclusiva de su más intensa eficacia, cuya causación tendrá que compartir con la anteriormente existente en favor del disponente. En nuestro Derecho lo interesante no es sólo inscribir, sino hacerlo después de haber adquirido de titular inscrito. Al proyectar el Registro, la atención se ha centrado, más que en el acto aislado de inscribir, en el interés del efecto publicador de la inscripción en cuanto reflejo de la realidad inmobiliaria o generador de su apariencia jurídica. He aquí el fundamento de nuestro original sistema de inscripción no integrada al interno del mecanismo constitutivo o transmisivo de los derechos reales, siempre publicadora, sea cual fuere la naturaleza del hecho o acto causante del derecho publicado<sup>9</sup>, y dejada, por las ventajas que reporta, a su libre práctica por decisión de los interesados. Peculiar sistema de inscripción no constitutiva y voluntaria —a nuestro juicio, muy bien excogitado— que, aunque así reconocido generalmente por nuestra doctrina, no siempre ha sido debidamente apreciado ni exactamente explicado. Sin salir de los límites que impone el tono de este planteamiento, detengámonos un momento en estas últimas afirmaciones.

Hemos comenzado por calificar como «original» a nuestro sistema. Efectivamente lo es, y así lo reconoce la doctrina<sup>10</sup>. Pero interesa situar exactamente tal originalidad. No reside, ciertamente —ahí

---

<sup>9</sup> Lo destaca, elogiando nuestra Ley Hipotecaria de 1861, ROCA SASTRE: *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*, RCDI 1962, p. 603: «Asimismo, es digno de alabanza el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861 de extender la inscripción en el Registro a todos, absolutamente todos, los actos y hechos jurídicos que implicasen mutación, cambio o modificación jurídica de trascendencia real inmobiliaria, sin distinción entre adquisiciones entre vivos y por causa de muerte». Recientemente, destaca este aspecto SERNA VALLEJO, Margarita: *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Madrid 1996, pp. 444-445, tratando de los títulos registrables en la Ley y el Reglamento de 1861: «En este aspecto la Ley española se distancia de otras legislaciones extranjeras, entre ellas la francesa, porque, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de transcripción de 1855, sólo los títulos *inter vivos* acceden al Registro».

<sup>10</sup> Por todos, CASTRO: *Derecho Civil de España I*, 2.ª ed. Madrid 1949, p. 192: «En la preparación de la ley [hipotecaria] intervino, de modo decisivo, Gómez de la Serna, que supo superar las exageraciones, que en base del principio de la publicidad defendiera Luzuriaga, y las ideas afrancesadas sobre transmisión de la propiedad mantenidas por García Goyena, con la fórmula práctica y original de la protección del tercero».

estaba el modelo francés—, en la negación del valor constitutivo de la inscripción registral. Tampoco en no imponerla obligatoriamente—también en Francia originariamente era voluntaria—. Ni siquiera en atribuirle valor asegurador hasta hacer posible la adquisición *a non domino*: esto, que desde luego no podía encontrarse en el sistema francés de publicidad, constituía el más característico efecto de los Registros «germánicos». Lo realmente original y propio de nuestro sistema de publicidad registral es compaginar la eficacia plenamente aseguradora de la inscripción con su carácter declarativo, o simplemente publicador, y voluntario. Nuestro legislador de 1861 tuvo a la vista los distintos modelos posibles<sup>11</sup>, y, rechazando tanto la posibilidad de integrar la inscripción en la entraña del proceso transmisorio de los derechos reales<sup>12</sup>, como la de imponerla

<sup>11</sup> Véase al respecto la relación de «Legislación extranjera» puesta al comentario al artículo 2 LH por GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I, Madrid 1862, pp. 310-318. Interesantes en el punto que ahora nos interesa, las siguientes palabras del mismo DE LA SERNA (pp. 318-319): «También se encuentra una gran diferencia en los efectos que se dan a la transcripción o inscripción. Al paso que muchos Estados que han admitido el principio del Código francés, de que el dominio y los demás derechos en la cosa se transfieren por el consentimiento, lo conservan, limitando los efectos de la falta de inscripción en el registro a las personas que no han sido parte en el acto o contrato que los perjudica, y que otros, como nosotros, mantienen con esta misma limitación el principio romano de que por la tradición y cuasi-tradición, o por la posesión y cuasi-posesión se transmite el dominio de las cosas, no faltan algunos que para la traslación del dominio exigen como requisito indispensable y complementario que se haga la inscripción o transcripción. Esto da por resultado, que ni aun los mismos contrayentes puedan considerar en sus mutuas relaciones como consumados sus contratos de traslación de dominio, aunque les haya sido entregada la cosa, mientras no se llene el requisito de la inscripción, tan esencialmente necesario ...».

<sup>12</sup> Entre los precedentes citados por GÓMEZ DE LA SERNA: Polonia: Ley sobre los privilegios e hipotecas, de 26 de abril de 1818, 5: «El derecho de disponer de la propiedad inmueble se adquiere por la inscripción del título de adquisición en los registros hipotecarios»; Sajonia: Ley de 6 de noviembre de 1843, 2: «La propiedad civil sobre bienes inmuebles se adquiere por la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios ... 3. De la misma manera se adquieren la hipoteca y los demás derechos reales sobre los inmuebles ... 4. Mientras no se haga la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios, sólo existe un derecho para adquirir la propiedad civil, la hipoteca y los demás derechos reales. 5. Se considera como propietario de un inmueble, y como acreedor hipotecario al que está inscrito en los registros territoriales e hipotecarios...»; Sajonia-Weimar: Ley de 6 de mayo de 1839: «La hipoteca no constituye un derecho sin la inscripción ... Por el contrario, la inscripción basta para constituir el derecho de hipoteca»; Wurtemberg: Ley sobre las hipotecas de 15 de abril de 1825, artículo 2: «No puede constituirse legalmente una hipoteca sin autorización del magistrado y mediante una inscripción en el registro de hipotecas». Austria: Código Civil, artículo 431: «Para que se transfiera la propiedad de los bienes inmuebles es preciso que el acto transmisorio del dominio se inscriba en los registros públicos destinados para este objeto: esta inscripción se llama intabulación»; artículo 445: «Las disposiciones expresadas en este capítulo, y que marcan el modo de adquirir y perder el derecho de propiedad de los bienes inmuebles, es aplicable también a todos los demás derechos relativos a ella»; Badem (Gran Ducado de): Código Civil, artículo 1583: «La venta de un inmueble no se entiende perfecta sino por su inscripción en el registro público de los bienes inmuebles»; Baviera: Ley de 1 de julio de 1822 sobre el derecho de hipoteca, artículo 21: «La hipoteca, como derecho real, se adquiere por la inscripción formal en los registros públicos»; Grecia: Ley de hipotecas de 11 de agosto de 1836, artículo 1: «La hipoteca ... se adquiere por la inscripción

obligatoriamente a modo de condición extrínseca de existencia de la mutación jurídico-real<sup>13</sup>, se decidió por ponerla a disposición de los particulares, dejada a su libre iniciativa pero atribuyéndole una eficacia aseguradora tan intensa como la propia de los que por entonces se venían denominando como sistemas «germánicos»<sup>14</sup>.

Afirmada la originalidad del sistema, añadíamos que nuestra doctrina generalmente lo reconoce en su genuina fisonomía. En efecto, es típica en el tratamiento de la materia la contraposición entre inscripción constitutiva y declarativa, voluntaria y obligatoria<sup>15</sup>; y, desde ella, aunque advirtiendo a veces la posibilidades de ulteriores matices<sup>16</sup>, la calificación de nuestra inscripción registral como normalmente<sup>17</sup> declarativa y voluntaria. Ambas notas, señaladamente la primera, se entienden negativamente o por oposición a su contraria. Declarativa se considera la inscripción

---

en el registro establecido en esta ley»; Lucerna (Cantón suizo de): Código Civil, artículo 291: «El traspaso de un inmueble se verifica por el aviso dado a la autoridad municipal del lugar en que se halle situado y por la transcripción en los registros públicos...».

<sup>13</sup> Entre los precedentes citados por GÓMEZ DE LA SERNA: Baviera del Rin: Proyecto de Ley de 24 de abril de 1834, artículo 1. «Todo acto de venta de propiedad, constitución de usufructo o anticresis debe verificarse por un documento auténtico, y transcribirse en el Registro destinado para las traslaciones de dominio. Si no se verifica la transcripción, no existirá transmisión, y sólo habrá lugar a reclamar la indemnización de daños y perjuicios...»; Ginebra (Cantón suizo de): Proyecto de ley acerca de la adquisición, conservación y publicidad de los derechos reales sobre los inmuebles, de diciembre de 1827, artículo 1. «Ningún derecho real sobre bienes inmuebles situados en el Cantón se considerará como tal si no se hace público en la forma prescrita por la ley»; Holanda: Código Civil, artículo 1224: «La hipoteca se inscribirá en los registros públicos especiales para ella. Sin esta inscripción no tendrá valor alguno, y el crédito que asegure sólo será de igual consideración a los constituidos en simple escritura pública».

<sup>14</sup> A la originalidad o peculiaridad de nuestro sistema registral, tanto en el momento de su instauración como en la perspectiva actual, nos referimos con mayor amplitud en nuestro trabajo: *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico* ..., cit., pp. esp., 21-29.

<sup>15</sup> Cfr., e.c., ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, 7.ª ed. Madrid 1979, pp. 196-199 y 263-266; DE CASSO, Ignacio: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed. revisada, ampliada y actualizada. Madrid 1951, pp. 140-144; COSSÍO: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona 1956 (hay ed. revisada y puesta al día por Manuel DE COSSÍO y MARTÍNEZ, Madrid 1986), p. 165; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona 1968, pp. 127-128; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* III, 4.ª ed. Madrid 1995, pp. 424-427; CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1989, pp. 224-232.

<sup>16</sup> CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1986, pp. 224-225: «Dentro de la inscripción constitutiva, cabe distinguir entre la que se ha llamado absoluta o sustantiva (sistema australiano y algunas viejas legislaciones germanas) y la denominada relativa (sistemas alemán y suizo). A su vez, dentro de la inscripción declarativa debe incluirse la que se ha llamado inscripción convalidante (conformativa o inmunizante), la cual, aun partiendo de la constitución extrarregistral de los derechos, no se limita a la mera publicidad y ratificación de las titularidades reales, sino que las dota de una eficacia especial...».

<sup>17</sup> «Normalmente», decimos, porque, como veremos más adelante, también es lugar común en nuestra doctrina la afirmación –no siempre con igual fundamento en la ley– de que hay supuestos en que, excepcionalmente, la inscripción reviste carácter constitutivo o se impone como obligatoria.

que queda fuera del proceso de constitución del derecho o de la mutación jurídico-real que a través de ella se publica<sup>18</sup>; voluntaria, aquella cuya práctica, supuesta su innecesariedad para la producción del efecto a publicar, tampoco se impone coactivamente. Nosotros, aceptando en lo sustancial sin reserva alguna esta forma común de proceder, y sin pretender descalificar la terminología comúnmente empleada, preferimos el término *publicadora* para indicar la denominada función *declarativa* de la inscripción registral<sup>19</sup>. Nos parece evidente que la función del Registro de la Propiedad no es exactamente la muy genérica de declarar derechos, sino, mucho más propia y específicamente, la de publicarlos; esto es: la de poner su conocimiento al alcance de cualquier interesado en obtenerlo o, como a veces se dice<sup>20</sup>, darles cognoscibilidad legal<sup>21</sup>.

Por fin, tras la afirmación de la originalidad de nuestro sistema y de su reconocimiento en nuestra común doctrina, terminábamos advirtiendo que no siempre ha sido debidamente apreciado ni exactamente explicado por ésta. No es necesario que nos detengamos en la referencia ordenada y completa de los testimonios que, a nuestro

<sup>18</sup> Una matización reciente a esta forma común de entender la inscripción declarativa, en PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales*, RCDI 1994, p. 2196: «Declarativa no quiere decir sólo —como muchas veces se afirma— que la publicidad registral se limita a dar a conocer a la comunidad, o a la generalidad de las personas, un derecho real ya constituido por el sistema tradicional del título seguido de tradición, sino que determina también la existencia misma del derecho real respecto de terceros». Con anterioridad a esta matización. NAVARRO AZPEITIA: *Titulos e inscripciones*, AAMN 1965, p. 551, había calificado nuestra publicidad, por tanto, también, la inscripción que la produce, como «declarativa calificada, o reforzadora», porque, «la inscripción no sólo recoge, publica y declara lo nacido o constituido en el título inscribible, sino que lo confirma, corrobora o refuerza, haciéndole ganar estabilidad, y dándole cognoscibilidad legal, con una firmeza y una fijeza frente a todos, y en beneficio de los favorecidos por la inscripción, que por la publicidad personal y directa no podrían lograrse frente a extraños, contratantes de buena fe»; más adelante, p. 566, hablará de «publicidad declarativa calificada y hasta constitutiva, en el sentido y alcance antes explicado».

<sup>19</sup> En sentido parecido, PAU PEDRÓN: *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid 1996, p. 79: «El sistema español es de inscripción publicitaria o declarativa». En la doctrina italiana, con alguna diferencia de matiz, también FERRI, L.: *op. cit.*, p. 10, manifiesta sus reparos en cuanto al empleo de la común expresión «publicidad declarativa»: «Noi preferiamo parlare di pubblicità pura anziché di pubblicità dichiarativa per non dare adito al dubbio che la pubblicità costituisca, come è stato affermato, una dichiarazione di scienza. La pubblicità non è dichiarazione di scienza in quanto il pubblico ufficiale non esprime un pensiero, ma, come è stato giustamente rilevato, si limita a far tramite ad una dichiarazione altrui, e cioè riproduce e raccoglie quanto altri dichiara».

<sup>20</sup> Así, PUGLIATTI, S.: *La trascrizione*, Tratt. CICU-MESSINEO XIV, II (1989) Milano, pp., e.c., 91-92, 183-184 ...

<sup>21</sup> Esto basta para que, superada la dificultad que plantea Díez-PICAZO [*op. cit.*, pp. 293-294: «La dificultad más grave que a nuestro juicio plantea el sistema de registro respecto de una verdadera publicidad es que la publicidad se facilita, pero no pasa de ser una cabal ficción. La información se almacena y se permite el acceso a ella. Pero eso no significa que los hechos sean en verdad conocidos. Para serlo es preciso que los interesados exijan la información»], pueda entenderse cumplida a plena satisfacción la finalidad propia del Registro de la Propiedad.

juicio, fundamentan esta advertencia. Baste recordar cómo en el planteamiento doctrinal se entrecruzan, a veces, las perspectivas o se llega a la identificación o confusión del problema acerca del carácter constitutivo o no constitutivo de la inscripción con el de su imposición como obligatoria<sup>22</sup>; o cómo, en ocasiones, se abomina del sistema legalmente adoptado de inscripción voluntaria<sup>23</sup> y no constitutiva<sup>24</sup>. Nos parece que no queda éste reflejado exactamente ni con plena nitidez cuando se le presenta bajo la fórmula un tanto

<sup>22</sup> La confusión, como veremos en su momento, arranca de lejos. Por ahora será suficiente presentar algunos exponentes. Así, OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892, p. 583: «Ante estos efectos tan sustanciales que produce la falta de inscripción, es completamente vana y estéril la declaración del legislador, de que no había querido castigar dicha falta imponiendo la pena de nulidad al acto o contrato en que se había cometido, atendido el principio de la nueva Ley, según el cual las obligaciones que nacen de aquellos no se alteran por dicha omisión en cuanto a los otorgantes. Porque, ¿qué importa al dueño de una finca [...] que no se declare la nulidad de los actos o contratos en cuya virtud ha adquirido aquellos derechos reales, si no puede hacerlos efectivos mientras no inscriba [...], y si [...] se expone a perderlos definitivamente en el caso [...] de que un tercero se anticipe a inscribir [...]?»; CAMPUZANO Y HORMA, Fernando: *Elementos de Derecho Hipotecario*, I, 2.ª ed. Madrid 1931, pp. 82-83: «La inscripción no debe ser ni voluntaria ni forzosa [...] debe ser necesaria para la validez de esos actos [...]; porque los actos y contratos inmobiliarios deben revestirse de formas externas que los hagan visibles [...] bajo pena de nulidad del acto o contrato a que se refiere»; GIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I, Madrid 1941, p. 64: «De toda la labor doctrinal, puede recogerse una casi absoluta unanimidad de opiniones sobre los daños que ocasiona el principio de voluntariedad de la inscripción y la conveniencia de hacerla forzosa: forzosa no en el sentido de que haya de inscribirse coactivamente o de oficio, sino de que la inscripción sea necesaria para la vida del derecho real sobre los inmuebles»; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao 1975, p. 87: «[...] la primera opción con que el legislador se enfrenta cuando trata de reglamentar la publicidad registral es la siguiente: o establecer la obligatoriedad de la toma de razón o inscripción de los datos registrables, o por el contrario dejar a la voluntad de los interesados la decisión de inscribir. De acuerdo con la primera fórmula, el ordenamiento jurídico que la adoptase negaría toda validez a los actos jurídicos que no hubiesen tenido la oportuna publicidad mediante la inscripción registral»; ÁLVAREZ CAPERO-CHIPÍ, José A.: *Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid 1986, p. 102: «La inscripción es un instrumento de seguridad para el adquirente, pero no un requisito constitutivo de los derechos. Por eso se dice que la inscripción en el registro es voluntaria».

<sup>23</sup> DE CASSO: *op. cit.*, p. 65: «Sin embargo, en la práctica, la ley [se refiere a la LH de 1861] no respondió al propósito de sus eminentes redactores, tanto por haber sido declarada voluntaria la inscripción —sin duda por motivos en aquella época atendibles—, como por la inexistencia de un buen Catastro del suelo español»; ID., p. 67: «a) Voluntariedad de la inscripción. Error inicial lamentable, que, como veremos, aún perdura [...]».

<sup>24</sup> Conocida es la enemiga de GONZÁLEZ MARTÍNEZ (cfr. *Principios Hipotecarios*, Madrid 1931, pp. 19-142) al sistema del título y el modo y sus esfuerzos por desplazarlo en nuestro Derecho por el principio de inscripción; también conocidas son las palabras de CASSO: *op. cit.*, p. 65, calificando nuestro sistema como «híbrido anticientífico» porque, al lado de una proclamación teórica de la publicidad y especialidad germánicas, rechaza la necesidad de la inscripción para la eficacia de los derechos reales. Con anterioridad a ellos, MORELL: *op. cit.*, pp. 350-352, se había pronunciado en favor de la inscripción constitutiva («[...] la inscripción, por su propia naturaleza, debe ser considerada como el único modo de adquirir, de conservar y de perder el dominio de los bienes inmuebles y de los derechos reales constituido sobre los mismos»). La más reciente propugnación de la misma puede verse como tema central en el trabajo de PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción ... cit. Más templadamente, señalando las ventajas de la inscripción constitutiva: COSSÍO: op. cit.*, p. 164; Díez-PICAZO: *Fundamentos ... cit.*, p. 424.

híbrida de la inscripción convalidante<sup>25</sup> o conformadora, configuradora o cuasiconsitutiva<sup>26</sup>, pero lo que consideramos más preocupante es que, con alguna frecuencia, se llegue a afirmar que en la regulación del artículo 1473 CC se concede a la inscripción registral valor constitutivo<sup>27</sup>, o, más generalmente, que dicho valor le vendría siempre dado en cuanto que de ella se hace depender la oponibilidad del derecho real a los terceros<sup>28</sup>. En definitiva: que no son conciliables entre sí el viejo sistema transmisivo del título y el modo y un buen y moderno sistema de publicidad registral<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr., sobre todo, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones I*, cit., pp. 238-247; para su crítica, ROCA SASTRE *op. cit.*, pp. 214-219.

<sup>26</sup> Así, GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I. Madrid 1988, pp. 557-607.

<sup>27</sup> *Vid.*, e.c., MORELL: *op. cit.*, p. 132; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, Sistemas y Fuentes)*, Madrid 1924, pp. 320-321; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, RCDI 1949, p. 316; PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción ...*, cit., pp. 2197-2198.

<sup>28</sup> Llama la atención la frecuencia con que esta idea asoma en CÁRDENAS: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, RGLI, 1871, (XXXVIII). *Vid.*, en efecto, pp. 148: «Por último, destinado principalmente el Registro a dar el carácter y la fuerza de reales a los derechos que en él se consignan ...», 149: «... pero la Ley hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre los bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Y como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto al tercero ...», y 150: «... Sin embargo, no ha faltado quien critique a la Ley por retroactiva, en cuanto ponía a los propietarios en la necesidad de inscribir sus fincas para mantener la realidad de sus derechos» (cva. del a.). Posteriormente, y ya forzando el sistema, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Principio de inscripción*, en «Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil», I, Madrid 1948, p. 375: «Pero nos basta en el actual momento con dar una fórmula general que oriente al lector. La inscripción completa o declara la existencia y características de una situación jurídica de naturaleza real o asimilable, cuyo objeto mediato es una finca. Es, por lo tanto, un asiento necesario, mas no suficiente por sí solo, para la perfecta (total) adquisición, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles»; CASSO: *op. cit.*, p. 21: «Pero conviene hacer notar que, si lo típico del derecho real es que su titular esté asistido de una acción real o ejecutiva directamente *re* —en la cosa sobre la que el derecho real recae—, hay que concluir que, en casi todos los sistemas de Registro, y desde luego en el nuestro, la acción real *erga omnes* y aun muchas veces *inter partes*, sólo nace de la inscripción registral. Por ello, en la vida del llamado derecho real la publicidad del Registro tiene siempre un valor en cierto modo *constitutivo* del mismo, o, al menos, de la acción real que lo caracteriza» (cva. del a.).

<sup>29</sup> La cuestión fue ya suscitada por AZCÁRATE en la discusión parlamentaria del Código Civil (Cfr. *El Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*, II, p. 1674): «Señores, este es un verdadero galimatías; y prueba el modo como se ha hecho el Código, que este artículo último que he leído está tomado, si no me equivoco, del Código argentino, en el cual está muy en su lugar, porque una de las singularidades de aquel Código es que no admite el Registro de la propiedad. Pero, señores, habiendo hoy el régimen hipotecario, ¿se puede decir que la propiedad se transmite por la tradición? ¿Pues no conocéis que sólo con estar inscrita en el Registro se transmite? Pues entonces, ¿a qué ese formalismo, que tiene su razón de ser en el Derecho romano, pero no dentro de nuestro régimen hipotecario? Quizá esté yo ofuscado, porque veo que el Sr. Gamazo hace signos de sorpresa al oír mis observaciones, es posible que lo esté y S.S. lo aclarará [...]». Posteriormente, e.c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Desde la teoría del título y el modo al llamado 'principio del consentimiento'*, «Estudios ...» I, cit. p. 320, y, señaladamente, DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, RCDI 1950, pp. 625 y ss., esp., 632-633, 637 y 642.

Desde la determinación del sistema transmisivo y la interferencia de la inscripción registral en él, hemos llegado al mismo corazón del concepto del derecho real. En la fidelidad a tal concepto podemos encontrar la clave para superar las reservas antes referidas y defender la solidez y corrección del edificio sobre él cimentado y elevado por nuestro Derecho de Cosas y de la publicidad registral inmobiliaria<sup>30</sup>. El derecho real, en cuanto poder inmediato y directo en la cosa, es posible a partir de la entrega, y desde entonces es *por sí mismo*, o naturalmente, oponible *erga omnes*. La oponibilidad, por tanto, no adviene extrínsecamente al derecho real como una concesión graciosa de la publicidad registral. Otra cosa es, naturalmente, que cuando la publicidad se omite y el tercero interesado desconoce inculpablemente la existencia del derecho real, no pueda éste perjudicarlo. Esto, que se limita a ser una muy razonable y justificada medida de protección de la buena fe de los terceros, no llega a privar al derecho real de su natural oponibilidad, ni a elevar la publicidad registral a ingrediente constitutivo del derecho real publicado. Por ello es perfectamente comprensible la posibilidad de un sistema de transmisión de los derechos reales en el que el Registro de la Propiedad quede completamente al margen<sup>31</sup>, y, *eo ipso*, la configuración de un Registro que, justamente en razón de su propia vocación, sea tan

<sup>30</sup> Así, «proclamando las excelencias de la admirable Ley Hipotecaria española de 1861», ROCA SASTRE: *Transcendencia ...*, cit., p. 604: «Lo que la Ley Hipotecaria no hizo fue adoptar, ni siquiera esporádicamente, el sistema de inscripción *constitutiva* como tampoco la de tipo *obligatorio* o *forzoso*. Ningún atisbo de inscripción constitutiva cabe observar en dicha Ley, como tampoco se descubre en ella rastro alguno de inscripción *obligatoria* o coactiva, ni siquiera en materia de hipotecas legales. Ha sido posteriormente cuando han aparecido esporádicamente casos de inscripción constitutiva como en las hipotecas por obra de nuestro Código Civil, y también por disposiciones singulares, han tomado cuerpo casos de inscripción obligatoria».

<sup>31</sup> La idea aparece en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 a propósito del rechazo de la inscripción obligatoria o necesaria: para valorar la transmisión *inter partes* no debe contar la formalidad de la inscripción: «La comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla, en cuanto alcance. Por eso no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes» (p. 236 en la edición del ICN DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, I. Madrid 1974). No se atienen, a nuestro juicio, a este punto de vista las siguientes palabras de Díez-PICAZO: *Fundamentos ...*, cit., p. 369: «En nuestro Derecho positivo —esto es para nosotros algo tan natural que no siempre nos damos suficientemente cuenta de ello— la inscripción es siempre el trámite final de un supuesto complejo de formación sucesiva que determina la mutación jurídico-real. Los artículos 1 y 2 LH son en este punto claros y terminantes».

solo publicador<sup>32</sup>: esto es, cuya exclusiva función consista en vehicular la absolutividad u oponibilidad natural de los derechos reales a los terceros que no tengan *aliunde* conocimiento de su existencia, permaneciendo ajeno, en consecuencia, a la constitución de tales derechos reales y a la efectividad de su transmisión cuando ésta se calibra *inter partes*<sup>33</sup> o sus efectos se proyectan hacia terceros conocedores<sup>34</sup>. Esta consideración, unida a la de que, aunque la protección del tráfico de buena fe se considere medida de orden público, no afecta a éste la diligencia que los particulares pongan en la efectividad y conservación de sus derechos, es la que da razón de nuestro sistema de inscripción publicadora y voluntaria. Por ninguno de los dos modos posibles se llega en él a la inscripción constitutiva: ni mediante la integración de ésta en el proceso transmisivo, a modo de *cuasi-traditio*, ni mediante la imposición de su práctica a modo de *conditio juris* para el reconocimiento en Derecho de la realidad de su adquisición.

Esta es la materia que, como relativa al carácter y valor de la inscripción, ha de ocuparnos en este trabajo. Ahora bien, unida a ella —y por pertenecer también al ámbito problemático de la interferencia de la inscripción en el proceso transmisivo— suele tratarse doctrinalmente la atinente a la relación entre inscripción y causa. También de esta última nos vamos a ocupar, dándole prioridad sobre la otra por conec-

<sup>32</sup> Cfr. FERRI, L.: *Trascrizione immobiliare.*, cit., p. 5: «Il negozio giuridico produce tutti i suoi effetti anche senza e prima della trascrizione [...] la trascrizione interviene a segnalare, cioè a rendere pubblico, un trasferimento già verificatosi. E tutto ciò è logico. La trascrizione rende pubblico qualcosa, perciò non si identifica nè si confonde con ciò che rende pubblico. C'è un dualismo ineliminabile fra la trascrizione e l'oggetto di essa. Questa separazione o distinzione viene a cadere solo quando si perde il concetto genuino di pubblicità. Quando la pubblicità diventa come avviene nel diritto germanico, un elemento costitutivo del negozio di trasferimento [...] cessa di essere vera pubblicità. Essa diventa un modo di acquisto della proprietà».

<sup>33</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 245: «Ya hemos visto en los Motivos generales de la Ley expuestos por la Comisión de Codificación [...] que la falta de inscripción en nada cambia los derechos y obligaciones de los contrayentes, sino que sus efectos se limitan a evitar perjuicios a aquellos que no hayan sido parte en el contrato o acto que dejó de inscribirse. [...] Ni podía ser de otra manera, atendiendo a que no tiene por objeto la Ley salvar los derechos de los contrayentes, sino sólo el de los terceros, que son los que necesitan protección para que siendo público y conocido el estado de la propiedad, queden, en el caso de adquirirla, o de prestar sobre ella, completamente libres de toda carga que no aparezca en el registro»; ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945, pp. 130-131: «En efecto, nuestra Ley Hipotecaria no hace sino atender a los intereses del tercero [...]. En este sentido pudo haber adoptado la postura radical de no reconocer validez a la transmisión sin inscripción; en lugar de ello optó por determinar que sin ésta no tendrá validez la transferencia frente a terceros, pero sí la tendrá entre las partes si la tradición se ha realizado. Tal fue la postura de la Ley Hipotecaria de 1861, confirmada por el artículo 1473 del Código Civil para el caso de doble venta sucesiva».

<sup>34</sup> CÁRDENAS: *Memoria ...*, cit., Apéndice XVIII, p. 530: «La Ley Hipotecaria no extingue ni menoscaba ningún derecho sobre la propiedad inmueble: aun los que no se inscriban conservarán por ella toda su fuerza y valor entre las personas que deban conocerlos».

tar más directamente con la materia tratada en nuestro anterior trabajo sobre el objeto de la publicidad registral. Estudiaremos, así, en primer lugar la relación entre inscripción y causa; seguidamente negaremos a la inscripción registral valor extrínsecamente constitutivo, en tanto que nuestro legislador no impone su práctica como presupuesto para el reconocimiento de los derechos reales inmobiliarios; a continuación le negaremos valor intrínsecamente constitutivo, en tanto que nuestro legislador no la aúpa a co-determinante de la transmisión, y, finalmente, defenderemos el valor de la inscripción como elemento meramente publicador, cuando coincide con la realidad, y conformador de apariencia jurídica cuando de ella discrepa.

## I. INSCRIPCIÓN Y CAUSA: LA INSCRIPCIÓN COMO PECULIAR FORMA DE TOMA DE RAZÓN POR CONSIGNACIÓN DEL EXTRACTO JURÍDICO-REAL DEL TÍTULO QUE ACREDITA EL FUNDAMENTO CAUSAL DEL DATO INSCRITO

En completa oposición con lo que en el modelo germánico impone en principio del consentimiento<sup>35</sup>, nuestro Registro de la Propiedad es, materialmente hablando, un Registro de títulos. En él se inscribe o registra el documento que, en su dimensión formal

<sup>35</sup> Rizando el rizo de la transmisión abstracta, en Alemania se distingue entre un consentimiento material, referido al acuerdo real abstracto (*Einigungsgrundsatz, materielles Konsensprinzip*) y un consentimiento formal (*Eintragungsbewilligung*), consistente en la declaración por la que el interesado autoriza unilateralmente la práctica de un asiento que modifica su situación tabular. A veces este segundo consentimiento, que también se considera negocio abstracto, es suficiente para la toma de razón registral. Para la distinción entre consentimiento material y formal, Cfr. STAUDINGER-ERTL, cit., § 873, Rz 118: «... *Einigung und Bewilligung sind zwei selbständige Rechtsakte. Ihr Wesenunterschied darin besteht, daß in der Einigung der Wille der Beteiligten auf die materielle Rechtsänderung gerichtet ist, während mit der Bewilligung der Betroffene einseitig eine seine Grundbuchposition beeinträchtigende Eintragung gestattet. Einigung und Bewilligung können aber in den gleichen Erklärungen der Beteiligten enthalten sein, erscheinen dann äußerlich als Einheit, sind aber in Wirklichkeit ein Doppeltatbestand, der in seine beiden Bestandteile Einigung und Bewilligung zerlegt und getrennt werden muß*»; Id. Rz 124: «Die Wesenunterschiede sind nahezu lückenlos geklärt. *Die Einigung ist eine materielle Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung, die Bewilligung eine formelle Voraussetzung der Grundsacheintragung. Die Einigung ist im BGB (§ 873), die Bewilligung in der GBO (§ 19) geregelt. In der Einigung ist der Wille der Beteiligten auf die materielle Rechtsänderung gerichtet, in der Bewilligung auf die Gestattung der Eintragungstätigkeit des GBAmts. Empfänger der Einigungserklärung ist 'der andere Teil' (§ 873), Adressat der Bewilligung das GBAmt. Die Bewilligung muß der Eintragung vorausgehen, die Einigung kann ihr nachfolgen. Die Einigung ist idR formlos, die Bewilligung formgebunden (§ 29 GBO). Von Ausnahmen abgesehen kann die Einigung bedingt oder befristet erklärt werden, die Bewilligung nicht. Fehlt die Einigung, so wird sie durch die Bewilligung nicht ersetzt, fehlt die Bewilligung oder weicht sie von der Einigung ab, so ist die Eintragung trotzdem wirksam. Bei fehlender Einigung kann die Eintragung unrichtig sein (§ 894), bei fehlender Bewilligung nicht. Sind die Erklärungen über die Einigung und Bewilligung äußerlich eine Einheit, was zulässig ist*

(art. 3 LH), acredita la existencia del derecho a publicar, y simultáneamente —en su contenido material o sustantivo— fundamenta la concreta razón de ser de su existencia (arts. 1 y 2 LH). En la perspectiva de los tres primeros artículos de la Ley Hipotecaria los dos significados, material y formal, de la palabra «título» aparecen reducidos a unidad, formando bloque en el documento inscribible. Actos y contratos (art. 1 y art. 2, 3.º) y títulos (art. 2, 1.º, 2.º y 6.º) son expresiones sinónimas por las que se designa la *causa juris* del dato jurídico-real a inscribir, y es esta causa la que integra el contenido del documento inscribible. Lo hemos visto en Gómez de la Serna: por título se entiende «la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene en alguna cosa inmueble»<sup>36</sup>.

Acumulación, pues, de los dos significados del término «título» cuando se habla del título inscribible, pero no identidad ni coincidencia entre ellos. Identidad, no, obviamente, porque no es lo mismo el acto o contrato fundamentador (título en el sistema del *título y el modo*) que el documento que lo acoge y manifiesta. Tampoco coincidencia, porque, a diferencia de la transcripción francesa, nuestra inscripción no traslada al Registro la integridad del documento que deja constancia del contrato, sino el extracto de su contenido jurídico-real.

Lo dicho basta para explicar —y más aún que para explicarla, para iluminarla hasta su completo esclarecimiento— la cuestión suscitada en nuestra doctrina acerca de la relación entre inscripción y causa; cuestión implanteable en el sistema francés de transcripción de títulos y en los sistemas alemán y suizo de inscripción, directa y separadamente, de derechos sobre la base del acuerdo o voluntad de inscripción o del mero consentimiento formal a la misma<sup>37</sup>. Es en nuestro sistema donde, al inscribirse el derecho recogiendo en

---

und in der Praxis häufig vorkommt, muß diese scheinbare Erklärungseinheit durch Auslegung in ihre Einzelbestandteile 'Einigung' und 'Bewilligung' zerlegt und dann rechtlich getrennt beurteilt werden». *Vid.* también, WOLFF: *op. cit.* pp. 187-192. En nuestra doctrina y para nuestro Derecho sólo defendió el principio del consentimiento («corajudamente», dice GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.* p. 28) don Jerónimo GONZÁLEZ: *El principio del consentimiento*, «Estudios...» cit., pp. 406 y ss.

<sup>36</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 250.

<sup>37</sup> Para el sistema alemán de toma de razón, cfr, los §§ 13 y ss. de la Ordenanza alemana del Registro, especialmente los 19 (Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird) y 20 (Im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie im Falle der Bestellung. Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist); para el suizo, el artículo 963, I y II del ZGB: «Die Eintragungen erfolgen auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht. Keiner Erklärung bedarf es, wenn der Erwerber sich auf eine Gesetzesvorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag».

extracto el contenido del documento en que se consigna el acto o contrato que lo fundamenta, puede plantearse el problema de si es o no necesario que la inscripción, al acoger y dar publicidad al efecto jurídico-real operado, manifieste también la causa que lo sustenta. Claro está que dicho problema ni siquiera llegaría a suscitarse si en su planteamiento el término «causa» se entiende como expresivo del *título* que en el sistema de transmisión causal fundamenta el efecto real coproducido por él mismo en concurrencia con el *modo*. Es por demás evidente que lo que recoge el documento inscribible en nuestro Registro de la Propiedad es el *título* o *causa* de la mutación jurídico-real que se desea publicar. Cuando se plantea la relación entre inscripción y causa se parte de una consideración más limitada de ésta: la que, en su perspectiva obligacional, la reduce a uno de los elementos de existencia y eficacia del contrato (art. 1261, 3.º CC). Supuesto el contrato transmisivo, se pregunta: ¿es necesario que la inscripción recoja y manifieste su causa? La unidad de la causa como realidad integral y la mutua intercomunicación de sus distintos términos de referencia —el contrato, la obligación y la atribución patrimonial o entrega— deberían ser bastante para evitar como ociosa la cuestión planteada. Con todo, nuestra doctrina la ha suscitado, y no siempre para derivar su solución, con criterio rotundo y certero, del causalismo inspirador de nuestro sistema contractual, transmisivo y registral<sup>38</sup>.

No han faltado, desde luego, entre nuestros autores quienes, efectivamente, partiendo del indicado principio causalista, hayan concluido la imposibilidad de separar la inscripción respecto de la causa del acto y del derecho inscrito y de permitir que la toma de razón registral pueda llevarse a cabo en nuestro Derecho omitiéndola o silenciándola<sup>39</sup>. Sin embargo, no ha sido esta opinión, ni la

<sup>38</sup> A él se refiere la E. M. de la Ley de Reforma de 30-12-44 para justificar la no incorporación de la deuda territorial a nuestra legislación: «Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial. Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente».

<sup>39</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, p. 132: «Como cuestión residual se plantea la concierne a *si es inscribible* en nuestro Registro de la Propiedad el acuerdo o consentimiento transmisivo sin referencia alguna a causa o convenio causal, que, por supuesto, se considera existente y válido. Nosotros entendemos que aunque, en general, siempre los títulos que contienen actos sujetos a inscripción expresan su causa, en el supuesto de presentarse alguno que no la exprese no sería susceptible de inscripción, pues el *título inscribible*, en nuestro sistema, cuando el acto que contiene es de transmisión o implica una mutación jurídico-real o desplazamiento patrimonial sujeto a los artículos 609, 2, y 1095, debe *expresar el contrato de finalidad traslativa* y, de acuerdo con el artículo 1462, 2, todos del Código Civil, de la misma escritura no ha de resultar o no ser deducible que las partes contratantes no quieren que el otorgamiento mismo de la escritura equivalga a la tradición» [subs. del a.]; COSSIO: *op. cit.*, p. 93: «En cuanto en el sistema hipotecario español, que rechaza la inscripción abstracta del dominio y los demás derechos reales, el objeto de la inscripción no es

única manifestada en nuestra doctrina, ni la que, cuando básicamente se la admite, se haya considerado siempre como la que contiene la

tanto la relación jurídica real en sí misma como el acto jurídico que la produce, modifica o extingue, es decir, la causa jurídica del derecho real, la ley no nos ofrece una relación de los derechos inscribibles, sino tan sólo una enumeración de los actos y contratos susceptibles de inscripción»; ID, p. 176: «El problema se plantea, aunque otra cosa pudiera pensarse, en términos distintos que en el Derecho alemán. En éste, como es sabido, inscripción y acuerdo formal, aparecen abstractamente concebidos, desvinculados por completo de su causa obligatoria: el sistema español, por el contrario, es eminentemente causalista. Lo que en nuestro Registro se inscribe, es el título (vid. arts. 1.º y 2.º de la L. H.), no la mera modificación real que de aquél se deriva. En ningún precepto de la Ley podemos encontrar apoyo para la tesis de que el asiento, una vez practicado se separe de su causa y viva vida independiente ...»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *op. cit.*, p. 193: «Sin duda alguna, no sería inscribible en nuestros Registros de la Propiedad un título de transmisión de una finca que sólo expresara el consentimiento o acuerdo traslativo, sin referencia alguna a su causa o convenio causal, pues, según el artículo 609 Código civil, nuestros títulos de transmisión —ha dicho el mismo autor [Roca Sastre]— no pueden dejar de contener la expresión de aquellos “cieratos contratos”. En nuestros títulos inscribibles lo que puede quedar en forma implícita es precisamente el negocio dispositivo, es decir el acuerdo traslativo, como resulta del artículo 1462 C.C., pero no el contrato o negocio obligacional que le sirve de base o precedente causal»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones II*, cit., pp. 17 y ss.: «[...] no existe ninguna posibilidad de adaptar el principio del consentimiento en su aspecto sustantivo al sistema español. Dicho principio es absolutamente incompatible con nuestro sistema civil e hipotecario» (pág. 17); «b) El carácter causalista de nuestros asientos se opone también de una manera absoluta a dicho principio. Este carácter causalista se manifiesta en nuestra legislación, tanto desde un punto de vista formal (arts. 9, 10, 30, 103, etc.), como desde un punto de vista sustantivo (arts. 1, 2, 16, 17, 18, 19, 20, 26, 33, 34, 40, etc.), de una manera constante, y ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de la Dirección general. c) El objeto de la inscripción en nuestro Registro es precisamente el título de adquisición. Un Registro de títulos es absolutamente incompatible con el principio del consentimiento, que parte precisamente de la abstracción y eliminación del título» (pág. 22); CASTRO: *El Negocio Jurídico*, Madrid 1967, p. 236: «[...] Por ello es imprescindible que se exprese la causa del título que pretenda su ingreso en el Registro de la Propiedad, y ésto, no sólo conforme a la mejor interpretación de su articulado, sino porque la calificación del título (capacidad, prohibiciones, p. ej.) y su eficacia hacia terceros exige que se conozca cuál ésta sea, y dicha eficacia será distinta según la causa del negocio (gratuita, onerosa, dote, adjudicación, herencia legítima, legado, etc.)»; ID, pág. 297: «La Ley Hipotecaria lo había seguido fielmente [el sistema causalista] y no permitía dudar sobre la dependencia de la transmisión y creación de los derechos reales respecto al título extraregistrar (arts. 2, 9, 6.º, 18, 23, 32, 33). Criterio que se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, en la que expresamente se dice que “no ha prevalecido la vigorosa corriente científica que patrocinaba el reconocimiento del contrato real, por entenderse que su admisión no reportaría al sistema beneficio alguno y hasta podría ser perturbadora”»; DIEZ-PICAZO: *Fundamentos* ..., cit., p. 370: «Tampoco cabe hablar en rigor [en nuestro Derecho positivo] de un “consentimiento formal”. El consentimiento formal exige una cierta dislocación entre los asientos registrales y la realidad jurídica extraregistrar. Exige, además, que la declaración de voluntad del afectado sea una declaración de voluntad abstracta. Por vía de regla o principio, esta posibilidad no está admitida en nuestro sistema. Puesto que lo que se inscriben son títulos, el consentimiento necesario para la inscripción no es nunca un consentimiento formal, sino que siempre es consentimiento material. Pero es que, además, tampoco los casos que nuestra doctrina considera como excepcionales supuestos de aplicación de la idea del “consentimiento formal” merecen tal calificativo»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 543-545: «... Creemos, sin embargo, que las anteriores doctrinas no se corresponden con nuestro sistema: No se admiten en él los negocios abstractos (ni siquiera lo es la constitución de hipoteca). No creemos tampoco inscribible [...] un negocio transmisivo cuya causa no se exprese [...] Aparte de que la calificación, en tal caso, quedaría dificultada, no podrían cumplirse exigencias formales expresadas de la correspondiente inscripción: pues toda inscripción que se haga en el Registro expresará el título que se inscriba (arts. 9.º-6.º LH), lo que no debe entenderse sólo como referencia a características

totalidad de la respuesta a la cuestión suscitada acerca de la relación entre inscripción y causa. ¿Cómo no recordar aquí las afirmaciones de don Jerónimo González sobre la superación del anticuado sistema del título y el modo por la Ley Hipotecaria, que, al levantar la bandera del consentimiento, vendría a alejar cada vez más el Registro de la contratación ordinaria y a permitir la inscripción sin expresión de la causa del derecho inscrito y sobre la única base del consentimiento, tanto del bilateral producido entre enajenante y adquirente como, en ocasiones, del unilateral del constituyente<sup>40</sup>? Cuesta trabajo imaginar una más radical oposición entre la interpretación violentamente pretendida de la ley y la diafanidad de ésta en

---

puramente formales, sino que, entre otras indicaciones, la expresión del título comprende la expresión de “la naturaleza del acto o contrato” (cf. art. 245 Ley Hipotecaria), es decir, el tipo de negocio causal (cf. arts. 1257, 1258, 1286 CC) a que obedece la transmisión. Sólo así podrán cumplirse, además, otras normas (cf., por ejemplo, arts. 10 LH y 58, 94, 95, 256, 602, 604 R.H.)».

<sup>40</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Desde la teoría del título y el modo al llamado «principio del consentimiento»*, Estudios I, cit., p. 320: «Frente a esta técnica inservible y deficiente [la teoría del título y el modo], se había levantado ya en el articulado de nuestra Ley Hipotecaria la bandera del consentimiento, y el negocio jurídico de transferencia aparece en nuestro derecho anclado sobre el acuerdo del transferente y del adquirente»; ID: *Título y modo en el Derecho español*, Estudios, cit., p. 333: «Aceptemos estas ideas como postulado de un sistema hipotecario, y deduciremos como inmediatas consecuencias, las siguientes: 1.ª Para transferir, constituir, modificar o extinguir un derecho real sobre inmuebles, basta el acuerdo de los interesados acreditados (*sic*) en debida forma. 2.ª Es inútil la presentación en el Registro del acto jurídico causal, si es que se ha formalizado. 3.ª No hay inconveniente en admitir una simple declaración en que el titular A transmite su finca o derecho a B sin otras explicaciones, siempre que aparezca firmada por ambos y acreditada su identidad y capacidad. 4.ª La calificación del registrador se circunscribirá al *acto real* sin retroceder a la causa. 5.ª El Registro se aleja cada día más de la contratación ordinaria, o, mejor dicho, del derecho de obligaciones»; ID: *Principio del consentimiento*, *Ib.*, p. 407: «Aunque los civilistas españoles no han diferenciado los dos primeros momentos [el del contrato obligacional y el del acuerdo de transferencia], y más bien los han involucrado en el título adquisitivo (*titulus acquirendi*), los autores del Derecho hipotecario, y con mayor decisión los Registradores de la Propiedad, han sido fatalmente llevados a dar un valor preponderante al consentimiento de transferente y adquirente, sobre todo al del titular, según el Registro, que resulta perjudicado por el acto inscribible» y pág. 409: «En este sentido [el que se sigue de lo dispuesto en el art. 609 CC] no sería inscribible un documento público en el que dos personas conviniesen la transferencia de un inmueble sin expresión de causa obligacional (compra, permuta, etc.). El título a que se refiere el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, se dirá, debe expresar y justificar la existencia de una causa. Contra tan estrecho criterio choca no ya el principio substantivo que estamos examinando, sino los preceptos hipotecarios, que, atendiendo únicamente a la voluntad del titular lesionado y confiéndole un valor decisivo, prescinden del pacto acordado entre varias personas con efectos obligatorios para permitir la inscripción de manifestaciones de voluntad sin fuerza de obligar». El influjo de esta forma de pensar en el criterio de la Dirección General de los Registros por aquellos años puede verse en la R. de 31 de julio de 1928: «[...] si bien en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria parecen admitirse como títulos inscribibles solamente los actos y contratos en que la transferencia, constitución, modificación o cancelación de un derecho real contenga una manifestación de voluntad apoyada en causa jurídica, es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o de una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro, han sido recogidas en el artículo 138 del citado Cuerpo legal, a cuyo tenor las hipotecas pueden ser impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan».

el espíritu general que la anima y en la letra que lo formula y concreta en sus diversas aplicaciones. Tan clara dicha oposición, y tan desnaturalizante de nuestro Derecho su opinión, que en este punto don Jerónimo no tuvo seguidores<sup>41</sup>. Tras él, el principio del consentimiento, como alternativa al sistema causal, sólo se considerará, limitada y ocasionalmente, como un *desideratum de lege ferenda*; nunca como criterio establecido en la Ley ni compatible con ella<sup>42</sup>.

Con independencia de estas veleidades y de aquella extremosidad, el tratamiento de la relación entre inscripción y causa se ha mantenido por lo general en un tono algo mortecino y desvaído —¿cómo no advertirlo si se le compara con el de la candente discusión sobre la relación entre inscripción y tradición?—, consecuencia, quizá, de la escasa importancia práctica que se le atribuye<sup>43</sup>. En cuanto a su contenido, aparte algún entrecruzamiento de perspectiva que, reproduciendo a escala registral al que se produce en el estudio sustantivo de la causa, llevaría a discutir o a dilucidar si lo que ahora se ha de poner en relación con la causa es la inscripción como asiento o el efecto jurídico-real que en ella se publica<sup>44</sup>, casi todo termina por reducirse a la afirmación de que en nuestro sistema jurídico causalista, el derecho real publicado debe sustentarse en un fundamento causal cuya función sustentadora no puede ser suplida por la inscripción<sup>45</sup>; si

<sup>41</sup> No puede considerarse tal al NÚÑEZ LAGOS de 1934, en *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, pp. 197-200, a la vista de lo que después mantendrá, e.c., en *El Registro de la Propiedad español*, cit., esp. pp. 140-153. Y el caso es que tampoco tuvo don Jerónimo quien le precediera en este punto: cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 140: «Al procurar adaptar el *consentimiento formal* del Derecho inmobiliario registral alemán al nuestro, se requiere tal esfuerzo y el resultado es tan raquítico o reducido, que incluso hace dudar de si el intento tiene alguna utilidad. De momento baste señalar que hasta llegar a Jerónimo González tal intento de adaptación no se le ocurrió a ningún hipotecarista español, a pesar de que el artículo 82 de nuestra Ley Hipotecaria ya existía, más o menos con la actual redacción, en la primera ley de 1861». Quizá, quien, después de don Jerónimo, más pudo acercarse a su intento fue DE CASSO: *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>42</sup> Así, CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 124: «Y aún se podía haber dado un paso más de avance, declarando susceptibles de inscripción los títulos que contuvieran una mera manifestación abstracta de la voluntad de constituir, transmitir, modificar, extinguir un derecho real, desligada de toda causa jurídica»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 122, a propósito del consentimiento formal y de su polémico reflejo en el artículo 82 LH: «No obstante, la cuestión es interesante desde el punto de vista teórico, porque sitúa una frontera de la autonomía de la voluntad en materia registral. En este caso, parece preferible la solución más favorable a tal autonomía, teniendo en cuenta que el artículo 82 habla de un consentimiento para la cancelación: o sea, no destinado necesariamente a extinguir el derecho real, sino a dejar sin vigencia el asiento que lo publica ...».

<sup>43</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 120: «La controversia es de escasa repercusión práctica, pero importante para situar el significado último de la institución del Registro».

<sup>44</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 119-120.

<sup>45</sup> Además de los testimonios citados *supra*, en la anterior nota 4, Cfr. ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945, pp. 127-128: «En su consecuencia, debemos responder a la cuestión relativa a la relación de la ley Hipotecaria

bien –y aun cuando ello suponga más una posibilidad puramente teórica que una realidad práctica o de hecho<sup>46</sup>–, la admisión civil de la abstracción procesal de la causa (art. 1277 CC) no haga imprescindible que aquel fundamento causal haya de aparecer reflejado siempre en la inscripción registral<sup>47</sup>. Respecto de este causalismo básico, sólo se producirían en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria algunas excepciones circunscritas a asientos o supuestos singulares. Se han indicado como tales, ciertos actos de renuncia abdicativa<sup>48</sup>, la inscripción de hipoteca por

---

con la causa de la transmisión: que la regulación de la misma consagra también, a nuestro juicio, el principio de que la transmisión en el Derecho español es causal, y no representa el régimen inmobiliario derogación alguna del primer requisito que en el Código civil encontrábamos para la validez de las transmisiones, a saber: que toda transmisión derivativa ha de realizarse a consecuencia de una causa o fundamento jurídico cristalizado en un negocio jurídico, que generalmente se llama *título*»; ZUMALACÁRREGUI, T.: *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Madrid 1977, p. 363: «Los artículos, 1, 2, 3, 9, 23, 26, 27, 43, 37, 79 y 80 LH, y los artículos 51 a 55, 193, 206, y 208 RH, entre otros muchos, proclaman en nuestras leyes inmobiliario-registrales, el imperio de la más estricta *causalidad*, que siempre regirá *inter partes* (arts. 34, 37 y 38) y que excepcionalmente se detendrá ante el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso e inscriba su derecho».

<sup>46</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, pp. 126-127: «Pero, enfocando la cuestión desde un punto de vista práctico, yo me permitiría preguntar a nuestros Notarios y Registradores cuántas veces se han hallado en presencia de una escritura en la que se estipule una transmisión de propiedad que deba ser objeto de inscripción, y en la cual, debiendo expresarse, a tenor del número 7.º del artículo 61 del reglamento de la ley Hipotecaria, el título de adquisición del enajenante, no se exprese la causa de adquisición del adquirente».

<sup>47</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, pp. 125-126: «Y aun cuando, con arreglo al artículo 1261 de nuestro Código civil, la causa es un requisito esencial del contrato, la presunción del artículo 1277 impide que pueda considerarse como un requisito formal de la escritura en que el contrato tome vida. [...] Debe contestarse, pues, a la primera pregunta formulada, que no es indispensable que en el título que se somete a la inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina, y su ausencia no permite la denegación de la inscripción»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 146: «Por nuestra parte pensamos que, en principio, el negocio de transmisión cuya causa no aparece en el documento inscribible, no ya sólo por invocación del artículo 1277 CC, sino también por cuanto, de hecho, admitiendo la LH a inscripción todos los títulos que dan lugar a un cambio real, en ningún precepto impone explícitamente la mención de la causa [...]. Para rechazar la inscripción habría que recurrir, pues, a afirmar que el sentido general de la LH exige que el asiento manifieste las circunstancias todas en que tuvo lugar la transmisión, aun cuando no fuera necesario alegarlas ni probarlas para demostrar, en juicio, la propiedad del *accipiens*, y que el concepto de *título* incluye en la LH, no sólo el conjunto de la determinación causal y el acto de cumplimiento, sino, dentro de aquella, la especificación expresa de todas las circunstancias (aun de las que presume la ley), todo lo cual es improbable».

<sup>48</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio del consentimiento*, «Estudios», I, cit., p. 412: «Las leyes hipotecarias que centran toda la energía en la protección del titular inscrito, han pasado, por el respecto (*sic*) que a la voluntad del mismo otorgan, desde la admisión de los actos de renuncia unilateral de algunos derechos reales, a considerar suficiente para la extinción de todos los inscribibles el consentimiento del que, según el Registro, ha de resultar perjudicado por el nuevo asiento. Así, mientras nuestro Código Civil se limita a declarar en el número 4.º del artículo 513 que el usufructo se extingue por la renuncia del usufructuario y en el número 5.º del artículo 546 que las servidumbres se extinguen por la renuncia del dueño del predio dominante, el citado artículo 82 de la Ley

voluntad unilateral<sup>49</sup>; el asiento de rectificación por consentimiento del titular<sup>50</sup>; los de agrupación, agregación, segregación y división de fincas<sup>51</sup>; los de postposición, permuta y reserva de

Hipotecaria permite, en general, la cancelación de las inscripciones y anotaciones hechas en virtud de escritura pública mediante otra en que exprese su consentimiento la persona favorecida por aquellas». Desarrolla este punto con mayor detalle en *La renuncia en el Derecho Inmobiliario*, «Estudios» II, cit. pp. 29-32; también, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *op. cit.*, pp. 193-194: «La certeza de cuanto acabamos de indicar no es obstáculo para que, de manera excepcional, puedan inscribirse actos dispositivos del titular registral configurados en forma autónoma, es decir, con independencia de todo antecedente obligacional. En los supuestos que vamos a indicar brevemente, el consentimiento del perjudicado por el asiento que se va a practicar puede compararse al consentimiento de inscripción de que habla el texto correlativo. En primer lugar pueden señalarse ciertos actos de renuncia abdicativa, entre los que destacan el de extinción del derecho de usufructo por renuncia del usufructuario (art. 513, núm. 4, CC; pero cf. art. 107, núm. 1, LH) y del derecho real de servidumbre por renuncia del dueño del predio dominante (art. 546, núm. 5, CC), los cuales, si reúnen los requisitos del artículo 3 L. hipotecaria, pueden dar lugar a que en el Registro se extienda un asiento de cancelación por tratarse de un acto comprendido en el artículo 2 de la misma Ley, sin que, para ello, sea menester la expresión de la causa en que se funda la renuncia (cf., además de los citados, los arts. 395, 544, 575, 599, 1394, 1625, 1631, etc., del CC)».

<sup>49</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio del consentimiento*, cit., pp. 410-411: «De mayor trascendencia para nuestra tesis es el artículo 138 del citado texto legal, que coloca en la misma línea las hipotecas convenidas entre partes y las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan. [...] Los enigmas que plantea la constitución, aceptada o sin aceptación, de una hipoteca sólo pueden ser resueltos [...] admitiendo el consentimiento formal del dueño o titular como suficiente para producir la inscripción, aunque no el derecho real [...]»; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *op. cit.*, p. 194: «Después han de tenerse en cuenta ciertos actos dispositivos del titular registral que nuestra L. Hip. permite que se inscriban antes de que conste su aceptación por parte del favorecido. El más destacado es el que regula el artículo 141»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 153: «Sin embargo, los artículos 82 y 138, entre otros, de la LH aceptan el consentimiento formal, al autorizar [...] la constitución de hipotecas voluntarias “por disposición del dueño de los bienes, sobre que se establezcan”» (cva. del a.).

<sup>50</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 257-258: «[...] el puro “consentimiento de la rectificación”, importado por la Ley de 1944-46 de la técnica alemana, sin dejar de ser útil en ciertos casos, responde, fundamentalmente, a un sistema registral distinto: de ahí sus dificultades de adaptación al nuestro».

<sup>51</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones* II, cit., pp. 28-29: «La modificación de entidades hipotecarias es indudablemente un supuesto de consentimiento formal, pues en ellas se dan todos los caracteres del mismo sin excepción de ninguna clase. Son actos de disposición, unilaterales, abstractos; no producen ningún vínculo obligacional y van dirigidos exclusivamente a la modificación del Registro»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 79-83, bajo el epígrafe: «Modificaciones formales. Concepto y clases», e incluyendo en él los supuestos de agrupación de fincas, agregación, segregación y división: «Sin repercusión alguna en la realidad externa, el propietario de una o varias superficies inmatriculadas en sendos folios, puede alterar su consistencia meramente registral por convenirle así (o por simple capricho). [...] el hecho de que los cambios en las fincas registrales tengan consecuencias sustantivas, y sobre todo que procedan de negocios materiales que mudan el dominio del cual depende la modificación tabular (como el hecho de que sean las fincas nuevamente formuladas y no la antecedente las que pueden hipotecarse), no impide la realidad, unánimemente puesta de relieve por la doctrina alemana, de que las modificaciones son librarias, de pura forma, y en muchos casos sin necesaria dependencia con la realidad: en último término es claro que podrían no responder a ninguna mutación de derechos y aun ser puramente caprichosas, sin que el Registrador pudiera rechazar su práctica por este motivo».

rango<sup>52</sup>; y, más generalmente, el de cancelación por consentimiento formal<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 29-30: «La posposición de hipotecas u otros derechos reales limitativos reviste todos los caracteres del consentimiento formal: es un acto de disposición; es unilateral, pues no exige más consentimiento que el del titular del derecho pospuesto: no va dirigida a crear obligaciones, sino a producir efectos reales, y no exige la expresión de la causa ...»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 121 «[...] sigo pensando que no es indispensable manifestar la causa onerosa o gratuita de los que podemos llamar "negocios libraríos": por ejemplo, una posposición de hipoteca, que primeramente se dirige a provocar un cambio en la jerarquía de las inscripciones, aunque tal cambio tenga luego consecuencias económicas».

<sup>53</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio del consentimiento*, cit., p. 410: «El artículo 82 de la Ley fundamental exime de la necesidad del acuerdo a todos los actos cancelatorios, y se contenta (abstracción hecha de los casos en que se necesita providencia judicial) con una escritura o documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento para la cancelación, la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos ...»; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *op. et loc. ant. cit.*: «Finalmente hay que citar el importante supuesto del artículo 82, ap. 1.º, de la L. hip., que dice así: [...] No se trata de una declaración de voluntad de derecho sustantivo o material, sino únicamente de consentir una operación formal del Registro: que se practique un asiento de cancelación. En este caso la operación registral no necesita apoyarse en un título que contenga un acto de derecho sustantivo»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 141: «Sin embargo, aunque el consentimiento formal en nuestra Ley Hipotecaria tenga su origen o surja de una manera bastante distinta que en el Derecho alemán, no hay más remedio que admitirlo, si bien exclusivamente en orden a la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública. Así resulta del artículo 82, 1, de esta ley ...» (cva. del a.); DE CASSO: *op. cit.*, p. 153: «Sin embargo, los artículos 82 y 138, entre otros, de la LH, aceptan el consentimiento formal, al autorizar la cancelación de inscripción y anotación preventiva por el mero consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación ...» (cva. del a.); SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 30-33: «En la cancelación de inscripciones y anotaciones preventivas practicadas en virtud de escritura pública, hecha por consentimiento del titular inscrito se da una clara aplicación del consentimiento formal en nuestro sistema, si bien con algún carácter que no coincide exactamente con los del Derecho germánico»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 121-122, especialmente en ésta: «[...] parece preferible la solución más favorable a tal autonomía, teniendo en cuenta que el artículo 82 habla de un consentimiento para la cancelación: o sea, no destinado necesariamente a extinguir el derecho real, sino a dejar sin vigencia el asiento que lo publica; y que la solución más liberal no presenta, en este reducido ámbito, los mismos inconvenientes que referida a los asientos positivos [...] Y si bien el artículo 173 Rh. exige presentar en el Registro los títulos que acrediten la extinción del derecho, ello será cuando se alegue expresamente tal extinción, es decir, "en (uno de) los casos a que se refiere el artículo 79 de la ley". No creemos que este precepto de rango inferior pueda modificar el claro tenor del artículo 82-1.º LH»; id., p. 239: «Sería erróneo, sin embargo, considerar a la cancelación en el Derecho español como una simple inscripción. Su regulación difiere bastante de la de las inscripciones: [...] la ley [...] renunciando a su preocupación por la exactitud del Registro, es decir por la coincidencia entre lo manifestado por los libros y la situación jurídica real, admite asimismo como eficaz, al parecer, la mera voluntad de eliminar del Registro un asiento (susceptible de cancelación), sin cerciorarse previamente de si la eliminación de dicho asiento coincide o no con la desaparición del derecho»; también en pág. 242: «Cosa distinta es la expresión de la mera voluntad de cancelar, desprendida de su causa, que sólo puede emitir en nombre del titular activo del gravamen quien tenga poder pleno y especial para este acto, o bien para enajenar por título gratuito». Indeciso, AMORÓS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2.º, Madrid 1978, p. 264: «Ciertamente, fuera de los casos de inscripción constitutiva, cabe que se cancele la inscripción de un derecho sin que conste la extinción del mismo. Pero esto resulta excepcional y sólo llega a ocurrir si se admite el juego del consentimiento formal para la cancelación (art. 82, LH) y la solicitud en este sentido sin mención de la causa extintiva que le sirve de antecedente, lo cual no deja de ser dudoso».

Un tratamiento de la relación entre inscripción y causa como el que se acaba de describir no parece del todo satisfactorio. Concedamos que el problema es de escasa importancia en el plano de lo estrictamente práctico; pero añadamos inmediatamente la razón de ser de tal concesión: no, porque la materia en sí sea de poco interés; sino porque el dato legal que la gobierna es tan claro e inequívoco que resulta imposible estar a su dictado sin, por ello, tener que prestar a la causa la atención que la ley exige para ella. Por lo demás, ya se sabe que el interés de los problemas y el acierto en sus soluciones no radica sólo en la inmediatez de su transcendencia práctica: No hay mejor instrumento para una buena práctica que una buena teoría. Desde este punto de vista, también por su importancia<sup>54</sup>, el problema que ahora examinamos es merecedor de una mayor atención y, —quizá, sobre todo— de una más persuadida convicción en la determinación del fulcro cierto de su solución y del fundamento y seguridad de sus derivaciones operativas. ¿Cómo va a poder no ser causal un Registro donde de los derechos reales publicables se toma razón mediante la inscripción de la causa que los constituye; donde el «título» inscribible es el documento que, *una simul*, recoge la causa o razón fundamentadora del derecho a inscribir y la reviste de fehaciencia oficial y pública? Este dato debería ser por sí bastante para mostrar el talante con que nuestro legislador abordó y resolvió la relación entre inscripción y causa. Los derechos reales no pueden entrar en el Registro de la Propiedad si no es acreditándose ante él mediante la exhibición de su causa.

Naturalmente así tiene que ser en un sistema registral al servicio de un Derecho de Cosas fiel al clásico mecanismo del título y el modo y decididamente comprometido con el inasible *desideratum* de la concordancia entre la realidad y el Registro. En el sistema alemán de transmisión abstracta, para nada necesita el derecho acreditar su existencia en lo que nosotros entendemos y en la realidad natural es su causa: el acuerdo real abstracto (*Einigung*) basta para fundamentarlo sustantivamente en sí mismo, y para su ingreso en el Registro —constitutivo conjuntamente con aquel acuerdo, por regla general (§ 873 BGB)— sólo se exigirá, cuando no sea bastante la pura conformidad unilateral (*Bewilligung*) del perjudicado, un nuevo consentimiento de naturaleza adjetiva o procesal autorizando su inscripción (§§ 19 y 20 GBO)<sup>55</sup>. El derecho real se fundamenta

---

<sup>54</sup> De nuevo, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 120: «La controversia es de escasa repercusión práctica, pero importante para situar el significado último de la institución del Registro».

<sup>55</sup> Cfr. WOLFF: *op. cit.*, pp. 187-192; STAUDINGER-ERTL, cit., Rz 154-160; WEIRICH: *op. cit.*, pp. 138-144.

autónomamente en la volición de su existencia, y no siendo ésta posible –tratándose de derechos inmobiliarios– sin inscripción registral, se habría logrado por este camino el mecanismo más eficaz y sencillo para asegurar en beneficio del tráfico la realidad y la publicidad de los derechos reales y la recíproca correspondencia entre la una y la otra. No es ahora el momento de entrar en la crítica de este sistema y en la negación de sus ilusorias virtudes<sup>56</sup>; nos basta con destacar la radical contraposición de sus presupuestos con los que configuran el nuestro. La *precisión*, en sentido lógico, de la causa; esto es, su separación mental del efecto jurídico-real derivado, y su sustitución por el consentimiento, material y formal, es criatura de una técnica tan frontalmente opuesta a la de nuestro Derecho, que es imposible trasladarla a él o buscarle cobijo en las normas que lo inspiran y articulan.

Quizá lo anteriormente dicho pudiera dejar la impresión de que, en nuestro concepto, el causalismo registral adjetivo u organizador –principio de toma de razón mediante inscripción, e inscripción del título fundamentador<sup>57</sup>– es una especie de *a priori* necesario en un sistema sustantivo de transmisión causal. En el mundo del Derecho, que no es el de la metafísica ni el de las matemáticas, no se producen «aprioris» absolutos, aunque sí, naturalmente, distintos grados de coherencia entre los principios inspiradores de las instituciones y sus desarrollos concretos, muchas veces interferidos por razones que se estiman de conveniencia práctica y que se denominan como de política legislativa o política del Derecho. El caso más expresivo puede ser aquí el sistema suizo: causalista en lo sustantivo-transmisivo, deja de serlo en lo adjetivo u organizador: del derecho real publicable se toma razón, no mediante la inscripción en síntesis y en detalle del título que lo sustenta, sino mediante la escueta declaración escrita del propietario indicando la transmisión (art. 963 ZGB)<sup>58</sup>. Es muy clara la razón de política jurídica que, interponiéndose en la articulación registral del sistema transmisivo causa-

<sup>56</sup> Nos remitimos para ello a lo dicho en nuestro trabajo: *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica*, ADC 1994, esp., pp. 73-80.

<sup>57</sup> Cfr. nuestro estudio *Bases del Derecho de cosas ...*, cit., pp. 653-657.

<sup>58</sup> Sobre ello, DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 223: «La conception généralement reçue est la suivante: Le propriétaire (aliénateur ou constituant) adresse une réquisition d'inscription au registre foncier. Cette réquisition enveloppe, en la forme, une requête au conservateur et, aun fond, un consentement à l'inscription, que vise l'art. 963 al. 1 («... sur déclaration écrite du propriétaire»). Ce consentement est l'acte juridique de disposition qui correspond au transfert de possession en matière de meubles. C'est un acte unilatéral, par opposition à la cession de créance qui est un contrat. La réquisition ainsi conçue –à la fois requête formelle et acte de disposition réel– dépend de la validité de l'acte générateur d'obligation qui est à sa base: c'est un acte causal».

lista, lleva a esta desviación en la elección de la forma de llevar a cabo la toma de razón: la imposición del criterio del *numerus clausus* de los derechos reales. La calificación registral deberá extenderse en Suiza hasta la validez del título transmisivo<sup>59</sup>, pero no será este título el que recoja el Registro; ni falta que hace, ya que no sería posible alterar en él el contenido típico de los derechos reales. En nuestro Derecho, por el contrario, admitido el *numerus apertus*, es necesario hacer hueco en el folio registral al título, que no sólo fundamenta el derecho real inscribible, sino que lo modula en su existencia concreta. Desde este punto de vista, el *numerus apertus* es factor coadyuvante en nuestro Derecho a que la organización del Registro se prolongue en coherencia completa con el causalismo inspirador del sistema sustantivo de transmisión de los derechos reales.

Pues bien, si todo lo anterior es cierto, ¿cómo es que en nuestra doctrina –incluso en la más autorizada– ha podido desdibujarse tanto la impronta causalista del régimen de la publicidad inmobiliaria que se haya llegado a afirmar la posibilidad de una inscripción que no recoja la causa del acto dispositivo inscrito o la existencia de supuestos excepcionales de «negocios librarios» abstractos<sup>60</sup>? Nos parece que la admisión de cada una de estas posibilidades responde a razones distintas, en cuyo fondo, no obstante, subyacen unos mismos datos. A ellos hemos tenido que hacer ya alusión en estas páginas. Influye, de una parte, la pluralidad de términos distintos de referencia del concepto *causa* (el contrato, art. 1275, entre otros; la obligación, art. 1261, 3.º; la atribución, pago o entrega: art. 1901); de otra, la sinonimia existente entre los términos *causa* y *título* tal como éste, en cuanto fundamento o razón de la transmisión, se entiende en la teoría del título y el modo, y, finalmente, la equivocidad de la palabra *título* como indicadora de aquel fundamento (art. 2 LH) y del documento que lo refleja (art. 3 LH).

<sup>59</sup> DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 396-397: «A cela s'ajoute qu'une inscription dépend de sa cause, c'est-à-dire du titre en vertu duquel elle est opérée (art. 974/975); c'est le principe dit de légalité matérielle ou de causalité [...]; aussi est-il de toute importance que le conservateur ne procède pas à des inscriptions indues, au détriment des parties intéressées et même des tiers qui ne pourraient invoquer leur bonne foi (art. 974)».

<sup>60</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 121: «[...] sigo pensando que no es indispensable manifestar la causa onerosa o gratuita de los que podemos llamar "negocios librarios": por ejemplo, una posposición de hipoteca, que primariamente se dirige a provocar un cambio en la jerarquía de las inscripciones, aunque tal cambio tenga luego consecuencias económicas»; ID., en polémica con PEÑA y a propósito de las *modificaciones formales*, p. 80: «Mas el hecho de que los cambios en las fincas registrales tengan consecuencias sustantivas [...], no empece la realidad, unánimemente puesta de relieve por la doctrina alemana, de que las modificaciones son librarias, de pura forma, y en muchos casos sin necesaria dependencia con la realidad: en último término es claro que podrían no responder a ninguna mutación de derechos y aun ser puramente caprichosas, sin que el Registrador pudiera rechazar su práctica por este motivo».

Vayamos por partes, y veámoslo en la admisión de que la inscripción no recoja la causa del acto dispositivo. Cuando don Ursicino Álvarez planteaba esta posibilidad lo hacía proponiéndola literalmente en los siguientes términos: «¿Es indispensable que en el título que se somete a la inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina ...?»<sup>61</sup>. Algún tiempo después, y siguiendo muy de cerca aquel planteamiento, se preguntaría Lacruz: «¿Es indispensable que la inscripción manifieste la causa del cambio real que publica?»<sup>62</sup>. En la primera de estas formulaciones es muy claro que el término *título* se entiende en sentido sólo documental o formal, ya que, al identificarse en su sentido sustantivo o material con el fundamento o la causa del hecho determinante de la inscripción, la pregunta perdería todo su sentido: el título sometido a inscripción es el acto mismo o el contrato que la fundamenta. Algo similar puede observarse respecto de la segunda formulación: ¿cómo no va a ser necesario que la inscripción manifieste la causa del cambio que publica, cuando de dicho cambio se toma razón en nuestro sistema registral mediante la inscripción del acto que le sirve de causa? El hecho de que se plantee la posibilidad de que el título inscribible no exprese la causa del acto determinante de la inscripción, o de que la inscripción pueda no manifestar la causa del cambio real publicado, y de que a tal planteamiento se responda afirmativamente invocando la llamada abstracción procesal de la causa (art. 1277 CC) y la inexistencia de norma hipotecaria que imponga la mención de ésta<sup>63</sup>,

<sup>61</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, p. 124: «¿Es indispensable que en el título que se somete a la inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina, de tal modo que si no se hace así la inscripción no pueda realizarse, y si se realiza pueda ser impugnada por falta de este requisito formal?». La respuesta, en pág. 126: «Debe contestarse, pues, a la primera pregunta formulada, que no es indispensable que en el título que se somete a la inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina, y su ausencia no permite la denegación de la inscripción».

<sup>62</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 119-120 (145 en la ed. de 1968): «Ahora bien: ¿es indispensable que la inscripción manifieste la causa del cambio real que publica? En otras palabras: el título que se lleva al Registro, ¿debe exteriorizar la causa de la transferencia, de modo que en otro caso no sea admisible?».

<sup>63</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, pp. 124-126: «Entre las circunstancias que debe expresar toda inscripción que se realice en el Registro a tenor del artículo 9 de la ley Hipotecaria y del 61 del Reglamento, sólo forzando la interpretación podría llegarse a una contestación afirmativa [...] Pero no queremos forzar la interpretación. [...] Y aun cuando, con arreglo al artículo 1261 de nuestro Código civil, la causa es un requisito esencial del contrato, la preunción del artículo 1277 impide que pueda considerarse como un requisito formal de la escritura en que el contrato tome vida [...]»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 120: «El artículo 2.º se refiere, sin más especificación, a los títulos traslativos o declarativos del dominio, o en que se constituyan, reconozcan, etc., derechos reales sobre cosa ajena, términos en los cuales parecen caber los documentos en que se consigna una mera transmisión, sin dar cuenta en el documento inscribible del contrato subyacente: a su vez, tanto el artículo 9.º LH, como el 51 RH, se limitan a exigir que la inscripción exprese la naturaleza del derecho y la clase de título que se inscribe, pero sin negar la condición de tal a aquél en que no se consigna la causa».

supone, por una parte, separar lo que nuestro legislador ha querido reunir en la unidad del título inscribible: su dimensión sustantiva como causa del derecho inscrito (art. 2 LH) y su aspecto formal como documento que da fe de su existencia precisamente acreditando su causa (art. 3 LH); y, por otra, una vez operada dicha separación, supone igualmente admitir la posible existencia de un contrato que, siendo causa del cambio real pero sin expresar su propia causa (la del contrato), pudiera llegar al Registro y servir como título formal para la inscripción de una mutación real cuya razón material o sustantiva de ser no revelaría. Esto último, por más que se quiera recalcar lo contrario<sup>64</sup>, equivale, en nuestra opinión, a terminar introduciendo a través de la publicidad registral, subrepticamente y en sus consecuencias, las transmisiones inmobiliarias abstractas en nuestro sistema jurídico. Ello debe bastar para poner en guardia contra la argumentación conducente a tal resultado. No es difícil detectar sus puntos flacos: aparte la inseparabilidad ya tantas veces indicada de la dimensión material y formal del título inscribible (arts. 2 y 3 LH), no parece una buena interpretación de la legislación hipotecaria la que no advierte en ella la imposición de que la inscripción registral exprese la naturaleza o clase del título inscrito (arts. 9, 6.<sup>a</sup> y 51, 11 L y RH, respectivamente, y art. 245 LH)<sup>65</sup>. Pero, sobre todo, su principal fallo radica en extender al ámbito registral la presunción de causa genéricamente establecida en el artículo 1277 CC<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 120: «Hay quien opone, empero, a esta argumentación, que no separa bien el problema —ya resuelto afirmativamente— de la causalidad de los cambios reales, y este otro de si la causa debe necesariamente expresarse en el título. Negar lo segundo no supone la admisión del negocio abstracto en nuestro Derecho: la transmisión cuya causa no se expresa no deja de ser causal, es decir, dependiente en cuanto a su validez, del negocio obligacional que le sirve de base».

<sup>65</sup> PEÑA: *op. cit.*, pp. 544-545: «No creemos tampoco inscribible —y así lo entiende también el profesor De Castro— un negocio transmisivo cuya causa no se exprese (es decir, sin expresión de cuál sea el concreto contrato con que, con la tradición, produzca la transmisión: compra-venta, permuta, dación en pago, aportación social, donación, etc.). Sin la expresión de su causa no se sabría si lo que llega al Registro es ciertamente un título traslativo, pues, en nuestro sistema, sólo son títulos traslativos “ciertos contratos, mediante la tradición” (cf. art. 609). Aparte de que la calificación, en tal caso, quedaría dificultada, no podrían cumplirse exigencias formales expresas de la correspondiente inscripción: pues toda inscripción que se haga en el Registro expresará el título que se inscriba (art. 9.º-6.º LH), lo que no debe entenderse sólo como referencia a características puramente formales, sino que, entre otras indicaciones, la expresión del título comprende la expresión de “la naturaleza del acto o contrato” (cf. art. 245 Ley Hipotecaria), es decir, el tipo de negocio causal (cf. arts. 1257, 1258, 1286 CC) a que obedece la transmisión. Sólo así podrán cumplimentarse, además, otras normas (cf., por ejemplo, arts. 10 LH y 58, 94, 95, 256, 602, 604 RH)».

<sup>66</sup> Niega la posibilidad de dicha extensión, aunque la razón aducida para ello resulte —a nuestro juicio— insatisfactoria, ROCA SASTRE *op. cit.*, pp. 132-133: «El artículo 1277 del Código civil nada tiene que ver aquí, por estar pensado más bien en los reconocimientos de deuda y promesas de pago sin expresión de su causa, de alcance meramente obligacional, y fuera del ámbito registral». En el sentido del texto, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 22-23:

Una cosa es que en el campo de la contratación, producido el contrato, deba presumirse con carácter general su causa mientras el deudor no pruebe su inexistencia, y otra bien distinta que cuando se trata de dar publicidad oficial *erga omnes* a las situaciones jurídicas inmobiliarias con garantías suficientes como para presumir su exactitud y fundamentar la *fides publica*, pueda prescindirse —en un sistema de transmisión causal de la propiedad y de los demás derechos reales— de la manifestación y del control de la causa determinante del dato jurídico a publicar<sup>67</sup>.

Resumiendo, y por lo que hace a la necesidad de que la inscripción recoja y exprese la causa del derecho inscrito: que por título inscribible no puede entenderse en nuestro Derecho sólo el documento que por su fehaciencia extrínseca (escritura pública) permita, sin más, sobre la base de su propia consistencia formal, llevar a efecto la práctica de la inscripción. Es necesario, por el contrario, que en dicho documento fehaciente la forma documental pública sea el revestimiento del acto o contrato que en lo sustantivo dé razón, en tanto que causa, del cambio jurídico-real a inscribir. Ahora bien, si es dicho acto o contrato el que simultáneamente, como título de tal cambio y título inscribible, debe llevarse al Registro y constituirse en materia u objeto de la inscripción regis-

---

«Se oponen a ella [a la traslación al Registro de la Propiedad de la abstracción procesal de la causa] todas las razones antes dadas, que pueden reforzarse ante el concepto legal de título inscribible, a los efectos del artículo 2 de la Ley, y ante los efectos mismos de la inscripción. El título inscribible en nuestro Derecho es el título de adquisición del artículo 609 del Código Civil, o lo que es lo mismo, la donación, el contrato o el título sucesorio [...]. Por otra parte, debe observarse que la inscripción de un negocio de tal naturaleza impediría el desarrollo normal de los efectos de la inscripción, muy especialmente en el más importante de todos ellos, la fe pública registral. En primer término porque la fe pública aparece planteada en nuestro sistema como un problema de colisión de títulos (art. 33), o de protección frente a las causas de nulidad, rescisión, resolución, etc., de los mismos (arts. 34 y 37). En segundo lugar, porque en su aspecto de protección a terceros es decisiva la naturaleza onerosa o lucrativa del título adquisitivo (art. 34), y esta circunstancia sería de imposible determinación si lo inscrito fuera un negocio abstracto».

<sup>67</sup> Cfr. Resoluciones, entre las más recientes, de 28 de enero de 1999: «[...] no ofrece dudas que la existencia y licitud de la causa, como elemento esencial que es del propio contrato traslativo (arts. 1261, 3.º, y 1275 del Código Civil), ha de incluirse entre los extremos sujetos a calificación, de suerte que es necesaria su expresión en los títulos inscribibles sin que pueda jugar en el ámbito registral la presunción que establece el artículo 1277 del mismo Código»; 15 de marzo de 1999: «En nuestro Derecho, siendo la causa determinante no sólo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos, la misma debe resultar del título para reflejarse en la inscripción, sin que la presunción de existencia de la misma, que establece el artículo 1277 del Código Civil sea suficiente, pues, aunque se presuma dicha existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio, ni se sabría en qué forma estaba protegido el titular registral»; y 26 de mayo de 1999: «[...] pues si bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales, no puede ser presumida, no lo es menos que en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso, que aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido».

tral, ya se ve cómo es imposible que en nuestro sistema de la publicidad inmobiliaria pueda tomarse razón de un derecho o de una mutación real sin que la inscripción manifieste su causa, tanto la del derecho inscrito como la del contrato que lo constituye, transmite o extingue. En nuestro Derecho, la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos (art. 609 CC), y la identificación de éstos –necesaria para su inscripción como tales (arts. 9, 6.<sup>a</sup> LH y 51, 11.<sup>o</sup> RH)– es imposible sin la indicación de su propia causa objetiva o causa-función. He aquí, pues, la razón de la imposibilidad de que el título que se somete a inscripción no exprese «la causa del acto jurídico que la determina» (Ursicino Álvarez) y de que la inscripción no manifieste «la causa del cambio real que publica» (Lacruz-Sancho).

¿Y en cuanto a la pretendida posibilidad de los «negocios librarios» abstractos? Llama la atención que sea un tan buen conocedor de nuestro sistema registral como Lacruz quien, pasado ya el «sarampión» germanista, la haya defendido; pero es altamente significativo que para mantenerla haya tenido que invocar la *unánime doctrina alemana*<sup>68</sup>. Desde los presupuestos y principios de nuestro Derecho Inmobiliario Registral no es posible fundamentar tal posibilidad. Lo impide la natural adjetividad de la publicidad y, en razón de ella y de su fiabilidad, el necesario control de su concordancia con la realidad publicable.

Justamente al tratar de la relación entre «causa del cambio real e inscripción», distingue Lacruz entre tal cambio y la inscripción, para excluir que ésta pueda tener causa en sentido jurídico técnico: al no ser negocio jurídico o contrato real de atribución, la inscripción carece de causa; sólo el negocio de atribución, del cual la inscripción es simple reflejo, puede ser calificado de causal o abstracto<sup>69</sup>. En sus propias palabras nos parece ver, tanto el error que podría llevar a la infundada admisión de los negocios librarios abstractos en nuestro Derecho, como el dato que, en sentido contrario,

<sup>68</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 80: «Mas el hecho de que los cambios en las fincas registrales tengan consecuencias sustantivas [...] no empece la realidad, unánimemente puesta de relieve por la doctrina alemana, de que las modificaciones son librarias, de pura forma, y en muchos casos sin necesaria dependencia con la realidad ...».

<sup>69</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 119-120: «[...] la propia inscripción, como no es negocio jurídico, carece de causa. Además, cuando es declarativa, no forma parte del proceso de transferencia, y se limita a ser simple exteriorización de un cambio real ocurrido fuera del Registro. Sobre todo, declarativa o constitutiva, nunca es un contrato real, y en este sentido no precisa una causa jurídica: es el negocio jurídico de atribución, del cual es la inscripción simple reflejo, el que podrá ser calificado de causal o abstracto. Ni siquiera puede llamarse *causa* de la inscripción el acto inscribible, sino en el sentido filosófico de causa eficiente, o bien en el, igualmente filosófico, de causa material».

se opone a tal admisión. ¿Es, en efecto, –y por lo que hace al error– de absoluta necesidad que un determinado acto sea negocial para que de él sea posible la predicación de la causa? Desde luego que en nuestro Derecho la causa es uno de los requisitos esenciales del negocio jurídico; pero, ¿sólo el negocio requiere de causa? Nuestra mejor doctrina niega a la *traditio* o entrega carácter negocial: no es negocio en sí, sino acto de cumplimiento de una obligación negocial. Y ¿cómo va a negarse que la entrega necesita fundarse en una justa causa? Pero es que, además, –por lo que hace ahora a la afirmación de Lacruz en sentido contrario– por ser la inscripción simple reflejo del negocio de transmisión, necesitaría de éste para existir y valer como publicadora de una situación jurídico-real verdaderamente existente [art. 40. d) LH]. Del mismo modo que el acto de entrega, sin ser negocial, necesita ser causado, su reflejo, la inscripción, aunque no sea negocio jurídico, exige como causa, para el cumplimiento de su función publicadora de las situaciones jurídicas inmobiliarias, la existencia de la realidad publicada. En definitiva, que la causa, como fundamento en justicia de la realidad respecto de la cual se predica, y como razón de ser, finalidad o función de la misma, está llamada a jugar en Derecho más allá del mundo de lo contractual o negocial. Es verdad que en este mundo, por ser el más ampliamente entregado a la autonomía privada, la verificación de su licitud y existencia real se hace más necesaria; pero ésto no autoriza a afirmar que fuera de él ya no sea necesaria. En concreto, en el campo de la publicidad inmobiliaria la inscripción registral debe cumplir una función publicadora (causa final) que, para llevarse a efecto en conformidad con la realidad publicable, exige fundamentarla (causa eficiente) en la existencia de un hecho que sea la causa verdadera y lícita de la mutación jurídico-real a publicar. Es así cómo la inscripción registral aparece en nuestro Derecho no sólo necesitando reflejar la causa del derecho real que publica, sino también necesitando ella misma fundamentarse o causarse en la realidad del derecho o del cambio real que va a publicar.

Admitido esto último, estamos ya en óptimas condiciones para negar con la mejor y hoy más frecuente doctrina la existencia de supuestos excepcionales donde, en nuestro Derecho causalista de la publicidad inmobiliaria, a veces se ha interpretado posible la inscripción abstracta. Sin que podamos aquí entrar en detalles, baste decir –contra lo que a veces se ha afirmado, según antes tuvimos ocasión de ver– que no hay inscripción abstracta en los casos de renuncia abdicativa, ya que tal renuncia, en tanto que título de extinción del derecho real, es la causa jurídica de la extinción que

con ella –causalmente, por tanto– se viene a publicar<sup>70</sup>; tampoco en los de constitución de hipoteca por voluntad unilateral, porque la voluntad unilateral es tan título constitutivo o razón de existir de la hipoteca como el pacto o contrato por el que la misma normalmente se constituye (arts. 138 y 141 LH)<sup>71</sup>; ni en el asiento de rectificación necesitado del consentimiento del titular [art. 40. d) LH], ya que en nuestro Derecho su práctica exigirá que la solicitud de rectificación sea consecuencia de pretensiones en el terreno de los derechos subjetivos<sup>72</sup>; ni en los de agrupación, agregación y segregación de fincas, por no ser estas operaciones propiamente «formales» o meramente «librarias», sino comprensivas de actos dispositivos del dueño, modificativos de su dominio y necesitados, por tanto y según el criterio general impuesto en el artículo 2 LH, de un título que lo fundamente<sup>73</sup>; ni en los de post-posición, permuta o reserva de rango, por requerir éstas para su inscripción un consentimiento sustantivo o acto de voluntad que, al causarlos, evita que su práctica ceda en detrimento de la justicia y de la exactitud registral; ni siquiera, y finalmente, en la cancelación mediante consentimien-

<sup>70</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 150 y ss., esp., 153: «La renuncia abdicativa, como título o acto extintivo de derechos reales inmobiliarios, entra sin duda dentro de la previsión del número segundo del artículo 2.º de la ley Hipotecaria, mas la renuncia del derecho dominical sobre inmuebles no figura en el número primero de este artículo 2.º de la propia ley, pero hay que estimarla comprendida, por cuanto el Código civil admite la *renuncia del derecho de propiedad* (cva. del a.) en sus artículos 544, 545 y 395, cuya renuncia no debe confundirse con el *abandono de fincas* prevista (*sic*) en los artículos 599 y 1625, 2, del propio Código». En la doctrina de la Dirección General de los Registros, R. de 27 de septiembre de 1999: «Ahora bien, si ciertamente no puede aceptarse que para la cancelación baste el mero consentimiento formal del titular registral [...], debe observarse que en la escritura no se da un mero consentimiento abstracto para cancelar, sino que en ella y en nombre del acreedor hipotecario se dispone unilateralmente que la finca quede liberada “de toda responsabilidad derivada de la hipoteca”. Hay que interpretar que estamos ante la abdicación por el titular registral del derecho real de hipoteca; es decir, ante una renuncia de derechos, acto que por sí tiene eficacia sustantiva suficiente, conforme al artículo 6.2 del Código Civil para, por su naturaleza, producir la extinción y, consiguientemente, para dar causa a la cancelación conforme a lo dispuesto en los artículos 2.2 y 79 de la Ley Hipotecaria».

<sup>71</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 147; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 29; COSSÍO: *op. cit.*, pp. 324 y 337; ARJONA GÚAJARDO-FAJARDO, José Luis: *La hipoteca de constitución unilateral*, ADC 1994, IV, pp. 100-101.

<sup>72</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 259-260; ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 149: «[...] el carácter de medida correctora, de carácter auxiliar y accesorio, que a veces puede verificarse por sí solo el Registrador, y en otras incluso imponerse judicialmente, hacen que ésta sea materia extraña al consentimiento formal».

<sup>73</sup> PEÑA: *op. cit.*, p. 570; en contra, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 79-83. Distinta razón, en ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 148: «Esto hace que todos los asientos relativos a datos sobre la finca, sus partes componentes, su descripción y modalidades, y las modificaciones a ella concernientes (alteraciones físicas, cambio de aprovechamientos y destino, obras nuevas, agrupaciones, agregaciones, divisiones o segregaciones, rectificación de linderos, de denominaciones, etc.), no puedan ser objeto del denominado consentimiento formal tal como quedó explicado, por estar éste limitado a negocios jurídicos o derechos reales, que constituyen la materia propiamente inscribible, porque los asientos de sustancia inmatriculadora no son sino de carácter medial o instrumental por servir de soporte de aquellos negocios o derechos».

to, por ser causal también la cancelación en nuestro Derecho (art. 2, 2.º LH: ... *títulos por los que... se extinguen...* , y 173 RH)<sup>74</sup>, único modo de que su práctica permita presumir la extinción del derecho al que se refería el asiento cancelado (art. 97 LH).

Ninguna forma mejor de cerrar este punto que trayendo en auxilio del criterio expuesto la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Si ésta, en los momentos de alza de la concepción germanista, se mostró alguna vez favorable al desplazamiento de la causa en la inscripción registral<sup>75</sup>, hubo posteriormente de decantarse en la línea causalista impuesta por nuestro sistema, en la que hoy

<sup>74</sup> En la doctrina, lo argumenta perfectamente Díez-PICAZO: *El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación*, RCDI 1967, pp. 1263 y ss.; en la *jurisprudencia* de la Dirección General de los Registros, cfr. R. 2-11-1992: «3. El párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no puede ser interpretado aisladamente, sino en congruencia con el conjunto del Ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden, a su vez, a nuestro sistema civil causalista. Ha de advertirse, en primer lugar, que no hay razón suficiente para hacer, en el sistema general, una excepción cuando de lo que se trata es de reflejar en el Registro, por vía de asiento de cancelación, la extinción o reducción de un derecho real inscrito (cfr. arts. 79 y 80 de la Ley Hipotecaria), pues en estos casos el asiento de cancelación, aunque con forma propia, tiene naturaleza genérica y los efectos de las inscripciones [...]. También rigen respecto de los asientos de cancelación los principios registrales que rigen en materia de inscripciones [...]. Para la presunción de que se concreta la fuerza legitimadora del Registro hay que tener en cuenta todos los asientos, también las cancelaciones [...]. Esta igualdad de naturaleza y efectos entre la inscripción y las cancelaciones que tienen por fin consignar en el Registro la extinción de un derecho real exige que, en general –y a salvo la preferente aplicación de las reglas especiales sobre cancelación–, sea aplicable a estas cancelaciones las reglas de las inscripciones. 4. [...] La expresión de la causa de la cancelación es presupuesto obligado para la calificación registral, pues obviamente no son los mismos los requisitos que se exigen, por ejemplo, para la extinción de un derecho real limitado por redención, para la extinción por pago si del crédito hipotecario se trata, o para la extinción por donación (o condonación): no son las mismas la capacidad o las autorizaciones exigidas para un acto de extinción que implique una enajenación a título gratuito o para una renuncia (cfr. arts. 99 de la Ley Hipotecaria y 178, 1 del Reglamento Hipotecario), que para el que implique una enajenación a título oneroso (cfr., por ejemplo, arts. 166 y 271 del CC). Y también de la causa de la cancelación dependerá que sean unos u otros los asientos procedentes (cfr., por ejemplo, artículo 240 del Reglamento Hipotecario). 5. En esta interpretación –la única que permite la congruencia sistemática– no carece de sentido el texto del párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Su finalidad no es la de introducir un disonante y excepcional consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto. Se trata con este artículo y con los que le siguen de señalar en qué casos –los más frecuentes– rige la doctrina general sobre nuevas inscripciones en relación con un dominio o derecho real ya inscrito (se necesita título otorgado por el titular registral o sus causahabientes o sentencia en juicio ordinario seguido contra ellos) (cfr. arts. 1.º III, 20.I, 40, 82.I y 85.I y II de la Ley Hipotecaria y 105 y 213 del Reglamento Hipotecario), en qué casos ni siquiera se exige un título especial (cfr. art. 82.II y concordantes de la Ley Hipotecaria) y en qué casos, por el contrario, y aunque el titular registral esté de acuerdo en la cancelación, no basta para conseguirla un título simplemente otorgado por él (cfr. arts. 83 y 85.I de la Ley Hipotecaria). Entender, en cambio, que es posible la cancelación en virtud de un mero consentimiento formal equivaldría a admitir la desinscripción al arbitrio del titular del derecho que el asiento publica, siendo así que no sólo a él interesa la inscripción, que pudo, por eso, haber sido solicitada y costeada por persona distinta (cfr. art. 6.º de la Ley Hipotecaria) [...]».

<sup>75</sup> R. de 31 de julio de 1928: «[...] si bien en el artículo segundo de la ley fundamental parecen admitirse como títulos inscribibles solamente los actos y contratos en que

se manifiesta sólida y decididamente asentada. Baste la cita –entre las recientes– de las Resoluciones de 26 de octubre y 2 de noviembre de 1992, 11 de junio de 1993, 19 de enero de 1994, y, finalmente, 30 de marzo de 1998. La primera y la tercera se refieren a un mismo problema: la inscripción de la ganancialidad atribuida por consentimiento de los cónyuges a una finca anteriormente privativa; la segunda, a una cancelación por consentimiento formal: justamente el último baluarte pretendido a la toma de razón abstracta en nuestro Derecho; la cuarta, al intento de inscribir el dominio en favor de otro sobre la sola base de su reconocimiento por el titular previamente inscrito; la quinta y última, al intento de inscripción de una hipoteca en garantía de un reconocimiento abstracto de deuda. En cuanto a lo primero, va a sostenerse que aunque la ley permita a los cónyuges atribuir de común acuerdo naturaleza ganancial a bienes que sin tal acuerdo serían privativos, para su inscripción como gananciales no basta la toma de razón del puro y vacío acuerdo de tal atribución, sino que resulta de todo punto necesaria la exacta determinación de su causa o porqué, como expresión de la naturaleza del título por el que dicho bien ingresa en la sociedad conyugal<sup>76</sup>; en cuanto a la cancelación se mantendrá que, sometida ésta al régimen general de la inscripción, es imposible su práctica sin la

---

la transferencia, constitución, modificación o cancelación de un derecho real contengan una manifestación de voluntad apoyada en causa jurídica, es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro, han sido recogidas en el citado artículo 138 del citado Cuerpo legal, a cuyo tenor las hipotecas pueden ser impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan».

<sup>76</sup> R. de 26 de octubre de 1992: «1. Están de conformes el Notario y el Registrador en que es posible la transferencia de un bien desde el patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial, y únicamente disienten en si basta para que se produzca la inscripción del acto por el que un bien privativo (un solar) pasa a ser bien ganancial con que conste que hay acuerdo de los cónyuges para la agrupación del solar privativo con otro solar ganancial y por el que, a la vez, dan “carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma”. 2. Como con ese acuerdo un bien (el solar privativo) es transferido desde un patrimonio privativo a otra masa patrimonial –la de gananciales– que es distinta tanto por la titularidad como por las cargas y obligaciones a que está afecta, el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los “ciertos contratos” que, seguidos de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del CC. A efectos registrales la expresión de la naturaleza del título es obligada [...]; R. de 11 de junio de 1993: «Es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid. Resoluciones de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989 y 26 de noviembre de 1992) que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges –y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (vid. art. 1323 del CC)–, siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (vid. art. 609 del CC), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente [...]. Lo que ocurre en el presente caso es que no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y, especialmente, su causa [...]. La exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo [...]. La misma doctrina, posteriormente, en la R. de 16-10-98.

expresión de su causa<sup>77</sup>; en cuanto a la inscripción del dominio por su mero y abstracto reconocimiento, se negará que éste pueda considerarse título adecuado para proceder a la inscripción en favor de su beneficiario ya que para inscribir se necesita un título material, oneroso o gratuito, con el que no puede confundirse el mero reconocimiento que, como tal, ni es título transmisivo material, ni siquiera título declarativo en el sentido del artículo 2. 1.º LH<sup>78</sup>; por último, en cuanto a la hipoteca en garantía de deuda abstractamente reconocida, aparte exigencias del principio de especialidad, que un tal reconocimiento carece de aptitud para generar deuda exigible en sí misma con independencia de su causa<sup>79</sup>. El causalismo de nuestro sistema registral,

<sup>77</sup> R. 2 de noviembre de 1992: «3. También rigen respecto de los asientos de cancelación los principios registrales que rigen en materia de inscripciones [...]. Esta igualdad de naturaleza y efectos entre la inscripción y las cancelaciones que tienen por fin consignar en el Registro la extinción de un derecho real exige que, en general –y a salvo la preferente aplicación de las reglas especiales sobre cancelación– sea aplicable a estas cancelaciones las reglas de las inscripciones. 4. Es doctrina de este Centro directivo que, para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere la expresión de la naturaleza del título causal [...]».

<sup>78</sup> R. 19-1-94: «Segundo.–[...] la única cuestión a decidir en el presente recurso es la de determinar si el reconocimiento de dominio en favor de persona distinta del titular registral o, más propiamente, la voluntad del titular registral es suficiente para inscribir el dominio a favor de un tercero, como parece sostener el recurrente, al afirmar que el “reconocimiento existe y es inscribible conforme a la Ley Hipotecaria”, o si por el contrario, la inscripción de un derecho en el Registro de la Propiedad presupone necesariamente la acreditación fehaciente del título adquisitivo a quien pretende el asiento.

Ha de tenerse en cuenta que lo que accede a los libros registrales es un título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio (art. 2 de la Ley Hipotecaria), que a su vez ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la misma Ley. Solamente si el reconocimiento de dominio tuviese la condición de título material transmisivo o declarativo de dicho dominio, podría acceder al Registro de la Propiedad.

Tercero.–Es indudable que, en nuestro sistema jurídico, el solo acuerdo de voluntades, aun cuando vaya seguido de la *traditio* carece de virtualidad para provocar la transmisión del dominio. Se precisa para ello un título material oneroso o gratuito, que ponga de manifiesto la contraprestación o la liberalidad en virtud de la cual se opera y tiene efecto la voluntad transmisiva y cuyo título ha de ir seguido de la tradición [...] de todo lo cual carece el mero reconocimiento de propiedad por lo que no puede reputarse como título traslativo.

Tampoco puede considerarse el reconocimiento de propiedad como título declarativo del dominio, al que se refiere el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria. No tiene la voluntad individual por sí sola, único punto de apoyo del reconocimiento, virtualidad suficiente como para declarar con efectos *erga omnes*, sino solamente como reconocimiento o confesión personal que un bien pertenece a una persona determinada. Es la resolución judicial, que declara frente a todos la pertenencia de un bien a una persona determinada, el título declarativo por excelencia».

<sup>79</sup> R. 30 de marzo de 1998: «Se tiene en cuenta: a) Que [en] nuestro Ordenamiento, el reconocimiento unilateral de una deuda carece de aptitud para generar el nacimiento de una deuda exigible en sí misma con independencia de la causa que la motiva (cfr. arts. 1255, 1261 y 1274 CC). En el presente caso ha de confirmarse el criterio del Registrador, toda vez que de los términos del reconocimiento cuestionado se desprende claramente que la voluntad del autor no es la de sustituir con plena eficacia novatoria las deudas reconocidas por una nueva, sino exclusivamente la de fijar contra él el importe cuantitativo total de las deudas concretas que tiene frente a cada una de las entidades enumeradas, las cuales conservan su vigencia y específico régimen jurídico, de modo que ese montante global

derivado del previamente inspirador de nuestro sistema sustantivo civil<sup>80</sup>, así como las exigencias del principio de determinación y de la calificación registral<sup>81</sup>, juntamente con la del distinto influjo de la naturaleza del título inscrito en la protección deparada por el Registro al adquirente<sup>82</sup>, son las razones que llevan hoy a la Dirección General de los Registros a sostener la necesidad de que la toma de razón registral manifieste siempre la causa del dato publicado<sup>83</sup>. Son, en esencia, las mismas que hace treinta años, casi de pasada pero certera y magistralmente como siempre, había argüido en el *Negocio Jurídico* don Federico de Castro<sup>84</sup>. Nada que añadir nos queda a nosotros. Es bas-

---

carece de exigibilidad en sí mismo, no siendo susceptible de garantía hipotecaria (cfr. art. 104 LH); dicha garantía únicamente procedería respecto de cada una de las concretas deudas cuya mera contabilización arroja ese saldo, pero siempre que se cumplieran las exigencias inherentes al principio de especialidad reseñado».

<sup>80</sup> RR. de 2 de noviembre de 1992 y 27 de septiembre de 1999: «3. El párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no puede ser interpretado aisladamente, sino en congruencia con el conjunto del Ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden, a su vez, a nuestro sistema civil causalista».

<sup>81</sup> R. de 26 de octubre de 1992: «A efectos registrales, la expresión de la naturaleza del título es obligada, tanto por exigirle el principio de determinación registral como por ser presupuesto lógico para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, pues obviamente no son los mismos requisitos los que se exigen para la transmisión por donación, por venta, por negocio de comunicación contra el derecho de reembolso, etc.»; R. de 2 de noviembre de 1992: «Es doctrina de este Centro directivo que, para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirle el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión y, después, practicar debidamente los asientos que procedan»; R. de 11 de junio de 1993: «La exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirle el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después practicar debidamente los asientos que procedan (vid. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 193.2.º del reglamento Hipotecario)»; R. 19-1-94: «En este sentido, es doctrina reiterada de este centro directivo que para la inscripción de cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de la causa onerosa o gratuita que lo determine, ya que es el único medio de que el registrador, al calificar, tenga en cuenta los requisitos de capacidad y de forma que exige la ley y, en consecuencia, el carácter de título material adecuado para operar la transmisión».

<sup>82</sup> R. de 11 de junio de 1993: «Téngase en cuenta, además, el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (vid. art. 34 de la Ley Hipotecaria)».

<sup>83</sup> Aparecen enumeradas en la R. de 16-10-98 del siguiente modo: «a) La exigencia de causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo (cfr. arts. 1274 y ss. CC); b) La extensión de la calificación registral a todos los extremos determinantes de la validez del negocio inscribible (art. 18 de la LH); c) La necesidad de reflejar en el Registro de la Propiedad el negocio jurídico determinante del derecho real a inscribir (cfr. arts. 9 LH y 51 RH); d) Las distintas exigencias en cuanto a la validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (advértanse las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito), así en parte a su protección—cfr. arts. 34 LH y 1279 CC— como en su firmeza—cfr. arts. 644 y ss. CC».

<sup>84</sup> CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pp. 236 y 297.

tante a nuestra finalidad y a la integración de tales razones en el contexto de estas páginas un par de observaciones, insistencia una y otra en lo que hasta ahora hemos venido diciendo. La primera, que –a la vista de lo que ocurre en el Derecho registral suizo– la fáctica posibilidad de que un sistema legal llegue a quebrar la línea de continuidad entre el mecanismo transmisivo de los derechos reales y el de su constatación registral, puede llevar al resultado, ya antes advertido, de que –contra lo que ocurre en nuestro Derecho (art. 21 LH)– la mención y el control de la causa se detenga en la calificación registral, sin que de ella se haga mención en la inscripción. La segunda, que la prolongación de la atención a la causa, hasta llevarla expresa y concretamente indicada a los libros del Registro, no es sino el natural resultado del desarrollo en coherencia de los principios inspiradores de nuestro Derecho de Cosas, desde la configuración de sus bases sustantivas hasta la de su sistema de publicidad registral. En un sistema de transmisión causal y de *numerus apertus*, donde, por tanto, los derechos reales pueden conformarse libremente y transmitirse en forma pura y simple, o condicional (art. 9. 2.ª y 23 LH), o modal (art. 2.3 LH), la seguridad del tráfico exige que la conformación del derecho inscrito, así como las circunstancias de su estabilidad, dependientes una y otras del título que permite inscribirlos, sean cognoscibles a los terceros interesados en su adquisición. Es ello lo que, sin necesidad de introducir el corte traumático entre el contrato o título transmisivo y el derecho real transmitido, impone llevar a la inscripción el detalle concreto de su naturaleza y contenido, en el bien entendido de que su publicidad permite oponerlo, en lo que tiene de configurador del derecho inscrito y de fundamentador de su preciso grado de estabilidad, a los terceros que por ella pudieron conocerlo, y de que su silenciamiento registral impide hacerlo valer frente a los que efectivamente y sin culpa lo desconocieron (arts. 34 y 37 LH)<sup>85</sup>. A la vista de ello

<sup>85</sup> Vid. STS de 1 de abril de 1998: «[...] a la vista del artículo 1274 del CC se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo [...]. Sin embargo, puede darse el caso de que el móvil se incorpore a la causa –es el motivo causalizado– y tenga transcendencia como tal elemento del negocio jurídico [...]. En el contrato de compraventa de 8 de noviembre de 1988 se previó expresamente que la utilización de la planta baja (la planta alta la utilizaba el vendedor en virtud del derecho de habitación que se constituyó a su favor) era un derecho personal para el comprador y para su madre. Al venderse a un tercero, con la subsiguiente facultad de ocupar y poseer la finca, se incumplió frontalmente esta previsión [...]. No puede pensarse que es una obligación secundaria que no puede dar lugar a la resolución, ya que ni es secundaria ni es obligación. Es una configuración de la facultad de poseer, que aparece como esencial y cuyo incumplimiento da lugar a la resolución. [...] el incumplimiento lo ha sido de la configuración de la posesión que adquiriría el comprador, recurrente en casación: ciertamente es personal, pero, como posesión, integrante, como facultad, del derecho de propiedad, se inscribió en el Registro de la Propiedad y su incumplimiento da lugar a la resolución del primer contrato y alcanza al tercero adquirente».

podemos concluir que la causa que nuestro sistema registral impone llevar a la inscripción no es sólo la genérica causa objetiva o causa-función, el título contractual de finalidad traslativa; también tiene cabida en ella –además de las circunstancias que condicionan la eficacia de la transmisión operada en razón de la interna y general ley del contrato (arts. 10 y 11 LH)– aquellas otras que, añadidas por la voluntad común de los otorgantes, nos sitúan en el campo de la específica causa subjetiva o causa concreta. El causalismo del sistema transmisoro civil se traduce en nuestro Derecho en un causalismo registral que impide no sólo la inscripción abstracta sino también la reducción de la causa inscribible a la rigidez del mínimo común de su tipo genérico. Causalismo y *numerus apertus*, de nuevo, como conformadores de la singularidad de nuestro sistema registral frente al también causalista pero numeroclausista sistema suizo.

## II. EL VALOR NO CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN Y SU CARÁCTER VOLUNTARIO

### 1.º El doble par *constitutiva-declarativa* y *obligatoria-voluntaria*: diferenciación y mutuas implicaciones. Forma de proceder a la vista de ellas

En la sistemática hipotecaria de inspiración germánica, el *principio de inscripción* denota, *grosso modo*, la necesidad de la inscripción registral para la producción de la transmisión de la titularidad que el Registro debe publicar<sup>86</sup>. En nuestro Derecho de la publici-

<sup>86</sup> El principio de inscripción (*Eintragungsgrundsatz, Buchungsprinzip*) es de cuño netamente alemán, constituyendo su núcleo la integración de la inscripción registral en el proceso de la transmisión jurídico-real. Así se le presenta en STAUDINGER-ERTL: Vorbem zu §§ 873-902, Rz 27: «d) Eintragungsprinzip: Das Eigentum geht durch Grundbucheintragung über. Das reine Eintragungsprinzip mit formaler Rechtskraftwirkung hat vor 1900 zB in Hamburg, Mecklenburg, Sachsen, geherrscht und war im bayerischen Entwurf eines BGB (1864) vorgesehen. Obwohl das im deutschen Rechtskreis geltende Recht das Eintragungs- und Konsensprinzip so miteinander verbunden hat, daß weder Eintragung allein noch Konsens allein genügt, bestehen Unterschiede. Nach BGB (§§ 873; 925) bewirken nur dingliche Einigung (in Auflassungsform) und Eintragung als selbständige Voraussetzungen gemeinsam den rechtsgeschäftlichen Eigentümerwerb, der in der Schweiz durch öffentlich beurkundeten (nichtdinglichen) Vertrag und Eintrag (Art 656, 657, 972 ZGB), in Österreich durch Erwerbsgeschäft in beglaubigter oder öffentlicher Urkunde und Einverleibung im Grundbuch (§§ 380, 431, 432 ABGB) und in der DDR durch öffentlich beurkundeten und staatlich genehmigten Vertrag und Grundbucheintragung (§ 297 ZGB) erfolgt». De la misma forma lo presenta DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 7-8, en el Derecho suizo, aunque destacando, lo que valdría también para el Derecho alemán, su versión débil en los supuestos donde la inscripción tiene valor sólo declarativo: «3. *Principe de l'inscription*. La publicité

dad inmobiliaria, no alterando la instauración del Registro de la Propiedad el mecanismo transmisivo del título y el modo, es claro que no puede hablarse de un *principio de inscripción* de contenido equivalente al que se le reconoce en Alemania y Suiza; más bien, como indican Lacruz-Sancho<sup>87</sup> –a nuestro juicio, con razón<sup>88</sup>– habría que hablar de un *principio de no inscripción*. Claro está que lo que no se sigue de ello es que el hueco dejado en nuestro Derecho por la inexistencia de tal principio no deba ser ocupado doctrinalmente por un espacio específicamente destinado a determinar exactamente cuál es la relación que en él se produce entre la constitución o producción del dato jurídico-real a publicar y la práctica de su inscripción en el Registro llamado a publicarlo. Es el que nuestra doctrina dedica a la dilucidación del carácter y valor de la inscripción registral. En sustancia, salvados los matices necesarios e indicadas las excepciones de rigor, vendrá a resolverse el problema asignando a la inscripción dos caracteres, cada uno de ellos afirmado por oposición a su con-

fondière du droit suisse va jusqu'à exiger, en principe, pour toute modification de droits réels une opération dans le registre, qui forme le pendant du transfert de possession pour les meubles. "L'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière" (art. 656 al. 1; pour les autres droits réels, voir art. 731 al. 1, 746 al. 1, 783 al. 1, 799 al. 1). "La propriété s'éteint par la radiation de l'inscription..." (art. 666 al. 1; pour les autres droits réels, voir art. 712 f al. 1, 734 al. 1, 748 al. 1, 801 al. 1). On parle de l'effet *négatif* du registre foncier (sans inscription, pas de modification du droit réel) ou de son effet *constitutif* ou encore *extintif*, qui s'applique entre parties comme à l'égard des tiers. Ce principe de l'inscription (au sens d'opération au registre) comporte des exceptions. Des droits naissent et s'éteignent sans inscription. C'est ainsi qu'il y a des modes d'acquisition de plein droit de la propriété (art. 656 al. 2, 665 al. 2, 963 al. 2): occupation, succession, expropriation, exécution forcée, jugement). Et la propriété, comme les autres droits, peut aussi se perdre *ipso jure*, par exemple par la perte totale de l'immeuble (art. 666 al. 1, 734, 786 al. 1, 801 al. 1), par l'expropriation (art. 666 al. 2), par le décès de l'usufruitier (art. 749 al. 1). Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est *absolu* lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est *relatif* lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncier (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*. Nécessaire ou non, l'inscription n'est jamais suffisante, en l'absence de titre, pour créer, modifier ou éteindre des droits réels. Le principe d'inscription, absolu ou relatif, n'est pas radicalisé».

<sup>87</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 64.

<sup>88</sup> Disiente de este planteamiento, en nuestra más reciente doctrina, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 557 y ss., para quien «determinar el alcance de la inscripción respecto a la formación o conformación del derecho real es el tema fundamental del principio de inscripción», lo que le lleva a defender el «principio de inscripción», «pero bajo la idea de que la inscripción representa un importante papel en la mutación jurídico-real inmobiliaria, sea por la vía de la inscripción constitutiva en los supuestos ciertamente excepcionales pero muy importantes en que se admite (hipoteca y otros), o sea, por vía de la inscripción "conformadora" de la plena eficacia real "erga omnes". En el primer caso, estamos ante la inscripción constitutiva propiamente dicha. En el segundo caso, estamos ante lo que denominaremos inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la eficacia real "erga omnes" del derecho real, es decir, ante una especie de inscripción constitutiva respecto a terceros. Pero excluimos la vía negativa de la llamada "inscripción meramente declarativa"».

trario: en el dilema ante la inscripción forzosa y la inscripción voluntaria, nuestro legislador habría elegido la voluntaria, y en la disyuntiva entre la inscripción constitutiva y la declarativa habría optado por esta última. En nuestro sistema registral, pues, la inscripción es, por lo general, voluntaria y declarativa.

Como todo lo que termina imponiéndose, la anterior afirmación, en la generalidad con que la hemos propuesto, tiene muy sólido fundamento y refleja con sustancial exactitud el papel reservado a la inscripción registral en nuestro Derecho. Podría, por tanto, ofrecérsenos, como la más adecuada pauta para el tratamiento de la materia que aquí nos proponemos estudiar. Comentaríamos separadamente las notas de la voluntariedad y de la declaratividad de la inscripción, comprobaríamos su consagración en la ley, y atenderíamos a sus respectivas excepciones. No creemos que sea éste el camino que debemos seguir. Estamos seguros de que nos llevaría a mil repeticiones y, sobre todo, de que nos abocaría muy frecuentemente a zonas en las que no sabríamos determinar a ciencia cierta qué es lo que en determinados supuestos la ley impone o excepciona: si la voluntariedad de la inscripción o su pura declaratividad. La razón de que así tenga que ser no es otra sino que la oposición de los pares que hoy se nos presenta como una evidencia real y lógica, no lo es tanto ni en sí misma ni, mucho menos, en su planteamiento histórico.

En efecto, las dos alternativas: *constitutiva-declarativa* y *obligatoria-voluntaria*, responden, simplificando, a la doble perspectiva que teóricamente se ofrece al legislador en el momento de fundar la publicidad registral y de intentar su implantación y efectividad según se decida, para lograr éstas, o bien por fomentar las ventajas sustantivas de la inscripción como elemento de refuerzo del derecho inscrito –pudiendo en esta línea llegar a convertirla en presupuesto de su misma adquisición y existencia–, o bien, más primaria y toscamente, por forzar su práctica mediante la imposición de sanciones a quienes la omitan, pero sin que tal omisión impida la validez en Derecho de lo que no se inscriba.

Contra esta simplificación, es muy claro, de una parte, que caben matices introductores de posibilidades intermedias entre los dos polos que, en el par de contrarios tomados en cuenta, enfrenta la inscripción constitutiva a la puramente declarativa, y la obligatoria frente a la absolutamente voluntaria y libre; de otra, que es perfectamente posible que en el planteamiento adoptado por el legislador, la dualidad de las perspectivas antes distinguidas se unificara confusamente, provocando que, en tal caso, la caracterización de la inscripción no pueda llevarse adecuadamente a cabo mediante la indicación de una duplicidad de notas netamente denotadoras de

la oposición a sus contrarios, sino de la mixtura indistinta de aquellas en la fusión del que se consideraría ser el modelo elegido frente al único que, como alternativa al mismo, se tomaba efectivamente en consideración. Exponente de lo primero –sin que ahora podamos entrar en detalles sobre su justo significado y sobre su conexión más o menos inmediata con la materia propia del *principio de inscripción*–, es el caso de la inscripción no declaradamente constitutiva pero sí condición de oponibilidad del derecho inscrito y determinante de su imposición sobre el no inscrito; o el cúmulo de esas otras consecuencias sustantivas de la inscripción, que, también sin elevarla a constitutiva del derecho publicado, ha llevado a algunos de nuestros autores a hablar de una forma intermedia de inscripción: ni constitutiva ni puramente declarativa, sino convalidante o conformadora. Y estos mismos casos, que en la perspectiva ahora indicada constituyen posibilidades o fórmulas intermedias, vuelven en cierta forma a interferir de igual modo en la perspectiva contraria: entre la posibilidad de la absoluta obligatoriedad de la inscripción y su pura voluntariedad y libertad, aparecería ahora la de la inscripción incentivada, fomentada o premiada por el conjunto nada desdeñable de las ventajas que proporciona al derecho de quien la practica. Prueba, a su vez –y ésta bien simple–, de la unificación de perspectivas antes indicada, es el caso de la inscripción de tal forma impuesta desde la consideración de su necesaria obligatoriedad, que su omisión se sancione con la nulidad del acto que debió inscribirse, y, consiguientemente, con la inexistencia del resultado jurídico-real que con él se pretendía conseguir<sup>89</sup>. En defi-

<sup>89</sup> Prescindiendo ahora de la comprobación del supuesto en el plano legislativo, es oportuno dejar aquí tomada nota de la confusión que se indica en la doctrina de los autores. No es infrecuente su denuncia: cfr., e.c., SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones ...* I, cit., pp. 264-265: «se trata, pues, de la clasificación de las inscripciones en voluntarias y obligatorias, forzosas o necesarias, que en España ha sido excesivamente discutida, y normalmente involucrada y confundida con la de inscripciones constitutivas y declarativas»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 141: «El sistema de inscripción *necesaria* coincide de hecho con el de inscripción “constitutiva”...» (cva. del a.); CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 230: «Cuando la inscripción aparece como requisito necesario viene a generar consecuencias muy parecidas a las de la inscripción constitutiva, y por ello no debe resultar extraño que, para ciertos sectores doctrinales, ambos aspectos resulten identificados». Un atisbo de la confusión puede aparecer en algún texto de GÓMEZ DE LA SERNA, así, *op. cit.*, p. 248: «Para terminar las observaciones en que el examen de la cuestión de si es o no obligatoria la inscripción nos ha empeñado, añadiremos que por consecuencia de no ser obligatoria [...] están derogadas las leyes recopiladas y dadas con posterioridad a ellas [...] que señalan términos para la inscripción, y declaran la nulidad de los actos o contratos no inscritos entre los que fueron parte en ellos. Nada de esto cabe dentro de los límites de la nueva Ley hipotecaria». En la doctrina actual, DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *op. cit.*, p. 87: «De acuerdo con la primera fórmula [obligatoriedad de la inscripción], el ordenamiento jurídico que la adoptase negaría toda validez a los actos jurídicos que no hubiesen tenido la oportuna publicidad mediante la inscripción registral». Un exponente de la confusión en la doctrina francesa, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.<sup>a</sup> ed., París 1987, p. 466: «Jusqu’à la réforme de 1955 la

nitiva: que ni las dos perspectivas son siempre nítidamente distinguibles en la teoría y necesariamente separables en la práctica; y que, frente a los modelos resultantes de su oposición, caben posibilidades distintas o intermedias que, naturalmente, no han dejado de ser advertidas por la doctrina<sup>90</sup>.

A las dificultades anteriores se añaden todavía otras que, como las ya indicadas, recomiendan no erigir en eje de nuestro estudio la contraposición *constitutiva-declarativa, obligatoria-voluntaria*. La primera es el margen de incertidumbre y de duda que, casi inevitablemente, rodeará la delimitación de los conceptos empleados. No exageramos las dificultades; nos limitamos a tomar nota de lo que al respecto se encuentra en la doctrina. ¿Qué se entiende en ella por inscripción obligatoria? Aparte la confusión ya vista, que la identifica con la que es necesaria para la eficacia del negocio de transmisión<sup>91</sup> o para la efectividad del derecho real publicable<sup>92</sup>, si, de acuerdo con la conceptualización más extendida se la considera como aquella cuya omisión resulta penalizada con algún tipo de sanción, ¿no podría considerarse obligatoria la inscripción que el Derecho considera condición de oponibilidad a terceros del derecho inscri-

---

publicité foncière était facultative [...]. En effet, à différence du regime des législations organisant le livre fonciere, le droir français ne fait pas de la publication une condition de l'existence ou de la validité des droits [...].

<sup>90</sup> COSSÍO: *op. cit.*, pp. 164-165: «Pero esta finalidad [conseguir una perfecta publicidad de la situación jurídico real de los inmuebles] puede conseguirse por diferentes procedimientos. De ellos, el más tosco y desacreditado, es el de la obligación de inscribir impuesta a los titulares bajo la amenaza de más o menos severas sanciones. Otra fórmula, la aceptada hasta ahora por nuestro sistema hipotecario, consiste en ofrecer ciertas positivas ventajas, de interés indudable, al titular inscrito sobre el no inscrito. Un último procedimiento, que es el que goza de mayor favor en la doctrina, es el admitido por el sistema alemán, que da valor constitutivo del derecho a la inscripción, cuando se trata de transmisiones negociales "inter vivos", con lo que se evitan, o por lo menos se reducen, las posibilidades de una doble titularidad civil e hipotecaria»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 129-130: «La cuestión, pues, en el campo de la política jurídica, se plantea, excluyendo la antijuridicidad de la falta de inscripción, en estos tres interrogantes: a) Si debe imponerse la inscripción necesariamente, o no, para la constitución de los derechos reales (por contrato). b) Si debe obligarse a inscribir, no sólo las futuras transmisiones, sino la situación actual de los inmuebles, y todos los cambios que tengan lugar en ella; y c) Si debe privarse de algunos efectos, y cuáles, al documento no inscrito, aun reconociendo su virtualidad en orden a las modificaciones en las titularidades reales»; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 229: «Tal propósito [fomentar el acceso al Registro] se ha exteriorizado de una doble manera: a) imponiendo la inscripción en forma absoluta como requisito para el ejercicio del derecho, y b) restringiendo la eficacia de los derechos no inscritos, al objeto de estimular su entrada al Registro».

<sup>91</sup> DE CASSO: *op. cit.*, p. 141: «También puede hablarse de un sistema con presupuestos "de inscripción" necesaria o meramente voluntaria. El primero, exige para la eficacia de los actos jurídicos sobre derechos reales, la "toma de razón" de los títulos en que consten, en el Registro» (cva. del a.).

<sup>92</sup> CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 230: «En cambio, en el caso de inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal, que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

bible? En Francia no es infrecuente decir que la inoponibilidad del derecho no inscrito era la sanción que la Ley francesa de Transcripción de 1855 imponía a la omisión de la inscripción<sup>93</sup>. Lo mismo había dicho Permanyer en la discusión parlamentaria de nuestra Ley Hipotecaria<sup>94</sup>. Desde otro punto de vista, voluntariedad y libertad –como sus opuestos: obligatoriedad y necesidad– son conceptos sumamente flexibles, susceptibles de ser entendidos y apreciados *secundum magis et minus*, sobre todo cuando la misma actuación que en alguna de estas formas se califica es considerada en instancias distintas y respecto de realidades o efectos diferentes. Es muy obvio lo que acabamos de decir: lo que física y materialmente es libre puede no serlo jurídicamente, y, todavía, lo que jurídicamente es en general y abstractamente libre, puede ser necesario para la consecución de un determinado resultado. Nuestro Gómez de la Serna, al mismo tiempo que decía que la Ley Hipotecaria deja en libertad a los particulares para acogerse al Registro o prescindir de sus ventajas, añadía que, tal libertad salvada, no faltaban en ella instrumentos que indirectamente obligaban a inscribir<sup>95</sup>. ¿Qué grado de libertad es necesario para considerar voluntaria la inscripción, y cuándo el empleo de este concepto queda reducido a vacía literalidad por consecuencia del encanijamiento del derecho que, en uso de dicha libertad, se deja malvivir fuera del Registro? Y si de la inscripción voluntaria pasamos a la constitutiva: ¿qué entender por ella: la que se integra en el *iter* productor de la mutación jurídico-real, según entiende la mayoría de los autores<sup>96</sup>, o la

<sup>93</sup> MAZEAUD: *op. cit.*, p. 576: «Jusqu'à la réforme de 1955, la seule sanction du défaut de publicité –corollaire de l'effet de la publicité– était, en principe, l'*inopposabilité aux tiers du transfert non transcrit*» (cva. del a.); MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.*, p. 673: «En effet, à la différence du régime des législations organisant le livre foncier, le droit français ne fait pas de la publication une condition de l'existence ou de la validité des droits et la sanction du défaut de publicité était réduite à l'*inopposabilité aux tiers*. Certes on pourrait dire que la publicité était obligatoire en ce sens [...]». La misma idea, en nuestra doctrina, en CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 83: «A. *En qué sentido puede decirse que es legalmente forzosa*. Como la ley Hipotecaria es una ley que se ha llamado de terceros, resulta que la inscripción es forzosa en el sentido de que se quieran hacer valer contra esos terceros los actos y contratos referentes a bienes inmuebles» (cva. del a.).

<sup>94</sup> Da noticia de ello GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 245-246: «Parecidas explicaciones a estas se dieron en el Congreso de los Diputados: "Cualquier otra sanción", decía un Diputado [...] "sería exorbitante, sería injusta [...]". Toda la sanción del proyecto queda, pues, reducida, como lo había de quedar, a la ineficacia de los títulos registrables y que no se hayan registrado, siempre que se trate de hacerlos valer en perjuicio de tercera persona».

<sup>95</sup> SERNA: *op. cit.*, pp. 245-246: «No puede dudarse, pues, de que no hay obligación alguna directa de hacer la inscripción. [...] Mas si la ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado».

<sup>96</sup> Por todos, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos ...*, cit., p. 424: «Ahora se trata simplemente de saber si la inscripción –o en general el asiento registral– es o no un elemento o un trámite necesario, que forma parte integrante del *iter* negocial o del supuesto de hecho com-

que se ordena a extender hasta los terceros los efectos que el acto inscribible produce por sí solo, al margen del Registro, según en la doctrina italiana sostiene Pugliatti<sup>97</sup>? Y todavía –para finalizar ya con la indicación de estas dificultades– si de la atención separada de cada uno de los pares contrapuestos pasamos a la consideración simultánea y conjunta de ambos, cualquiera ve –testigo de ello el sistema francés después de su reforma de 1955<sup>98</sup>– que mientras es perfectamente posible la existencia de una inscripción considerada como no constitutiva pero impuesta coactiva o forzosamente, resulta mucho más problemático admitir que en los sistemas donde la inscripción es constitutiva, no sea, *eo ipso*, simultáneamente obligatoria o forzosa<sup>99</sup>. De nuevo, pues: que la contraposición de los enfrentados caracteres a los que nos venimos refiriendo, más que criterio-guía para una clara y ordenada explicación del exacto carácter y valor de la inscripción registral en nuestro Derecho, puede erizar de dificultades y tropiezos el camino que trazado por otra ruta puede resultar más fácil.

Justamente porque lo que pretendemos es clarificar, y porque, en contra de nuestro propósito, el planteamiento de las dificultades

---

plejo de formación sucesiva tras el cual aparece la modificación jurídico-real. Si la respuesta es afirmativa se habla de inscripción constitutiva [...].

<sup>97</sup> PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 428: «Riteniamo, invece, che si possa parlare di pubblicità costitutiva, in realzione a quelle ipotesi nelle quali la pubblicità produce l'effetto di estendere ai terzi l'efficacia dell'atto rispetto al quale si è regolarmente attuata».

<sup>98</sup> MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.*, p. 467: «Le décret du 4 janvier 1955 a donné un caractère nouveau à la publicité foncière. Tout en maintenant le principe traditionnel en France que l'existence des droits et la validité des actes sont indépendantes de la publicité, le décret de 1955 a [...] étendu le domaine de la publicité foncière en lui assignant un autre rôle. Il a fait de cette publicité une institution de *police civile*, qui au-delà des intérêts des titulaires de droits, entend assurer un intérêt beaucoup plus général, en établissant une sorte d'état-civil des immeubles faisant connaître d'une façon aussi complète que possible l'ensemble des droits qui grevent chacun d'eux et des actes ou faits juridiques qui les concernent». Cfr. también, MAZEAUD: *op. cit.*, p. 530-531.

<sup>99</sup> La opinión «ortodoxa» en este punto, puede verse en ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 264: «Pero: ¿y cuándo la inscripción es constitutiva? Hemos dicho que se requiere cierto esfuerzo para calificar este tipo de inscripción como estímulo a la inscripción, pero, en definitiva, no puede estimarse que entonces la inscripción haga tránsito al tipo de obligatoria, forzosa o coercitiva, pues hay diferencias, conforme se ha visto antes, y, por consiguiente, quizá no sea del todo erróneo catalogar la inscripción constitutiva entre los estímulos a registrar, en los contados casos en que aquélla es impuesta en nuestro sistema». En sentido contrario, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 267, y CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 230, entienden condición necesaria para poder entrar a discutir el carácter voluntario o forzoso de la inscripción, que ésta no venga impuesta como constitutiva. En términos más pragmáticos, DE CASSO: *op. cit.*, p. 140, nota 2, admite que en los sistemas de inscripción constitutiva, ésta es «necesaria o indefectible para la validez del acto o negocio jurídico, aun cuando no sea *obligatorio* inscribir, como ocurre en el sistema alemán del B.G.B.», pero, a continuación (p. 141) advierte que «el sistema de inscripción *necesaria* [que opone al de inscripción voluntaria] coincide de hecho con el de inscripción "constitutiva"». En esa misma línea, SERRANO SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales de la Universidad de Valladolid 1933, núm. 15, pp. 31-32, había llamado la atención sobre la vacuidad del carácter voluntario de la inscripción en el sistema suizo, dado el valor constitutivo que en él reviste normalmente.

anteriores pudiera interpretarse como una contribución a su embrollamiento, queremos terminar este trazado del itinerario a recorrer asentando los conceptos básicos que han de guiarnos en él, y haciéndolo en la forma de tal modo habitual en nuestra doctrina, que sobre ella puede considerarse imperante el acuerdo pacífico. Es perfectamente correcto, tanto en el planteamiento lógico como en el de la interpretación del ordenamiento positivamente existente, contrastar la práctica de la inscripción registral con la idea de la libertad individual o de su contrario: lo jurídicamente imperativo. Desde tal punto de vista la inscripción será voluntaria cuando la ley confie su práctica a la libre iniciativa del interesado, sin mezcla alguna de obligación ni deber cuyo incumplimiento fuera jurídicamente sancionable<sup>100</sup>. Será obligatoria en caso contrario: cuando se la constituya legalmente en deber cuya infracción provoque alguna forma de sanción legal<sup>101</sup>. Es igualmente correcto contrastarla con el proceso genético del derecho real y con la exacta determinación del momento de su culminación o perfeccionamiento. Desde tal punto de vista la inscripción será declarativa cuando se limite a publicar la existencia de un derecho venido a la existencia previamente a ella y sin su intervención<sup>102</sup>. Será constitutiva en el caso contrario: cuando la inscripción es necesaria para el nacimiento del derecho que publica, y como tal se integra en el *iter* complejo que lo determina<sup>103</sup>. De acuerdo con estas nociones, nosotros nos adhe-

<sup>100</sup> Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 263: «La inscripción voluntaria [...] se caracteriza por implicar un *instrumento* o *elemento medial* para conseguir un resultado beneficioso al directamente interesado mismo y para la fijación y normalidad de su derecho, sin que ello suponga ningún *deber* u *obligación* de pedir la inscripción» (cva. del a.).

<sup>101</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 245: «Para que la inscripción fuera obligatoria, debería ir acompañada de una sanción, o en el orden civil, o en el penal; y esta sanción no existe [...]»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 129: «[...] la inscripción obligatoria en sentido propio —es decir, no requisito para la efectividad de los cambios reales, pero declarada deber cuya infracción se castiga— [...]». Desde el punto de vista legal, la obligatoriedad de la inscripción aparece nítidamente destacada en la Ley de Bases del Código Civil respecto a la practicable en el Registro Civil; algo sin paralelo en lo que se dispone para el Registro de la Propiedad. Dice así, en lo que ahora nos interesa, el tercer párrafo de la Base 9, dedicada al Registro Civil: «Se mantendrá la obligación, garantizada con sanción penal, de inscribir los actos o facilitar las noticias necesarias para su inscripción tan pronto como sea posible [...]».

<sup>102</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 193: «La inscripción es *declarativa* cuando la mutación jurídico-real inmobiliaria se opera independientemente del Registro [...]» (cva. del a.).

<sup>103</sup> ROCA SASTRE: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] y es constitutiva cuando además el Registro interviene como factor o elemento, unido a otros, para que tal mutación se produzca»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 140: «Es “constitutiva” la inscripción [...] cuando ésta se exija como *requisito* para que nazca, se transmita, modifique o extinga el derecho real de que se trate»; Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 424: «[...] se trata simplemente de saber si la inscripción —o en general el asiento registral— es o no es un elemento o un trámite necesario, que forma parte integrante del *iter* negocial o del supuesto de hecho complejo de formación sucesiva tras el cual aparece la modificación jurídico-real. Si la respuesta es afirmativa se habla de inscripción constitutiva, que es aquella que es elemento esencial, parte integrante y requisito *sine qua non* en la constitución, modificación o extinción de los derechos reales».

rimos a la doctrina prácticamente unánime que sostiene que, en general, la inscripción en nuestro Derecho es declarativa y voluntaria. Si nos negamos a utilizar estos conceptos –más que en sí mismos, en su oposición a sus respectivos contrarios lógicos– como guía en nuestro estudio es porque en esta materia las cosas han discurrido históricamente por caminos distintos a los de la confrontación teórica de los dos pares lógicamente distinguibles. Cuando en 1861 se instaura la inscripción voluntaria se está estableciendo simultáneamente con ella la declarativa y publicadora. A su vez, cuando desde la doctrina se ha pretendido atribuir un papel más decisivo a la inscripción registral, hasta hacer de ella elemento necesario de la modificación jurídico-real publicable, de nuevo las perspectivas lógicamente distinguibles han vuelto con frecuencia a involucrarse confusamente: lo mismo se ha pretendido hacerla extrínsecamente constitutiva, esto es, convertirla en formalidad necesaria para la culminación del proceso jurídico-real, que se la ha considerado, en forzada interpretación del sistema legal, como elemento que, *loco traditionis*, viene a desempeñar en el tráfico inmobiliario el papel que en el antiguo Derecho correspondía a la entrega. Es muy claro que en esta segunda modalidad, convertida la inscripción en elemento intrínsecamente constitutivo de la mutación real, es a la misma constitutividad de la inscripción a la que se atiende, pretendiéndola como fin y empleándola como medio. En la primera, en cambio, mientras se la pretende como fin, se la obtiene indirectamente y a través de la imposición de su obligatoriedad. Para sortear, pues, estos entrecruzamientos, y tratando de evitarlos, en la medida de lo posible, vamos a continuación a dejarnos guiar más por el dato histórico que por el criterio atemporal de la oposición del doble par lógicamente distinguible y de las distintas formas de conjugación de sus diferentes extremos.

**2.º La voluntariedad de la inscripción: cómo se la entiende y por qué se la adopta en los momentos fundacionales. La ambigüedad de algunos textos primitivos y su aclaración: la inscripción voluntaria como inscripción no constitutiva pero cuya práctica se impone a modo de carga para la expedita oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales**

*No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas –se dirá en la Exposición de Motivos de 1861<sup>104</sup>– la de la extensión*

<sup>104</sup> E.M., ed. cit., p. 236.

*que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión [...]. No es esta la opinión de la comisión [...]. Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por eso se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana, y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción solo puede alegarse por los perjudicados que no hayan sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.*

Es éste, sin duda, el texto que más directamente se plantea en la Exposición de Motivos la cuestión relativa al principio germánico de inscripción; en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria, al carácter y valor de la inscripción. No es todavía el momento de entrar en las razones que llevaron a la Comisión a resolver en el sentido en que lo hizo. Por ahora nos basta subrayar que la solución adoptada supone, en primer lugar y confesadamente, en lo positivamente normativo, un muy marcado viraje en la dirección que habían impuesto las últimas disposiciones y una vuelta a la que se interpreta ser la línea marcada por nuestro premoderno Derecho Hipotecario; pero igualmente, y en segundo lugar, un viraje no menos pronunciado en la dirección que se venía propugnando para el nuevo Derecho del «Registro público» o Registro de la Propiedad en los trabajos prelegislativos que condujeron a la configuración y plasmación de la Ley Hipotecaria. De ambos extremos hay constancia histórica y su conocimiento resulta hoy fácilmente asequible. En cuanto al primero, baste recordar que en 1829, 1830 y 1845, vinculando la inscripción al pago del impuesto de hipotecas, y con una muy clara finalidad recaudatoria, se impuso obligatoriamente la práctica de aquélla como requisito de validez o existencia de los derechos inscribibles<sup>105</sup>. En cuanto a lo segundo, que, tanto el Proyecto de Código Civil de 1836, limitadamente a la hipoteca<sup>106</sup>,

<sup>105</sup> Información sobre ello, en CÁRDENAS: *De los principales vicios de nuestro sistema hipotecario*, «El Derecho Moderno», VI, 1849, pp. 252-253; GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 115-136; HERNÁNDEZ DE ARIZA, José: *Ley Hipotecaria comentada*, I. Madrid, 1861, pp. 91-93; OLIVER: *op. cit.*, p. 581; CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 80; NAVARRO AZPEITIA, Fausto: *Títulos e inscripciones*, cit., pp. 552-553.

<sup>106</sup> Artículo 1752: «La hipoteca convencional habrá de constituirse siempre en escritura pública. Debe también tomarse razón en el Registro público de hipotecas, con arreglo a

como posteriormente, y ya con alcance general, para toda constitución o transmisión del dominio o de cualquier otro derecho real, las Bases proyectadas para el Código Civil fueron concebidas al modo conocido como germánico puro: sin inscripción en el Registro no hay efecto o mutación jurídico-real<sup>107</sup>. Ruiz de Vega y, posteriormente Permanyer y, sobre todo, Luzuriaga fueron decididos partidarios de esta solución que, ante la cerrada oposición de García Goyena y gracias a la actitud conciliadora y moderada de Bravo Murillo<sup>108</sup> y Cárdenas<sup>109</sup>, hubo de ceder en favor de la que comen-

---

los términos que se expresan en el capítulo 6.º; artículo 1738: «Si se omitiere la toma de razón perderá el acreedor el carácter de hipotecario y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal». Para su interpretación, con todo, cfr. BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: *La Hipoteca (Génesis de su estructura y función)*. Madrid, 1980, p. 146.

<sup>107</sup> Interesan las Bases 50, 51 y 52 del Proyecto de Código Civil aprobadas por la Comisión General de Códigos en 1843 (cfr. para ellas, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución. I Leyes de 1861 y 1869*, I.C.N. DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, cit., pp. 76-78): *Base 50*: «No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro público»; *Base 51*: «Lo dispuesto en la base anterior se extenderá a las cargas que limiten o modifiquen la propiedad, salvas las excepciones que determine el Código»; *Base 52*: «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código».

<sup>108</sup> Cfr. *Leyes Hipotecarias ...*, cit., pp. 79-80: «En la sesión de 21 de octubre del mismo año [1848], puso a discusión Bravo Murillo, Presidente de la Sección, el título de la compraventa [del Anteproyecto de los Títulos de las hipotecas y del registro, redactado por Luzuriaga en 1848], surgiendo así la cuestión importantísima de si “el dominio de las cosas se tranfiere con la entrega de ellas o desde que se perfecciona el contrato”, íntimamente relacionada con el contenido de la Base 52 del futuro Código Civil, aprobado por la Comisión anterior, según el cual la transmisión de la propiedad sólo será eficaz desde la inscripción en el Registro del título de adquisición. Dos opiniones, ambas radicales y extremas se encontraron frente a frente; mantenedor de la primera fue García Goyena, defensor de la segunda era Luzuriaga. Goyena manifestó que el dominio de la cosa vendida pasa, respecto de los contrayentes, por su voluntad o consentimiento, y respecto de tercero, mediante y desde la entrega. Luzuriaga sostuvo que la Base acordada por la Comisión anterior respecto del Registro de Hipotecas, hace ineficaz la traslación del dominio de los inmuebles hasta que éstos sean registrados, y que habría contradicción con esta Base si se decidiese que pasase el consentimiento de los contratantes, añadiendo que en su concepto, “la traslación del dominio se realiza por la inscripción en el Registro de Hipotecas y por la entrega”. Esta segunda parte de la tesis defendida por Luzuriaga fue rechazada por Bravo Murillo quien se limitó a decir “que no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos”. Y como solución práctica para no entorpecer la discusión del título de la Compraventa, propuso que “estando enlazada la cuestión de que se trata con lo que se resolviese sobre el Registro de hipotecas, debía decidirse aquí sobre ello, sin perjuicio de lo que se resolviera en el Registro de Hipotecas”. Así se acordó por la Sección que resolvió en el sentido de que la transmisión verificada por título de venta no debía depender de la formalidad de la inscripción en el Registro público».

<sup>109</sup> Cfr. *Leyes Hipotecarias ...*, cit., p. 127. Contestando en nombre de la Comisión a los razonamientos de Permanyer: «Entre el sistema absoluto de exigir la transcripción del contrato para que sea válido y el de atribuir efectos al mismo contrato desde que se celebra, y no desde que se inscribe, hay un término medio que sería el que yo aconsejaría si tuviera alguna intervención en la formación de la ley ... Existe un término medio que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero, sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura».

zó imponiéndose en el Proyecto de 1851<sup>110</sup> y terminó por ser acogida definitiva y positivamente en la Ley Hipotecaria de 1861<sup>111</sup>.

Antes todavía de entrar a considerar las razones que llevaron a la elección del criterio adoptado y, consiguientemente, a juzgar sobre su acierto, conviene parar la atención en dos cuestiones de interés: la sustancia de su significado en cuanto al contraste de nuestro sistema con los contrapuestos modelos consagrados, y la relación en él existente entre la declaratividad de la inscripción –mejor, como venimos manteniendo, su función publicadora– y su voluntariedad. En cuanto a la primera, es muy claro que, haciendo innecesaria la inscripción para la existencia de los derechos susceptibles de ella, se estaba asestando un duro golpe a la posibilidad de configurar nuestro Registro de la Propiedad a imagen del que se interpretaba ser el modelo germánico puro<sup>112</sup>. Era más bien el latino o francés el que venía a establecerse. Frente a la inscripción necesaria *ad esse*, la solamente precisa *ad opponibilitatem*, carente de valor constitutivo y libremente puesta a disposición de los interesados para que, voluntariamente<sup>113</sup>, aprovecharan sus ventajas

<sup>110</sup> Artículo 1858: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público [...]». Previamente, en el Anteproyecto de Código Civil redactado en 1848, artículo 94: «Ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces, o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos bienes, surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público [...]».

<sup>111</sup> Información y detalles sobre esta materia, en OLIVER: *op. cit.*, pp. 29 y ss. Recientemente y muy detalladamente, SERNA VALLEJO: *La publicidad inmobiliaria ...*, cit., esp. pp. 358 y ss. Nosotros nos referimos a esta discusión histórica en *Hipoteca voluntaria: el «iter» de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, en Academia Sevillana del Notariado, t. IV, 1991, pp. 335-342.

<sup>112</sup> OLIVER: *op. cit.*, p. 42: «A decir verdad, los términos en que el presidente de la Sección de lo Civil [Bravo Murillo] puso fin a este importantísimo debate, vinieron a modificar profundamente, o más bien a derogar la célebre base 52.<sup>a</sup>, aprobada por la Comisión general de Codificación en 5 de diciembre de 1843, que aceptó para nuestra patria en toda su pureza el sistema alemán de transmisión de la propiedad territorial. [...] El sistema puro alemán había recibido un rudo golpe, del que tarde vendría a reponerse al dejar fuera de sus prescripciones la gran mayoría de los actos de transmisión entre vivos».

<sup>113</sup> Testimonios de la voluntariedad de la inscripción francesa en la Ley de Transcripción de 1855, en TROPLONG: *op. cit.*, p. 215: «Depuis longtemps, la transcription est passée dans les habitudes des acquéreurs vigilants; mais la loi de 1855, tout en la laissant facultative, a attaché à son omission des dangers dont on voudra se préserver en s'en faisant une sauvegarde»; 545: «On objecte (et c'est là toute la force du reproche fait à la loi) que la transcription était facultative sous le Code Napoléon, et qu'elle devient nécessaire par la loi du 23 mars 1855. Mais rien n'est plus inexact. La transcription d'une vente était facultative sous le Code Napoléon, pour celui qui consentait à courir la chance d'être évincé par un créancier hypothécaire, pour celui qui avait pleine foi dans les déclarations de son auteur. Eh bien, sous la loi du 23 mars 1855, la transcription sera encore laissée à la libre volonté de ceux qui voudront courir la chance des évictions, et qui se confieront en la bonne foi de leurs vendeurs. Rien n'est changé à cet égard; rien n'est imposé de force à peine de nullité; chacun reste libre d'asseoir sa sécurité ou sur la loi, ou sur sa persuasion de la probité d'autrui»; 556: «Dira-t-on qu'il ne doit plus en être ainsi sous la loi du 23 mars, parce que la transcription est devenue aujourd'hui plus nécessaire? Qu'importe? De ce que la transcrip-

llevándola a efecto. Desde luego que algo de esto hay en el fondo de la adopción del criterio elegido; pero por mucho que en su misma expresión y en la forma de exponerlo y razonarlo abundan las resonancias francesas, lo que de ello no puede concluirse es que en la salida de esta encrucijada nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria quedara situado en territorios del sistema francés. A tal sistema responde, sustancialmente, en lo referente al carácter y valor de la inscripción; de él, en cambio, se aparta –asimilándose ahora al germánico– en cuanto a los efectos de la misma. De nuevo aquí, como no podía ser de otro modo, tiene que aparecer la peculiaridad de nuestro sistema. Nuestra inscripción, declarativa y voluntaria como la francesa, produce los mismos efectos aseguradores del tráfico de buena fe que la constitutiva –y en tal sentido, necesaria– germánica.

Por lo que hace a la relación que en la solución legal van a mantener entre sí la declaratividad y la voluntariedad de la inscripción, parece evidente que en el texto de la Exposición de Motivos que nos ha servido como punto de partida, la que más directa y expresamente resulta afirmada es la declaratividad: la inscripción –se viene a decir– no es necesaria para que, considerada la cuestión en la relación *inter partes*, se pueda entender efectuada la transmisión o constituido el derecho real. Ello, por sí solo, no da razón suficiente o completa de la voluntariedad. Lo que intrínsecamente no es necesario para la producción de un determinado efecto, puede imponerse extrínsecamente por razones que se consideren justificadas. Para poder pasar, pues, de la declaratividad de la inscripción a su voluntariedad es necesario no sólo entender que la inscripción no es de suyo necesaria, sino añadir, además, que tampoco se encuentran razones extrínsecas suficientes para imponer su práctica. Aunque no sea este el lugar para exponerlo detenidamente y en detalle, enseguida tendremos ocasión de ver que ambos requisitos se cumplen en la consideración que la Ley Hipotecaria se hace acerca del papel de la inscripción. No es intrínsecamente necesaria –ni, por tanto, se impone con necesidad de medio– porque de acuerdo con el tradicional sistema del título y el modo basta la entrega, precedida del título, para que, cumplida la nota de la inmediatez del poder que caracteriza al derecho real, la mutación relativa a éste se pueda entender producida. Pero tampoco es necesaria extrínsecamente o con necesidad de precepto, porque, a juicio del legislador, no hay razones que impongan la supeditación del cambio jurí-

---

tion est une condition de la transmission de la propriété à l'égard des tiers, il ne s'ensuit pas qu'elle soit plus qu'autrefois obligatoire pour les parties. La loi ne prononce pas la nullité de l'acte non transcrit [...]».

dico-real a la «formalidad» de la inscripción. Si en un momento se entendió lo contrario –venía a decir la Exposición de Motivos– ahora se vuelve al criterio tradicional. He aquí cómo lo que en el párrafo citado de la Exposición de Motivos se expresa diciendo que la omisión de la inscripción no produce como consecuencia la nulidad de los contratos traslativos de la propiedad, significa al mismo tiempo que la inscripción no es necesaria ni como elemento entrañable al interno del proceso de constitución de los derechos reales, ni como añadido externo ensamblable en su verificación. Toda ambigüedad, por tanto, puede y debe ser descartada: aunque una cosa sea la declaratividad de la inscripción y otra su voluntariedad, y aun cuando una y otra puedan darse separadamente, cuando nuestra Ley Hipotecaria excluye la necesidad de la inscripción para la producción de los cambios jurídico-reales está afirmando no sólo su declaratividad –que, ésta sí, forzosamente se seguiría de aquella innecesariedad– sino también su voluntariedad.

Ahora sí, puede ser ya el momento de entrar a considerar las razones que llevaron a los autores de la Ley a caracterizar la inscripción del modo indicado. Entre ellas pueden distinguirse unas de carácter preferentemente dogmático: son las que justifican la declaratividad de la inscripción, presupuesto, como acabamos de ver, aunque no causa exclusiva, de su voluntariedad. Otras son de tipo pragmático: justamente las que, añadidas a las anteriores, dan completa razón de la voluntariedad de la inscripción.

Entre las primeras hay que situar en primer lugar la fidelidad, por «religioso respeto al Derecho nacional» –dirá en algún lugar la Exposición de Motivos de 1861<sup>114</sup>–, por su propia bondad, añadiríamos nosotros, al sistema del título y el modo. La Exposición de Motivos dedica a este punto, principalmente<sup>115</sup>, dos párrafos

<sup>114</sup> La expresión, en su contexto, en E. M., p. 225: «Mas la Comisión, que por regla general propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, y que no cree que deben las leyes cambiar las bases del Derecho antiguo, sino cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar a tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra más adecuada a las exigencias de la época, se ve obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de la Comisión, cuando a pesar de su religioso respeto al derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado». Por su parte, DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 670: «No nos cansaremos de repetirlo; la Comisión de Codificación al formular la Ley Hipotecaria, no tenía el encargo de alterar las instituciones antiguas, sino en la parte que fuera absolutamente indispensable para ponerlas en armonía con el principio que dominaba en la nueva obra».

<sup>115</sup> Decimos «principalmente» porque, además del texto así calificado al que inmediatamente nos vamos a referir, algún otro, nunca tan *in recto* y detenidamente, se va a referir a la cuestión. Así, p. 240, destacando la amplitud de las materias afectadas por la Ley Hipotecaria: «[...] el Derecho Civil experimenta alteraciones transcendentales: apenas hay

—a nuestro juicio, algo confusos—, más extenso el primero, más breve y decisivo el segundo <sup>116</sup>. En el primero se mezclan cuestiones distintas y parece concluirse en línea distinta a la que exigiría la dirección del discurso. Nuestras Leyes, se dice, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos reales sólo nacieran de la tradición. Contra el principio romano se ha elevado en los tiempos modernos el adoptado por el Código Civil francés, más filosó-

una de sus instituciones a que no afecte la innovación: en el orden [...] de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, a su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones»; p. 253, a propósito de la doble venta: «Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio»; p. 333, a propósito de los derechos anteriores a la publicación de la Ley y no inscritos: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecieran en el Registro».

<sup>116</sup> E. M., pp. 237-238: «Y aquí debe con franqueza exponer la Comisión el gran cambio que acerca de este punto introduce el Proyecto en los principios generales del Derecho actual. Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por lo tanto las relaciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando uno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado el Derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público, y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragón, en el que basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública, para que el dominio o el derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código Civil francés. Separándose éste del Derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes como a un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del Proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento.

Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

fico —se dice— sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes. No corresponde a la Ley de Hipotecas entrar en su examen; lo que cae de lleno en su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros. Rechazado, pues, este nuevo sistema —debe entenderse—, y reconociendo con franqueza el gran cambio que acerca de este punto introduce el Proyecto en los principios generales del Derecho actual —¿por la interferencia que el sistema registral va a suponer en la teoría del título y el modo, o por la ruptura que va a producir en la legislación a la sazón vigente que hacía necesaria la inscripción para la válida constitución y transmisión de los derechos reales?, cabría preguntarse—, según el sistema de la Comisión resultará, de hecho y para la seguridad de los terceros, que, combinados el mecanismo del título y el modo con la instauración de la publicidad inmobiliaria, el dominio y los demás derechos reales en tanto se entenderán constituidos y traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. La publicidad, por tanto, y la inscripción que la materializa, no son necesarias, y su omisión provoca que los cambios jurídico-reales queden gobernados por el tradicional sistema del título y el modo. Por ello, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya lo traspasa frente a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, el comprador será dueño en relación con el vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido el requisito de la inscripción.

El texto, que denota en su redacción una muy marcada influencia francesa, decíamos antes que, aunque decisivo, es algo confuso. La contraposición que en él se establece no es, neta y exclusivamente, la existente entre la propiedad radical y absolutamente no inscrita —la recayente sobre finca no inmatriculada— y la que se llevó al Registro, sino, indistintamente, tanto la que se puede producir en la hipótesis indicada en primer lugar como la que podría tener lugar cuando sobre finca inscrita alguien que contrata y no inscribe termina por ser desplazado por quien sobre la misma finca contrata y se adelanta a inscribir. En todo caso, el texto deja sin resolver, expresamente al menos, alguna situación, y alguna otra sin aclarar. La tradición sin inscripción, tratándose de propiedad no inscrita ni antes ni después del contrato que la prepara, también traspasa el dominio frente a todos, como de la inscripción afirma la Exposición de Motivos, y aunque ésta, por hipótesis, no se haya realizado ni en el futuro se llegue a realizar. Es lo que resulta del mantenimiento del antiguo Derecho *cuando no se haga la inscrip-*

*ción*. Y cuando, por inscribirse la venta, ya [...] *traspasa el dominio respecto a todos*, ¿se entiende que dicho efecto se produce sin tradición o entrega y por obra de la inscripción, o habrá de considerarse que, además y previamente a la inscripción, es necesaria la entrega? No es este el momento de ocuparnos de estas cuestiones –tampoco de esa problemática propiedad relativa, tan al gusto francés, aludida en el texto como admisible frente al vendedor pero no frente a otros–, a las que más adelante hemos de prestar detenida atención. Basta al propósito de nuestro discurso destacar que el mantenimiento del título y el modo, en su consideración de mecanismo de transmisión de los derechos reales, es una de las razones que llevaron a los autores de la Ley Hipotecaria a dejar fuera de él a la inscripción registral. Contrato, como fundamento, y entrega, como hacedora de la inmediatividad del poder en la cosa que caracteriza al derecho real, bastan para la transmisión de la propiedad; para la verificación de la mutación jurídico-real. Otra cosa es que la seguridad del tráfico –la protección de los terceros de buena fe– exija la conjugación del viejo sistema con el flamante instrumento de la publicidad registral inmobiliaria. Cómo se produce esa conjugación es cosa que veremos más adelante.

Íntimamente ligado con el anterior, el segundo de los motivos dogmáticos que sostienen la declaratividad de la inscripción en nuestro Derecho es el que, empleando términos muy universales, podría expresarse afirmando la diferencia entre la existencia o el ser de los derechos reales y su publicidad. Aunque es indudable que el derecho real pide connaturalmente alguna forma de publicidad, lo que no puede legítimamente hacerse es confundir las cosas e identificar la existencia de aquél con su publicidad; mucho menos con una concreta forma de ésta, como es el caso de la publicidad registral. Ningún párrafo tan extenso como el referido a la relación entre título y modo e inscripción registral dedica la Exposición de Motivos a este argumento. Sin embargo las referencias a él son repetidas e inequívocas: lo que al Registro toca no es constituir derechos sino darles cognoscibilidad general<sup>117</sup>. Por eso que, consumándose la constitución de éstos en la relación *inter partes*, el

---

<sup>117</sup> Así, p. 228: «Consiste ésta [la publicidad registral] en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el registro de la propiedad, en que el registro de hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes»; p. 248: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea

Registro deba permanecer ajeno a ella; lo suyo será impedir que su existencia pueda llevar a engaños a los terceros que la desconocen. Todo lo que sea sacarlo de ahí, es traspasar la finalidad que le asigna la ley y llevarlo a invadir territorios extraños<sup>118</sup>. La conclusión, que en lo ya dicho ha quedado expresada, puede explicitarse y destacarse más desde el punto de vista que aquí nos interesa: en razón de su propia razón de ser, el Registro no crea derechos; recibe y publica los ya creados y constituidos; o los derechos se publican porque existen, no existen porque se publiquen. En todo caso, la inscripción no pertenece al momento constitutivo sino que es instrumento publicador. Gómez de la Serna lo expresaría diciendo que «no tiene por objeto la Ley salvar los derechos de los contrayentes, sino sólo el de los terceros, que son los que necesitan protección para que siendo público y conocido el estado de la propiedad, queden, en el caso de adquirirla, o de prestar sobre ella, completamente libres de toda carga que no aparezca en el Registro<sup>119</sup>».

Y colaborando con las indicadas razones, que antes calificábamos de fundamentalmente dogmáticas –por referirse la primera al instrumento de transmisión que, *natura sua*, exige el derecho real, y por atender la segunda a la diferencia entre existencia y publicidad de los derechos reales y, por consecuencia de ella, a la natural vocación del Registro, en tanto que instrumento de publicidad, a

---

ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente»; p. 249: «Ya queda expuesto que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una de las bases de la Ley»; p. 263: «[...] la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas no extingue por su propia virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos a que afectan, surtiendo todos sus efectos en cuanto a terceros que después hayan adquirido o inscrito algún derecho»; p. 314: «Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes»; p. 325: «Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos»; p. 333: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el registro».

<sup>118</sup> Interesantes, en apoyo de lo dicho, las palabras de Permanyer –partidario inicialmente de la inscripción obligatoria– en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria. Su cita puede encontrarse en CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 80: «Cualquier otra sanción, la del año 45, por ejemplo, y la de las leyes tributarias del 29 y 30, que sujetaban a la cláusula de nulidad los documentos registrables y que no se hubiesen registrado, o cualquier otra sanción que se estableciese en este u otro sentido sería exorbitante, sería injusta, porque llevaría su exigencia mucho más allá de donde era necesaria para dejar cumplido el objeto de la ley, y completado el sistema que la misma viene a representar. Toda la sanción del proyecto queda, pues, reducida, como debía quedar, a la ineficacia de los títulos registrables y que no se hayan registrado, siempre que se trate de hacerlos valer en perjuicio de tercera persona».

<sup>119</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 245.

asumir como suya sólo la función publicadora para cumplir adecuada y cabalmente su propia misión—, vienen a añadirse ahora otras dos razones, éstas de carácter principalmente pragmático, llamadas a reforzar la innecesiedad de la inscripción registral. En ellas, según anunciábamos, dicha innecesiedad va a conectar más directamente con la pura voluntariedad o libertad de la inscripción. No se trata ya de que el derecho real no exija, de suyo, la inscripción como condición o presupuesto de existencia. Es que, ello admitido, tampoco se considera necesario imponerla por razones contingentes que recomienden la obligatoriedad de su práctica.

La primera de estas razones —situada a medio camino entre lo meramente pragmático y lo que, por corresponderse con la naturaleza del Registro, remite a consideraciones dogmáticas—, está muy en dependencia con la configuración de los antiguos Registros al tiempo de emprenderse la preparación e instauración del nuevo sistema. Puestos bajo la inmediata dependencia de los Jefes de Hacienda, se habían convertido prácticamente en una oficina de rentas <sup>120</sup>. El edificio del nuevo Registro de la Propiedad —nuevo apartamiento respecto del modelo francés <sup>121</sup>— tendrá que asentarse en otros cimientos <sup>122</sup>. Su función es netamente civil, y todo lo que sea contaminarlo administrativa y tributariamente es «desnaturalizarlo». La idea aparece en la Exposición de Motivos: al modelo de Registro administrativizado cuadra perfectamente el recurso a la obligatoriedad de la inscripción que para lo sucesivo la Comisión no está dispuesta a admitir: *Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión* [que los efectos de la falta de inscripción alcance a los mismos contrayentes]. *En su concepto deben ser los Registros un gran medio que ha de tener la Administración*

<sup>120</sup> HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 94-95: «La misma preocupación influyó para que se estableciesen y continuasen los Registros de la propiedad bajo la inmediata dependencia de los Jefes de Hacienda; y aunque se concedía derecho de inspección a la autoridad judicial del partido, o sea al Juez de primera instancia, nada podía resolver por sí [...]. Semejantes anomalías no necesitan comentarios, y si las citamos, es con el único objeto de probar que la institución protectora de los más sagrados derechos civiles se había desnaturalizado hasta el extremo de convertirse en una oficina de rentas».

<sup>121</sup> RIPERT-BOULANGER: *Traité de Droit Civil III*. París, 1958, p. 68: «Notre système de publicité a conservé le caractère fiscal qui lui a été imprimé dès l'origine. Les formalités qu'il régleme sont, en tant que telles, matière à la perception des droits fiscaux; d'où la compétence de fonctionnaires dépendant de l'administration des finances, les conservateurs des hypothèques, qui n'ont pas qualité pour se prononcer sur la valeur des actes soumis à publicité et ne peuvent décider que sur leur régularité formelle».

<sup>122</sup> LUZURIAGA: «Comentarios a los artículos 1782-1889 del Proyecto del Código Civil de 1851», en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852 (Ed. Zaragoza, 1974), p. 946: «El Registro no será un libro cobratorio de impuestos; no es ese su destino».

*para auxiliarse en sus trabajos estadísticos; y esta idea, si no ha de predominar sobre el interés civil y sobre el interés social, ha de ser igual cuando menos a ellos. No es esta la opinión de la Comisión: sin negar que los Registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración en la arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos*<sup>123</sup> *a la Administración, conduce irremediamente a desconocer su carácter social, económico y civil, y sacrificar lo principal a lo accesorio*<sup>124</sup>. El argumento aparecerá recurrentemente en los comentarios de Gómez de la Serna<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> La edición del ICN de Registradores, *Leyes Hipotecarias, I*, por el que venimos citando la Exposición de Motivos incurre aquí en una errata: «dar intervención directa en ellas», dice. Citamos el texto correcto, tal como aparece reproducido en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 210.

<sup>124</sup> E. M., *cit.*, p. 236. También, p. 238: «Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo... Ni se crea que por ello podrán ser perjudicados los intereses del Erario... en tanto podrán hacerse inscripciones en los Registros, en cuanto estén satisfechos los impuestos que graviten sobre los actos civiles que sean objeto de la inscripción. Los Registros vendrán de este modo a auxiliar la acción fiscal, pero sin ser absorbidos por ella». Como curiosidad, puede compararse a estos párrafos el siguiente del Preámbulo de la vigente LAU, de 24 de noviembre de 1994: «Al mismo tiempo, se consagra expresamente la posibilidad de todos los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea su duración, de acceder al Registro de la Propiedad, intentando, por otro lado, potenciar esta posibilidad de acceso mediante la vinculación de determinadas medidas de fomento o beneficio al hecho de la inscripción. Este hecho no sólo contribuye a reforzar las garantías de las partes, sino que incrementa la información disponible para el Estado, permitiéndole el diseño y ejecución de aquellas medidas que puedan contribuir a la mejora de la ordenación normativa y de la práctica de los arrendamientos».

<sup>125</sup> Como muestra, algún testimonio: p. 233: «[...] ni dejaría de ser este uno de tantos asuntos que estuvieran bajo la mano inmediata de la Administración activa, escollo que tan prudentemente ha tratado de evitar la Ley dando al orden judicial y al Ministerio de Gracia y Justicia la atribución importante de intervenir en todo lo que a los Registros se refiere, con exclusión de las autoridades administrativas y de los demás Ministerios»; pp. 300-301: «[...] El resultado fue, que suprimido el impuesto, causa principal de sujetar los arrendamientos y subarrendamientos de bienes inmuebles a la inscripción, se declaró que en cuanto a su toma de razón en las oficinas del Registro se estuviera a lo que se dispusiese en la legislación común, a lo que era consiguiente que quedaran libres del Registro, puesto que el Derecho civil no les imponía la necesidad de la inscripción. No pasó mucho tiempo sin que de nuevo se exigiera la inscripción, si bien ya fue entonces por razones diferentes. Fueron éstas, según decía el Gobierno, el tener un elemento para perfeccionar la estadística de la riqueza inmueble y conseguir un repartimiento más equitativo en la contribución, añadiendo, que sin ventaja de los particulares, se había privado a la Administración de un medio de reunir datos muy importantes, absolutamente indispensables para la formación de la estadística, y que por lo tanto era necesario restablecer lo que con tanta previsión había sido

La segunda razón obedece a consideraciones –ahora sí– puramente pragmáticas. La historia de nuestro pre-moderno Derecho de la publicidad registral, desde las primeras disposiciones que trataron de imponerla hasta la llegada de la Ley Hipotecaria, podría describirse como el forcejeo mantenido entre la imperatividad de la ley y la resistencia social a su cumplimiento. Por más que las antiguas leyes y Pragmáticas intensificaran su tono impositivo y reforzaran el cortejo amenazante de sus medidas sancionadoras contra quienes incumplieran su mandato, el resultado de toda aquella legislación terminaba por diluirse en una machacona ineffectividad cuya continuidad sin fisuras permitía interpretarla como un insuperable fracaso<sup>126</sup>. Con razón se ha observado que no todo debe achacarse en él a la incuria de los propietarios y a los gastos de la registración. La limitada utilidad de ésta, en el contexto del entonces «sistema mixto» de publicidad, debió contribuir en gran medida a aquel fracaso<sup>127</sup>. Contra esta causa se va a luchar ahora, no sólo aumentando

---

mandado en 1845 [...]. Basta lo dicho para comprender que las disposiciones emanadas del Ministerio de Hacienda respecto a la inscripción de los arrendamientos, no llevaban en sí ningún interés puramente civil, y que estaban dominadas exclusivamente por el interés fiscal. Muy diferente fue el aspecto bajo el cual se consideró esta cuestión en el proyecto de Código civil, en que se adoptó la misma idea que ha prevalecido en la Ley hipotecaria, si bien con alguna diferencia en su aplicación; en él, como era natural, el interés civil fue el principalmente consultado»; p. 593: «El impuesto hipotecario ha sido una de las dificultades, tal vez la mayor, con que ha tenido que luchar la reforma. Su funesta influencia en todo lo que se refiere a la Ley hipotecaria no podía pasar desapercibida para la Comisión de Codificación, como tampoco para los Cuerpos Colegisladores: en la Introducción histórica hemos manifestado también nosotros la opinión desfavorable que nos merece considerado bajo el punto de vista del Derecho civil»; p. 597: «El deseo de la Comisión fue sobre todo evitar que el Fisco y los intereses Fiscales intervinieran para nada en los Registros y dar garantía al Erario de que ningún derecho se inscribiría definitivamente sin que antes estuviera satisfecho el importe que adeudara; pero consultando ante todo el orden civil, que tan interesado se halla en que la propiedad inmueble esté bien garantizada y bien definidos todos los derechos reales a que se halla afecta [...]. No debía ir más allá la ley civil en este punto, y nunca debía hacer prevalecer el interés económico y social sobre el civil».

<sup>126</sup> Cfr., en SERNA: *op. cit.*, p. 144, las palabras contenidas en la Real Orden de 22 de enero de 1836: «después de tres siglos que se concibió y sancionó en una ley del Reino el pensamiento de establecer el registro de hipotecas, y a pesar de tantas y tan repetidas disposiciones, todavía no había tenido perfecto cumplimiento». Con más detalle nos hemos referido a este fracaso –su reconocimiento y su recuerdo, por otra parte, es un lugar común– en *Hipoteca voluntaria* ..., pp. 330-335.

<sup>127</sup> HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 89-91: «Ocioso era que los escribanos expresasen en los instrumentos, que habían de inscribirse en el registro del partido, bajo pena de nulidad. Fueron pocos los crédulos y obedientes, y los más resistían, y con razón si bien se examina, porque sometiéndose a estas formalidades y a los desembolsos que llevaban consigo, no lograban lo esencial, que era ponerse a cubierto de la expropiación de un tercero reputado por la ley de mejor derecho, aunque este derecho no constase en el Registro. Yerran, pues, gravemente los que atribuyen a la negligencia de los propietarios o a la tolerancia de los jueces el éxito infeliz de las leyes recopiladas. La verdad es que estas leyes no llenaban cumplidamente su objeto; que sus garantías eran ilusorias, y no valían la pena y el dinero que costaban; que con ellas el dominio territorial nada ganaba en seguridad ni en crédito, y que era por lo tanto muy natural su desprestigio e inobservancia. [...] En demeración de esta verdad bastará indicar que gozaban de privilegio, con absoluta independen-

las beneficiosas consecuencias de la inscripción, sino, sobre todo, reforzando su utilidad al integrarla en el nuevo sistema de «absoluta publicidad» que, decididamente y hasta sus últimas consecuencias, vendrá a sustituir en la Ley Hipotecaria al anterior «sistema mixto», *cuya causa está irremisiblemente juzgada por la historia, por las leyes y por la ciencia*<sup>128</sup>. De no hacerse así, la nueva Ley *no sería subsistente, porque caería abrumada por el peso de su descrédito*<sup>129</sup>. De todas formas, y a pesar de la decidida aceptación, en este punto, del criterio *germánico de publicidad absoluta*<sup>130</sup> –zigzagado de nuestro legislador, o, mejor dicho, ponderada elección de criterios ofrecidos por los contrapuestos modelos, hasta configurar para nosotros el que mejor cuadre a la personalidad de nuestro Derecho y a la finalidad aseguradora del Registro de la Propiedad– no escapaba a los autores de la Ley que, a pesar de su nuevas ventajas y de su mayor utilidad y eficacia, también en el futuro, incluso con previsible frecuencia, la inscripción dejaría de practicarse. Los gastos anejos a ella y la imposición tributaria de la operación inmobiliaria inscribible seguirán siendo factores disuasorios principalmente para los pequeños propietarios. ¿Qué será entonces preferible: proseguir en la línea, históricamente fracasada, de imponer coactivamente la obligación de inscribir, sancionando con multas a quienes la incumplan y negando validez a los actos no inscritos? La *prudentia juris*, virtud que más que ninguna otra debe adornar la obra del legislador, guió a los autores de la Ley Hipotecaria en la elección del camino a seguir: con preferencia a cualquier otro, el más pragmático. El incumplimiento de la ley es siempre causa de su desprestigio; la nulidad de los actos y derechos no inscritos ahondaría el divorcio entre la realidad y el Registro llamado a reflejarla y publicarla. Ninguna solución mejor, por consiguiente, que dejar al interés de los afectados el aprovechar las ventajas que la Ley ofrece a quienes a ella se acogen: la inscripción no será necesaria ni obligatoria; su práctica quedará confiada a la libertad de los interesados, sin amenaza de multa ni coacción alguna de otro tipo<sup>131</sup>.

---

cia del Registro, y pendían constantemente sobre la propiedad inmueble como otras tantas cuchillas de Damocles, la hipoteca legal a favor de los menores [...]; a favor de los hijos [...]; a favor de la mujer en los bienes de su marido para la seguridad de la dote [...]; a favor del Estado [...]; a favor de la Iglesia [...]; a favor del refaccionario [...]; y a favor del legatario [...].»

<sup>128</sup> E. M., p. 226.

<sup>129</sup> E. M., p. 226.

<sup>130</sup> E. M., p. 225.

<sup>131</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 245: «Para que la inscripción fuera obligatoria, debería ir acompañada de una sanción, o en el orden civil, o en el penal; y esta sanción no existe, porque ni imitando el rigor de nuestro anterior Derecho se establece la nulidad de los documentos registrables que no se registren, ni se introduce ninguna otra medida coactiva, como podría ser una multa al que no inscriba».

Los beneficios que de ella se podrán obtener serán su mejor recomendación. «Si la inscripción se omite –diría Luzuriaga<sup>132</sup>– la pena va en la misma omisión». O, con palabras de la Exposición de Motivos: *el que no usa del derecho que la Ley le da, impútese a sí mismo el perjuicio que su omisión le origina*<sup>133</sup>.

En definitiva, pues, que ni la inmediatez del poder exigida por el derecho real necesita, de suyo, para producirse la inscripción registral –siendo, por el contrario, obra inmediata de la *traditio* o entrega–, ni es cuestión de desnaturalizar el Registro involucrando su función publicadora con la de contribuir a la constitución de los derechos reales o poniéndolo al servicio de las tareas estadísticas de la Administración y convirtiéndolo en instrumento recaudatorio. La conclusión que de todo ello se sigue es que en nuestro sistema de publicidad *absoluta*, donde, por tanto, *ningún* derecho real queda liberado de la necesidad de ser inscrito para que pueda perjudicar a tercero<sup>134</sup>, la inscripción no se entiende «necesaria» en el doble sentido, frecuentemente involucrado en los momentos fundacionales de nuestro Registro de la Propiedad, a veces distinguido<sup>135</sup>,

<sup>132</sup> LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 946.

<sup>133</sup> E. M., p. 235. También, p. 249: «El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado [...]»; p. 302: «Cuando los hijos son mayores de edad, lo natural es que ellos sean los únicos que puedan pedirla [la constitución e inscripción de hipoteca en garantía de bienes reservables]: si ellos no lo hacen, implícitamente renuncian a su derecho y no debe el legislador protegerlos innecesariamente: las excepciones que se hacen del derecho común en atención a la menor edad, no deben ser extensivas a los que ya tienen toda la capacidad intelectual que supone la ley en los que han salido de ella».

<sup>134</sup> Tenemos que remitirnos aquí a lo dicho en *Bases del Derecho de Cosas ...*, cit., pp. 563-586 sobre el sentido de la expresión «publicidad absoluta» y su carácter de Base de nuestro Derecho de Cosas, informadora, a su vez, de nuestro sistema inmobiliario registral. A la luz de tal sentido –sin duda el que le dio la Exposición de Motivos de 1861 y los autores de la época– nos cuesta trabajo entender las palabras de PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción ...*, cit., p. 2194: «Quizá si la Comisión redactora de la Ley del 61 no hubiera tenido ese “religioso respeto al derecho nacional” que confiesa, los razonamientos anteriores la hubieran llevado a adoptar lo que llama el “sistema absoluto de publicidad”. Es más, si leyéramos la Exposición de Motivos sin conocer el contenido de la Ley, pensaríamos que había adoptado este sistema de publicidad en el articulado, porque la Exposición de Motivos advierte que “según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo”. Sin embargo, este propósito de la Exposición de Motivos no coincide con las normas, porque al no imponerse la inscripción constitutiva ni obligatoria, respecto de las fincas no inmatriculadas siguen afectando a terceros derechos no inscritos».

<sup>135</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones ...*, I, cit., p. 267, nota 47, presenta como *exponente* de la captación y diferenciación del doble sentido las siguientes palabras de PERMANYER (se las pueden ver, en su contexto aunque incompletas, en *Leyes Hipotecarias ...*, cit., p. 127): «Puede ser obligatoria la inscripción en el sentido de que sin ella todo derecho real es ineficaz contra terceros poseedores y que sin ella no puede ejercerse la acción hipotecaria ni reclamación en juicio sin hacer esa inscripción: y puede ser también obligatoria en el sentido de que sin ella no haya siquiera hipoteca, ni se haya podido constituir o empezado a

y hoy generalmente diferenciado, de no ser necesaria para la producción de la mutación jurídico-real publicable, y de no imponerse obligatoriamente su práctica bajo amenaza de ningún tipo de pena o sanción. Se concibió y sigue siendo declarativa o publicadora y voluntaria.

De todas formas hay que reconocer que, ni siquiera al tiempo de construirse el sistema, las cosas se formularon con tal claridad y exactitud—quizá en algunos aspectos tampoco sean tan claras que no admitan valoraciones o explicaciones diferentes— que, desde entonces y para en adelante, quedara conjurada toda posibilidad de duda o malinterpretación de la obra creada. A los dos aspectos antes distinguidos van a referirse las dudas o reservas. En cuanto al valor sólo declarativo de la inscripción se emplearán con frecuencia, ya en los primeros momentos, expresiones que suscitarán la cuestión, muy vivamente agitada posteriormente, de si la realidad del régimen establecido se aviene exactamente a la forma en que se le presenta y caracteriza. En cuanto a la voluntariedad de la registración, se planteará si no resultará desmentida en la realidad de las cosas por consecuencia de la condición de minusvalía a que se ve sometido el derecho no inscrito.

Comenzando por las ambigüedades y dudas respecto a la declaratividad de la inscripción, es fácil detectar que su causa, más que en el atractivo de la contrapuesta solución «germánica», se encuentra originariamente en el afrancesado ropaje que tan frecuentemente sirvió de envoltura al razonamiento de la Ley en el lenguaje de sus autores y primeros comentaristas. El enigma—la cuadratura del círculo, más bien— de la propiedad sólo frente al vendedor, o propiedad relativa como después se dirá, y la simplificación en que se incurre al indicar el más característico efecto de la inscripción registral al expresarlo diciendo que sin ella el derecho que pudo inscribirse no puede perjudicar o ser opuesto a tercero, sin más<sup>136</sup>, dando la impresión de que nadie que no sea el vendedor tendrá que contar con su existencia, van a situarnos a un paso de la deducción de que, siendo la oponibilidad *erga omnes* nota propia del derecho real, y no obteniéndose ésta sino por obra de la inscripción registral, sólo a partir de tal inscripción comienza a haber en sentido efectivo y pleno verdadero derecho real. Ese paso—si no en la comprensión del régimen establecido en la Ley, sí, abiertamente, en su exposición— parece que llega a darlo alguien tan decisivo en la elec-

---

existir el derecho; y esta diferencia es muy importante..., pues una cosa es decir que la hipoteca se constituye por la simple convención, pero que su eficacia y acción depende de la condición del Registro, y otra cosa es decir que no se constituye ni llega a existir la hipoteca sino mediante la inscripción».

<sup>136</sup> LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles [...]».

ción del criterio legal como el mismo Cárdenas, quien, sin siquiera distinguir, como algo más tarde hará Oliver, entre constitución y transmisión perfecta o imperfecta de los derechos reales<sup>137</sup>, no tendrá reparo en decir que el Registro está destinado principalmente a dar carácter y fuerza de reales a los derechos que en él se consignan<sup>138</sup>, porque del cumplimiento de la formalidad de la inscripción «depende la existencia de tales derechos en cuanto a tercero»<sup>139</sup>. Afortunadamente, las cosas vuelven a su sitio cuando, con mayor finura de análisis y reflejando más fielmente el verdadero sentido de la Ley, el mismo Cárdenas precisa su pensamiento diciendo que la Ley no priva de su derecho a quien no lo inscribe, y que tal derecho, aun sin inscripción, conserva ante la Ley toda su fuerza y valor entre las personas que deben conocerlos; otra cosa es que si no se inscriben, el capricho de quien se niega a inscribir pueda redundar en perjuicio de terceros. Estas son sus palabras: *La ley —dice<sup>140</sup>—, respetando hasta el capricho de los propietarios, no les impone semejante obligación, les deja en libertad de inscribir o no, y lo único que no hace es lo que no podía hacer sin mengua de la justicia, que era permitir que esta libertad pudiera ceder en ningún caso en perjuicio de tercero [...]. La ley Hipotecaria no extingue ni menoscaba ningún derecho sobre la propiedad inmueble: aun los que no se inscriban conservarán para ella toda su fuerza y valor entre las personas que deban conocerlos ...*

<sup>137</sup> OLIVER: *op. cit.*, p. 582, comentando el carácter innovador de la Ley Hipotecaria: «Todo lo contrario ocurre después de publicada dicha Ley, pues, con arreglo a sus prescripciones, las fincas y los derechos reales constituidos sobre ellas, no se entienden adquiridos, transmitidos y extinguidos de un modo perfecto y absoluto, o sea en cuanto a tercero, sino mediante la inscripción de los títulos o documentos en que constan los respectivos actos o contratos» (cva. del a.).

<sup>138</sup> CÁRDENAS: *op. cit.*, pp. 148-149: «Por último, destinado principalmente el Registro a dar el carácter y la fuerza de reales a los derechos que en él se consignan [...] pero la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existen o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales».

<sup>139</sup> CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 149, a continuación del texto antes citado: «Y como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto al tercero [...]».

<sup>140</sup> CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 530-531, en el Apéndice XVIII, respondiendo a la exposición de la Diputación de la Coruña pidiendo que la Ley Hipotecaria se aplique sólo a los bienes que en adelante se adquieran. Igual interpretación del sistema legal, en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 548: «No es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto [...] que a los ojos de la Ley la propiedad y los derechos reales que no estén inscritos, no tienen existencia; la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone con presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes».

Aunque no sea todavía el momento de examinar con detenimiento y en tesis general quiénes son los terceros cuya protección se propone la Ley Hipotecaria, el anterior texto de Cárdenas nos impone una referencia anticipada al problema. ¿Quiénes son en el pensamiento que guía la redacción de las líneas antes transcritas las personas frente a quienes, por conocerlos, deben existir y ser eficaces los derechos no inscritos: sólo quienes fueron parte en el contrato de su constitución o transmisión, o también cualquier otro tercero que de ellos extra-registralmente tenga noticia? Allá los intérpretes si quieren profundizar en la exégesis del texto. Lo que a nosotros nos interesa dejar aquí bien sentado es que, objetivamente, en el sistema de la Ley Hipotecaria, donde, según Gómez de la Serna <sup>141</sup>, *no hay un solo artículo [...] que favorezca al adquirente de mala fe*, no puede caber duda de que la cuestión debe resolverse en favor de la segunda posibilidad. Para nuestro Derecho hay que mantener, con convicción tan firme como el fundamento que la sustenta, que la inscripción registral no es la fuente de donde el derecho real recibe la oponibilidad que le permite valer y ser eficaz *erga omnes*, sino que, más bien al contrario, es la omisión de la inscripción la que impide el juego expedito de la oponibilidad que ya antes, y por su propia naturaleza, correspondía al derecho real; y que tal privación no se produce necesaria y absolutamente *erga omnes*, o respecto de todo tercero, sino –aparte ahora la necesidad de que el tercero favorecido por la publicidad inscriba–, sólo frente a los terceros de buena fe; esto es: los que, efectivamente y sin tacha de negligencia, ignoran su existencia <sup>142</sup>. Al *tertius sciens* perjudica por sí mismo el derecho real no inscrito.

El otro tipo de dudas, ambigüedades o reservas, esto es: el referido directamente a la voluntariedad o libertad de la inscripción, y, sólo a través de ella, a la decisión sobre su incidencia en la constitución y transmisión de los derechos reales, se produce más en forma de rectificación «realista» del calificativo «oficial» de lo que efectivamente dispone la Ley, que de abierta crítica –aunque tampoco ésta falte por completo <sup>143</sup>– a su régimen. Tanto es el beneficio que la inscripción reporta al derecho inscrito, y, en sentido inverso, tanta

<sup>141</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 634.

<sup>142</sup> Si el tercero no es llevado a error por la falta de inscripción, ésta no perjudica a quien la omite. Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 248, reproduciendo la Exposición de Motivos: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente».

<sup>143</sup> Para HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 168-172, la voluntariedad de la inscripción, aparte de inconsecuente en el desenvolvimiento del principio de publicidad, constituye una solución no acorde con los tiempos y que deberá ser reformada.

la depauperación en que queda el que en él no ingresa –vendrá a decirse– que hablar de libertad de inscribir o decir que la inscripción es voluntaria resulta no llamar a las cosas por su nombre <sup>144</sup>. Desde luego hay que reconocer que por la mente de nuestros primeros hipotecaristas rondó, y hasta llegó a aparecer con reiteración en sus escritos, la idea de que, en cierto modo, la inscripción terminaba por imponerse legalmente a todo aquel que diligentemente velara por su derecho. Tanto Cárdenas como De la Serna excluyen la obligación *directa* de inscribir, pero admiten que de tal forma la Ley hace de la inscripción condición de conservación y ejercicio del propio derecho, que, en la práctica, es como si *indirectamente* se impusiera la inscripción <sup>145</sup>. Observaciones de este tipo remiten,

<sup>144</sup> OLIVER: *op. cit.*, pp. 577-583: «Que el legislador hizo obligatoria la referida inscripción, es cosa sobre la que no cabe la menor duda. Ciertamente que no existe ningún artículo en la Ley Hipotecaria, que de una manera clara y terminante la mande practicar (p. 577) [...] Pero eran de tal transcendencia y gravedad las consecuencias que se seguían de no practicar dicha inscripción inmediatamente, y sobre todo, antes del planteamiento total de la Ley, que el propietario o habiente-derecho no podía menos de considerarse obligado o apremiado de una manera indirecta, pero eficaz (p. 578) [...] ¿Qué es esto sino hacer obligatoria la inscripción? ¿Qué importa que esta obligación se imponga por un medio indirecto, tan poderoso y coercitivo, como el de amenazar a los que no la cumplieren en breve plazo con la pérdida de las fincas o derechos, en cuya legítima posesión se hallaban, tal vez, desde hace siglos? (p. 579) [...] Ahora bien; al ordenar el legislador la inscripción del dominio y demás derechos reales adquiridos al publicarse la Ley Hipotecaria, y que esta inscripción se practicase dentro del año siguiente a su planteamiento, introdujo una novedad de gran transcendencia en el estado legal que tenían los expresados derechos, porque impuso a los propietarios y habientes-derecho-real, un requisito tan *esencial* que, de omitirlo corrían el inminente peligro de ser despojados de los derechos que habían adquirido en la forma prescrita en la legislación anterior [...] Ante estos efectos tan sustanciales que produce la falta de inscripción, es completamente vana y estéril la declaración del legislador, de que no había querido castigar dicha falta imponiendo la pena de nulidad al acto o contrato en que se había cometido [...] Porque ¿qué importa al dueño de una finca, de un censo, hipoteca, etc., que no se declare la  *nulidad de los actos o contratos* en cuya virtud ha adquirido aquellos derechos reales, si no puede hacerlos efectivos mientras no inscriba tales actos o contratos, y si, por otra parte, se expone a perderlos definitivamente en el caso, no inverosímil, de que un tercero se anticipe a inscribir a su favor el mismo inmueble u otro derecho real en virtud de títulos o documentos válidos o nulos, verdaderos o falsos» (pp. 582-583; *cvas. del a.*). HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 59: «Otra novedad importante y que a primera vista parece en contradicción con la base y objeto de la reforma, es que el registro de la propiedad no sea obligatorio. Pero son tantas las excepciones de esta regla, tan considerables las ventajas de la nueva inscripción, y tan graves y transcendentales los perjuicios que de omitirla o descuidarla se han de seguir al propietario, que equivalen en conjunto, si no exceden en eficacia, a la pena de nulidad, que impuesta como en la legislación anterior de una manera absoluta y por un interés puramente fiscal, llevaba consigo cierto carácter de violencia, y se reputaba contraria a los principios de justicia».

<sup>145</sup> CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 529: «Por eso la nueva ley no obliga directamente a inscribir los derechos reales anteriormente no inscritos, considerando que el interés privado y las disposiciones fiscales bastarán para conseguir aquel resultado, pero al mismo tiempo declara que los derechos no inscritos oportunamente no perjudicarán a tercero»; SERNA: *op. cit.*, pp. 245-246: «No puede dudarse, pues, que no hay obligación alguna directa de hacer la inscripción [...] Mas si la ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado».

de nuevo, a través de la libertad, mayor o menor, de la inscripción, al problema de su *necesidad* para la existencia y viabilidad del derecho inscribible. Reducida la cuestión a su dimensión puramente disciplinaria, hay que reconocer que la Ley excluyó deliberadamente toda idea de imponer cualquier tipo de multa o sanción a quienes no inscribieran sus derechos. En el lenguaje de la Exposición de Motivos y de Gómez de la Serna la inscripción nunca aparece como obligación; de ella se habla como de un derecho o una facultad <sup>146</sup>. Cárdenas se refiere a ella como un beneficio al que resultaría extravagante renunciar <sup>147</sup>. Es, en definitiva, la idea, hoy tan familiar, de la inscripción voluntaria pero estimulada o recomendada por el cúmulo de sus provechosos efectos <sup>148</sup>. Condición para ellos, en la actualidad se la califica como *carga* <sup>149</sup>, pero, justamente, la idea de carga no sólo no excluye sino que presupone la de voluntariedad y libertad.

<sup>146</sup> En la E. M. : pp. 235: «El que no usa del derecho que la ley le da...»; 257: «Desde luego debe comprenderse que la facultad de pedir la anotación preventiva...»; 260 «... para que durante este término puedan usar del derecho de anotación»; 326: «... el que deje pasar el término sin ejercitar su derecho, no debe extrañar que éste caduque: la ley cumple con acoger y amparar a los que no renuncian explícita o implícitamente la protección que les dispensa». En GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, sin pretender, obviamente, una relación completa, *vid.* pp. 412: «La Ley hipotecaria, en el artículo que comentamos [el art. 6.º] trató de evitar esta ambigüedad expresando de un modo que no diera lugar a dudas quiénes eran los que podían, es decir, los que tenían derecho a pedir la inscripción»; *ib.*: «... mas no por ello podría decirse sin temeridad, que debería negársele la facultad de pedir la inscripción, porque tiene sin duda un interés legítimo en que sea pública la transmisión...»; 413: «No había pues motivo para no conservarlo ahora [al adquirente del derecho, obligado a la inscripción en el anterior régimen] en el derecho de hacerlo cuando es el único modo de asegurar lo que adquiere»; 415: «No es tan fácil señalar el alcance que debe aquí tener la palabra *representante legítimo*, cuando la representación proviene de la voluntad de los que tienen derecho a pedir la inscripción»; 418: «... se entiende que en su facultad de administrar está comprendida la de llenar el requisito de pedir la inscripción»; *ib.*: «Para completar lógicamente su obra, necesitaba el legislador extender el derecho de pedir la inscripción a todos los que tuvieran interés en asegurar un derecho sujeto a inscripción...»; 419: «Hay en efecto personas a quienes sin ser los transmitentes ni los adquirentes, se da derecho para pedir la inscripción...»; *ib.*: «En los casos en que la Ley quiere extender esta facultad a otras personas, tiene cuidado de expresarlo como tendremos ocasión de ver más adelante».

<sup>147</sup> CÁRDENAS: *op. et. loc. ant. cit.*: «En buena hora que no se prive a ningún propietario a participar de este beneficio si tuviera la extravagancia de renunciar a disfrutarlo, no dando a conocer el estado de su propiedad». La expresión aparece también en DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 413: «... éste ha hecho virtualmente una renuncia de su derecho cuando no ha usado del beneficio que le daba la Ley para asegurarlo».

<sup>148</sup> GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, I, 2.ª ed., Madrid, 1890, p. 297: «No puede negarse, sin embargo, que si no obligatoria es convenientísima ...». Para el uso de la expresión «estimulada», *cfr.*, por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 257: «Pero no obstante ser voluntaria la inscripción en nuestro sistema, son tantos los motivos que impelen a conseguirla que puede afirmarse que se halla fuertemente *estimulada*» (cva. del a.); GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 548: «[...] hay que precisar que más que de “inscripción voluntaria” sin otra adjetivación, cabría hablar de *inscripción voluntaria estimulada* [...]» (cva. del a.).

<sup>149</sup> La condición de *carga* de la inscripción en un sistema de registración voluntaria, está expuesta cuidadosamente en FERRI: *op. cit.*, pp. 143-146.

Llegamos así a la meta que en este punto nos habíamos propuesto: la exposición de cómo se entendió la inscripción en 1861. Cuando por entonces se la declaraba innecesaria se estaba afirmando, al mismo tiempo, su valor declarativo –nosotros, como ya advertimos, preferimos decir *publicador*– y su carácter voluntario. Si, entre tantos juicios como en torno al sistema se han pronunciado, a nosotros se nos permite manifestar el nuestro, no dudaremos en decir que la elección fue acertada. La Exposición de Motivos la razonó con sólido fundamento<sup>150</sup> y en plena armonía con el régimen establecido en la Ley<sup>151</sup>. Sin que nosotros lleguemos a la extremosa posición de Ferri al pretender la incompatibilidad entre el valor constitutivo de la inscripción y su dimensión publicadora de los derechos inscritos<sup>152</sup>, sí que afirmamos que a la publicidad,

<sup>150</sup> No lo entendía así HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 168-169: «Respetando como merecen las razones de la comisión codificadora las hemos analizado prevenidos en su favor y con el sincero deseo de convencernos, y sin embargo hemos tenido la desgracia de no conseguirlo [...]. Este argumento [el famoso de que no ha creído que ... cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de mejor condición el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma ...] tendría fuerza –dice– si se refiriese a la formalidad de la tradición que depende exclusivamente de una sola de las partes, pero el requisito de la inscripción puede llenarse por cualquiera de ellas, y si una se niega a cumplir el contrato por haberse omitido aquel requisito, no puede la otra considerarse burlada, puesto que ha sido cómplice en la falta. *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt*. Con arreglo a los principios de justicia que invoca la comisión, nadie se entiende perjudicado cuando sufre un daño por su culpa. *Quod quis ex suae culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*». Admitido lo que de cierto hay en estas palabras, debería añadirse que lo que fundamentalmente importa para no imponer la necesidad de la inscripción para la validez del acto *inter partes* y su efectividad jurídico-real, es que mientras no aparezca el interés del tercero desconocedor, nada tiene que hacer la inscripción. Curiosamente esta es la idea que, en nota, añade GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 210-211, nota (a) a la transcripción del párrafo de la Exposición de Motivos criticado por HERNÁNDEZ DE ARIZA: «Puede además añadirse aquí, que, mientras no hay perjuicio a un tercero, que es el interés a que principalmente consulta la Ley Hipotecaria, no es justo alegar contra ningún acto ni contrato la falta de inscripción, porque de otro modo, una omisión que a nadie hubiera perjudicado, daría lugar a la pérdida de derechos legítimos y a especulaciones indignas».

<sup>151</sup> Disentía HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 168: «La primera base de la ley es el registro de la propiedad y de todas sus modificaciones, pero este principio fecundo y regenerador no se ha desenvuelto en todas sus consecuencias, puesto que los efectos de la falta de inscripción se limitan a los terceros interesados prescindiendo de los contrayentes». Es, en sustancia, la misma crítica que recientemente ha formulado PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción ...*, cit., pp. 2194-2195, al legislador de 1861.

<sup>152</sup> FERRI: *op. cit.*, p. 5: «Quando la pubblicità diventa, come avviene nel diritto germanico, un elemento costitutivo del negozio di trasferimento (*Auflassung und Eintragung*), distinto a sua volta dal contratto causale sottostante (*Kaufvertrag*, ecc.), cessa di essere vera pubblicità. Essa diventa un modo di acquisto della proprietà, s' inserisce come parte integrante nella fattispecie del trasferimento. Che essa in pratica serva poi a rendere conoscibile il trasferimento del diritto, non è che funzione secondaria che resta assorbita da quella principale, di fungere da elemento costitutivo o requisito del trasferimento». Contrarios a esta posición, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 127: «Ahora bien, la *publicidad* y la *constitución* de un derecho son dos de los papeles que puede jugar la inscripción en la dinámica de los derechos reales, pero papeles *no incompatibles* [...]. Cosa distinta es que, dentro de las inscripciones que tienen valor declarativo, se distinguan ulteriormente, en otro

para cumplir su función, le basta con reflejar los derechos que, sin necesidad de ella, existen por sí mismos previamente a su publicación. Un Registro publicador es un Registro que, bajo el punto de vista de su peculiar función, cumple por entero su razón de ser. Si, ello supuesto, se cuenta con que, por más que se rodee la inscripción de estímulos que la recomienden, siempre quedarán derechos que, momentánea o indefinidamente, no lleguen al Registro<sup>153</sup>, mantenerla al margen de la existencia de tales derechos y evitar la imposición de sanciones disciplinarias a quienes no inscriban, constituye una manifestación de *prudentia juris*, al mismo tiempo que veladora por el prestigio de la ley –cuya infracción evita– y respetuosa de la libertad individual<sup>154</sup>, perfectamente compatible con la finalidad aseguradora del tráfico inmobiliario de buena fe que dio origen al Registro de la Propiedad. Basta a dicha seguridad que ningún tercero acogido de buena fe al Registro se pueda ver sorprendido por derecho alguno no inscrito en el mismo.

### 3.º Algunas precisiones en torno al sistema legal

La decisión de nuestro legislador de dejar la práctica de la inscripción a la libre voluntad de los interesados en ella fue una acertada elección, recomendada por la experiencia histórica del fracaso del criterio contrario y justificada, como ya hemos dicho, por su completa compatibilidad con la principal e irrenunciable aspiración de conseguir un Registro de la Propiedad plenamente asegurador del tráfico inmobiliario de buena fe. Bastaba, y sigue bastando, a tal objeto que la publicidad registral se brindara como una posibilidad a quienes libremente quisieran acogerse a ella, garantizándoles que nada que no hubiese sido publicado –ni *aliunde* fuese efectivamente por ellos conocido– pudiera perjudicarles. Pero la decisión del legislador en favor de la voluntariedad de la inscripción no significaba indiferencia en cuanto al arraigo social o efectivo *plan-*

---

aspecto, las constitutivas y las que no lo son (simplemente declarativas); es decir, las inscripciones que publican un cambio real que ellas mismas provocaron, y las que se limitan a manifestarlo, sin haber intervenido en él».

<sup>153</sup> GALINDO Y ESCOSURA: *op. cit.* p. 298: «Podría alegarse que si la inscripción se hubiese declarado obligatoria, so pena de nulidad del contrato no inscrito en un plazo fatal, se hubieran apresurado los propietarios a registrar sus bienes: no lo creemos así».

<sup>154</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 131: «Por nuestra parte –y prescindiendo de cualquier juicio de valor en tema filosófico o político– pensamos que si bien en un sistema totalitario, colectivista o no, la necesaria vigilancia por el Estado de la actividad del individuo recomendaría la inscripción obligatoria de la propiedad inmobiliaria (en su caso, la permitida); en cualquier otro sistema las conveniencias del tráfico y las del crédito con garantía real se satisfacen con la protección al titular inscrito, al modo español [...]».

*teamiento* del instrumento de publicidad que tan meditada y esmeradamente se proponía construir la Ley Hipotecaria. Se entiende así que en ella la inscripción, aunque libre, y permaneciendo tal, resulte favorecida o estimulada tanto positiva como negativamente.

Efectivamente, en la doctrina actual está consagrada la distinción, al modo que acaba de indicarse, entre estímulos positivos y negativos a la inscripción<sup>155</sup>. Entre los primeros –ventajas resultantes de la inscripción– deben contarse, sin duda, la preferencia, de inspiración francesa, del titular inscrito frente a quien, habiendo adquirido antes el mismo derecho, no inscribió su adquisición (art. 32, originario 23 LH); el mantenimiento en su adquisición, con superación ya de la más débil protección francesa, de quien adquirió de titular inscrito que en el Registro aparecía con derecho para transmitir (art. 34)<sup>156</sup>, e incluso las ventajas propias de la legitimación registral, que, aunque sólo tardíamente desarrolladas tras la reforma hipotecaria de los años cuarenta, estaban ya contenidas *in nuce* en la Ley de 1861<sup>157</sup>. Entre los segundos –estímulos negativos– se sitúa el que ahora debe ocuparnos: el mandato de inadmisión por los Tribunales, Consejos y Oficinas del Estado de los documentos inscribibles y no inscritos<sup>158</sup>.

#### a) EL PROBLEMA DEL ARTÍCULO 313 LH

Se trata aquí, obviamente, de un estímulo negativo porque su poder de persuasión no consiste en la utilidad que la inscripción

<sup>155</sup> No siempre entendida de la misma forma [cfr., para otra forma de interpretarla, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones* ..., cit., p. 264], nosotros la empleamos en el sentido que le dan LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 137: «[...] estimular la inscripción voluntaria, ya en forma positiva, atribuyendo al ingreso en el Registro un creciente número de ventajas, ya en forma negativa e indirecta, limitando la eficacia de los derechos no inscritos, como medio de impulsar a los particulares a inscribirlos».

<sup>156</sup> Para la originaria inspiración germánica del artículo 34 LH y su posterior enturbiamiento en 1869 a consecuencia del añadido del requisito de notificaciones y edictos, cfr. CÁRDENAS: *Memoria histórica* ..., cit., RGLJ 1871, pp. 170-173, especialmente en ésta, las palabras finales: «[...] pero con la adición que después se ha hecho al artículo 34, lo transitorio se convierte en permanente, las causas de resolución de los derechos inscritos se multiplican de un modo indeterminado y del sistema alemán de publicidad previa y efectiva pasamos al sistema francés mixto de publicidad con efectos limitados y sin eficacia verdadera, a menos de completarla con un procedimiento especial dilatorio, costoso y que repugnarán de seguro los propietarios».

<sup>157</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *La evolución del principio de publicidad*, AAMN XIV, 1965, p., esp., 79.

<sup>158</sup> Así lo tratan LACRUZ-SANCHO: *op. et loc. ant. cit.* De este planteamiento se aparta en la doctrina actual GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 609 y ss., para quien la *ratio* del artículo 313 no está (pp. esp. 612-613) en ser un estímulo a la inscripción sino en la naturaleza del derecho real y en la eficacia conformadora o cuasiconstitutiva de la inscripción respecto al ejercicio del derecho real en cuanto a terceros.

reporta a quien la obtiene, sino en la «precaria y triste condición», por decirlo con palabras de Gómez de la Serna <sup>159</sup>, a que se ve reducido el titular que no inscribe su derecho. Así tan fácil y simplemente descrito el estímulo negativo, creemos conveniente añadir un dato aclaratorio para su exacta comprensión. Cuando, como aquí venimos haciendo, se distingue entre estímulos positivos y negativos no es que un mismo resultado de la inscripción se contemple desde el doble punto de vista de quien inscribe y de quien se abstiene de hacerlo, destacando el beneficio que de la inscripción obtiene el primero y, correlativa y contrariamente, el detrimento que de su omisión se sigue al segundo. Si tal se hiciera, estaríamos aludiendo a *un mismo efecto registral* en su anverso y en su reverso. Cuando en rigor se contraponen estímulos positivos y negativos habría que atender a resultados diferentes e independientes que, respectivamente, se siguen de la práctica o de la omisión de la inscripción. Negativos son aquellos que el titular del derecho padece exclusivamente por no haberlo inscrito; no los que experimente porque otro lo haya inscrito a su favor. A estos estímulos rigurosamente negativos pertenece la inadmisión oficial de los documentos no inscritos sancionada hoy por el artículo 313 de la Ley Hipotecaria (art. 396 de la de 1861), que Gómez de la Serna, empleando un criterio clasificatorio distinto, presentaba como un medio «indirecto» para imponer la inscripción, formado grupo con la manifestación más básica de la publicidad en su aspecto negativo, esto es, con la inoponibilidad a tercero de lo inscribible y no inscrito, y con la necesidad de previa inscripción del derecho del otorgante impuesta por el tracto sucesivo en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria <sup>160</sup>. Sin entrar aquí en el atormentado estudio del

<sup>159</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 146: «No menos eficaces que este medio son otros indirectos también, pero tan útiles casi como los directos, y que, en concepto de algunos, hasta podrían ser considerados como de esta última clase, porque hacen tan precaria y triste la condición de las personas que no inscriben los títulos, contratos y actos registrables, que para salir de ella todas las que sean medianamente previsoras y diligentes, no dejarán de inscribir».

<sup>160</sup> SERNA: *op. et loc. ant. cit.*: «Mas si la ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado. Entre estos medios indirectos puede considerarse como el primero la ineficacia de los títulos no registrados en perjuicio de tercero [...] No menos eficaces que este medio son otros indirectos también, pero tan útiles casi como los directos [...] Algunas de estas prescripciones se encuentran en la ley: a esta clase pertenece la que ordena el artículo 20 al establecer que sea causa bastante para suspender o denegar la inscripción la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trata a favor de la persona que lo transfiera o grave [...]. A la misma clase de medios indirectos corresponde el prescrito en el artículo 396, el cual establece que desde la publicación de la ley no se admitan en los juzgados y tribunales, ni en las oficinas del Gobierno ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro, si por él se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción».

artículo 313 en su detalle <sup>161</sup>, nos limitaremos a su consideración en la perspectiva de la problemática que nos viene ocupando: la de la voluntariedad de la inscripción como característica configuradora de nuestro sistema de publicidad registral inmobiliaria.

Y lo primero que en tal consideración debe observarse es la necesidad de distinguir con mayor cuidado los que globalmente presentaba Gómez de la Serna como estímulos indirectos a la inscripción para poder captar en su singularidad el significado del artículo 313 de la Ley. Desde luego que, aunque en algunas de sus interpretaciones, este precepto haya sido puesto en relación con el artículo 32 (originario 23 LH), cada uno de ellos tiene su propia naturaleza y significado. El artículo 32, del cual, como es sabido, se dijo que contenía en sí toda la Ley <sup>162</sup>, expresa el que acabamos de indicar como el más fundamental efecto sustantivo de la publicidad en su manifestación negativa; el artículo 313, en cambio, es de naturaleza indudablemente procesal o adjetiva. Por otra parte, mientras la inoponibilidad de lo no inscrito es consecuencia negativa de la omisión de la publicidad, que exige, simultáneamente a tal omisión por quien la padece, su llevada a efecto por el tercero en cuyo favor la Ley sacrifica el derecho de quien primero lo adquirió pero descuidó inscribirlo, la inadmisión de los documentos no inscritos resulta impuesta, sin más, por la Ley. No es, como antes distinguíamos, el reverso de una situación o efecto favorable a otro, sino que ella sola es el objeto de una medida legal dirigida exclusivamente a fomentar el ingreso de los derechos reales en el Registro de la Propiedad. En una palabra: la inoponibilidad sustantiva de lo no inscrito es el reflejo en negativo de la preferencia reservada por la Ley al derecho inscrito; en tanto que la inadmisión del documento no inscrito es el contenido único –estímulo negativo– de la medida legal que la impone. Y por lo que hace a la comparación entre los artículos 313 y el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es bastante claro que este último no es un simple estímulo extrínseco y negativo a la inscripción: es una necesidad organizadora (desenvolvimiento técnico del Registro) para lograr la plena efica-

---

<sup>161</sup> Aparte la atención dedicada al precepto en las obras generales, entre las que serían de destacar las de ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, LACRUZ-SANCHO y GARCÍA GARCÍA, el problema de la inadmisión procesal de los documentos no inscritos provocó muy vivo debate a partir de la redacción del artículo 355, dedicado a ella en la Ley de 30 de diciembre de 1944. Amplia noticia bibliográfica al respecto, en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 275, nota 54.

<sup>162</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 562: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, éste artículo era sólo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción, el artículo 354» (cva. del a.).

cia aseguradora (eficacia máxima) de la publicidad registral. Por otra parte, si el artículo 20 impone la previa inscripción del derecho del otorgante, lo hace, instrumentalmente, como requisito para engarzar tabularmente el que ahora, *voluntariamente*, se quiere inscribir. Las cosas eran distintas en el originario artículo 396 y lo siguen siendo en el vigente 313. La inadmisión de los documentos inscribibles y no inscritos no se impone en ellos a quien intenta una operación registral y como requisito para la consistencia y garantía de la información que el Registro está llamado a proporcionar. Mientras el artículo 20 responde a una exigencia de buena organización del Registro impuesta a quien quiere aprovechar sus ventajas, el 396 de 1861, como el actual 313, es una medida de pura imposición de la inscripción a quien pretendía hacer valer su derecho sin haberlo inscrito ni tener intención de hacerlo. Es este carácter exclusivamente coactivo el que va a generar las inevitables aporías del precepto determinando la imposibilidad de su encaje en un sistema que se declara como de inscripción facultativa o libre. Prueba de ello puede ser su constante ineffectividad práctica <sup>163</sup>, a pesar de las distintas redacciones, más o menos amplias y rigurosas o más o menos matizadas, a que ha sido sometido a lo largo de su estéril y accidentada historia <sup>164</sup>. Del artículo 313 se ha venido a

<sup>163</sup> De su formulación en 1944 decía DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*. Madrid 1945, p. 162: «Si como profesional lo lamento, como jurista reconozco que el actual artículo 355 ha dado un paso en el vacío y recelo que no tenga mejor trato judicial que el anterior 389», precepto que (p. 160) «fue siempre interpretado restrictivamente por la jurisprudencia, tan restrictivamente que llegó a ser ineficaz». «De seguro —añade en p. 163— no faltarán subterfugios interpretativos para desviarse de la rigidez del nuevo artículo 355», con lo que — p. 163—, presume estéril el radicalismo de la reforma. COSSÍO: *op. cit.*, p. 166: «En todo caso hay que reconocer que la norma del actual artículo 313, como la del anterior 389 de la L. H., es una norma en absoluto desuso». ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 270: «Este artículo 313 de la Ley Hipotecaria y concordantes de la misma y del Reglamento Hipotecario, responden a un criterio normativo extraño al sistema adoptado por nuestro Derecho inmobiliario registral y que ya desde sus inicios estaba condenado a ser letra muerta»; p. 275: «Nosotros arremetimos bien pronto contra esta innovación introducida en la Ley Hipotecaria, que era un retorno a un precepto anterior fracasado, y temimos que pudiera poner en ridículo al legislador, aunque le auguráramos su ineficacia, conforme la realidad ha demostrado»; p. 292: «Son tantos los puntos vulnerables, aparte de los ya señalados, que se han atribuido al artículo 313 de la Ley Hipotecaria y demás concordantes, que su indicación nos extendería demasiado en un tipo de normas de tan escasa efectividad práctica». SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 285-288, desmenuza las diversas situaciones en que el artículo 313 podría ser aplicable para dejar comprobado que el mismo es «un precepto inútil para las acciones ejercitadas contra titular inscrito; profundamente perturbador para las ejercitadas contra titular no inscrito».

<sup>164</sup> Aparece en la Ley de 1861, en el Tít. XIV: De la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente Ley, artículo 396: «Desde la publicación de esta Ley no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno, ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el registro, si por él se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguiesen derechos sujetos a inscripción, según la misma Ley», que com-

decir que es un precepto llamado a dar tanto que hablar como poco o nada que hacer <sup>165</sup>.

Naturalmente, la condición aporética del actual artículo 313 brota como inevitable consecuencia de su oposición al espíritu general de la Ley Hipotecaria. Dejando ésta la práctica de la inscripción a la libre iniciativa de los interesados, no puede adivinarse en qué fundamento se pueda apoyar la inadmisibilidad en las instancias oficiales de los documentos no inscritos que en términos tan absolutos imponía en 1861 el artículo 396 de la Ley. La lectura de la Exposición de Motivos en el párrafo que le dedica <sup>166</sup> –aquí sí

---

pletaba el 397: «El propietario que careciere de título de dominio escrito, deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesión ante el juez de primera instancia del lugar ...».

Se reforma en 1869 de acuerdo con la siguiente y más matizada redacción: artículo 396. «Desde la publicación de esta Ley no se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción según la misma ley, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito.

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá admitirse en perjuicio de tercero el documento no inscrito y que debió serlo, si el objeto de la presentación fuere únicamente corroborar otro título posterior que hubiere sido inscrito.*

*También podrá admitirse el expresado documento cuando se presente para pedir la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel documento.*

En 1909, modificada la rúbrica del Tít. XIV: De los documentos no inscritos y de la inscripción de las posesiones, la norma se lleva al artículo 389: «No se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las Oficinas del Gobierno ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro, por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción, según la misma ley, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero derecho que debió ser inscrito».

En 1944 se vuelve al rigor de 1861: artículo 355: «Los Juzgados y Tribunales ordinarios o especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado, Provincia y Municipio no admitirán ningún documento o escritura por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si antes no se tomó de ellos razón en el Registro».

Finalmente, en 1946 la norma, en el Tít. XIII: De los documentos no inscritos, artículo 313, queda como sigue: «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado no admitirán ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito. Si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá, cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerles valer ante los Tribunales, Consejos y Oficinas expresados.

Se exceptúa de dicha prohibición la presentación de documentos o escrituras a los efectos fiscales o tributarios.

En los expedientes de expropiación forzosa que se sigan contra el que tenga los bienes en concepto de poseedor no será necesario que éstos tengan tomada razón de dicha situación en el Registro».

<sup>165</sup> DEL VALLE: *Consideraciones sobre la nueva ley reformadora de la ley Hipotecaria*, RCDI 1945, p. 809. Exactamente: «está llamado a dar mucho que decir, aunque poco o nada que hacer». La cita está tomada de ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 270, nota 2.

<sup>166</sup> E. M., p. 333.

todo un modelo de candorosa ingenuidad— basta para hacerse cargo de su elevado componente inconsecuente y problemático:

«Pero la más firme garantía del cumplimiento de la Ley, tanto respecto a los derechos antiguos como a los nuevos que se constituyan, está en la prohibición que expresamente se establece en admitir en los Juzgados, Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las Oficinas del Gobierno, ningún documento de que no se haya tomado razón, si por él se constituye, transmite, reconoce, modifica o extingue derecho sujeto a inscripción. De seguro que cuando todos vean que esta prescripción es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza la ineficacia de los títulos no registrados, que los Tribunales aplican con todo rigor la Ley, serán más diligentes en apartar de sí las perjudiciales consecuencias que una omisión culpable puede ocasionarles.»

¿*Culpable* la omisión de la inscripción? De culpa sólo puede hablarse jurídicamente cuando alguien descuida el cumplimiento de una obligación o deja de adoptar las precauciones a su alcance para evitar a otro un daño. Y es el caso que la Ley Hipotecaria, por un lado, si de algo se encarga como misión irrenunciable es de evitar a los terceros de buena fe cualquier posible perjuicio proveniente de la existencia de derechos o gravámenes reales no inscritos; y, por otro, que esta misión la asume sin imponer a nadie la obligación de inscribir: justamente porque entiende que, sin necesidad de hacerlo, basta a la protección y seguridad de los terceros garantizarles que, para ellos, lo no inscrito es como si no existiera. Desde estos presupuestos se entiende perfectamente que tanto la Exposición de Motivos como Gómez de la Serna digan con tanta frecuencia que el titular que no inscribe se presume que renuncia a su derecho en colisión con el del tercero que se acoge al Registro<sup>167</sup>. ¿Cómo, entonces, aparece ahora la idea de *culpa* para calificar la omisión de quien no inscribe? ¿Es acaso obligatoria la práctica de la inscripción? A la luz de lo dicho en la Exposición de Motivos se entiende que autores como Oliver<sup>168</sup> o Hernández de Ariza<sup>169</sup>

<sup>167</sup> *Vid.*, e.c., los textos, aparecidos ya con anterioridad en estas notas, de la Exposición de Motivos en pp. 249, 302 ... o en GÓMEZ DE LA SERNA, pp. 413, 458 ...

<sup>168</sup> OLIVER: *op. cit.*, pp. 563-564: «Creyendo el legislador que las ventajas otorgadas a la inscripción de los derechos reales adquiridos antes de la publicación de la Ley, no eran estímulos bastante eficaces para que se practicase en breve tiempo, adoptó otros que constituyen una verdadera pena de carácter civil. [...] Consiste el segundo de dichos estímulos, en la prohibición absoluta impuesta a los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales ...».

<sup>169</sup> HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 59: «Pero son tantas las excepciones de esta regla [que el registro de la propiedad no sea obligatorio], tan considerables las ventajas de la nueva inscripción, y tan graves y trascendentales los perjuicios que de omitirla o descuidarla se ha de seguir al propietario, que equivalen en conjunto, si no exceden en eficacia, a la pena de nulidad, que impuesta como en la legislación anterior de una manera absoluta y

vieran en el artículo 396 de la Ley la imposición a quien no inscriba de una auténtica pena civil, de efecto que excede al de la misma nulidad, y desmentidora en el terreno de la realidad de lo que teórica o programáticamente se había presentado como el principio o criterio de la voluntariedad de la inscripción.

Pero no queda aquí lo problemático, inconsecuente o contradictorio: ... *cuando todos vean que esta prescripción es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza la ineficacia de los títulos no registrados ...* ¿Cómo puede imponerse para el futuro la continuidad —ahora pretendidamente hecha efectiva— de una línea de coactividad que a partir de la Ley Hipotecaria tendría necesariamente que quedar desprovista de la base que en el anterior Derecho —aunque no lo lograra de modo efectivo— pudo sustentarla? Constitutiva o no, para la validez *inter partes* o para que perjudicara a tercero, la toma de razón se imponía obligatoriamente en las antiguas Pragmáticas y en la legislación inmediatamente anterior a la Ley Hipotecaria. Justamente la comprobación del continuado fracaso de las medidas coactivas al servicio de dicha obligatoriedad —entre ellas, destacadamente, la inadmisibilidad de los documentos no registrados— fue una de las razones que llevaron al cambio de signo de la nueva Ley en esta materia. ¿Cómo es que ahora, cuando la inscripción pasa a ser facultativa, se pretende la continuidad de una medida cuyo componente de coactividad sólo se justificaría sobre la base de la obligatoriedad de la inscripción? ¿Qué extraño resulta esto de que comience a hacerse efectiva la hasta ahora no lograda imposición de la inscripción justo a partir del momento en que la Ley renuncia a exigirla obligatoriamente y decide con plena deliberación confiar su práctica a la libre decisión de los interesados, a quienes servirán de estímulo los beneficios que de ella pueden obtener! La extrañeza sube de punto y pasa a ser perplejidad cuando se intenta seguir el discurso de Cárdenas en su refutación de la censura que algunos dirigieron contra la Ley Hipotecaria por considerarla retroactiva<sup>170</sup>. ¿Qué difícil equilibrio entre la afirmación de que la

---

por un interés puramente fiscal, llevaba consigo cierto carácter de violencia, y se reputó contraria a los principios de justicia».

<sup>170</sup> CÁRDENAS: *Memoria ... cit.*, pp. 150-151: «La Comisión tributó el respeto más escrupuloso a los derechos adquiridos, hasta el punto de admitir una excepción temporal a su sistema, dejando subsistente sin necesidad de inscripción, las hipotecas legales entonces existentes por razón de dote, de peculio o de bienes reservables, si bien adoptando para excluirlas o *especializarlas* [cva. del a.], el procedimiento de liberación, según queda antes dicho. Sin embargo, no ha faltado quien critique a la ley por retroactiva, en cuanto ponía a los propietarios en la necesidad de inscribir sus fincas para mantener la *realidad* [cva. del a.] de sus derechos. Censura a la verdad infundada, porque la obligación legal de inscribir todos los derechos reales existía ya consignada, parte en las leyes civiles y totalmente en las fiscales; y si bien la sanción de este precepto no consistía ya como antes, en la pérdida del derecho, tampoco en la nueva ley se impuso, quedando reducida la en ella señalada, a no poder»

Ley «no privó [...] a los propietarios de ninguno de sus derechos, ni aun siquiera de la facultad de no inscribir» y la de que la acusación de retroactividad era infundada «porque la obligación legal de inscribir todos los derechos existía ya consignada», y lo que ahora la nueva Ley venía a imponer «era lo mismo que estaba antes mandado»! ¿Cómo casar esta última idea con las palabras de la Exposición de Motivos<sup>171</sup>: ... *por esto se separa [la nueva Ley] de lo que hoy está escrito en nuestras leyes ...* y con la nueva imagen de la inscripción innecesaria y libre siempre que su omisión no lleve a engaño a terceros? Pasado el tiempo, una nueva manifestación del componente contradictorio introducido en nuestro Ordenamiento de la publicidad registral inmobiliaria por la inadmisibilidad procesal de los documentos no inscritos puede verse en la crítica de Roca Sastre al precepto que hoy la impone: haciendo *leit motiv* de dicha crítica la afirmación de que el artículo 313 de la Ley Hipotecaria resulta un cuerpo extraño, incongruente respecto al régimen general establecido en el Código Civil y en la misma Ley Hipotecaria –concretamente, respecto a la innecesariedad de la inscripción para la constitución de los derechos reales y a la voluntariedad de la inscripción–<sup>172</sup>, mantiene

se destinar a ningún uso oficial, ni oponerse a tercero, los documentos registrables que no hubieran sido inscritos oportunamente. Esto era lo mismo que estaba antes mandado y se practicaba, con la única diferencia del término en que la inscripción había de hacerse. Hallábase ésta ordenada por las leyes anteriores en plazos que habían venido prorrogándose al arbitrio del Gobierno: el propietario que no cumplía con tal obligación, quedaba sujeto al pago de una multa, y no podía presentar su título en juicio, ni oponerse por lo tanto a las pretensiones de un tercero: ¿cómo había, pues, de violarse su derecho, ni tener la ley respecto a él efecto retroactivo, cuando sin ordenar expresamente la inscripción, se limitaba a prohibir como antes el uso oficial de los títulos no inscritos y su efecto contra tercero, que mediante tal omisión hubiese adquirido algún derecho? La Ley señaló un nuevo plazo, como había señalado otros el Gobierno, para la inscripción de los títulos anteriores a ella: también permitió estas inscripciones en todo tiempo, pero con la diferencia de que así como las primeras habían se surtir su efecto contra tercero desde la fecha del título, si el derecho constaba en el mismo, así las segundas no habían de producir tal efecto, sino desde su propia fecha. No se privó por lo tanto a los propietarios de ninguno de sus derechos, ni aun siquiera de la facultad de no inscribir; lo que se hizo, fue privarles de la de defraudar al tercero, manteniendo ocultas las cargas que pesaban sobre su propiedad y enajenándola como libre cuando era gravada: sería absurdo suponer que los propietarios tenían derecho perfecto a no ser obligados a cumplir ninguna nueva formalidad externa para mantener incólume su dominio, pues si el Estado se obliga a conservarlo y defenderlo, es porque tiene el derecho de fijar las condiciones que deban cumplir los propietarios para que tal defensa sea posible; y la primera de las indispensables para asegurar la propiedad de todos, es conocer bien la de cada uno. Las leyes que prescriben tales formalidades son en realidad adjetivas, y por lo tanto pueden, sin inconveniente alguno, tener efecto retroactivo. Si así no fuese, no se podría obligar a los propietarios a que contribuyeran a la formación del catastro, ni a la del censo, ni se podrían aumentar los impuestos, ni podrían dictarse otras muchas leyes, a las cuales no se opuso nunca el vicio de retroactivas». Se desarrolla el tratamiento de este punto en el Apéndice XVIII (pp. 529-533): *Informe sobre la exposición de la Diputación Provincial de La Coruña, pidiendo que la ley Hipotecaria se aplique solo a los bienes que en adelante se adquieran.*

<sup>171</sup> P. 236.

<sup>172</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., p. 270: «Este artículo 313 de la Ley Hipotecaria y concordantes de la misma y del Reglamento Hipotecario, responden a un cri-

al mismo tiempo que dicho artículo no impone forzosamente la inscripción sino que, presupuesta su voluntariedad, se limita a estimularla <sup>173</sup>, razón por la cual —entiende— tampoco puede considerarse pieza contradictoria violentamente introducida en el sistema <sup>174</sup>. ¿No

terio normativo extraño al sistema adoptado por nuestro Derecho inmobiliario registral y que ya desde sus inicios estaba condenado a ser letra muerta»; p. 272: «[...] la medida de la inadmisibilidad por los correspondientes organismos oficiales de los documentos no registrados tiene un añejo origen, pues procede del régimen jurídico de las antiguas Contadurías de hipotecas, que adoptaba el criterio de inscripción obligatoria, y que debido precisamente a este origen, tal medida es completamente extraña al sistema general de voluntariedad de la inscripción implantado por la ley Hipotecaria de 1861 y seguido sustancialmente por las leyes posteriores sobre la materia, de suerte que desentona con el sistema fundamental que persiste en nuestra legislación hipotecaria»; p. 273: «[...] en el fondo la ley Hipotecaria de 1861 seguía sustancialmente la misma medida de inadmisión de los documentos registrables no registrados que adoptó antes la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, reforzada por las citadas disposiciones posteriores de carácter predominantemente fiscal. Pero la posición de dicha primera ley Hipotecaria en este punto estaba completamente falta de lógica, pues tal medida de inadmisibilidad encajaba perfectamente con aquel sistema antiguo registral, porque en él la inscripción era obligatoria, forzosa, coercitiva, pero constituía un contrasentido en la ley Hipotecaria de 1861 que precisamente inauguraba en la materia el criterio o idea directriz de la voluntariedad de la inscripción; es decir, en ella, tal medida era una especie de cuerpo extraño, pues discordaba de la economía general adoptada por el nuevo régimen inmobiliario registral»; p. 275: «Pero en verdad lo hecho con este artículo 355 de la ley de reforma de 1944, fue volver a tropezar de la misma manera que la ley Hipotecaria de 1861 lo hizo, al adoptar la medida de la inadmisibilidad de lo registrable no registrado, sin caer en la cuenta que ésta, al menos, tal como estaba regulada, era una medida más propia de los sistemas de inscripción obligatoria o forzosa, pero no de un ordenamiento jurídico inspirado en la voluntariedad de la inscripción»; p. 276: «De cuanto queda expuesto se desprende con claridad que, el criterio general de inadmisibilidad oficial de los documentos registrables no registrados adoptado por la ley Hipotecaria vigente, carece de consistencia en el sentido de no concordar con la regla general imperante en nuestro sistema de inscripción voluntaria»; p. 292: «La inadmisibilidad de los documentos registrables no registrados relativos a fincas inmatriculadas, por su alcance tan general, no sólo pone de relieve la inadecuación de esta medida en un sistema que adopta la voluntariedad de la inscripción, sino que constituye un atentado al Código civil y a la directriz general de la legislación hipotecaria que no interfiere, como regla, el Registro en el proceso adquisitivo del dominio y de los demás derechos reales sobre inmuebles. Pero la irregularidad de este dispositivo normativo sube de punto respecto de las fincas no inmatriculadas, aunque la inadmisibilidad se limite en cuanto a tercero en este caso, pues aquí es aún menos soportable la injerencia del Registro que producen los preceptos criticados».

<sup>173</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 270: «Referente al artículo 313 de la ley Hipotecaria y concordantes, es indiscutible que no constituye ninguna manifestación del criterio de inscripción obligatoria o forzosa, sino un estímulo a la inscripción» (cva. del a.).

<sup>174</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 295, nota 1: «[...] El artículo 313 de la ley podrá criticarse cuanto se quiera, o con razón, pero no por estas consideraciones, pues las mismas podrían ser igualmente referidas al requisito de la liquidación de los impuestos transmisivos, sucesorios, etc. Precisamente por esto, o sea, por hacer de la inscripción un requisito de juego semejante al de estos dos impuestos indicados, es vulnerable el sistema adoptado por dicho artículo 313 de la ley Hipotecaria. Este precepto no deroga en nada al Código civil, pues simplemente exige un requisito más para el ejercicio oficial de los derechos reales, al igual como ocurre con los dos referidos impuestos. Claro que los impuestos son coercitivos y la inscripción es algo facultativo, pero es que el legislador hipotecario o mejor dicho el Estado ha querido con tal artículo 313 hacer tan indispensable la inscripción que aprovecha la ocasión de que un título registrable no registrado acuda a él, para rechazarlo mientras no se registre, pues precisamente por el carácter facultativo de la inscripción no quiere imponerla de oficio o coactivamente en todo caso».

ha contagiado el artículo 313 su propia incongruencia a la doctrina que lo comenta y critica? Si la norma constituye un simple estímulo a la inscripción, precisamente por su propia voluntariedad, ¿dónde queda su incoherencia respecto al espíritu general del Ordenamiento? Y, sin embargo, nos parece, la incoherencia existe.

Es verdad que se la rebaja notablemente cuando en la interpretación del artículo 313 se llama la atención sobre su carácter adjetivo, y se limita su objeto y efecto: simple inadmisión –provisional– del documento, sin impedir la validez y eficacia del derecho en él reflejado; simple exclusión de la prueba documental, que no impide la admisión y práctica de cualquiera otra por la que el derecho pueda hacerse valer sorteando la necesidad de su previa inscripción<sup>175</sup>. Se rebaja la incoherencia, pero subsiste. Primero, porque incoherente es –si no arbitraria– una limitación procesal sin fundamento sustantivo suficiente<sup>176</sup>; una limitación, además, que en el caso en estudio resulta particularmente grave por ser la documental la prueba normalmente más adecuada a la demostración del dominio y demás derechos reales inmobiliarios. Pero subsiste, también, porque donde se ventila la efectividad de un derecho privado y disponible no se explica la imposición de esa inadmisión «de oficio» que el artículo 313 se esfuerza a todo trance en obtener<sup>177</sup>. Y aquí

<sup>175</sup> ASÍ, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, esp., pp. 283-285; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 138-140; ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 286-291 y 294: «No obstante, conviene reducir el artículo 313 de la ley a sus debidas proporciones y éstas consisten solamente en negar eficacia o valor probatorio, ante los organismos públicos y en cuanto afecten a una persona, a los títulos registrables *mientras* [sub. del a.] no estén registrados. Que esto supone una dificultad o complicación en el ejercicio de los derechos reales inmobiliarios no cabe duda, pero nada más que una simple dificultad; todo lo demás es exagerar el alcance del artículo 313 de la ley y desenfocar la cuestión»; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos ...*, cit., p. 479.

<sup>176</sup> DE LA RICA: *op. cit.*, p. 161, criticando la redacción de 1944: «Con un obstáculo de índole procesal, la no admisión de documentos por los Juzgados y Tribunales, se altera la legislación sustantiva tradicional»; Para SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 288, la incoherencia condena al artículo 313 a su propia esterilidad: «Esta colisión [la que lleva a la derogación de una norma por otra] no se da entre el artículo 313 y el Código civil. Este Cuerpo legal regula, con carácter sustantivo y desde el punto de vista del Derecho civil, las reglas fundamentales de la adquisición del dominio y demás derechos reales; en cambio, el artículo 313 regula, desde un punto de vista meramente procesal, adjetivo y administrativo, un requisito del documento, no para su validez, sino para su simple admisión por los organismos competentes. No existe, pues, colisión o incompatibilidad, en sentido técnico, que dé lugar a la derogación, sino sólo una contradicción entre ambas leyes, que habrá de resolverse en favor de una u otra, y esto supuesto, es evidente que, por su carácter sustantivo habrá de ser preferente el Código civil. [...] Como dice González Palomino, “reconocer un derecho como eficaz y perfecto en sí mismo y en su adquisición y negarle amparo por falta de un requisito facultativo, que entre partes no le da fuerza alguna, es absolutamente injusto y absolutamente ilegal, ya que nuestro sistema no se ha modificado y el Código civil sigue intacto”».

<sup>177</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 296, señalando los puntos vulnerables del artículo 313: «2. La inadmisibilidad de los documentos registrables no registrados la establece la ley Hipotecaria en estos preceptos como medida procesal *de oficio* [cva. del a.], lo cual está falto de lógica. [...] Esto se explicaría si ella respondiera a un interés público dominante,

debe salirse al paso a una fácil confusión: una cosa es que el aseguramiento del tráfico inmobiliario mediante la publicidad registral se considere como una necesidad de interés general<sup>178</sup>, y otra distinta que, en razón de ella, haya que imponer obligatoriamente la inscripción de los derechos reales<sup>179</sup>. Basta al interés general de la seguridad que quienes efectivamente la pretendan, puedan obtenerla acogiéndose al Registro, aunque sea a costa de quienes no se preocuparon de llevar a él su derecho.

Es cierto también que la incoherencia entre la voluntariedad de la inscripción y la inadmisión procesal de los documentos no inscritos desaparece cuando los preceptos que imponen esta última, en sus redacciones más matizadas de 1869 (art. 396) y 1909 (art. 389), la limitan literalmente al caso de que *el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito*. Lo mismo ocurriría hoy en la interpretación, forzada y trabajosa, que entiende que el artículo 313, en la doble hipótesis distinguida en su «enmarañada» redacción<sup>180</sup>, ordena la inadmisión de los documentos no inscritos sólo cuando se pretende hacer valer los derechos en ellos consignados frente a tercero inscrito<sup>181</sup>. Pero tanto en aquella redacción como en esta interpretación, la inadmisión pierde significado propio y gran parte de su justificación y utilidad autónoma: queda reducida, en la interpretación más común de las versiones de 1869 y 1909, a mera duplicación procesal de lo que sustantivamente es el efecto primario de la publicidad<sup>182</sup> —la

---

pero no debe ser así, puesto que de existir este tipo de interés el legislador debía proceder a implantar la inscripción obligatoria o forzosa, todo lo que demuestra lo contradictorio de la medida implantada».

<sup>178</sup> Así la consideraba LUZURIAGA: *Concordancias ...*, cit., p. 934: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contraer con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar; no el daño aislado de una persona privada».

<sup>179</sup> En sentido contrario, LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 2.ª ed., Madrid 1959, pp. 188-198, esp., 194: «Si el Registro de la Propiedad, además de institución jurídica relativa a los derechos reales privados inmobiliarios, lo concebimos como servicio público y social de nuestro tiempo, ya que por unas u otras razones no lo fuera en épocas pasadas, la inscripción debe ser obligatoria».

<sup>180</sup> Así la califica GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 615: «Y no es que haya que dejar sin culpa al legislador, pues creó una verdadera maraña con la última redacción del artículo 313, sino que ante esa maraña lo menos que se puede pedir a la doctrina es que haga una interpretación lógica y conforme a la ley y no contraria a ella». ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 271 —su cita valga como expresión de la crítica doctrinal a la redacción del precepto— la considera «deplorable».

<sup>181</sup> Interpretación sostenida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 585-589, y por GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 617-626.

<sup>182</sup> CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 85: «De conformidad con los anteriores argumentos, se consignó en los artículos 23 y 25 de la ley que los títulos sujetos a inscripción que no estuvieran inscritos no podían perjudicar a tercero, y que los títulos inscritos surtirán efecto,

inoponibilidad de lo inscribible no inscrito— o, en las actuales y minoritarias interpretaciones del artículo 313, a mera consecuencia procesal del principio de legitimación registral<sup>183</sup> o del peculiar valor «conformador» y cuasiconstitutivo de la inscripción en nuestro Derecho<sup>184</sup>. La incoherencia de fondo desaparece, pero no los problemas. El principal se indicó ya anteriormente: ¿por qué esa medida procesal de oficio en materia privada y disponible? Complementariamente podríamos anticipar otro de cuyo tratamiento nos ocuparemos algo más adelante: el del valor «conformador» de la inscripción. En la interpretación común el artículo 313, al igual que sus precedentes, desde una *ratio* conocida y cierta —el estímulo a la inscripción—, contiene una norma problemática por contraria al criterio general de la Ley en su materia; en la singular que últimamente se propone vendría a ser una norma igualmente problemática desde el punto de vista de la voluntariedad de la inscripción, y a

---

aun en contra de los acreedores singularmente privilegiados. Y por si no fueran bastantes estas declaraciones, tan expresivas, se añade en el artículo 389 que no se admitirá en los Juzgados y Tribunales [...]; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 271: «De esta suerte, el sistema de la Ley era lógico. Aunque se promoviera un pleito contra tercero inscrito en virtud de títulos no inscritos, daba el triunfo al primero con arreglo al artículo 23. Mas con el fin de evitar toda molestia al titular inscrito, completaba el precepto sustantivo con la regla procesal de la inadmisión del documento»; ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 273-274: «[...] Por eso al modificarse la ley Hipotecaria en virtud de la ley de reforma de 21 de diciembre de 1869 modificóse dicho artículo 396, sin más que agregar a su primer párrafo las importantes palabras, por lo fundamentales que eran, de “si el objeto de la presentación fuere *hacer efectivo en perjuicio de tercero* [cva. del a.] el derecho que debió ser inscrito”. [...] Gracias a esta reforma, la norma de inadmisibilidad de lo registrable no registrado cambió completamente de signo, pues se mantuvo dentro de la motivación básica inspiradora del criterio de voluntariedad de la inscripción querido por nuestra ley Hipotecaria de 1861, cesando la contradicción antes existente en este punto. Pero a pesar de ello la inconveniencia de aquel precepto de inadmisibilidad, si bien descendió mucho de grado, subsistía como una medida inútil, por lo redundante [...]». LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 138: «No duró mucho este precepto de alcance tan general: en la reforma hipotecaria de 1869 se limitó la inadmisibilidad al supuesto de perjudicar a *tercero* [cva. del a.], y como se entendía que el tercero aquí aludido era el que había inscrito su derecho y estaba ya protegido registralmente, la norma resultaba una repetición de la regla de inoponibilidad del título no inscrito».

<sup>183</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, p. 585: «Consecuencia lógica del principio de legitimación debería ser el de la exclusividad de la prueba registral en cuanto a los derechos inscritos. El Registro, puesto que es la prueba oficial, debería ser, en principio, la única prueba admisible (como ocurre con el Registro Civil). A este resultado se aproxima el sistema español con lo dispuesto en el artículo 313 L. H. y concordantes [...]». *ID.*, pp. 605-606: «El que registralmente aparece como tercero protegido goza, como todo titular registral, de la legitimación registral (cf. art. 38 Ley Hipotecaria) pero los efectos legitimadores están entonces especialmente reforzados: 1.º Los títulos inscribibles relativos a los derechos reales inscribibles no inscritos no pueden ser admitidos, en perjuicio de tercero, por los Tribunales u órganos públicos (art. 313 L. H. según la interpretación que le hemos dado)».

<sup>184</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. esp., 612-613: «No estamos, pues, ante un problema de limitación de los medios de prueba, sino ante un problema de *constitución plena de los derechos reales respecto a terceros*, es decir, de *existencia del derecho real en su plenitud. La interpretación del artículo 313 está relacionada con el carácter y naturaleza del derecho real, y con la eficacia “conformadora” o cuasiconstitutiva de la inscripción respecto al ejercicio del derecho real en cuanto a terceros* [cva. del a.]».

cuya problematicidad en tal concepto vendría a añadirse la de la *ratio* dogmática que la fundamentaría.

La conclusión se impone por sí misma. El artículo 313 de la Ley Hipotecaria, sin aplicación práctica, enturbia la claridad del sistema. Nada se pierde en él si desaparece. Los estímulos han de provenir a la inscripción de sus positivas ventajas. De la «triste y precaria» condición de quien no inscribe, sólo en cuanto ésta es el reverso de la robustez que el derecho adquiere una vez inscrito. Si antiguamente podía hablarse de una *beata possessio* y de unos *beati possidentes*, hoy, a la «tristeza» del titular no inscrito lo que puede oponerse es la dicha y tranquilidad de quien tiene inscrito su derecho.

b) LAS CONSIDERADAS EXCEPCIONES AL CRITERIO GENERAL DE LA VOLUNTARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN Y DE SU FUNCIÓN PUBLICADORA. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN LA HIPOTECA

Trataremos esta materia avanzando una advertencia sobre el modo en que en ella nos parece que se debe proceder y distinguiendo en su tratamiento tres momentos o puntos distintos: el primero, la nitidez y limpieza con que en 1861 se establece generalmente la inscripción voluntaria y publicadora; el segundo, la apertura de la primera brecha en la unidad del sistema al considerarse constitutiva la inscripción en la hipoteca; y el tercero, el posterior proliferar de los más variados supuestos de inscripción obligatoria o constitutiva.

Vaya por delante la advertencia: en nuestra opinión, hay que conducirse en esta materia con suma cautela. La confusa fronda de las excepciones, brotada de la inexplicada e inexplicable redacción del artículo 1875 del CC y desarrollada en el caldo de cultivo de la crítica a la orientación del sistema, no debe hacernos perder de vista el norte de la inscripción voluntaria y no constitutiva. Tampoco debería dejarnos sugestionar la idea de que la inscripción necesaria sea la línea deseable y de futuro cuya luz deba guiar la labor del intérprete. Por el contrario, mientras quepa un resquicio de duda razonable habrá de estarse al criterio general en cuanto al carácter y valor de la inscripción registral.

Y formulada la advertencia, bueno será todavía precisar algo más lo que ella implica y no implica. No implica, naturalmente, que vayamos a pretender que, ni en este ni en ningún otro punto, el legislador de 1861 marcara la pauta forzosamente al legislador del futuro. Tampoco, que, si la excepción se produce, tengamos que empecinarnos en negarla. Sí supone, en cambio, aprecio por el sis-

tema y convicción de su acierto. Supone, igualmente, consciencia de que en el problema aquí planteado se ventila una cuestión técnica que como tal debe ser tratada siempre que su solución resulte problemática.

Quizá este último punto requiera todavía alguna explicación. Queremos decir en él que en sectores jurídicos de gran densidad dogmática y sistemática se producen con alguna frecuencia ocasiones en las que toca al intérprete hacer valer la coherencia del sistema frente a la ligereza del legislador sectorial de turno. Esta afirmación —que a primera vista puede parecer petulante pero que no sonará a nuevo a quienes estén medianamente avezados en el razonamiento jurídico— no desconoce la jerarquía de las fuentes del Derecho ni pretende alterarla. Simplemente se apoya en la fuerza inmanente al sistema y en la consistencia de sus conexiones. Es la misma ley la que, desde su propia trabazón sistemática, y de forma parecida a como cualquier organismo vivo tiende a repeler los cuerpos extraños, se encarga de neutralizar los elementos espuriamente introducidos en ella. Al intérprete tocará advertirlo iluminando siempre lo extraño y dudoso por lo normal y cierto. La tarea es importante. De ella depende la preservación del Ordenamiento como conjunto armónico de soluciones inspiradas por unos mismos principios, o su degeneración en un adefesio sin explicación posible y abierto a toda sorpresa. ¿Se nos objetará que entramos en la materia a tratar bajo el influjo de un cierto apriorismo? Lo admitimos si con nosotros se conviene que se trata no de nuestro apriorismo subjetivo, sino del asentado por la ley —en tal caso no hay ya propiamente apriorismo— al fijar las bases del sistema. No se niega la posibilidad de que en casos concretos y por fundadas razones el legislador pueda modificar su criterio. Lo que se mantiene es que para poder entender que ello ocurre es necesario aducir justificación suficiente a tal cambio, así como corrección técnica y claridad suficiente en su formulación. Sin tales condiciones la cuestión quedará abierta a la duda, y en ella debe decidir la fuerza y la unidad del sistema.

1. Advertido lo anterior y entrando ya en materia, procede comenzar, según el orden antes anunciado, examinando las excepciones a la voluntariedad de la inscripción en el mismo planteamiento de la Ley Hipotecaria y en su interpretación por la doctrina que más tempranamente la comenta. Dos notas destacan en esta primera época: que las excepciones se limitan a la sola voluntariedad de la inscripción, y que, con una cierta confusión de ideas, cuando éstas se señalan no se están indicando propiamente casos que en rigor lo sean de inscripción excepcionalmente obligatoria, al

menos en el sentido que hoy suele darse a esta expresión. Veámoslo separadamente, aunque sea con toda brevedad.

Primero: las excepciones al criterio legal ordinario se limitan a la voluntariedad de la inscripción. Queremos decir con ello que, respecto del doble carácter configurador de nuestra inscripción registral —la voluntariedad de su práctica y su función meramente publicadora— es sólo el primero el que a veces se considera excepcionado. Y, a nuestro juicio, no responde ello a la confusión inicialmente reinante entre ambos caracteres, sino al hecho de que la excepción se detecta en casos en que la ley, simple y llanamente, sin entrar más a fondo ni alterar en lo más mínimo el mecanismo de constitución del derecho a inscribir, se limita a imponer obligatoriamente su inscripción. Únicamente Hernández de Ariza, refiriéndose precisamente a la hipoteca y con anterioridad a lo que respecto al valor de su inscripción vendría a suponer el artículo 1875 del Código Civil, entremezcla consideraciones relativas al peculiar valor constitutivo de su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>185</sup>.

Segundo: las que se indican como excepciones a la voluntariedad, no lo son propia y directamente al régimen ordinario caracterizador de la inscripción. Seguramente fue la misma pureza con que se implanta el sistema de inscripción voluntaria y publicadora la que llevó a los primeros intérpretes a detectar excepciones donde propiamente no las había. Es muy probable que, de haber contado con la idea que hoy tenemos de la inscripción obligatoria, De la Serna no hubiera considerado excepciones al criterio legal ordinario las que en su momento presentó como tales. ¿Cuáles eran éstas? Principalmente, los casos en que el derecho inscribible no se encuentra al cuidado de su titular sino, por incapacidad de éste, al de su representante legal<sup>186</sup>. Es muy claro que si en esta hipótesis

---

<sup>185</sup> HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 431, argumentando a su modo que la hipoteca es verdadero derecho real: «Es verdad que se distingue de los demás gravámenes del dominio en que la inscripción es su prueba taxativa, pero no por eso la hipoteca se desnaturaliza ni pierde su carácter de derecho en la cosa. El acto o contrato por el cual se constituye o transfiere el censo o cualquier otro derecho real, si se consuma por la tradición o cuasi-tradición puede hacerse valer entre los contrayentes aunque no se inscriba, pero el de hipoteca no, porque el acreedor hipotecario no posee de modo alguno: su derecho no puede manifestarse por la tenencia ni tampoco justificarse por la escritura, que cuando no se ha registrado es nula de hecho, y por consiguiente la inscripción es de tal manera esencial, que sin ella el contrato no produce efecto porque carece de prueba, o lo que es lo mismo, la hipoteca no existe. Hubo pues doble motivo para que el legislador la incluyese entre los derechos sujetos a registro».

<sup>186</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 247: «Cuando decimos que la inscripción no es obligatoria, esto debe entenderse con las limitaciones que la ley establece a favor [...] de las personas por razón de su edad, de su falta de capacidad o por su condición en el orden de la familia; la ley les da una protección especial de que tendremos ocasión oportuna de tratar en otros artículos de la ley [...]. Bástenos consignar que el principio de que la ley no hace obligatoria la inscripción no es absoluto, que tiene excepciones necesarias aconsejadas por altas

se impone obligatoriamente la práctica de la inscripción, no es porque en su materia ésta sea obligatoria, sino porque, aun en materia en que la inscripción es de suyo voluntaria, la ley impone al representante velar por los derechos confiados a su guarda con una diligencia que no puede imponerse al propio dueño en la preservación de sus bienes y en el cuidado de sus intereses. La misma inscripción que para el dueño capaz es voluntaria se convierte en obligatoria cuando, por incapacidad de éste, la iniciativa de su práctica correría a cargo de quien debe cuidar de sus intereses<sup>187</sup>. Entonces, no es que la inscripción sea, *ratione materiae*, objetivamente y *per se* obligatoria; es que, *per accidens*, se impone obligatoriamente a quien tiene la obligación de guardar diligentemente los bienes ajenos. Lo mismo habría que decir respecto al límite a la voluntariedad de la inscripción impuesto por la ley a favor del Estado<sup>188</sup> y, desde otro punto de vista, respecto a los que Gómez de la Serna presentaba como recursos *indirectos* para imponer la inscripción, principalmente el de su necesidad para la reanudación del tracto registral<sup>189</sup>. Tampoco es que en este caso la inscripción sea, por su materia, objetivamente obligatoria; es, simplemente, que la fiabilidad del Registro impide la posibilidad de inscripciones saltuarias. La voluntaria inscripción de un derecho dependiente o derivado de otro, exige ahora, instrumentalmente y *per accidens*, la previa inscripción del derecho fundamentador.

2. Atención muy especial merece en nuestro Derecho la inscripción de la hipoteca. Hace ya tiempo que en nuestra doctrina

---

razones de justicia, de equidad y de conveniencia pública»; HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 59: «Pero son tantas las excepciones de esta regla [que el registro de la propiedad no sea obligatorio] ... que equivalen en conjunto, si no exceden en eficacia, a la pena de nulidad, que impuesta como en la legislación anterior de una manera absoluta y por un interés meramente fiscal, llevaba consigo cierto carácter de violencia, y se reputaba contraria a los principios de justicia. Además de la obligación de inscribir en que se constituye a los guardadores bajo su responsabilidad, y a los Promotores fiscales y a los Jueces en muchos casos ...».

<sup>187</sup> Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, p. 548.

<sup>188</sup> A ella se refería DE LA SERNA en las palabras que omitíamos en su última cita (p. 247): «Cuando decimos que la inscripción no es obligatoria, esto debe entenderse con las limitaciones que la ley establece en favor del Estado, de las provincias, de los pueblos y de las personas por razón de su edad ...».

<sup>189</sup> DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 246: «Mas si la ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado [...] No menos eficaces que este medio son otros indirectos también, pero tan útiles casi como los directos, y que, en concepto de algunos, hasta podrían ser considerados como de esta última clase, porque hacen tan precaria y triste la condición de las personas que no inscriben los títulos, contratos y actos registrables, que para salir de ella todas las que sean medianamente previsoras y diligentes, no dejarán de inscribir. Algunas de estas prescripciones se encuentran en la ley: a esta clase pertenece la que ordena el artículo 20 al establecer que sea causa bastante para suspender o denegar la inscripción la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trata a favor de la persona que lo transfiriere o grave [...]».

está asentada como lugar común la idea de que, excepcionalmente, tratándose de la hipoteca, la inscripción es constitutiva. Los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria serían, principalmente, los preceptos fundadores de esta excepción al valor generalmente asignado a la inscripción registral. Interesa detenerse algo en este punto porque, examinadas las cosas atentamente y despacio, lo que parecía claro e indiscutible se advierte confuso y problemático. Y, teniendo en cuenta que el caso de la hipoteca ha sido de hecho la brecha por donde el criterio general del valor publicador de la inscripción y su carácter voluntario ha saltado provocando la aparición de numerosas y desperdigadas excepciones, no estará de más comprobar que, tras el examen aquí propuesto, la aparente solidez del lugar común se nos revela en su inconsistente realidad de tópico irreflexivo e infundado. De todos modos, habiéndonos ocupado de esta cuestión en un trabajo anterior<sup>190</sup>, procederemos ahora en ella sucintamente y por referencia a lo anteriormente mantenido.

Lo primero debe ser que nos situemos ante el problema para captar, desde la perspectiva ofrecida por los arquetipos hipotecarios, la sospechosa peculiaridad que en nuestro Derecho provocaría la inscripción de la hipoteca. En los grandes modelos registrales la inscripción no varía de carácter cuando se refiere a la hipoteca. Y se entiende lógicamente que así sea. La hipoteca es protagonista tan destacado en la representación del designio y juego del artificio registral que difícilmente podría entenderse la imaginación de éste sin pensar en la hipoteca y sin tratar de adecuarlo a ella. Lo extraño y a priori sospechoso es lo contrario: que el modo normal de funcionamiento del Registro no cuadre a su figura central —¡la que le da nombre, incluso, entre nosotros!— y tenga que ser excepcional cuando la misma entra en escena. En Alemania y en Suiza, donde la inscripción es constitutiva, constitutiva es también la inscripción de la hipoteca<sup>191</sup>. Igualmente, en Francia, donde la inscripción es declarativa, declarativa es también la inscripción de la hipoteca<sup>192</sup>. Curiosamente, en este último caso, aunque la reforma de 1955 ge-

---

<sup>190</sup> El ya citado: *Hipoteca voluntaria...*, pp. 319-389; posteriormente: «*Excerpta*» en *tema de constitución de hipoteca voluntaria*, Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, I, Barcelona 1992, pp. 427-456.

<sup>191</sup> Para el régimen alemán, baste recordar la generalidad del § 873 del BGB: *Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist [...] die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich ...*; para el suizo, el artículo 799 del ZGB: *Das Grundpfand entsteht unter vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen mit der Eintragung in das Grundbuch ...*

<sup>192</sup> Cfr., sobre inscripción e hipoteca en Francia: THÉRY, Philippe: *Sûretés et publicité foncière*, París 1988, pp. 199-203.

neralizó en Francia la inscripción obligatoria, la de la hipoteca, fiel a la genuina concepción de la virtualidad del Registro y de la inscripción en la vieja Ley sobre la Transcripción, ha seguido siendo meramente facultativa y libre<sup>193</sup>. El dislocamiento entre el carácter y valor general de la inscripción y su aplicación a la hipoteca es, ante este dato, nota propia de ordenamientos subalternados y dubitativos, que si en parte nos aproxima a Italia, no llega a identificarlos plenamente con lo que en ella ocurre: mientras en Italia el valor constitutivo de la inscripción de la hipoteca, estando indiscutiblemente afirmado y establecido por la ley<sup>194</sup>, provoca el sonrojo de algún autor, testigo –según dice– de la desconcertada sorpresa de los juristas extranjeros sobre la coherencia del *Codice* en este punto<sup>195</sup>, entre nosotros, siendo muy oscura y problemática la fundamentación legal de aquel valor constitutivo, ha sido la doctrina la que –inexplicablemente, a nuestro juicio– se ha tirado en tromba a proclamarlo. La meditada y razonable previsión de nuestro legislador de 1861 hubiera merecido mejor suerte.

La dificultad en torno al valor de la inscripción de la hipoteca va a suscitarse en nuestro Derecho con la aparición del Código Civil, concretamente por obra y desgracia de la incorrecta redacción de su artículo 1875. Con anterioridad a él, la Ley Hipotecaria había establecido con absoluta claridad que en la hipoteca, como en los demás derechos, la inscripción sólo era necesaria para que el dato inscrito pudiera perjudicar a terceros<sup>196</sup>. No era una solución improvisada ni arrastrada por inercia. Desde que la Comi-

<sup>193</sup> MAZEAUD: *op. cit.*, p. 544: «Les actes translatifs de droits soumis à publication (droits réels immobiliers et certains droits personnels) sont l'objet d'une publication obligatoire: vente, donation, échange; également les actes constitutifs des mêmes droits: constitution d'usufruit, de servitude [...]. Mais la publicité des actes constitutifs d'hypothèque (inscription) n'est, en principe, que facultative, bien que la sanction du défaut de publicité soit l'inopposabilité»; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.*, p. 467: «Une dérogation plus importante au principe du caractère obligatoire de la publicité foncière a trait à l'inscription des hypothèques. Celle-ci demeure facultative, en ce sens que la seule sanction de son omission ou de son retard demeure l'inopposabilité [...]».

<sup>194</sup> CC artículo 2808: «[...] L'ipoteca [...] si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari [...]».

<sup>195</sup> GABRIELLI, Giovanni: *La pubblicità legale nel sistema del Codice Civile*, RDC 1992, I, pp. 457-458: «Resta da chiedersi se abbia giustificazione razionale questa scelta del legislatore del 1942, la quale non manca di stupire, lo so per esperienza, gli osservatori stranieri, colpiti dalla peculiarità di un ordinamento che contrappone –esso solo, per quanto consta– la pubblicità ipotecaria a quella di tutti gli altri diritti immobiliari». Es evidente que al autor escapa el dato normativo ofrecido por nuestro Código Civil y nuestra Ley Hipotecaria, y que entre los observadores extranjeros a que se refiere nunca ha habido un jurista español.

<sup>196</sup> Artículo 146 de la LH de 1861: «Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: Primero: Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública. Segundo: Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta Ley».

sión de Códigos comenzó sus trabajos preparatorios del Código Civil, primero, y de la Ley Hipotecaria, después, la cuestión se planteó en términos radicales<sup>197</sup>, provocando un debate apasionado y repetido en el espacio de casi veinte años, cuya chispa, aunque prendió en territorios de la hipoteca, inmediatamente se extendió, alentada por Luzuriaga, a todo el campo de los derechos reales<sup>198</sup>. ¿Sería necesaria la inscripción para la existencia de la mutación jurídico-real publicable o bastaría exigirla para que tal mutación pudiera perjudicar a terceros? En otras palabras: ¿debía supeditarse a la inscripción la existencia de los derechos y cargas reales, o bastaba con asegurar a los terceros que, sin inscripción registral, tales derechos y cargas no les fueran oponibles? El mismo criterio, ponderado y medido, que, entre la enfrentada extremosidad de Luzuriaga y García Goyena, logró Bravo Murillo llevar al Proyecto del Código Civil, fue el que triunfó en la discusión de la Ley Hipotecaria defendido por Cárdenas frente al rigorismo registral de Permanyer: «Entre el sistema absoluto de exigir la transcripción del contrato para que sea válido y el de atribuir efectos al mismo contrato desde que se celebra y no desde que se inscribe, hay un término medio que sería el que yo aconsejaría si tuviera alguna intervención en la formación de la ley... Existe un término medio que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero, sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura»<sup>199</sup>. He aquí nítidamente perfilado y referido expresamente a la hipoteca el criterio de la inscripción declarativa o publicadora, que, adoptado en

<sup>197</sup> «La comisión [...] –se dirá en la E. M. de 1861, p. 225– se ve obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas». Esta es la razón que nos mueve a situar aquí el comienzo de la indagación sobre el valor de la inscripción de la hipoteca en nuestro actual Derecho. El Proyecto de Código Civil de 1836, por su propio contenido e inspiración (las normas que en 1829 y 1830 impusieron obligatoriamente la inscripción, con un alto componente de finalidad recaudatoria), pertenece a una etapa anterior a la del asentamiento de las nuevas bases sobre las que –rectificando la inmediatamente anterior– construirá su edificio la Ley Hipotecaria. Como dijimos en *Hipoteca voluntaria* ..., p. 335, el Proyecto de 1836, más que abrir nuestra etapa codificadora, parece prolongar algo anacrónicamente la de las antiguas Contadurías de hipotecas.

<sup>198</sup> Cfr. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, I, cit., pp. 76-78. Efectivamente –cfr. Ib., p. 83–, en el Anteproyecto de los Títulos de las hipotecas y del Registro, redactado por Luzuriaga en 1848, el valor atribuido a la inscripción de la hipoteca se determina por remisión al régimen general de la inscripción de los derechos reales: artículo 32: «La inscripción de la hipoteca está sujeta a lo que se determina en el título (registro público) respecto de la inscripción de los demás derechos reales, y produce los efectos que en el mismo título se expresan, además de los que especialmente se determinan en el capítulo siguiente».

<sup>199</sup> *Leyes Hipotecarias* ..., cit., p. 127. Hemos hecho referencia más detalladamente a estas discusiones en *Hipoteca voluntaria* ..., cit., pp. 335-342.

general para todos los derechos, aplica a la hipoteca el artículo 146 de la Ley Hipotecaria de 1861: *Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: ... que la escritura se haya inscrito en el Registro ...*

Pero es el caso que, así las cosas, sin que nadie hubiera tratado de reverdecer la discusión sobre el valor de la inscripción registral, ni manifestado reserva alguna sobre su aplicación a la hipoteca<sup>200</sup>, la que parecía una cuestión definitivamente zanjada, va a rebrotar prendida en la inesperada y aporética<sup>201</sup> redacción dada al artículo 1875 del Código Civil por una mano negra que, subrepticamente y con técnica de prestidigitador, introduce en nuestro Derecho la figura de la inscripción constitutiva, desarbolando –como se ha dicho<sup>202</sup>– todo un meditado sistema hipotecario: ... *es indispensable*

<sup>200</sup> Por su contexto y por su fecha (1849) no pueden considerarse ni interpretarse como reserva alguna al sistema legal, las siguientes palabras de CÁRDENAS, su decisivo inspirador, acerca de la publicidad de las hipotecas legales: «Las leyes –dice en *De los principales vicios ...*, cit., p. 260– no obligan sino cuando se publican: las obligaciones hipotecarias legales tienen fuerza de leyes, ¿por qué han de dispensarse de la condición de la publicidad?». Por lo que conocemos, tras la aparición de la Ley Hipotecaria y antes de la del Código Civil, la única opinión favorable a la necesidad de la inscripción para la existencia de la hipoteca es la de HERNÁNDEZ DE ARIZA (*op. cit.*, pp. 430-431), quien la mantiene con razones tan débiles y en un contexto tan extraño –la argumentación de que la hipoteca es verdadero derecho real– que explican por sí solos su relegación en el olvido: «Es verdad que se distingue [la hipoteca] de los demás gravámenes del dominio en que la inscripción es su prueba taxativa, pero no por eso la hipoteca se desnaturaliza ni pierde su carácter de derecho en la cosa. El acto o contrato por el cual se constituye o transfiere el censo o cualquier otro derecho real, si se consuma por la tradición o cuasi-tradición puede hacerse valer entre los contrayentes aunque no se inscriba, pero el de hipoteca no, porque el acreedor hipotecario no posee de modo alguno: su derecho no puede manifestarse por la tenencia ni tampoco justificarse por la escritura, que cuando no se ha registrado es nula de hecho, y por consiguiente la inscripción es de tal manera esencial, que sin ella el contrato no produce efecto porque carece de prueba, o lo que es lo mismo, la hipoteca no existe. Hubo pues doble motivo para que el legislador la incluyese entre los derechos sujetos a Registro».

<sup>201</sup> Aporética, decimos, porque, a nuestro juicio, es imposible entender que si la hipoteca se constituye ya en la escritura pública, pueda tener valor constitutivo el requisito posterior de la inscripción. Entre los autores que han denunciado esta aporía, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Enneccerus-Kipp-Wolff*, III, 2, 3.ª ed., Barcelona 1970, p. 212, se referían a ella hablando del *quid pro quo* en que incurre el artículo 1875 CC al «exigir escritura constitutiva y admitir sólo la constitución desde la inscripción». Para los problemas de interpretación que plantean los artículos 1875 CC y 145 LH, cfr. NAVARRO AZPÉTTIA: *op. cit.*, pp. 556-558.

<sup>202</sup> CANALS BRAGE, Fernando: *El valor de la inscripción en la hipoteca*, «Centenario de la Ley de Bases del Código Civil» (Ciclo de conferencias), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1989, pp. 327-328: «Por tanto la redacción del artículo 1875 CC procede de ese período oscuro, que una cierta mala conciencia mantiene en nebulosa, de las sesiones de la Comisión desde esa fecha hasta el Decreto de 6 de octubre autorizando la publicación del CC, o de las veinte celebradas, con escasa asistencia de individuos –parece seguro que abandonados de Cárdenas ... –, entre esa fecha de 6 de octubre y el 29 de noviembre, que fueron reformando al ritmo de su publicación un Código aprobado como anexo pero no suscrito por la Reina regente –el artículo 1875 vio la luz en la Gaceta el 7 de diciembre–. O incluso pudiera haber sido, aquel precepto, introducido de contrabando, sin pasar por la Comisión codificadora, como ocurrió nada menos que con los artículos relativos al Registro de la Propiedad al final del libro II, según decía el vocal Danvila en la posterior discusión en el Congreso sobre si el

ble, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad ... Las críticas de Sánchez Román<sup>203</sup> y de Galindo y Escosura<sup>204</sup> no fueron bastante para impedir que al amparo de este artículo arraigara en nuestro Derecho el criterio de la sustantividad de la inscripción, implantado en 1909 en la Ley Hipotecaria a través de la reforma del originario artículo 146 para concordarlo en su espíritu, aunque con algún retoque redaccional, con el 1875 del Código: *Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: ... Que la escritura [en la que la hipoteca se ha “constituido”] se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.* Aparte el entusiasmo de quienes aplauden en este régimen la puesta en camino de nuestro Derecho hacia la sustantividad del Derecho Hipotecario, siguiendo la orientación trazada por el régimen absoluto alemán y el australiano<sup>205</sup>, el hecho es que desde la aparición del artículo 1875, con una casi unanimidad digna de mejor causa, nuestra doctrina ha considerado constitutiva la inscripción de la hipoteca<sup>206</sup>. Débil y problemático fundamento este precepto, aun-

Gobierno había o no cumplido la Ley de Bases. Lamentablemente las actas de todo este período no se encuentran en el Archivo de la Comisión General de Codificación. Ello explica el escaso respeto que me inspira el artículo 1875 del C. c. que desarbola un meditado sistema hipotecario introduciendo, con técnica de prestidigitador, la inscripción constitutiva en nuestro derecho ...».

<sup>203</sup> SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, III, pp. 866-867: «Sin duda que los redactores del Código olvidaron en este punto que la ley Hipotecaria es una ley de terceros y que el contrato de hipoteca pertenece a la clase de los *consensuales*, y se perfecciona y es eficaz y válido entre los contratantes por el *sólo hecho del consentimiento*, que aunque después del Código deba constar en documento público, conforme al precitado precepto del artículo 1280, para nada necesita su eficacia ni la repetida consideración de contrato el hecho de la inscripción en el Registro y sin embargo, atendido el tenor literal de dicho párrafo 1.º del artículo 1875, habrá que desentenderse de la doctrina que así lo establecía, si se le ha de dar cumplimiento estricto, resultando con ello modificado el concepto jurídico y legal de la hipoteca, sobre todo su carácter de *voluntaria*, ya que las de esta clase las define la ley Hipotecaria en su artículo 138 diciendo que son “*las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan*”, sin que en este artículo ni en los siguientes, que a la hipoteca voluntaria se refieren, se diga nada que autorice para hacer depender la validez de su constitución de la inscripción en el Registro, como el referido artículo 1875 del Código previene. Es más: la doctrina de la ley Hipotecaria es precisamente la opuesta, de lo cual convence la lectura del artículo 146 que dice: [...]» (cva. del a.).

<sup>204</sup> *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid 1891, p. 348: «No alcanzamos a comprender por qué el Código exige la inscripción como requisito para la validez de la hipoteca entre las partes, cuando no tiene tal exigencia respecto de ningún otro contrato sobre inmuebles o derechos reales [...]».

<sup>205</sup> BARRACHINA Y PASTOR: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, III, Castellón 1911, p. 222: «¿A qué se debe esta importante variación en los textos legales? Sin duda a que estamos en camino de llegar hacia la sustantividad del Derecho Hipotecario siguiendo la orientación trazada por el régimen absoluto alemán y el australiano».

<sup>206</sup> Entre los principales exponentes de la común doctrina: OLIVER: *Exposición fundamental y sistemática* ..., cit., p. 786; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, XII, 3.ª ed., Madrid 1921, p. 512; SCAEVOLA: *Código Civil*, XXIX ed., 1955, p. 488; BARRACHI-

que a él se sume el remozado artículo 146 (hoy 145) de la Ley Hipotecaria<sup>207</sup>, para una afirmación de tan difícil encaje en el sistema legal, de tan imposible justificación o explicación lógico-dogmática, y de tan nula utilidad práctica.

Cuando hemos dicho que el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca tiene difícil encaje en el sistema legal, no pensamos sólo ni principalmente en esa inexplicable falta de coherencia entre el criterio general sobre el significado de la inscripción y su aplicación a la hipoteca que para el ordenamiento italiano ha denunciado Gabrielli y que, con igual razón, denunciaban para el nuestro Sánchez Román y Galindo y Escosura. Al fin y al cabo, admitida por evidente la incoherencia, nada impide que, como generalmente se hace, se la intente denominar de otra manera y justificar como explicable excepción al sistema general. En lo que

---

NA Y PASTOR: *op. cit.*, pp. 221-224; MORRELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, IV, Madrid 1918, pp. 220-222; CAMPUZANO Y HORMA: *Legislación Hipotecaria*, Madrid 1926, pp. 21, 27, 54; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*, Madrid 1931, pp. 131, 133, 219-220; SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo ...*, cit., AUV, núms. 18-19, p. 9; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Anotaciones a Enneccerus-Kipp-Wolff*, III, 2, ed. 3.ª, Barcelona 1970, p. 212; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., I, ed. 7.ª, Barcelona 1979, pp. 202-207; HERMIDA LINARES: *¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?*, RCDI 1949, pp. 378 y ss; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, 2, Barcelona 1974, p. 290; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho Civil*, III, 2, Barcelona 1980, pp. 190-193; Díez-PICAZO: *Fundamentos ...* III, cit., p. 425; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales*, cit., pp. 428-429; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, XXIII, Madrid 1979, pp. 479-481; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, cit., pp. 567-573; ID: *Comentario del Código Civil*, II, M.º de Justicia, Madrid 1991, pp. 1898-1990. Sigue a la doctrina común sobre el carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca, aunque se aparta de ella en lo relativo al valor y función de la escritura pública en el contrato de hipoteca y en el proceso de constitución de la garantía (pp. 69-118), JORDANO FRAGA: *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada 1999. Al carácter estrictamente constitutivo de la inscripción, pero no a su necesidad para la existencia de la hipoteca, se oponen NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, RCDI 1945, p. 422, nota 1, y *El Registro de la Propiedad español*, RCDI 1949, p. 238; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit., pp. 264-270, y RAMOS FOLQUÉS: *La hipoteca y la inscripción después del Código Civil*, RCDI 1949, pp. 172 y ss.; al carácter constitutivo y a la obligatoriedad de la inscripción, NAVARRO AZPEITIA: *Títulos e inscripciones*, cit., pp. 555-565; CANALS BRAGE: *El valor de la inscripción ...*, cit.

<sup>207</sup> Respecto al reformado artículo 146 LH, decía CAMPUZANO: *Legislación hipotecaria*, cit., p. 506: «[...] según la letra del mismo, la hipoteca voluntaria se constituye por escritura pública» (cva. del a.). En cuanto al artículo 1875 del CC y al vigente 145 LH, NAVARRO AZPEITIA: *op. cit.*, p. 558: «Por todo esto no acierto a comprender cómo la inscripción de la hipoteca puede ser constitutiva de este derecho, en el sentido de darle existencia. Si así lo hubieran querido los legisladores, habrían redactado los preceptos correspondientes disponiendo claramente que la hipoteca se constituye mediante su inscripción; pero no lo han dicho y lo que ahora dicen los citados artículos 1875 y 145 no puede, en mi parecer, ser interpretado de forma tan tajante». En abierta oposición con esta percepción del problema, JORDANO FRAGA: *op. cit.*, para quien el carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca es indudable e innegable (pp., e.c., 12, 147, 256), al estar clara e inequívocamente (pp. 38, 134-135, 144, 145, 146-147, 152) establecido y afirmado por el legislador, principalmente, en los artículos 1875 CC y 145 y 159 LH, sin que el primero de ellos plantee serios problemas de interpretación (pp. 20, 31, 148 ...).

principalmente pensamos es en la dificultad de integrar los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria con el conjunto de nuestros preceptos legales reguladores de la hipoteca. Todos ello rezuman el originario criterio de la Ley Hipotecaria expresado en el artículo 146 de 1861: la hipoteca se constituye extra-registralmente y su inscripción, como la de los demás derechos y cargas reales, se orienta a vehicular su oponibilidad a terceros evitando la antigua peste de las hipotecas clandestinas. Si prescindimos aquí de los artículos antes citados —en los cuales, curiosamente, también se pone expresa y literalmente la constitución de la hipoteca en el documento que recoge su otorgamiento!— la amplia serie de los que singularmente se refieren a supuestos concretos de constitución de hipoteca aparece claramente inspirada en la idea de que ésta nace o se constituye en momento separado al de su inscripción; que constitución e inscripción son realidades distintas con propia razón de ser cada una de ellas, y presupuesto la primera de la segunda: «hipoteca voluntaria *constituída* por acto unilateral» (art. 141 LH); «la *constitución* de hipotecas para garantizar títulos inscribibles por endoso o al portador deberá hacerse *por medio de escritura pública*, que se inscribirá en el Registro» (art. 154 LH); «la hipoteca legal, una vez *constituída* e inscrita ...» (art. 161 LH); «Aprobada por el Juez el acta en la que se declare el carácter reservable de los inmuebles o *se constituya la hipoteca que proceda*, se darán al reservista dos copias autorizadas de aquella y del auto de aprobación con el fin de que, presentadas ambas en el registro, se practiquen las notas marginales e *inscripciones procedentes ...*» (art. 262 RH); «El *acta de constitución de hipoteca* para la seguridad de bienes reservables expresará las circunstancias de la hipoteca voluntaria ...» (art. 263 RH) ... A este dato, de por sí significativo, debe añadirse otro. Contra lo que debería ocurrir en nuestro Derecho si en él la inscripción fuera esencial a la hipoteca y constitutiva de su existencia y vicisitudes, lo cierto es que en la relación *inter partes* éstas vicisitudes se producen con absoluta independencia de la inscripción registral, y que el reflejo registral de las mismas se exige solamente para que puedan surtir efecto contra tercero. Lo proclama inequívocamente el artículo 144 de la Ley Hipotecaria: el hecho o convenio entre las partes que modifique o extinga una obligación hipotecaria, como pueden ser el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o el compromiso, *no surtirán efecto contra terceros* si no se hace constar en el Registro. Si en la relación *inter partes* las vicisitudes hipotecarias no exigen la constitución registral ¿es coherente decir que, en la misma relación,

el nacimiento de la hipoteca está supeditado a la inscripción? Tampoco es indiferente advertir que nuestro actual artículo 144 LH es reproducción literal del mismo numeral en la Ley de 1861. ¿Qué torpemente se pretendió alterar el valor de la inscripción en la hipoteca –si es que efectivamente fue esa la intención del oscuro redactor del artículo 1875 del Código Civil– cuando ni siquiera se adoptó la precaución de concordar con él las demás normas referidas a su materia! Algo parecido cabría afirmar a la vista de lo dispuesto para la cesión del crédito hipotecario en el artículo 149 LH. El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro: ¿Siendo necesaria tal inscripción para la existencia o validez de la cesión? La jurisprudencia ha respondido negativamente, invocando para hacerlo –además del art. 1526 CC– el valor declarativo de la inscripción registral en nuestro Derecho<sup>208</sup>. Lo que interesa destacar es que al responder de este modo se aplica en materia hipotecaria el criterio de 1861 acerca del valor de la inscripción en la hipoteca, y que, desde luego, esa era entonces la única interpretación posible del artículo 153 de la Ley, actualmente reproducido a la letra en el 149. Estas fueron las razones que nos llevaron a afirmar hace unos años<sup>209</sup> que, sin una explicación suficiente sobre el giro operado por el artículo 1875 del Código Civil en relación con el originario 146 de la Ley Hipotecaria; sin rastro, fuera de él, de una clara y deliberada voluntad de excepcionar el significado generalmente atribuido a la publicidad registral y a la inscripción que la materializa; sin apuntalamiento alguno de esa pretendida excepción en un sistema legal que invariablemente viene calificando de constitutiva a la escritura o documento en que la hipoteca se otorga o concede, no nos parecía temerario plantear la duda sobre el carácter constitutivo de su inscripción. En esa idea continuamos y, también como entonces<sup>210</sup>, creemos poder concluir que si realmente nuestro legis-

<sup>208</sup> STS de 21 de junio de 1989: «[...] porque si ciertamente la normativa contenida en los indicados preceptos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento aluden a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito hipotecario cedido, ello hay que entenderlo en sus efectos con relación a terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios [...]».

<sup>209</sup> En *Hipoteca voluntaria* ..., cit., p. 348.

<sup>210</sup> *Op. cit.*, p. 376. A nuestra conclusión se ha opuesto JORDANO FRAGA: *La constitución de la hipoteca* ..., cit., pp. 151-153, para quien la innovación introducida por el artículo 1875 CC se integra armónicamente en el conjunto de la regulación legal de la hipoteca, sin que pueda afirmarse fundadamente la incoherencia de aquél con lo establecido en

lador intentó instaurar un sistema de inscripción constitutiva para la hipoteca, su intento resultó objetivamente fallido: la ambigüedad de las expresiones empleadas con dicho fin en sólo un par de preceptos hace naufragar el intento al fallar la necesaria coordinación de éstos con la claridad del invariado sentido de la totalidad del conjunto en que han de integrarse. La mano redactora del artículo 1875, que antes calificábamos de mano negra, fue también mano inexperta y torpe. Aunque afortunada: el estruendo de su manotazo ha sonado a música celestial de progresismo hipotecario.

Y es que, dejando de lado cuál pudiera ser la intención del anónimo redactor del artículo 1875 del Código Civil<sup>211</sup>, hay nece-

el artículo 144 LH (pp. 202-206), ya que –pp. 204-205– «el valor constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca está *legalmente* limitado a la *constitución* y, por ende, al tráfico del derecho real de hipoteca: su *transmisión*. Razón por la cual, nada impide en la hipoteca la invocación *inter partes* de hechos modificativos distintos o de todos los hechos extintivos; mientras que para *terceros de buena fe* sigue valiendo, lógicamente, la apariencia registral mientras no se modifique: artículo 144 LH [...]» (cva. del a.). En razón de tal coherencia legal, y en la regulación de la cesión del crédito hipotecario, se hará necesario: 1.º Colmar el *silencio* del artículo 149 LH «sobre el valor/significado, *respecto al derecho real de hipoteca*, de la inscripción registral de su título transmisivo (contrato de cesión) [...] desde los artículos 1875 CC y 145 LH –atribuyéndole el mismo valor legal (constitutivo) para el efecto jurídico-real transmisivo que para el constitutivo» (pp. 304-305, *subs.* del a.). 2.º Entender que «el artículo 1526 CC sólo se ocupa de un aspecto de la eficacia/valor de la inscripción registral del contrato de cesión –aspecto que es común a crédito garantizado e hipoteca accesoria–; pero que a él hay que añadir (*ex arts.* 149, 145 LH y 1875 CC) otro aspecto, que es sólo propio de la hipoteca accesoria, y que, para éste, se añade y superpone (no siendo incompatible con él) al anterior» (p. 309), y 3.º Negar que, según el artículo 1528 CC, la cesión del crédito hipotecario comprende, sin necesidad de inscripción, la de la hipoteca, porque (p. 309) «una cosa (cierta) es que la hipoteca accesoria *sólo* puede transmitirse con el crédito que garantiza, y que siempre que se transmite el crédito garantizado, se hace, *en principio o como regla*, con la hipoteca accesoria; y otra cosa diferente (y falsa) es que la transmisión de la hipoteca accesoria –por supuesto, *con* el crédito garantizado– pueda prescindir de la aplicación de la ley de tráfico específica de la garantía hipotecaria –en la que la inscripción registral es elemento co-constitutivo, junto con el (válido) título transmisivo (arts. 149, 145 LH y 1875 CC)– y que dicha transmisión de hipoteca se sujete a la ley de tráfico de un derecho diferente, de distinta naturaleza: el crédito garantizado –para cuya transmisión, ciertamente, no es requisito constitutivo la inscripción registral» (cva. del a.).

<sup>211</sup> Afirma al respecto JORDANO FRAGA: *op. cit.*, que «nuestro legislador, en materia de constitución del derecho real de hipoteca, ha hecho uso de su libertad, y [...] ha optado, para el Derecho vigente, por *una de las soluciones posibles* –por pensar, cabe suponer, que es la más conveniente y adecuada–» (p. 155, cva. del a.), y advierte más adelante (p. 163) que «el *valor legal* de la inscripción registral de la hipoteca no se determina desde una (preconcebida) *ratio* que el intérprete atribuya a las normas vigentes, sino que, a la inversa, es desde el valor legal (co-constitutivo) que las normas vigentes atribuyen a la inscripción registral de la hipoteca, desde el que pueden indagarse las motivaciones de política legislativa que están (presumiblemente) en el origen de tal concreta medida legal». Nosotros no vamos a entrar aquí en las razones que la doctrina pueda conjeturar que sirven de apoyo al carácter excepcionalmente constitutivo de la inscripción en el caso de la hipoteca, ni en las ventajas que a su imposición puedan atribuirse. Lo que sí creemos poder afirmar es que, si «el espíritu y finalidad» de las normas es el «fundamental» criterio para su interpretación (art. 3 CC), en buena técnica legislativa la *ratio legis* no debe dejarse a la suposición de los intérpretes; y que así como la E. M. de 1861 explicó y razonó el valor atribuido en general a la inscripción registral –aplicable, ¡cómo no!, a la hipoteca– la modificación a última hora

sariamente que preguntarse: desde el conjunto normativo de nuestro Derecho de Cosas y de la publicidad inmobiliaria registral, y desde los fundamentos dogmáticos que lo sustentan, ¿puede ser propiamente constitutiva la inscripción de la hipoteca? Los autores que, como Núñez Lagos y Sanz Fernández, han considerado el problema con mayor cuidado y desde la perspectiva de su encaje en el conjunto del sistema registral, han respondido negativamente<sup>212</sup>. Si, a pesar de ello, incluso estos mismos autores mantienen la necesidad de la inscripción para la existencia de la hipoteca, será porque, a su juicio, aunque no sea propiamente o *stricto sensu* en condición de constitutiva, la toma de razón se entiende ser obligatoria o necesaria en este caso<sup>213</sup>. De hecho, hay que convenir que, a veces, es así como se ha entendido y calificado la peculiaridad de la inscripción en la hipoteca: más que *constitutiva* se la ha considerado *forzosa*<sup>214</sup>. Pero introducir aquí esta diferencia supone añadir al semillero de problemas que la redacción del artículo 1875 provoca en orden a la explicación del *iter* del nacimiento y constitución de la hipoteca<sup>215</sup>, el que por sí solo suscita la distinción entre la inscripción estrictamente constitutiva y la obligatoria cuando la toma de razón registral se impone como condición de existencia del derecho o carga inscribible<sup>216</sup>.

de tal valor en el Código Civil respecto a ella, quedó carente de toda explicación y fundamentación en los trabajos preparatorios que inmediatamente precedieron a su accidentada y finalmente apresurada publicación.

<sup>212</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, cit. pp. 422-423, nota 1: «El que para la hipoteca se exija la inscripción es problema que pertenece al capítulo de la *forma* de los negocios jurídicos materiales, y no al “principio de inscripción”, principio que no sólo afecta a la constitución de los derechos reales, sino a la eficacia del asiento en sí, incluso frente a los actos jurídicos precedentes del asiento mismo que quedan cancelados, como el parto cancela o termina la gestación. No hay diferencia, una vez inscritos los respectivos títulos, entre eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real, porque la eficacia se deriva en ambos supuestos del título inscrito a través del asiento, pero no directamente del asiento. Es más, el crédito hipotecario se realiza mediante el *título ejecutivo*, y no teniendo como base un traslado del asiento. La escritura de hipoteca es definitiva para la ejecución»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones I*, cit., pp. 265-266, especialmente –p. 266–: «La omisión de la inscripción no priva al contrato [de hipoteca] formalizado en escritura pública de su virtualidad constitutiva del derecho; pero sí impide la efectividad y ejercicio del mismo, hasta tanto que se obtiene».

<sup>213</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*: «El que para la hipoteca se exija la inscripción es problema que pertenece al capítulo de la *forma* de los negocios jurídicos materiales, y no al “principio de inscripción”». Id.: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 238; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 265: «[...] el caso de la hipoteca, supuesto típico de inscripción necesaria en nuestro sistema [...]».

<sup>214</sup> Así, CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 86; DE CASSO: *op. cit.*, p. 368.

<sup>215</sup> Cfr. las páginas (324-330) que en *Hipoteca voluntaria ...*, cit., dedicamos a la interpretación de dicho *iter* en las obras de COSSIO y LACRUZ, y a las dificultades que tales interpretaciones plantean.

<sup>216</sup> Una manifestación de esa dificultad, en Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II (ed. 1972), p. 353, a propósito del Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962 sobre adquisiciones llevadas a cabo por extranjeros: «El artículo 3.º del Decreto-

¿Se la adentra forzada y artificialmente en el íntimo proceso constitutivo, o se considera su omisión como una desobediencia a la ley, generadora de la nulidad de lo actuado? Aunque comprendemos que un estudio riguroso, a fondo y completo, sobre el problema de la constitución de la hipoteca en nuestro Derecho no podría prescindir de esta cuestión, tenemos que limitarnos en el presente contexto a señalar que la tendencia actual es favorable a la respuesta en el primer sentido. La inscripción sería requisito adentrado en el proceso constitutivo, que no agota por sí sola sino que comparte con la escritura pública que los artículos 1875 CC y 145 LH califican expresamente de constitutiva<sup>217</sup>.

En nuestra opinión, esta forma de entender la constitución de la hipoteca suscita dificultades insuperables. La primera, la imposibilidad —ya advertida por Bravo Murillo en los momentos fundacionales de nuestro sistema registral<sup>218</sup>— de desdoblar, ni *lógica* ni temporalmente, el *momento constitutivo* de la mutación jurídico-real inscribible, que, si incluso es uno e indivisible en el supuesto ordinario de la constitución mediante título y modo<sup>219</sup>, más evidentemente lo es

---

Ley preceptúa que “la inscripción en el registro de la propiedad será constitutiva para cuantos actos y contratos comprende el artículo 1.º”, añadiendo a renglón seguido que “dichos actos y contratos, mientras no se inscriban en el registro de la propiedad, serán nulos de pleno derecho”. Aunque el texto legal es categórico en la doctrina se ha discutido respecto del valor y alcance de la inscripción registral prevista por él. Algunos autores han señalado que, a pesar de la declaración legal, se trata de una inscripción meramente obligatoria y no típicamente constitutiva, fundándose para ello en que la falta de inscripción no hace al supuesto de hecho inexistente, ni tampoco nulo, de manera que la inscripción no sufre ni añade nada al consentimiento negocial. Sin embargo, con mayor acierto, se ha señalado que, aun cuando sea inexacta la referencia que a la “nulidad de pleno derecho” se hace en el artículo 3.º del Decreto-Ley, el precepto debe entenderse como sancionador de una ineficacia en cuanto al derecho real, por lo que puede tal inscripción considerarse como constitutiva». Para la relativización práctica de la diferencia, pensando en el caso de la hipoteca, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 266: «El carácter necesario de la forma —escritura pública o inscripción— produce consecuencias muy análogas al constitutivo; por ello es perfectamente explicable que generalmente se identifiquen en la doctrina estas cuestiones».

<sup>217</sup> GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario ... I*, cit. pp. 572-573: «La escritura pública es el “presupuesto” o “requisito previo” para que tenga lugar el *requisito definitivo* y *final determinante de la existencia del derecho*. La inscripción no es como creen estos autores [Núñez Lagos y Sanz Fernández] una mera forma de publicidad posterior a la “constitución del derecho”, sino que, por el contrario, la escritura pública es una mera forma negocial anterior a la constitución y existencia del derecho de hipoteca. Lo que ocurre es que *la inscripción no es el único elemento constitutivo del derecho de hipoteca*. Pero, de entre los varios elementos que confluyen, es *el elemento característico y final del derecho*, pues hasta entonces no existe el derecho. Ahora bien, una vez dicho esto, es evidente que *la escritura pública y la inscripción son dos elementos o requisitos constitutivos de la hipoteca*» (cva. del a.).

<sup>218</sup> Cfr. SERNA VALLEJO: *La publicidad inmobiliaria ...*, cit., p. 366.

<sup>219</sup> Aunque el título sea presupuesto para que el modo provoque la mutación jurídico-real, ésta sólo se produce, toda e indivisiblemente, cuando el segundo se lleva a efecto. Una cosa es la duplicidad de elementos necesarios o presupuestos de la constitución, y otra la fragmentación temporal del momento constitutivo. Por ello nos cuesta mucho admitir la afirmación de

—aunque con igual imperiosidad— cuando se trata de la constitución de un gravamen de nacimiento puramente consensual (*pignum conventum*) y excluyente de cualquier derivación traditoria y posesoria<sup>220</sup>. Y no se nos diga que precisamente en la hipoteca, porque en ella no es posible la entrega que en el común de los casos constituye la mutación jurídico-real, se hace necesario sustituir ésta e imponer que en, su lugar y asumiendo su función, entre en acción la inscripción registral<sup>221</sup>. Aparte de que en la constitución de la hipoteca, por la inmediatividad del efecto jurídico-real propia del contrato real *quoad effectum* que la hace nacer, no es posible el desdoblamiento entre el momento obligacional *inter partes* propio del título y el momento jurídico-real y *erga omnes* en que opera la tradición o el modo<sup>222</sup>; aparte de ello, decíamos, es la propia letra de los artículos 1875 CC y

---

JORDANO FRAGA (*op. cit.*, p. 21), muy central en su explicación, de que la constitución de la hipoteca se produce en momentos distintos, no simultáneos sino sucesivos.

<sup>220</sup> ULPIANO, en Dig. 3. 7. 1: *Pignum contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est*. GAYO: Dig. 20. 1. 4: *Contrahitur hypotheca per pactum conventum quum quis paciscatur ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae*. JUSTINIANO: Inst. V. 6. 7: *At ea quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione continere dicimus*.

<sup>221</sup> Tal argumento emplean, e.c., NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 225; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit. I, p. 204; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral* (Elementos ... III, bis) 1984, cit., p. 110; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 242-243; Díez-PICAZO: *Fundamentos*, III, cit., p. 764; CRISTÓBAL MONTES: *Introducción...*, cit., p. 227; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario* ..., Im cit., pp. 567-568.

<sup>222</sup> Cfr. ALBALADEJO: *Derecho Civil II*, 1, 3.<sup>a</sup> ed., 1975, p. 349: «En nuestro Derecho, por lo menos los derechos reales no susceptibles de posesión, se adquieren sin necesidad de entrega de la cosa sobre que recaen, es decir, que cuando se constituyen o transmiten mediante contrato, éste los hace nacer o los transfiere por sí solo (es transmisivo o real, en este sentido)». Es así cómo los contratos reales *quoad effectum* o *dingliches Verträge*, también llamados *dispositivos*, se contraponen a los obligacionales (cfr. FLUME: *Das Rechtsgeschäft*, 2.<sup>a</sup> ed., 1975, pp. 140-141: «Unter dieser Abstraktion begreift man diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird [...] Der Begriff des Verfügungsgeschäfts wird im allgemein in Gegensatz gebracht zu dem Begriff des Verpflichtungsgeschäft. Das Verpflichtungsgeschäft begründet in der Regel nur Rechtsbeziehungen von Person zu Person, bewirkt aber nicht unmittelbar eine Veränderung betreffs bestehender Rechte»). Distinta a esta concepción, la que puede verse en JORDANO FRAGA: *op. cit.*, para quien el contrato de hipoteca, aunque es dispositivo (pp. 12, 17, 45, 155, 235 ...), no es real *quoad effectum* (pp. 111, 116, 153, 155), ya que no produce directamente el nacimiento de la hipoteca (pp. 58, 86, 93, 108), y sí otros distintos (p. 20), entre ellos algunos «obligacionales» (pp. 99, 100). Aparte la relajación del sentido atribuido en ella a la calificación del contrato de hipoteca como «dispositivo/transmisivo», entendemos que la negación de su tradicional carácter real *quoad effectum* se apoye en la nueva configuración de su eficacia real, resultante —según se interpreta— de la exigencia de su inscripción, entendida ésta como requisito posterior al contrato y necesario para el nacimiento de la garantía. Ahora bien, si —como en nuestra opinión ocurre— la función excepcionalmente constitutiva de la inscripción de la hipoteca puede plantearse como *quaestio dubia*; si es claro, por otra parte, que en 1861 la Ley Hipotecaria conjugó y compatibilizó perfectamente el carácter histórico y tradicional del contrato de hipoteca con la función aseguradora del Registro, imponiendo la necesidad de su inscripción para que la hipoteca, ya constituida, pudiera perjudicar a terceros; si, finalmente, el mismo Código Civil (art. 1857, 2.º y 3.º) parece seguir contando con el carácter dispositivo del contrato de hipoteca, no creemos que, en el intento de resolver la *quaestio dubia* propuesta y razonar su

145 LH la que de forma expresa sitúa directamente la constitución de la hipoteca en el otorgamiento de la escritura pública que documenta la voluntad de establecerla (... *el documento en que se constituya...*; ... *que se hayan constituido en escritura pública*)<sup>223</sup>.

Tampoco logra justificar la transcendencia constitutiva de la inscripción en la hipoteca otro de los caminos por los que dicha transcendencia se ha querido explicar. El paralelo correría ahora con la figura de la prenda. Así como en ésta la *datio rei* constituye el contrato generador y al mismo tiempo provoca, mediante el traspaso posesorio, un elemento natural revelador del gravamen producido, en la hipoteca, donde tal traspaso no existe, sería la inscripción registral la que vendría a ocupar su puesto y desempeñar su función<sup>224</sup>. Contra esta explicación se alza no sólo la ya indicada concepción tradicional de la hipoteca como figura de origen netamente consensual, en oposición a la prenda, sino también la peculiar distribución de funciones que en el Derecho moderno corresponden a la entrega de la cosa o *datio rei* y a la escritura pública en el derecho de prenda. Aunque la entrega la haga nacer, el traspaso posesorio no basta para hacerla

---

solución, deba abandonarse el modelo tradicional del título creador de la hipoteca y la específica configuración de su eficacia, sino, más bien, desde él, tratar de interpretar el dato legal, problemático en sí y disonante en el conjunto del ordenamiento de la publicidad inmobiliaria. En nuestra doctrina actual, y compatibilizándolo con la común opinión que atribuye valor constitutivo a la inscripción de la hipoteca, afirman el carácter dispositivo o real *quoad effectum* del contrato de hipoteca, SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid 1996, pp. 239-240, y GARCÍA GARCÍA: *Los negocios de disposición y obligacionales en relación con la inscripción constitutiva de la hipoteca*, Boletín del Colegio de Registradores de España, n. 52, p. 2709: «[...] en la hipoteca no cabe hablar de negocio obligacional ni de contrato, sino que sólo es negocio de disposición, y éste lleva consigo los dos elementos; acuerdo de voluntades e inscripción». Prescindiendo ahora de la conexión o relación entre el acuerdo y la inscripción, parece cierto que el artículo 1857, 2.º y 3.º CC, presupone el carácter dispositivo del contrato de hipoteca al exigir en él como requisito esencial que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca y que éste tenga la libre disposición de la misma. Esta exigencia –sin paralelo en el contrato de compraventa– es la que impide introducir en la hipoteca la duplicidad del momento obligacional preparatorio y el jurídico-real de ejecución o cumplimiento, que, perfectamente admisible en la compraventa en virtud del sistema del título y el modo, permite en nuestro Derecho la compraventa de cosa futura o ajena, posibilidad que, no dándose en la hipoteca, obliga a recurrir en ella a la mera promesa de la misma (art. 1862 CC).

<sup>223</sup> Desarrollamos con más detalle estas ideas en *Hipoteca voluntaria...*, cit., pp. 350-359.

<sup>224</sup> Argumentan en esta línea: LACRUZ-SANCHO: *Elementos ... III*, 2.ª ed., 1980, p. 158: «Es precisamente para sustituir la publicidad del gravamen que desempeña el desplazamiento posesorio en la prenda, por lo que se establece, como esencial, la publicidad registral de la hipoteca mediante establecer como constitutiva la inscripción»; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 477: el artículo 1875 del C. C. vendría a ser el paralelo, en la hipoteca, de lo que es el 1863 en la prenda, «en ambos se regula la forma que debe observarse para la válida constitución de la garantía». Recientemente añade ésta a su anterior argumentación, GARCÍA GARCÍA: *Los negocios de disposición...*, cit. p. 2709: «[...] la inscripción de la hipoteca es el requisito paralelo de la entrega de posesión de la prenda, pues cumple el requisito de publicidad, de control del acreedor titular sobre la cosa y de ejercicio del *jus distrahendi*; que son notas básicas del derecho real de garantía, tanto en su modalidad de prenda como de hipoteca: no es un mero requisito formal, sino real o dispositivo».

oponible a terceros; para esto último se exige la escritura pública que dé constancia de la certeza de su fecha (art. 1865 CC). En definitiva: que, concibiéndose la hipoteca a imagen de la prenda y pretendiéndose para la existencia de aquélla un elemento de cognoscibilidad y oponibilidad *erga omnes* paralelo al de la garantía real mobiliaria, resulta, por una parte, que la *datio rei* que intenta suplirse en la hipoteca no es la que da oponibilidad a la prenda, y, por otra, que en la misma prenda dicha oponibilidad se logra con la escritura pública que, necesaria en la hipoteca para la existencia de ésta, daría razón en ella —si de lo que se trata es de hacerla funcionar en paralelo a la prenda— no sólo de la existencia del gravamen sino también, de suyo, de su oponibilidad a terceros (art. 1218 CC); al menos a los terceros no protegidos por la fe pública registral<sup>225</sup>.

Contra los anteriores intentos de justificación del carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca, además de las razones que acaban de exponerse separadamente para cada una de ellas, cabe oponer una objeción válida para las dos. Si en ambas de lo que se trata es de preservar a los terceros frente a todo efecto de la hipoteca mientras ésta no se haya inscrito, ¿no se ve que ésa misma es la finalidad que, en general, da razón de la creación del Registro de la Propiedad y que en nuestro sistema se atiende deliberada y adecuadamente haciendo de la inscripción registral instrumento de publicidad, no de constitución, de los derechos y cargas inscribibles? Los efectos ordinarios atribuidos a la inscripción en nuestro Derecho logran, también en el caso de la hipoteca —y tan cumplidamente como en los demás— la finalidad con que se ha querido justificar la excepcionalidad de este supuesto de inscripción constitutiva. Nada tenían que temer los terceros respecto a la posibilidad de una hipoteca existente y no inscrita, al modo previsto en 1861. Intensificar el valor de la inscripción en el caso de la hipoteca no añade ni un ápice a la protección de los terceros. Sacrificar por esta razón la existencia *inter partes* de la hipoteca válidamente otorgada y documentada en escritura pública es un exceso carente, en nuestra opinión<sup>226</sup>, de toda justificación.

<sup>225</sup> Más ampliamente sobre esta forma de argumentar por paralelo a la prenda, *Hipoteca voluntaria ...*, cit., pp. 359-372.

<sup>226</sup> Pensamos, en efecto, que no son decisivas las razones aducidas por GARCÍA GARCÍA en su ya citado trabajo: *Los negocios de disposición ...* Veámoslas, y tratemos de justificar nuestro juicio: 1.<sup>ª</sup> El carácter dispositivo del contrato de hipoteca impone en él la necesidad de la inscripción (pp. 2707-2708). Respondo: En Alemania, de donde toma su inspiración García García, sí; en España, no. La necesidad de inscripción del negocio dispositivo no es una especie de necesidad metafísica, sino una decisión adoptada por el legislador alemán y rechazada por el nuestro. 2.<sup>ª</sup> Por paralelo con la necesidad constitutiva de la entrega en el contrato de prenda (p. 2708). Resp. En la tradición a la que se atiende nues-

Esta última consideración basta por sí sola –aparte el enigma del art. 1875 CC, su confusa e incorrecta redacción y su desarmonía en su contexto legal inmediato y remoto<sup>227</sup>– para excluir la justificación de la inscripción como condición o requisito necesariamente impuesto por la ley para la existencia de la hipoteca. Más que requisito intrínseco de su constitución, sería añadido o postizo imperativamente ordenado por conveniencia de política del Derecho; técnicamente hablando, *conditio juris* para la existencia de la hipoteca<sup>228</sup>. ¿Qué *plus* de inmunidad y protección pueden obtener

tro actual Derecho, precisamente la hipoteca se ha diferenciado de la prenda por excluirse en su constitución la entrega de la cosa gravada. 3.<sup>a</sup> Imponiendo la inscripción, el Código pretendió evitar la clandestinidad en unos contratos y derechos que son invisibles (p. 2710). Resp. a) Pero nuestro Derecho evita la clandestinidad imponiendo una publicidad no constitutiva: *consiste ésta [la publicidad] –E. M. 1861, pp. 228-229– 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 ... el crédito territorial queda así suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores ... y esto sin temor a hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el Registro.* b) La razón indicada valdría igualmente para otros límites o gravámenes de la propiedad que no presenten indicio alguno revelador de su existencia, y para ellos no impone la ley la necesidad de la inscripción constitutiva. 4.<sup>a</sup> Es la única forma de visibilizar y concretar el valor, que es de esencia en la hipoteca (p. 2710). Resp. a) También lo visibiliza la escritura pública (art. 1218 CC, en general, y 1865 para la función aseguradora de la prenda). b) La inscripción visibiliza *erga omnes* ese valor, pero no por ello la impone la ley, que deja a la libertad del acreedor el cuidado de su propio derecho: allá con sus consecuencias quien precinda de ella. 5.<sup>a</sup> Es la única forma de ordenación clara y precisa del rango hipotecario (pp. 2710-2711). Resp. Desde luego, pero, de nuevo, la ley no impone al acreedor la obligación de asegurarlo: quien renuncia al beneficio que la ley le ofrece ... 6.<sup>a</sup> La hipoteca requiere vitalmente la inscripción para su propia esencia y nacimiento en razón de sus notas esenciales: la inmediatividad y la absolutividad (p. 2711). Resp. La inmediatividad y absolutividad son efectivamente esenciales en la hipoteca por su condición de gravamen real; la inscripción es un medio extrínseco que, más que atribuirles, lo que hace es compatibilizar la efectividad de esas notas con la seguridad del tráfico. A éste basta, hay que repetirlo una vez más, con que la natural inmediatividad y absolutividad de la hipoteca se detenga ante el tercero de buena fe cuando se descuida la inscripción. 7.<sup>a</sup> Incluso *inter partes*, la inscripción tiene efecto constitutivo, porque sin ella no podría ejercitar el acreedor el *ius distrahendi* (p. 2711). Resp. a) «... no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes ...». E. M. 1861, p. 236. b) De nuevo NÚÑEZ LAGOS (*Realidad y Registro*, cit., p. 422, nota 1): «el crédito hipotecario se realiza mediante el título ejecutivo, y no teniendo como base un traslado del asiento. La escritura de hipoteca es definitiva para la ejecución». Termina GARCÍA GARCÍA (p. 2711): «Por todo ello, algunos intentos doctrinales recientes y antiguos, que pretenden una interpretación de la inscripción de la hipoteca en contra de los categóricos términos utilizados por el legislador civil e hipotecario, no son convincentes y, si fueran seguidos [...] podrían hacernos volver a la “prehistoria” de la legislación hipotecaria y a la propia “prehistoria” anterior al Código Civil». Permitásenos advertir que en esa vuela a la prehistoria nos quedaríamos, en lo temporal y doméstico, en la Ley Hipotecaria de 1861, y, en lo comparado, en la actualidad de la situación francesa.

<sup>227</sup> Vid. nuestro *Hipoteca voluntaria...*, cit., pp. 374-376.

<sup>228</sup> Así, coherentemente con su tesis de que en la hipoteca la inscripción, siendo necesaria, no es estrictamente constitutiva, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 266; en cambio, como calificación añadida y explicativa del alcance constitutivo de la inscripción, LACRUZ-SANCHO: *Elementos...*, III, bis, cit., p. 111. Contrario a la explicación de la necesidad de la ins-

los terceros por esta vía, que no obtuvieran del funcionamiento y valor general de la inscripción registral? Si nuestra Ley Hipotecaria se decidió por la voluntariedad de la inscripción fue porque, salvada la inoponibilidad de lo no inscrito a terceros desconocedores, con ella bastaba a la protección de éstos. Cualquier paso adelante en la imposición de la inscripción, guiado por esta finalidad, tendrá que resultar inevitablemente una herida inmotivada e inútilmente inferida a la unidad del sistema, que, sin nada añadir a la protección de los terceros de buena fe, impide contar con la existencia de la hipoteca constituida y no inscrita donde y cuando con ella debería contarse.

E interesa atender a esta última afirmación, porque, efectivamente, no es sólo que la necesidad de la inscripción en la hipoteca carezca de justificación teórica en nuestro Derecho; es que, además, su imposición como requisito de existencia o elemento constitutivo de la hipoteca crearía problemas prácticos, la mayoría de los cuales han tenido que ser resueltos por la jurisprudencia apartándose –más o menos declaradamente– de lo que exigiría la opinión común y establecida. Aunque sea sin entrar en pormenores, veamos cuáles son algunos de esos problemas y, en su caso, cómo se ha pronunciado en ellos la jurisprudencia.

Comenzando por los que se suscitan normalmente en la relación *inter partes*, el primero imaginable es el provocado por la negativa del dueño hipotecante a prestar su colaboración en la inscripción de la hipoteca ya otorgada en escritura pública. Sobre él se han pronunciado en sentido diferente las sentencias de 13 de julio de 1984 y 6 de abril de 1996. Para la segunda, tras la escritura pública de hipoteca el acreedor tiene derecho a compeler al dueño de la finca a colaborar en su inscripción, pudiendo ser judicialmente suplido cuando se resista<sup>229</sup>. De acuerdo con la primera, perfecto el contrato de hipoteca a partir de su otorgamiento en escritura pública, el acreedor, por sí solo y al amparo del artículo 6 LH, puede instar su

---

cripción como *conditio juris* para la existencia de la hipoteca, por adolecer de imprecisión y plantear problemas en materia de eficacia retroactiva, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 571-572.

<sup>229</sup> En el caso de esta sentencia quien se oponía a colaborar en la inscripción no era el constituyente inicial de la hipoteca sino la adjudicataria de la finca hipotecada en pago de deuda. De todas formas, la doctrina sustentada por la sentencia se formula en términos generales y vale por igual para el otorgante y para quien pasa posteriormente a ocupar su lugar. Dice literalmente el Tribunal Supremo que «obligada la adquirente de las fincas por dación en pago a “subrogarse en la hipoteca que grava a las fincas adjudicadas y en la deuda que garantizan” [...] ha de colaborar [...] para alcanzar el fin contractual pretendido por todos [...] para lo que asiste acción personal al acreedor –como ocurre en los supuestos de promesa de constituir hipoteca (art. 1862 del CC)– [...] para que la garantía a la que se comprometió la demandada y que, sin duda, asumió, nazca con la plenitud de los efectos propia de su naturaleza de derecho real [...] bien con la colaboración voluntaria de la demandada, ya con la sustitución de su consentimiento por la declaración judicial».

inscripción<sup>230</sup>. Ninguna de las dos sentencias fundamenta su criterio apartándose de la común doctrina que entiende no haber hipoteca hasta que la inscripción se practica<sup>231</sup>. Lo que tampoco harán es seguir esta tesis hasta el final de sus consecuencias negando que tras el contrato nada exista, ni real ni personal, en la relación *inter partes*<sup>232</sup>. Algo forzosamente, la segunda equipara la situación temporal entre escritura e inscripción a la resultante de la promesa de hipoteca y, en consecuencia, considera que el acreedor puede exigir la colaboración del dueño hipotecante para la obtención de la inscripción constitutiva. Mucho más directamente, la de 13 de julio de 1984 considera que tras el otorgamiento de la escritura, el acreedor no necesita colaboración alguna para inscribir al amparo del artículo 6 LH como adquirente del derecho que inscribe e interesado en su aseguramiento. En nuestra opinión, este criterio sólo es consentáneo con la tesis que venimos manteniendo. En la común no puede hablarse de la hipoteca como de derecho existente antes de la inscripción, ni de sólo aseguramiento de ella por la misma inscripción. Por encima de estos matices, lo que interesa destacar es que, frente a lo pretendido y argumentado en contrario sobre la base de la doctrina común, el Tribunal Supremo tiene que velar por la efectividad de una hipoteca otorgada y todavía no inscrita reconociendo al acreedor hipotecario su derecho a llevarla al Regis-

<sup>230</sup> Se trata en el caso de una hipoteca otorgada con anterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra del hipotecante, pero inscrita tras ella. El Tribunal Supremo dirá, en el punto que nos interesa, que «el contrato de hipoteca quedó perfeccionado en la fecha de las escrituras, e inmune desde entonces a la sobrevenida incapacidad de la sociedad prestataria, pudiendo ser inscrita por la Caja con autonomía respecto de la sociedad y a favor de lo que dispone el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente tanto por quien adquiera como por quien transmita el derecho o por quien tenga interés en asegurar el derecho que inscribe».

<sup>231</sup> Dice la de 13 de julio de 1984: «Firme lo dicho, y que la hipoteca, a partir de la vigencia del artículo 1875 del CC no existe como derecho real hasta tanto no es inscrita [...] debe también afirmarse [...] que el otorgamiento de los títulos inscribibles que constituyen su antecedente y que, con fuerza de prueba legal en cuanto a la fecha que ostentan, por lo dispuesto en el artículo 1218 del CC, según el cual el documento público hace prueba plena de su fecha, aun contra tercero, tuvo lugar en días [...] anteriores al momento de retroacción de la quiebra [...] cuando la sociedad estaba capacitada, no sólo para obligarse a constituir hipoteca, sino también para facultar a la Caja prestamista al efecto de que, obrando por sí misma [...] completara la creación del derecho de hipoteca». La de 6 de abril de 1996: «La sentencia recurrida no desconoce en modo alguno los citados preceptos ni el carácter constitutivo de la inscripción, sino que parte de ello, y de que obligada la adquirente de las fincas por dación en pago a subrogarse en la hipoteca [...]».

<sup>232</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario* ..., cit., p. 567: «Sólo queda cerrado el ciclo de existencia o constitución cuando la inscripción se ha producido. Antes no existe derecho real de hipoteca, ni tampoco un derecho personal, porque el derecho de hipoteca no existe, ni como real ni como personal, sino a partir de la inscripción. Antes de la inscripción, lo único que existen son unas declaraciones de voluntad de acreedor y deudor tendentes a la constitución de una garantía, es decir, "un acto jurídico", pero en el que los derechos que pueda generar ese "acto jurídico" no se producen hasta la inscripción» (cvas. del a.).

tro aun sin la colaboración del deudor hipotecante o de la persona que le suceda en su condición de tal. La más llana y sencilla fundamentación de tal derecho es, obviamente, el reconocimiento de la existencia real de la hipoteca tras su otorgamiento en escritura pública y sin necesidad de inscripción. Cualquiera otra, conducida por forzosos e indirectos vericuetos, solamente se entiende por la necesidad en que se encuentra el buen sentido de llegar a las soluciones que impone la inmediata y más elemental percepción de la justicia, aunque sea teniendo que sortear determinados tópicos jurídicos.

Un segundo problema es el que podría suscitarse, sin salir de la relación *inter partes*, cuando, incumplida la obligación asegurada, se hace necesario proceder a la ejecución hipotecaria. ¿Será ésta posible sin inscripción de la hipoteca, o resultará impedida por haberse omitido la publicidad de la garantía? Supuesto que la escritura pública es documento que por sí solo lleva aparejada ejecución (art. 1429.1 LEC) y que la cuestión se mantiene, por hipótesis, entre los otorgantes, nada justificaría impedir la ejecución y dirigirla directamente contra el bien hipotecado. Concretamente, el artículo 1447 LEC no exige la inscripción para que la hipoteca pueda ejecutarse agrediendo directamente el bien dado en garantía sin tener que observar el orden legal de bienes embargables. Negar esta posibilidad cuando la cuestión no afecta a terceros supondría un menoscabo injustificado del derecho del acreedor hipotecario<sup>233</sup>.

Todavía en el mismo ámbito de la relación *inter partes*, y en el intervalo que va desde la constitución de la hipoteca hasta su ejecución –si antes no se inscribe–, cabe imaginar el caso de que el deudor deteriore la finca hipotecada o disminuya su valor. ¿Gozará el

<sup>233</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, cit., p. 422, nota 1: «Es más, el crédito hipotecario se realiza mediante el *título ejecutivo*, y no teniendo como base un traslado del asiento. La escritura de hipoteca es definitiva para la ejecución»; NAVARRO AZPEITIA: *op. cit.*, p. 562: «Todo es distinto, en verdad, para la relación *inter partes*. Entonces, la hipoteca produce los efectos prevenidos en el párrafo primero del artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde al hablar de bienes dados en prenda o hipotecados, no se distingue para estos últimos, si la hipoteca está o no inscrita; y la no inscripción parece que, a juicio del Tribunal Supremo, no era obstáculo para aplicar dicho artículo, según el espíritu de la sentencia de 8 de mayo de 1898 [...]». En la nueva LEC la escritura pública sigue siendo, obviamente, título ejecutivo (art. 517, 4.º), y, para cuando la ejecución se dirija contra bienes especialmente hipotecados, el artículo 579 remite al 568, 2, en el que la «escritura de constitución de la hipoteca» aparece en su condición de título que lleva aparejada ejecución, a pesar de que en la nueva redacción dada al artículo 130 de la LH, la Disp. final novena, 5 de la Ley advierta que «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo». «Pese a la importancia que se da a la inscripción registral –ha comentado CURIEL LORENTE, Fernando: Boletín Col. Registradores, núm. 56, pp. 16-17– no se ha querido dar el paso de configurarla como título ejecutivo de la hipoteca, como parece que hubiera sido congruente».

acreedor de los remedios legalmente previstos en los artículos 1129.3 CC y 117 LH, o se lo impedirá el hecho de que la hipoteca no esté inscrita? Nosotros, atendida, de una parte, la existencia del crédito y el dato de su aplazamiento, y, de otra, la limitación del problema planteado a la esfera relativa de los otorgantes, no vemos razón alguna para apartarnos en este punto de lo ya afirmado para los anteriores. Es más, creemos que la negativa del deudor a la inscripción de la hipoteca ya otorgada –piénsese en el caso de la sentencia de 6 de abril de 1996<sup>234</sup>– encajaría con toda propiedad en esas conductas de *disminución* de la *garantía ya establecida* que el artículo 1129 del CC considera causa suficiente para la pérdida del derecho del deudor a la utilización del plazo.

Desbordando la estricta relación *inter partes*, el tercero frente al que se podría plantear la cuestión sobre la existencia actual de la hipoteca ya otorgada pero aún no inscrita puede encontrarse en una doble posición, según se le considere en la perspectiva de la fe pública registral o fuera de ella. En la primera, sería el ajeno a la constitución de la hipoteca pero conocedor de la misma. Llevando a sus últimas consecuencias la tesis común, Roca Sastre defenderá que a tal tercero conocedor, la hipoteca, inexistente en tanto que no inscrita, no puede perjudicarlo<sup>235</sup>. No lo ha entendido así la jurisprudencia que, con anterioridad a la reforma de la LAU, hubo de evitar el intento de menoscabar la efectividad de la hipoteca cediendo en arrendamiento la finca hipotecada<sup>236</sup>: aunque el arrendamiento se concertara entre el otorgamiento de la hipoteca y su inscripción, el arrendatario conocedor ha de padecer el gravamen y contar con su existencia simultánea al otorgamiento de la escritura y anterior, por ello, tanto al arrendamiento como a la inscripción de la misma hipoteca<sup>237</sup>. Ni la que, sustancialmente con igual criterio aunque envol-

<sup>234</sup> Para su comentario, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: *Valor de la hipoteca convenida en escritura pública ...*, CCJC 42, pp. 967-978.

<sup>235</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 205: «[...] un convenio no inscrito de hipoteca no sitúa en posición de mala fe al tercero adquirente que adquiera la finca correspondiente con conocimiento de tal convenio, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con una compraventa no inscrita». Sigue sustancialmente este criterio la STS 26-I-2000: la hipoteca posteriormente otorgada pero anterior en su inscripción, obtiene prioridad sobre la previamente otorgada y todavía no inscrita, pues el dato de que quien primero inscribe reconozca conocer su existencia, no priva al mismo de buena fe registral.

<sup>236</sup> Para tal jurisprudencia, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Madrid 1992.

<sup>237</sup> STS de 31 de octubre de 1986: «Del hecho probado de que la escritura de hipoteca lleva fecha 28 de septiembre de 1978, anterior al contrato de arrendamiento de local de negocio o de industria en que se ampara el recurrente, que es de 14 de noviembre siguiente, no puede deducirse que el arrendamiento haya de superponerse a la hipoteca por la circunstancia de que tal escritura no se inscribió en el Registro hasta el mes de mayo de 1979, pues implica desconocer que, como dice el Ordenamiento (arts. 1876 del CC y 105 y 145 de la LH), la hipoteca se “constituye” en escritura pública y desde entonces surte efectos para

viéndolo con el ropaje doctrinal de la común opinión, impone contar con el gravamen al adquirente por adjudicación en pago de finca que sabe hipotecada, aunque la hipoteca no se haya inscrito todavía. Es el caso de la sentencia de 6 de abril de 1996: el adjudicatario no puede escudarse en la falta de inscripción de la hipoteca para negar su existencia y rango e inscribir como libre la finca a su favor<sup>238</sup>. En la inmediatez del caso, el rigor de la afirmación de Roca Sastre se advierte contrario a la percepción del *justum* impuesta por el buen sentido. La solución se razonará tortuosamente como sea. Derechamente explicada es bien simple: para el tercero concededor, al igual que para los otorgantes, la hipoteca existe aunque no esté inscrita. No necesitan de la publicidad quienes tienen constancia del dato publicable. Fuera de la perspectiva de la fe pública registral también ofrece casos la jurisprudencia en que la existencia de la hipoteca, anterior a su inscripción, se impone a terceros acreedores. Así, las sentencias, ya vistas, de 13 de julio de 1984: el conjunto de los acreedores del quebrado tiene que estar a la salida de la finca de la masa de la quiebra en virtud de ejecución de hipoteca otorgada con anterioridad a la fecha de la retroacción de la quiebra pero inscrita tras ella<sup>239</sup>; y la de 6 de abril de 1996: el crédito hipotecario derivado de

---

los otorgantes y sus causahabientes (arts. 1218 y 1225 CC), aunque no queda válidamente constituida *erga omnes* hasta que no se inscriba en el Registro (sentencias de 14 de julio de 1933 y 12 de enero de 1943)».

<sup>238</sup> «De no accederse a ello —dice la sentencia— y de entenderse que la recurrente sólo asumió un crédito personal, sin obligación de constituir la garantía hipotecaria, que creyó erróneamente constituida, podría traficar con la diferencia de valor económico y llegar a que el crédito de la actora resultase perjudicado».

<sup>239</sup> «Que los antecedentes, tan extensa como indispensablemente recordados, y el fundamento de las nulidades que el recurso combate, declaradas en la instancia con base en el dato de haberse inscrito las escrituras de 31 de enero y 15 de marzo de 1974, el día 15 de noviembre de 1974, fecha posterior a la del día 15 de septiembre del mismo año, a la que se retrotrae la declaración de la quiebra, centran el recurso en el único punto de si debe mantenerse la declaración de nulidad por cuanto (según razona el considerando 13 de la sentencia del Juzgado, aceptado por el de la Audiencia en el 4.º de los propios), “como expresamente declara el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, todos los actos de dominio y administración, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, serán nulos”, o, por el contrario, y a ello se enderezan los tres motivos que el recurso articula [...], tanto el préstamo de diez millones de pesetas como la prestación contractual de la garantía hipotecaria accesoria, quedan fuera del periodo de aplicación de la enérgica medida contemplada en el precepto del Código de Comercio que sustenta la declaración de nulidad que se combate». La sentencia decide en favor de la segunda posibilidad atendiendo «a lo dispuesto en el artículo 1218 del Código Civil, según el cual el documento público hace plena prueba de su fecha, aun contra tercero». No podemos entrar aquí en detalles. Remitiéndonos a lo dicho en *Hipoteca voluntaria...*, cit., pp. 379-385, y en *Excerpta...*, cit., pp. 450-454, nos limitamos a señalar que el criterio adoptado en esta sentencia coincide exactamente con el que se proclama en Francia, donde, como es sabido, la inscripción de la hipoteca no es constitutiva. Cfr. sobre ello THÉRY: *op. cit.*, p. 203: «Cette distinction de l'existence du droit et de son opposabilité par l'inscription a d'autres conséquences pratiques. Ainsi, [...] seules les hypothèques nées en période suspecte peuvent tomber sous le coup des nullités prévues par l'article 107 de la loi du 25 janvier 1985. Elles y échappent, au contraire, si c'est leur publicité qui est effectuée pendant cette période».

hipoteca no inscrita es preferente al no hipotecario de fecha posterior, aunque se haya anotado preventivamente antes de la inscripción de la hipoteca<sup>240</sup>. La forma de resolver de estas sentencias será criticada, a veces<sup>241</sup>, o explicada por camino diferente al del reconocimiento de la existencia de la hipoteca a partir del otorgamiento de la escritura pública<sup>242</sup>. Lo cierto es, en cuanto al fondo: que en el trata-

<sup>240</sup> «[...] los créditos anotados preventivamente en el registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestro o ejecución de sentencias, sólo tienen preferencia en cuanto a créditos posteriores, según el número 4.º del artículo 1923 del CC [...] por lo que, siendo la escritura pública de préstamo hipotecario anterior a la fecha de la anotación preventiva, aunque la inscripción de esa escritura sea posterior, es de aplicación el número 4.º del artículo 1923 del CC, y debe decidirse la cuestión según la antigüedad de las fechas, siendo preferente el crédito documentado en la escritura pública anterior a la anotación preventiva».

<sup>241</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 569-570, en cuanto a la doctrina de esta última sentencia, mantenida en otras anteriores.

<sup>242</sup> Así, la propia sentencia de 13 de julio de 1984: «Firme lo dicho, y que la hipoteca, a partir de la vigencia del artículo 1875 del Código Civil no existe como derecho real hasta tanto no es inscrita [...], debe también afirmarse ...». En la explicación doctrinal de esta sentencia, *vid.*: GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario ...*, I, cit., pp. 568-569: «[...] el problema de la *capacidad contractual*, único a que se refiere la sentencia, hay que solucionarlo con referencia a la fecha del otorgamiento de la escritura» (cva. del a.) y JORDANO FRAGA: *La constitución de la hipoteca ...*, cit., pp. 234-264, esp. p. 235: «es éste [el contrato de hipoteca] (el fundamento causal de la constitución del derecho real de hipoteca) el acto dispositivo: el que exige, para su validez, capacidad dispositiva y ausencia de prohibiciones legales de disponer en el sujeto constituyente»; p. 238: «creo, por el contrario, que el carácter constitutivo (inegable, legal) de la inscripción registral de hipoteca *no* condiciona la solución del problema [...] la válida constitución del derecho real de hipoteca exige un *título constitutivo/contrato de hipoteca válido, también* desde el punto de vista –que aquí y ahora interesa– de la *ausencia de prohibiciones legales de disponer* afectantes al sujeto constituyente [...] los requisitos de validez del contrato de hipoteca se refieren, como los de cualquier otro contrato, *al tiempo de su otorgamiento*»; p. 240: «a pesar del carácter (legalmente) constitutivo de la inscripción de hipoteca [...] la ausencia, en el sujeto constituyente, de prohibiciones legales de disponer (como todos los restantes requisitos de validez del contrato de hipoteca) es un requisito de validez *del contrato de hipoteca –y no de la inscripción registral* de hipoteca [...]» (cva. del a.). Es la solución ya propuesta en LACRUZ-SANCHO: *Elementos ...*, III, 2, 1980, p. 192: «[...] el contrato de hipoteca es un ente jurídico completo y autónomo, al cual no afectará ya la sucesiva incapacidad o muerte de uno de los otorgantes; fallecido o incapacitado el constituyente de hipoteca, ello no será óbice para que el acreedor inste la inscripción y nazca con ella el derecho real de hipoteca». A nosotros esta explicación nos parece muy problemática en razón de la exigencia de libertad dispositiva requerida para la constitución de la hipoteca y de la razón de ser y normas de funcionamiento de la quiebra (*vid.*, sobre ello, STS 7-7-98). Lo que aquí se plantea no es un simple problema de capacidad contractual o capacidad para obligarse, sino una exigencia de libertad dispositiva que, como tal, debe apreciarse específicamente en el momento de efectividad de la disposición, concretamente en la hipoteca: cuando ésta nace como gravamen inherente a la finca. Así se sigue del artículo 1160 CC –más clara y visiblemente cuando la relación entre contrato de hipoteca e inscripción se pone en paralelo con la existente entre el contrato de *finalidad traslativa* y su pago o cumplimiento mediante la entrega– en cuyo comentario ha dicho BERCOVITZ: *Comentarios al CC y Com. Forales*, dir. Albaladejo, XVI, 1.º, Madrid 1980, p. 56, que «la invalidez del pago por falta de capacidad es totalmente independiente de la invalidez de la obligación por falta de capacidad en el negocio jurídico fuente de dicha obligación. La razón es que el artículo 1160 se ocupa únicamente de la validez del pago, con independencia de la obligación. Puede que la obligación sea válida porque en el momento de perfeccionarse el negocio causal existiese la capacidad que luego desapareció por incapacitación. Tal es el caso frecuente de las quiebras o de los concursos

miento y solución de los casos es este reconocimiento el que parece imponerse, aunque sea teniendo que sortear lo que en contrario exigiría la común afirmación de que en la hipoteca la inscripción es constitutiva; y en cuanto a su explicación: que la manera de llegar llana y directamente a la indicada forma jurisprudencial de resolver consiste en volver a la originaria concepción de la Ley Hipotecaria, sin permitir que la enturbie el artículo 1875 del Código Civil: la hipoteca existe desde que se la otorga en escritura pública, y su inscripción sólo es necesaria para que perjudique a terceros cuando, según los principios del sistema, tal perjuicio debe condicionarse a la inscripción registral.

No podemos entrar con mayor detalle en toda esta compleja problemática. Bastaba a nuestro propósito sacarla a luz para iluminar desde ella lo que en nuestro Derecho vino a entenebrecer el artículo 1875 del Código Civil y, a impulso de su más extendida lectura, el reformado 146 (hoy 145) de la Ley Hipotecaria. Si en dicha lectura ambas normas establecen una excepción al valor normal de la inscripción registral; si, al mismo tiempo, su redacción es incorrecta y confusa al situar inmediatamente su letra el momento —necesariamente único— de la constitución de la hipoteca en el de su otorgamiento en escritura pública y pretender simultáneamente que también la inscripción sea constitutiva; si su dictado no encaja en el conjunto regulador de la misma hipoteca; si en él los terceros no obtienen aumento alguno de protección y en la relación *inter partes* se provocan problemas que no existirían si también aquí se siguiera el criterio general sobre el valor de la inscripción registral... ¿no se ve la conveniencia de interpretar de otra forma la contradictoria redacción del artículo 1875 del Código Civil y la del 145 de la Ley Hipotecaria, por él forzada e inspirada <sup>243</sup>? Si, como con-

---

de acredores». Por ello entendemos que la hipoteca no puede quedar fuera del alcance de la retroacción de la quiebra más que si su constitución o nacimiento se entiende producido en fecha anterior a ella; si tal nacimiento o constitución se entiende obra de la inscripción (aunque causalmente fundada en el título, que no la crea aunque provoque otros efectos de naturaleza obligacional), y ésta resulta alcanzada por la retroacción de la quiebra, no queda otra solución, a nuestro juicio, que la aplicada a un caso similar al que ahora nos ocupa por la STS de 4-7-89: «[...] la hipoteca de que se trata quedó constituida con absoluta validez en la fecha en que accedí al Registro [...], y desde entonces puede afirmarse que adquirió existencia legal con plenitud de efectos jurídicos, lo que equivale a afirmar su sometimiento y sujeción a la esfera retroactiva de la quiebra».

<sup>243</sup> Lo proponíamos más detalladamente en *Excerpta ...*, cit., pp. 430-431: «No es posible la dualidad en el momento constitutivo de la hipoteca. Si ésta nace de la escritura pública, no queda ya lugar para la inscripción constitutiva. Y, por el contrario, si es constitutiva la inscripción, no puede decirse —como dice el artículo 1875— que el documento la constituye. Si la explicación de la norma quiere ser lógicamente correcta no tiene más remedio que corregir el tenor literal de la misma. Y es aquí donde, por un extraño misterio, la *communis opinio* viene decantándose por corregirlo en favor de la inscripción constitutiva, aunque para ello tenga que introducir una excepción en el sistema general de nacimiento de los

jeturaba Sánchez Román, la redacción del artículo 1875 se debió lisa y crasamente a un error<sup>244</sup>, y si, como afirmaba Campuzano, la reforma del artículo 146 de la Ley Hipotecaria sólo obedeció al intento de armonizar ésta con el Código Civil<sup>245</sup>, es una lástima que esa equivocación inicial, legalmente transportada de un precep-

derechos reales y en el significado generalmente atribuido a la publicidad registral, cuyo fundamento legal va a resultar discutible, cuya justificación no será convincente, y cuyos efectos pueden, en ocasiones, llegar a ser contraproducentes [...] También en la hipoteca –como en 1861 estableció el artículo 146 de la Ley Hipotecaria– la inscripción se ordena a que la garantía pueda perjudicar a tercero, situándose su nacimiento en el otorgamiento de la escritura pública donde se la conviene o constituye. ¿Que así corregimos la literalidad del artículo 1875 del CC. en cuanto eleva la inscripción a elemento de constitución de la hipoteca? Ciertamente así ocurriría si –lo que tampoco es evidente, según después veremos– fue esa la intención subyacente en la redacción del precepto; pero, en todo caso –insistimos– también los que niegan carácter constitutivo a la escritura tienen que corregir el texto de la norma. No es tan grave ni tan raro: no siempre la formulación de las normas es técnicamente exacta. Ante la necesidad de la corrección, se trata sólo de orientar ésta en el mejor sentido».

<sup>244</sup> SÁNCHEZ ROMÁN: *op. cit.*, pp. 867-868: «Comparado el Código con la ley Hipotecaria, lo que se observa es que este primer párrafo del artículo 1875, en el cual *generalmente*, y sin distinguir entre la hipoteca *voluntaria* o *legal*, se exige para la constitución válida de la hipoteca la inscripción del documento en que se haya constituido en el Registro de la Propiedad, parece inspirado en el artículo 159 de la ley Hipotecaria, cuyo tenor es el siguiente: “Para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan”; precepto de natural explicación desde el momento en que el concepto de hipoteca legal, según el artículo 158, que nace de los supuestos a los cuales otorga la ley el beneficio de la hipoteca legal, con arreglo al artículo 168, queda reducido al derecho de *exigir* la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de las personas a cuyo favor la ley establece hipoteca legal. Es decir, que se ha tomado la *parte* por el *todo*, y en esta trasposición y reproducción de los textos de la ley Hipotecaria, llevados al Código, se ha convertido en doctrina de *perfección* del contrato de hipoteca, *en general*, lo que era *especial* y justificado precepto tan sólo de las *hipotecas legales*, según el artículo 159, pero que no parecía ni debía serlo de las *voluntarias*, a tenor de los artículos 138 y 146 de la misma, a que antes nos referimos. Confirma esta explicación el contenido del segundo párrafo del artículo 1875, que es una reproducción del 158 de la Ley Hipotecaria, definiente de la hipoteca *legal* y una refundición con éste de los números 5.º y 6.º del 168, y aun el sentido general del 218 y 219 de dicha ley, respecto de las hipotecas legales en favor del Estado ...» (cva. del a.). Es curioso observar que también en Italia, donde la declaración del valor constitutivo de la inscripción en la hipoteca en el artículo 2808 del *Código* de 1942 no plantea los problemas de interpretación que en nuestro Derecho suscita el artículo 1875 del CC., también se atribuye a un error o descuido la incoherencia de tal proclamación en el conjunto de un sistema de inscripción declarativa. Sobre ello, GABRIELLI: *op. cit.*, pp. 457-458: «Resta da chiedersi se abbia giustificazione questa scelta del legislatore del 1942 [...]. Nulla si desume, in proposito, dai lavori preparatori. Tanto da ingenerare il legittimo sospetto che la decisione di assegnare valore costitutivo all’iscrizione ipotecaria non sia altro che il dimenticato relitto di una scelta di più generale portata, compiuta in una prima fase dei lavori preparatori medesimi: la stessa Relazione al Re (n. 1066) riferisce, invero, che nel progetto predisposto dalla Commissione Reale si era stabilito di imporre la pubblicità in generale, e sia pure limitatamente ad alcune categorie di atti *inter vivos*, “come elemento essenziale dell’acquisto”. In quel sistema, poi abbandonato, l’attribuzione di valore costitutivo all’iscrizione ipotecaria si sarebbe inserita coerentemente. Sembra che le ragioni dell’abbandono, e non importa qui di verificare se o quanto fondate, potessero e dovessero valere anche nei confronti dell’iscrizione ipotecaria [...]».

<sup>245</sup> CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 86: «[...] únicamente se impone la inscripción, como forzosa, en el artículo 146 [...] pero se debe advertir que este requisito de la inscripción para que la hipoteca se considere constituida, no se exigió pensando en hacer forzosa la inscripción, sino en concordar este precepto con el artículo 1857 (*sic*) del Código Civil».

to al otro, haya terminado por imponerse arrastrando también al común de la doctrina.

3. Abierta la brecha en la unidad del sistema tan deliberadamente establecido en 1861, no podía extrañar la aparición en tromba, tras la hipoteca, de un sinnúmero de los más desiguales supuestos en los que, de forma un tanto caótica, se vendría a excepcionar el carácter voluntario y publicador de la inscripción registral, llegando a producirse la impresión de haberse instaurado en nuestra legislación más moderna, sin orden detectable pero con designio cierto, la tendencia contraria al originario criterio de la Ley Hipotecaria<sup>246</sup>; el cual, no obstante, teniendo que convivir en lo no abarcado por las nuevas leyes con lo establecido por éstas, contribuiría a conformar con ellas una especie de magma normativo confuso ya en sí mismo y provocador de nueva y multiplicada confusión. Comienza por ser desconcertante la heterogeneidad de los supuestos en los que excepcionalmente se altera el valor general de la inscripción registral, e incluso la posibilidad de reunirlos en un conjunto delimitado y cierto, desperdigados como están la mayoría de ellos en los últimos confines de la más movediza legislación especial. Continúa la dificultad cuando en algún caso particular, impuesta la práctica de la inscripción so pena de la nulidad de lo actuado, se intenta razonar y justificar su calificación como constitutiva o como obligatoria<sup>247</sup>. Y termina por complicarse todo cuando en la interpretación del problemático dato legal se llega doctrinalmente a la ultraclasificación del valor de la inscripción, distinguiéndose entre la constitutiva en sentido puro y fuerte y la simplemente *condicionante* del derecho sometido necesariamente a ella<sup>248</sup>. Este estado de cosas debería ser bastante para hacernos detener la marcha y reorientar el rumbo, recuperada la convicción inicial, en la dirección apuntada en 1861.

<sup>246</sup> Cfr. CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 226: «Sin embargo, en la doctrina inmobiliaria y aun en la legislación más reciente se ha manifestado agudamente una poderosa corriente en pro de que los cambios reales se hagan depender de la constatación registral, es decir, de que la inscripción tenga valor constitutivo del derecho real». *Id.*, p. 227: «La legislación más reciente ha sido más sensible [que la Reforma de 1944] a tal presión y le ha dado cabida en numerosas situaciones particulares hasta el punto de que un autor de los últimos años ha podido afirmar que el sistema hipotecario español se encamina hacia «un régimen de inscripción constitutiva progresiva»».

<sup>247</sup> Destacadamente, en la inscripción de las adquisiciones por extranjeros en zonas de acceso restringido: DíEZ-PICAZO, en los *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II (ed. 1972), p. 353, y sobre la base de lo establecido en el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962, terminaba por inclinarse, considerándola más exacta, en favor de la opinión que calificaba como constitutiva esta inscripción; en cambio, en la edición de 1995, pp. 426-427, incluye el supuesto entre los casos de inscripción obligatoria. Constitutiva la han considerado ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, *cit.*, pp. 207-208 y 209-210; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 111; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, pp. 228-229; CHICO Y ORTIZ: *op. cit.*, I, p. 227. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 578-580, la considera «condicionante».

<sup>248</sup> Es el caso, inmediatamente indicado en la nota anterior, de GARCÍA GARCÍA: *op. cit. loc. ant. cit.*, siguiendo a MIQUEL CALATAYUD: *Estudios sobre extranjería*, 1987, pp. 562-572.

Algo de esto está ocurriendo, sin duda, en nuestro Derecho, tanto en el orden normativo como en el doctrinal. Por lo que hace a lo normativo no deja de ser significativo que en la última y unificadora regulación sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística<sup>249</sup> no se disponga nada especial sobre el carácter y valor de la inscripción<sup>250</sup>; o, por solo citar otro caso señalado, que al regularse en 1989 por Ley del Parlamento de Galicia los Montes Vecinales en Mano Común se suprimiera en la referencia a la inscripción del derecho de superficie constituido sobre ellos el *como requisito imprescindible para su eficacia* con que en la Ley estatal de 1980 se destacaba su especial necesidad como elemento constitutivo<sup>251</sup>. En lo doctrinal, es significativa la comparación entre las últimas ediciones del *Derecho Hipotecario* de Roca Sastre: en la octava (III, 1995) se reduce la lista que en la séptima (I, 1979) enumeraba los supuestos de inscripción a veces considerada excepcionalmente constitutiva u obligatoria, fuera o no ésa la opinión del autor. Frente a la larga enumeración de supuestos en que cabía plantear el valor constitutivo de la inscripción en la séptima edición<sup>252</sup> —paralela a la acostumbrada en otros autores<sup>253</sup>—, la de la octava edición queda redu-

<sup>249</sup> Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

<sup>250</sup> Con anterioridad a tal Real Decreto y sobre la base de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo de 26 de junio de 1992, ya se mantenía en ROCA SASTRE: *op. cit.* III, 8.ª ed. (1995), p. 66, que en esta regulación no había «precepto alguno general que implique inscripción obligatoria».

<sup>251</sup> Artículo 34 de la Ley de 11 noviembre 1980: *Cuatro. El derecho de superficie se constituirá necesariamente en escritura pública que, como requisito imprescindible para su eficacia, habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad ...*; artículo 7 de la Ley 13/1989, de 10 de octubre, de Montes Vecinales en Mano Común (Comunidad Autónoma de Galicia): *1.º La comunidad de vecinos propietarios podrá establecer derechos de superficie ... 2.º La constitución de este derecho se formalizará en escritura pública, que habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad, será transmisible y susceptible de gravamen ...*

<sup>252</sup> Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, pp. 207-214: 1. Derecho de superficie ... , 2. Transmisiones por actos entre vivos a favor de extranjeros de bienes inmuebles de naturaleza rústica ... , 3. Adscripción de bienes inmuebles a patrimonios familiares ... , 4. Actos y contratos en que se constituyan, modifiquen o extingan a favor de extranjeros el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitos en zonas de interés militar ... 5. ¿La anotación preventiva de embargo?: En anteriores ediciones respondía afirmativamente, en ésta se hace eco de la existencia de una fuerte corriente contraria. 6. Niega, contra el parecer de LA RICA, que sea constitutiva la inscripción del derecho de opción de compra. 7. Niega igualmente, contra el parecer de La Rica y Lacruz que sea constitutiva la de los arrendamientos de bienes inmuebles. 8. Niega, contra Jerónimo González, la existencia de cancelaciones constitutivas.

<sup>253</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1984), pp. 110-111: Además de la hipoteca, a) el derecho de superficie, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Suelo y en el artículo 16 del RH. b) El derecho de superficie sobre montes vecinales. c) La enajenación y gravamen de bienes inmuebles de naturaleza rústica ... en favor de personas extranjeras (D. L. 22 marzo 1962). d) Sin consideración a su naturaleza rústica o urbana, las adquisiciones a

cida, y, en su repaso, el criterio favorable a la normalidad se afianza y formula con mayor decisión y convicción: en nuestro actual Derecho no hay más inscripción constitutiva que la de la hipoteca, el derecho de superficie y, con dudas, la de las adquisiciones por extranjeros en zonas de acceso restringido<sup>254</sup>. Algo similar ocurre en materia de voluntariedad u obligatoriedad de la inscripción: frente a la larga enumeración de supuestos de inscripción respecto de los que podía suscitarse la duda de su obligatoriedad en la séptima edición<sup>255</sup> –paralela también a la acostumbrada en otros autores<sup>256</sup>–, en la de la octava, también reducida, el criterio favo-

favor de extranjeros de inmuebles sitos en zonas de especial importancia para la defensa nacional (art. 21 L. 12 marzo 1975). e) Parece supuesto de inscripción constitutiva, y no simplemente obligatoria, el de los actos y contratos de trascendencia real que tengan como objeto fincas «de reemplazo» (LRDA). f) Ciertas anotaciones preventivas llamadas *de garantía*, en cuanto otorgan oponibilidad *erga omnes* a anteriores derechos de crédito personal. CHICO Y ORTIZ: *op. cit.*, pp. 226-227: 1.º Hipoteca; 2.º Contra Roca Sastre (que para entonces había ya cambiado de opinión), niega que sea constitutiva la anotación preventiva de embargo; 3.º La inscripción del derecho de superficie; 4.º Las inscripciones hechas por extranjeros de fincas rústicas de 4 Ha. de regadío y 20 de secano, reguladas en la Ley de 22 de marzo de 1962; 5.º «La adscripción de bienes inmuebles y patrimonios familiares, según la Ley de 15 de julio de 1952, en su artículo 4.º y que fue recogida por el artículo 36 de la LRDA de 12 de enero de 1973, que ha sido derogada por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre sobre “Estatuto de explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes”, que no considera constitutiva la inscripción»; 6.º Se citan las procedentes de concentración parcelaria en fincas de reemplazo.

<sup>254</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, 8.ª ed. (1995), pp. 26-30: «Aparte del supuesto de la hipoteca, actualmente la inscripción tiene valor constitutivo en los casos siguientes: 1. En el derecho de superficie ... 2. Cuando se trate de actos y contratos por los que se establezcan, reconozcan, transmitan, justifiquen o extingan, en favor de personas físicas o jurídicas extranjeras, el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en las llamadas zonas de acceso restringido, o de concesiones administrativas sobre los bienes citados ... Estos son, aparte del derecho real de hipoteca, los dos únicos casos de inscripción constitutiva en nuestro Derecho inmobiliario registral, pero debe considerarse: que en cuanto al segundo de los casos expuestos existe la tesis de que la inscripción, más que constitutiva, es condicionante: que se han suprimido dos supuestos de inscripción constitutiva impuesta por leyes anteriores; y que es muy discutible que, en materia de anotaciones preventivas de embargo, de contrato de opción de compra, de contrato de arrendamiento, de ciertas cancelaciones y de fincas de reemplazo de la concentración parcelaria, la inscripción sea constitutiva».

<sup>255</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, pp. 266-272: Serían casos de inscripción excepcionalmente obligatoria los dos siguientes: 1. La de los terrenos y casas que gocen de los beneficios concedidos a las casas baratas por el Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, y 2. La de las fincas y derechos resultantes de la concentración parcelaria. Se presentan como supuestos de inscripción obligatoria, pero no lo son: a) los denominados por Lacruz como de *inmatriculación obligatoria*, con arreglo al artículo 312 RH; b) la de los bienes del patrimonio del Estado; c) la de los bienes y derechos de los Municipios y Provincias; d) la de Montes catalogados; e) la de bienes objeto de expropiación forzosa; f) la de los bienes inmuebles adjudicados a la Hacienda pública por débitos de contribuciones; g) las situaciones urbanísticas; h) propiedad horizontal; i) la anotación preventiva cuando se trate de juicio ejecutivo.

<sup>256</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 112: a) Las que resultan de la nueva ordenación de la propiedad en la concentración parcelaria; b) la de los bienes de las Corporaciones Locales; c) la de Montes Catalogados; d) la de bienes patrimonio del Estado; e) las situaciones resultantes de la reparcelación urbanística; f) adquisiciones inmobiliarias por extranjeros a que se refería la Ley de 12 de mayo de 1960; g) la inmatriculación a instancia de titular de dere-

rable a la normalidad gana igualmente en rotundidad: hoy no hay más inscripción obligatoria que la de las fincas y derechos resultantes de la concentración parcelaria<sup>257</sup>. De cuanto hasta ahora hemos venido diciendo se desprende que, a nuestro juicio, esta tendencia reductora debe acogerse favorablemente. Es positivo que el legislador, no mediando razones que impongan lo contrario, se atenga a la normalidad del sistema; y que la doctrina, cuando la ley no es absolutamente clara y cierta en el establecimiento de la excepcionalidad y ésta no venga exigida por la materia regulada, se deje guiar en su función interpretadora por aquella misma normalidad.

De acuerdo con esta nueva tendencia deben considerarse bien caídos de la relación de supuestos en que la toma de razón en el Registro revestía carácter constitutivo la anotación preventiva de embargo, incluida a veces en anteriores enumeraciones<sup>258</sup> y excluida hoy por la mejor doctrina<sup>259</sup>, que puede contar con el respaldo

---

cho real limitado sobre la finca no inscrita. CHICO Y ORTIZ: *op. cit.*, pp. 230-231: 1.º Bienes de las Entidades Locales; 2.º Fincas y derechos resultantes de la concentración parcelaria; 3.º Montes catalogados; 4.º Actos y contratos que se refieren a bienes del Estado; 5.º Situaciones contempladas en el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (D. 5 de marzo de 1964); 6.º Reparcelación urbanística; 7.º Terrenos y casas que gocen de los beneficios concedidos en la legislación de casas baratas y viviendas protegidas, en cuanto tal régimen pueda considerarse subsistente.

<sup>257</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 62: «Excepcionalmente hay que señalar en nuestro ordenamiento inmobiliario registral, como único caso actualmente de inscripción obligatoria, el siguiente: el de las fincas y derechos reales resultantes de la *concentración parcelaria* y actos y contratos posteriores, conforme dispuso la Ley de 8 de noviembre de 1962, hoy Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

Ha quedado obsoleto el supuesto de inscripción obligatoria de los terrenos y casas que gozaban de los beneficios concedidos a las *casas baratas* por el Real Decreto-ley de 10 de octubre de 1924 ...» (cva. del a.).

<sup>258</sup> COSSÍO: *op. cit.*, p. 169: «[...] no faltan casos en que sus efectos [se está refiriendo a los de la inscripción] son propiamente *constitutivos*, en cuanto sin ella no se produce la modificación jurídica real, no sólo frente a terceros, sino incluso "inter partes"; así en el caso de la hipoteca que nace sólo como derecho real una vez que ha sido inscrita en el Registro, y en los casos que más adelante examinaremos de anotaciones preventivas constitutivas de garantía» (cva. del a.); DíEZ-PICAZO: *Fundamentos*, III, cit., p. 425: «Por lo que se refiere al embargo [...]. Aun cuando las expresiones legales no son inequívocas, parece fundada la tesis que sostiene el carácter constitutivo de este asiento, pues, como dice Roca, el embargo inmobiliario es una hipoteca de carácter judicial, lo que hace que, para que nazca el derecho real que por el embargo pretende constituirse, sea precisa la anotación»; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 228: «b) Anotación preventiva de embargo sobre bienes inmuebles. Cuando se trate de juicio ejecutivo será obligatoria la anotación de embargo de bienes inmuebles, según lo dispuesto en el artículo 1453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 43 L. H.). Sin embargo, pese a la disposición legal, el crédito que no fue anotado preventivamente es susceptible de realización sobre los bienes embargados; la anotación no es, pues, tanto constitutiva como requisito para establecer el privilegio respecto a los demás acreedores y para garantizar la efectividad de la prohibición de enajenar el inmueble».

<sup>259</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 28-29: «Acerca de si es o no *constitutiva* o, al menos, *obligatoria*, la constancia registral en materia de *anotaciones preventivas de embargo* de bienes inmuebles, la cuestión es compleja. Parece que es *constitutiva* o *asimilada* a ella, porque en lugar de pertenecer al grupo de las anotaciones preventivas de mera publicidad

de la sentencia de 23 de enero de 1998<sup>260</sup>. Lo mismo puede decirse de los arrendamientos inmobiliarios y del derecho de opción, también antes a veces incluidos<sup>261</sup> y hoy llevados de nuevo al territorio ordinario de la inscripción normal, publicadora y voluntaria<sup>262</sup>. Se

corresponden al grupo de las anotaciones constitutivas, como si fueran una hipoteca judicial. Pero, en cambio, el artículo 43, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria establece que “será *obligatoria* la anotación según lo dispuesto en el artículo 1453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” y este precepto establece, en su párrafo 1.º, que “del embargo de bienes inmuebles se *tomará anotación* en el Registro de la Propiedad”. No obstante, no es un asiento de carácter constitutivo o necesario ni obligado, pues el proceso de ejecución cuyo embargo no se halle anotado previamente puede continuar y conducir a la realización forzosa de la finca o derecho real embargados, aunque siempre salvo interferencia de un tercer adquirente, de suerte que para que el embargo y consiguiente enajenación pueda afectar y surtir plenos efectos respecto de ulteriores adquirentes será indispensable dicha anotación. Por tanto, respecto de estos ulteriores adquirentes, no respecto de terceros de mejor derecho (art. 1923, 4.º, y 1927, 2.º, del Código civil, y 44 de la Ley Hipotecaria), la anotación preventiva del embargo para su afectación tendrá carácter consustancial o *sine qua non* (sentencia de 16 de mayo de 1969)» (cva. del a.); GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 582: «Por lo que se refiere a las *anotaciones de embargo* [...] la posición que estimamos más adecuada es la de considerar que *no se trata de un supuesto de “inscripción –anotación en este caso– constitutiva”*, sino que la *anotación determina la eficacia “erga omnes” o “respecto a terceros” del embargo trabado*, por lo que se trata más bien de otro ejemplo más de *inscripción conformadora o configuradora de la plena eficacia real de la garantía*» (cva. del a.). Debe tenerse en cuenta que, como más adelante veremos, para García García este efecto conformador o configurador es el propio y general de la inscripción registral en nuestro Derecho.

<sup>260</sup> «[...] condición ésta [la de estar los bienes, hipotecados, pignoralos o *embargados*] que se adquiere jurídicamente desde el momento mismo en que la autoridad judicial lo decreta, al margen y con absoluta independencia de su anotación en el oportuno Registro, que se establece en el apartado letra d) del artículo 68 de la misma Ley [se refiere a la de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión], que no puede condicionar su existencia, ni tener con respecto a ella un valor constitutivo que sería incompatible con su naturaleza y con el alcance que en nuestro derecho debe darse a las inscripciones y sobre todo a las anotaciones registrales –como se prueba en el precepto general contenido en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que al decir “podrán anotar” está claramente reflejando un sentido potestativo y nunca imperativo– cuya primordial finalidad es la repercusión a efectos de tercero, que en el caso presente estaban perfectamente al corriente del aludido embargo [...]» (cuv. del a.).

<sup>261</sup> Particularmente, LA RICA: *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*, en el L. H. al mismo, publicado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1976, II, pp. 642-643; también, VILLARES PICO, Manuel: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, RCDI 1949, p. 290.

<sup>262</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 29-30: «4. No tiene valor constitutivo la inscripción en cuanto al *contrato de opción de compra* de bienes inmuebles, porque la ley guarda silencio en este caso y el valor constitutivo de las inscripciones no se presume, pues ha de establecerla expresamente la ley. [...] en rigor, la inscripción de la opción se permite (art. 14 del Reglamento Hipotecario) a los solos efectos de afectar o perjudicar a terceros como carga o, mejor dicho, como obligación de vender. 5. En el *contrato de arrendamiento* de bienes inmuebles [...] dicha inscripción no alcanza tampoco valor constitutivo. La Rica se inclina en favor de la tesis constitutiva [...]. Sin embargo, [...] la inscripción del arrendamiento común se autoriza por la ley a los únicos efectos de afectar o perjudicar a terceros como carga u obligación». GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 582: «En cuanto al *arrendamiento* y la *opción* [...] por nuestra parte, nos inclinamos por la posición contraria al carácter constitutivo de la inscripción en estos casos, ya que *el derecho nace antes de la inscripción, como tal derecho personal* que es, y *la inscripción no cambia la naturaleza del derecho transformándolo en real, sino que lo que hace es dotar a ese derecho personal de ciertos efectos “erga omnes”*, de los que carecía antes de la inscripción. Pero [...] eso no es propiamente

mantendrá como supuesto discutido el de las adquisiciones por extranjeros en zonas de acceso restringido, que, mientras para Roca Sastre, según vimos hace un momento, constituye uno de los dos reductos actuales de la inscripción constitutiva<sup>263</sup>, para García García representa un caso especial de inscripción «condicionante»<sup>264</sup>, y para otros, señaladamente para Francisco Núñez Lagos siguiendo la pauta de la sentencia de 30 de septiembre de 1982<sup>265</sup>, un supuesto de inscripción no constitutiva<sup>266</sup>, sino simplemente obligatoria,

---

inscripción constitutiva, en el sentido que aquí estamos estudiando, sino que puede ser un ejemplo más de “inscripción configuradora o conformadora de la plena eficacia *erga omnes*”».

<sup>263</sup> Aunque, p. 27, concediendo que «parece en principio fundada» la calificación dada al supuesto por García García, según inmediatamente indicamos.

<sup>264</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 578-580: «[...] aquí sí opera la inscripción como *conditio juris*, pero no sólo de la eficacia del acto, sino de la existencia definitiva del acto y del derecho» (cva. del a.).

<sup>265</sup> «Que en el único motivo formulado [...] se denuncia interpretación errónea de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.º de la Ley de 12 de mayo de 1960 [...] alegándose que el contrato es nulo de pleno derecho, añadiéndose que además es inexistente, lo cual no se corresponde con la normativa legal pues el contrato, como tal, existe en cuanto que reúne los requisitos del artículo 1261 del C. civ., en relación con la libertad de forma de los artículos 1278 y 1258 del mismo, y la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad impuesta por la ley de 1960 comporta en caso de incumplimiento una nulidad radical del artículo 6.º 3, también del Código por contravenir un precepto de ley imperativa, si concurren los presupuestos que la misma contempla extraños a la esencia del contrato pero nunca una inexistencia como se pretende siendo incluso dudosa la sanción de nulidad absoluta, pues nada impide que la inobservancia pueda ser subsanada con la posterior inscripción, a los fines especiales de la ley de referencia; con la particularidad, además, de que el contrato debatido —que es la ley entre las partes contratantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 1091 del Código— en la Estipulación catorce transcrita, establece la obligación de otorgamiento de la escritura pública a cargo del vendedor cuando se haya satisfecho la totalidad del precio estipulado, momento al que habría de posponerse el problema de la inscripción y sus consecuencias, habida cuenta el tipo de documentos que tienen acceso al Registro de la Propiedad, a los efectos de la publicidad y consiguiente conocimiento general, que es lo que la ley persigue».

<sup>266</sup> NÚÑEZ LAGOS, Francisco: *El valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad en las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, según nuestro Tribunal Supremo*, ADC 1983, pp. 997-1002. Interesa, al objeto de nuestro estudio, la exclusión del carácter constitutivo de ésta como de cualquier otra inscripción en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria. La razona el autor en las pp. 998-999: «En el Derecho español no existen inscripciones en el Registro de la Propiedad que sean constitutivas. La constitución de un derecho va ligada, de modo absolutamente necesario, a la vida, capacidad y voluntad de las personas que lo constituyen, que lo crean por su acto de voluntad, por la emisión de su consentimiento, que es el alma de todo el negocio jurídico. Es absurdo hablar de un derecho, a cargo o a favor de una persona, que se haya constituido en un momento en que esa persona ya no existía por estar muerta; o que, actuando por sí, había sido incapacitada; o no quería en ese momento otorgar el consentimiento. Inscripción constitutiva es aquella en que la inscripción es elemento integrante del mismo acto inscrito, de modo que el consentimiento propio del acto queda incorporado a la inscripción, se otorga en el acto de la inscripción. La inscripción constitutiva va unida al sistema de Registro que se llama Registro de derechos, que no es el Registro de la Propiedad español, que es un Registro de títulos. Es por lo tanto preciso concluir que el acto transmisivo de derechos a que se refiere la Ley de Zonas, tuvo que quedar constituido en el momento de otorgarse el negocio jurídico, nunca en el momento posterior en el que inscribe el registrador, que inscribe sin preocuparse de si el otorgante es vivo o muerto, y sin poder calificar su capacidad en el momento de la inscripción, sino que ha de calificar su capacidad referida al momento del otorgamiento de la escri-

por razones ajenas a las peculiares de la publicidad registral inmobiliaria y nunca so pena de nulidad<sup>267</sup>. Y no quedarían para la doctrina común como exponentes de la inscripción constitutiva, además del de la hipoteca inmobiliaria, que se considera consagrado e indiscutible, los de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, configurado a hechura del anterior, y el del derecho de superficie. Después de lo que dijimos acerca del valor de la inscripción en la hipoteca, creemos obligado añadir ahora, en cuanto a la de la mobiliaria, que las mismas situaciones que llevaban a poner en crisis la realidad constitutiva de la inscripción en la hipoteca común permiten dudar de ella, *eadem ratione*, en la especial. Prueba de ello, la sentencia de 29 de marzo de 1993: la hipoteca mobiliaria se entiende constituida en la escritura pública de su otorgamiento, y la fecha de ésta determina su prioridad sobre un embargo posterior en el tiempo, aunque anterior a la inscripción de la hipoteca<sup>268</sup>. En cuanto al derecho de superficie baste decir que,

tura, al momento en que verdaderamente se constituyó el negocio transmisivo. El consentimiento que da vida al negocio jurídico que se inscribe, se da y se agota en el documento, de tal manera que el acto o contrato queda concluso al margen del Registro y llega a éste totalmente formado. Si el acto o contrato no llegara concluso o formado plenamente, el Registrador no podría inscribir, porque si en el Registro solamente se inscriben negocios jurídicos válidos, si el Registro no convalida los que sean nulos, menos se puede inscribir en él un negocio jurídico que no existe, como sería el caso de ser la inscripción constitutiva. La inscripción en el Registro de la Propiedad en España nunca es, pues, constitutiva».

<sup>267</sup> NUÑEZ LAGOS, Francisco: *op. cit.*, pp. 1001-1002: «La conclusión a que llegamos, después de estas consideraciones, es la de que en la ley actual, los actos y contratos no inscritos, no son nulos [...]. Las leyes han de ser interpretadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad que persiguen [...]. La finalidad de exigir la inscripción en el Registro, modificando el sistema de inscripción voluntaria, es la de que los Registradores puedan dar el parte de las adquisiciones y también de las transmisiones de bienes propiedad de extranjeros, parte que llega al Censo de Propiedades Extranjeras que sigue en el Ministerio de Defensa, y éste pueda llevar el control del porcentaje de inmuebles propiedad de extranjeros en cada zona. Si los Registradores han de cumplir la Ley, si han de servir a la finalidad por la Ley perseguida, deben inscribir los actos a que venimos refiriéndonos, y dar el parte, aunque hayan transcurrido los veinticuatro meses, porque son actos o contratos civilmente válidos [...].».

<sup>268</sup> «Pero éste no es el caso aquí enjuiciado, pues la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria fue otorgada (en 19 de enero de 1988) cuando sobre el establecimiento mercantil no existía embargo alguno, que fue trabado con posterioridad a aquella (1 de junio de 1988), por lo que dicha escritura pública y la hipoteca mobiliaria constituida sobre la misma son plenamente válidas, ya que el momento al que hay que atender para determinar si existe o no algún embargo precedente que impida la constitución de la hipoteca mobiliaria, es al del otorgamiento de la escritura (no al posterior de la inscripción de la misma), como se desprende de que, habiendo de constituirse la hipoteca mobiliaria mediante escritura pública (art. 3 de dicha Ley), el precedente artículo 2 de la misma establece que “no podrá constituirse hipoteca mobiliaria sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados”, y por ello el artículo 13, 3.º, exige expresamente que la escritura pública de constitución de la hipoteca mobiliaria deberá contener la “declaración del hipotecante de que (los bienes) no están hipotecados, pignorados ni embargados”, requisito que no sólo fue cumplido escrupulosamente en la escritura pública a que nos venimos refiriendo [...] sino que además dicha declaración era plenamente cierta y veraz, como ya se ha dicho». Comenta críticamente esta sentencia desde la común opinión sobre el valor constitutivo de la inscripción en este caso, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en CCJC, n. 31, pp. 330-332.

justificado en él —a juicio de cierta doctrina— el valor constitutivo de la inscripción por la misma razón que lo sustenta en la hipoteca<sup>269</sup>, en nuestra opinión queda —en la superficie como en la hipoteca— desprovisto de argumento racional suficiente: no estando en juego el interés de terceros, la publicidad no debe contar para nada; y, si de lo que se trata es de salvaguardar a terceros, para esta finalidad basta con hacer a éstos inmunes frente al derecho, aunque existente, no inscrito. Además de ello, en el plano estrictamente positivo, y prescindiendo de la mayor o menor corrección de la literalidad de la ley al imponer como constitutiva la inscripción de la superficie<sup>270</sup>, debe tenerse en cuenta que, en atención al rango normativo del Reglamento Hipotecario, tras la reciente reforma de su artículo 16 y tras la Ley de Régimen del Suelo de 1992, sigue en pie el planteamiento anterior que llevaba a limitar la función constitutiva de la inscripción en el derecho de superficie al terreno donde el artículo 16 del RH encuentra cobertura legal en la Ley del Suelo. Fuera de él, como mantuvo la sentencia de 15 de junio de 1984<sup>271</sup>, la inscripción registral conserva su valor ordinario. Desde luego es eso lo que ocurre en el derecho de vuelo sobre fincas rústicas (art. 30.3.º RH) y en la superficie constituida sobre Montes Vecinales en Mano Común, si a la diferencia entre el artículo 7. 2.º de la Ley gallega

<sup>269</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, I (7.ª ed.), p. 208 (24 en 8.ª ed., III): «Además, aunque no estamos conformes en generalizar el sistema de la inscripción constitutiva, creemos que en el derecho de superficie está justificado adoptarlo, debido a la índole propia de este derecho, pues mientras por su ejercicio no se construya edificación alguna no está materializado, y una vez hecha la edificación es normal pensar que ésta pertenece al dueño del suelo»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 576: «La razón es la misma que respecto al derecho real de hipoteca, ya que el derecho de superficie, al menos antes de la edificación, carece de exteriorización, siendo la publicidad registral la única forma de producir esa exteriorización necesaria para la eficacia del derecho real como tal».

<sup>270</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, I (7.ª ed.), p. 208: «En otra ocasión hemos dicho que era indudable que el pensamiento de estos dos preceptos [se refiere al artículo 158 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y al 172, 2 del texto refundido de 9 de abril de 1976, que, al igual que el 16 del RH, exigen la inscripción para la *eficacia* de la superficie inscribible] es que tenga *valor constitutivo* la inscripción del derecho de superficie, aunque la fórmula empleada no sea del todo correcta, pues en el caso de la inscripción constitutiva, la inscripción, juntamente con el título público (co)rrespondiente, son requisitos necesarios para el nacimiento o la existencia del derecho real de superficie, y no sólo para su eficacia». Sobre ello, más ampliamente, MENA-BERNAL ESCOBAR, M.ª José: *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Madrid 1995, pp. esp., 24-31.

<sup>271</sup> «Puesto que el derecho de superficie, habida cuenta de su singular y específica naturaleza [...] tiene una singularidad diferenciable del censo enfiteútico [...] y del arrendamiento [...] que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea, a modo "ad solemnitatem", salvo concretos supuestos en que así se establezca como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiéndose en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los artículos 1278, 1279 y 1280 del Código Civil».

de 10 de octubre de 1989 y el 3.4.º de la Ley estatal de 11 de noviembre de 1980 se le ha de atribuir algún significado<sup>272</sup>.

Pasando de la inscripción constitutiva a la obligatoria, vimos ya anteriormente cómo en la última edición del Roca Sastre sólo se mantenía como tal la de las fincas y derechos resultantes de la concentración parcelaria<sup>273</sup>, a la que habría de añadirse hoy la del derecho de aprovechamiento vacacional por turno de bienes inmuebles de uso turístico<sup>274</sup>. Nosotros, por haber negado su valor constitutivo, traeríamos aquí la de las adquisiciones de extranjeros en zonas de acceso restringido. Decaen, en cambio, por variación del criterio legal sobre ellas, la de los supuestos vinculados a las actuaciones urbanísticas<sup>275</sup>, y, por una más exacta interpretación del supuesto general y abstracto de la inscripción obligatoria, la de los bienes del Estado y de las Entidades Locales<sup>276</sup>, la de los Montes Cataloga-

<sup>272</sup> No se lo atribuye la STSJ de Galicia, de 29-4-99: «Cuando el artículo 7, apartado 2, de la Ley 13/1989 establece que la constitución de este derecho se formalizará en escritura pública, que habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad, no se aparta en su redacción de los términos categóricos empleados en el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 5/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales y Mano Común (*sic*) al expresar éste que el derecho de superficie se constituirá necesariamente en escritura pública que, como requisito imprescindible para su eficacia, habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad [...]».

<sup>273</sup> Arts. 235-240 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

<sup>274</sup> Ley 42/1998, de 15 de diciembre, artículo 4.3: «El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad [...]». Cfr., sobre ello, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Multipropiedad: constitución e inscripción registral en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno*, AC 1999, n. 44, pp. 1456-1468, y bibliografía allí citada.

<sup>275</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, p. 66: «La Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo de 26 de junio de 1992, tiene bastante relación con el Registro de la propiedad, pero sin tener precepto alguno general que implique inscripción obligatoria. Sin embargo, De Fuentes Sanchiz sostiene que debe hacerse constar en el Registro de la propiedad la situación urbanística de las fincas, así como el acuerdo en virtud del cual se haya incluido una finca en el Registro municipal de solares, y esta opinión es compartida por Martín Blanco. Pero, en rigor, tal obligatoriedad no aparece en ninguna parte, como no sea en el derecho de superficie que regula»; CORRAL GIJÓN, José María: *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid 1996, p. 280: «En la Ley del Suelo se concede valor constitutivo a la inscripción del derecho de superficie [...]. También tendrá valor constitutivo la inscripción de la hipoteca que se constituya en garantía del cumplimiento de obligaciones dimanantes de las operaciones de reorganización de la propiedad del suelo [...]. En los demás supuestos contemplados en esta Ley, consideramos que la inscripción tiene un valor declarativo [...]. Las inscripciones declarativas son, en principio, voluntarias, aunque de los términos del artículo 307 y otros que veremos al hablar de la rogación, pudieran tener un cierto tinte de obligatorias, al menos para las Administraciones actuantes». En nada altera este criterio favorable a la normalidad de la inscripción el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de aprobación de normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

<sup>276</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 64-65, refiriéndose a la inscripción de los bienes del Estado, pero extendiéndolo inmediatamente a la de los bienes de las Entidades Locales: «En estos casos no se da supuesto alguno de la inscripción obligatoria, por la sencilla razón de ser más bien reglas internas estatales, dirigidas a sus servicios u órganos administrativos

dos<sup>277</sup> y la inmatriculación a instancia del titular de algún derecho real limitado sobre la finca a inscribir<sup>278</sup>.

#### 4.º **La crítica doctrinal al sistema legal y la propugnación de la inscripción extrínsecamente necesaria o intrínsecamente constitutiva**

##### a) LA INSCRIPCIÓN EXTRÍNSECAMENTE NECESARIA; INSCRIPCIÓN Y FORMA

Hemos avanzado, ya que, en su distanciamiento frente al sistema legal, los intentos de nuestra doctrina para atribuir un más importante papel a la inscripción registral se van a bifurcar, algo confusamente, en dos direcciones distintas: una, haciéndola mero-dear en torno a la *tradio*, pretende convertirla en propia y rigurosamente *constitutiva*; otra, acercándola al campo de la forma, quiere verla como *necesaria* para la absoluta y plena efectividad del derecho inscrito. A esta segunda modalidad debemos atender en este momento, comenzando ya por advertir cómo en ella, aunque se la propugne necesaria, la inscripción no se erige en propiamente constitutiva. Elevada *in recto* a la condición de necesaria, sólo indirectamente, en movimiento de vuelta y con una cierta laxitud, se la puede considerar constitutiva, en cuanto que, sin ella, la mutación jurídico-real inscribible no llegaría a producirse en su plenitud<sup>279</sup>.

---

competentes, para que cuiden de que los derechos resulten inscritos en el Registro de la propiedad, no sólo para su mejor seguridad, sino porque el Estado y organismos públicos deben dar ejemplo de registrar sus títulos». El caso es análogo al que nosotros destacamos, *supra* b) 1, al calificar como excepciones impropias a la voluntariedad de la inscripción los casos en que ésta se impone, no por la peculiaridad de su materia sino por la especial obligación de diligencia y cuidado sobre los bienes y derechos a inscribir, propia de quienes gestionan bienes ajenos o de la Administración en los casos ahora referidos.

<sup>277</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 65: «Mas éste no es propiamente un caso de inscripción obligatoria o forzosa, por las mismas razones señaladas respecto de bienes del Estado y entidades locales, a pesar de los términos imperativos de dicho precepto [se refiere al artículo 69 del Reglamento de Montes, de 22 de febrero de 1962], así como del artículo 30 del Reglamento Hipotecario».

<sup>278</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 64: «Pero aquí la inscripción no es propiamente obligatoria en el sentido general explicado, sino que es un supuesto especial de un trámite previo que el interesado puede exigir al disponente, para lograr la inscripción de su derecho real, al igual que en otras hipótesis. Se trata de que un adquirente no sufra un perjuicio por no tener inscrito el transferente su título adquisitivo, lo mismo que en la hipótesis de pretenderse elevar a escritura pública un contrato verbal o extendido en documento privado, conforme prevé el artículo 1279 del Código civil».

<sup>279</sup> El planteamiento puede verse ya en OLIVER: *op. cit.*, p. 578, tratando de argumentar el carácter «obligatorio o forzoso» de la inscripción registral: «Pero eran de tal trascendencia y gravedad las consecuencias que se seguían de no practicar dicha inscripción [...] que el propietario o habiente-derecho no podía menos de considerarse obligado o apremiado de una manera indirecta, pero eficaz».

De acuerdo con la distinción que hasta ahora hemos venido utilizando, la inscripción sería ahora sólo *extrínsecamente* constitutiva. Éste parece ser el trasfondo conceptual de la aporética redacción del artículo 1875 del Código Civil: aunque el documento de su otorgamiento constituye a la hipoteca, para que ésta quede válidamente constituida («establecida», corrige al art. 145 de la Ley Hipotecaria) es necesario que tal documento sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Dejado atrás el problema de la hipoteca, es de este más laxo intento de potenciar, en general, el valor de la inscripción del que ahora vamos a ocuparnos.

Y tenemos que partir en este punto reconociendo que, por encima de detalles y como algo que se impone *primo intuitu*, entre la publicidad registral y la forma documental existe una cierta relación de semejanza natural, de continuidad prolongadora y de parentesco funcional. La publicidad, instrumento artificial de constatación de una realidad jurídica previa, al igual que la forma en su significación ordinaria (arts. 1278-1280 CC), aparece como una prolongación de esta última, en condición de instrumento concatenado a ella y más específica y adecuadamente ordenado a vehicular directa e indiferenciadamente *erga omnes* la cognoscibilidad de los derechos reales, o, más general y propiamente hablando, la situación jurídica de las fincas y las condiciones de capacidad y dispositivas de su titular <sup>280</sup>. Esa relación de continuidad entre forma documental y toma de razón registral, con la consiguiente admisión de la posibilidad de compeler al otorgamiento de la primera (como en el actual art. 1279 CC) para poder obtener la segunda, aparecía ya muy nítidamente en nuestro Derecho de Hipotecas y Toma de Razón anterior a la Ley Hipotecaria <sup>281</sup>; y para los autores de ésta, según puede verse en su exposición de motivos, la inscripción tenía la consideración de «una

<sup>280</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, pp. 28-29: «Pero aun en las naciones en que domina este principio, han tenido que adoptarse precauciones para que la constitución de los derechos reales no quede abandonada a la incertidumbre del testimonio de las personas que hayan presenciado los actos, y a la facilidad de que se borren de la memoria o se confundan con otros. Y con razón [...] Por ello vemos que por do quiera se establecen formas necesarias para que la propiedad inmueble se considere transmitida respecto a tercero, aunque entre los mismos contrayentes sólo la voluntad baste para la constitución, adquisición y transferencia del derecho *en* la cosa, formas que tienen por objeto dar a todo este movimiento publicidad y autenticidad. Las escrituras públicas formadas con las solemnidades que en cada pueblo se hallen establecidas y los registros de hipotecas son los medios que se emplean en las naciones modernas para conseguir estos resultados».

<sup>281</sup> Novísima Recopilación, libro X, título XVI, Ley IV, 2.º: «Que cuando no haya escrituras, no tiene lugar el registro; y así en esta parte quedan sujetas estas cosas a la disposición del Derecho común, porque no tiene que ver con la Pragmática de registro de hipotecas, que trata de escrituras y no de acciones, y el acreedor censualista tiene derecho a hacer compeler a su deudor del censo para que le reconozca, oyéndose a éste; y hasta que se otorgue el reconocimiento por escritura formal, no tiene lugar el registro».

cuestión de forma»<sup>282</sup>. Ahora bien, precisamente, esta relación de similitud de naturaleza y prolongación funcional entre la escritura pública y la inscripción registral, debería llevar a preservar a ésta, sin reticencias ni críticas, el valor que, en razón de aquella relación, se le asignó en 1861. Similar a la escritura pública, la inscripción se concibió y quedó plasmada en la Ley Hipotecaria como formalidad no *ad esse* sino *ad probationem*, según generalmente se dice, o *ad opponibilitatem*, como aquí sería más adecuado decir. ¿Cómo es, entonces, que, contra el criterio establecido en 1861, y reafirmado en 1944<sup>283</sup>, puede pretenderse para la inscripción una nueva y más intensa significación, traída, además, a ella por su consideración como forma o formalidad, que ahora se quiere esencial o necesaria?

El interrogante que acabamos de proponer no admite una respuesta unitaria. La sobrevaloración de esa formalidad que es la inscripción registral no siempre se ha producido desde un mismo talante ni respondiendo a las mismas razones. A veces parece haber resultado de forma indeliberada al hilo de una interpretación apresurada y poco afinada de lo que se considera ser el efecto más característico y ordinario de la publicidad registral. Así lo hemos visto ya nada menos que en Cárdenas: como sin inscripción no hay oponibilidad *erga omnes*, y sin tal oponibilidad no hay derecho real, la inscripción es forma necesaria para el nacimiento del derecho real<sup>284</sup>. Otras veces, y en posición no muy lejana a la anterior, el aupamiento de la inscripción a formalidad esencial es secuela natural y pragmática del interpretado favorecimiento legal de los dere-

<sup>282</sup> E. M., p. 236: «No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? [...] La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba ser considerado mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes [...]».

<sup>283</sup> E. M.: «Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanan de un negocio jurídico. No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario, y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si —conforme se ha dicho— más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría de hecho inoperante, con el natural desprestigio para la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias».

<sup>284</sup> CÁRDENAS: *Memoria histórica...*, cit., p. 149: «[...] pero la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Y como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto al tercero [...]».

chos inscritos frente a la precariedad en que quedan los no inscritos. Así también lo hemos visto ya en Oliver<sup>285</sup>. En ocasiones, más que en interpretación del sistema, la potenciación de la inscripción se propugna como aspiración *de lege ferenda*, tanto en línea «germanizante» –Campuzano<sup>286</sup>, e. c.,– como desde planteamientos «latinos» (Carretero<sup>287</sup>). En todo caso, si la inscripción registral no

<sup>285</sup> OLIVER: *op. cit.*, pp. 581-583: «[...] Todo lo contrario sucede después de publicada dicha Ley, pues, con arreglo a sus prescripciones, las fincas y los derechos reales constituidos sobre ellas no se entienden adquiridos, transmitidos y extinguidos de un *modo perfecto y absoluto, o sea en cuanto a tercero*, sino mediante la inscripción de los títulos o documentos en que constan los respectivos actos o contratos [...] Ante estos efectos tan sustanciales que produce la falta de inscripción, es completamente vana y estéril la declaración del legislador, de que no había querido castigar dicha falta imponiendo la pena de nulidad al acto o contrato en que se había cometido, atendido el principio de la nueva ley, según el cual las obligaciones que nacen de aquéllos no se alteran por dicha omisión en cuanto a los otorgantes. Porque, ¿qué importa al dueño de una finca, de un censo, hipoteca, etc., que no se declare la nulidad de los actos o contratos en cuya virtud ha adquirido aquellos derechos reales, si no puede hacerlos efectivos mientras no inscriba tales actos o contratos, y si, por otra parte, se expone a perderlos definitivamente en el caso, no inverosímil, de que un tercero se anticipe a inscribir a su favor el mismo inmueble u otro derecho real en virtud de títulos o documentos válidos o nulos, verdaderos o falsos?» (cva. del a.).

<sup>286</sup> CAMPUZANO: *op. cit.*, pp. 82-83: «[...] el derecho es una relación inmaterial que para hacerse plástica y visible debe revestirse de alguna forma externa; en efecto, las formas externas son tan esenciales para el derecho como pueda serlo la materia para el espíritu [...] Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es evidente que para los actos y contratos sobre bienes inmuebles debe buscarse *la forma más adecuada a su fondo*, y, además, *debe imponerse dicha forma por razones de orden público* que dejamos expuestas. Como la mejor forma que actualmente se conoce, y la que llena más adecuadamente las exigencias del derecho inmobiliario, es la inscripción en el Registro de la Propiedad, de aquí que sostengamos el que dicha inscripción deba ser obligatoria [...] porque siendo tal forma la más conveniente, debe ser impuesta por razones de orden público, bajo pena de nulidad del acto o contrato a que se refiere» (cva. del a.).

<sup>287</sup> CARRETERO: «Retornos al Código Civil», I, *RCDI*, 1962, p. 229: «Todo atrevimiento es apriorístico. Mi posición descansa en dos obsesiones: 1.ª que el número 1.º del artículo 1280 del Código Civil debe entenderse en su sentido literal y en consecuencia el documento público es requisito formal constitutivo del *contrato que tenga por objeto* la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. 2.º Que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria tomó de los sistemas latinos de transcripción la norma absoluta, incondicionada e inflexible de que el título no inscrito no puede perjudicar al título inscrito. Con tales obsesiones mi postura necesariamente desemboca en combatir todo cuanto tienda a dar beligerancia al documento privado en materia de inmuebles y todo cuanto tienda a menospreciar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, privándole de cometido propio y dejándole morir junto al radiante sol del 34» (cva. del a.). Id.: «Retornos...», II, *RCDI*, 1965, p. 77: «Decíamos en el capítulo I, que, aunque retornáramos al primitivo u original sentido del artículo 1280 del Código, concibiendo la escritura pública como elemento esencial, constitutivo y *sine qua non* del derecho real, esto no supondría nunca postergación ninguna del transcendental 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 concebir la inscripción en el sentido de formulismo oficial accesorio facilitador de la publicidad de algo que por sí ya es público. La historia ha jugado mucho en el equívoco. 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 recíprocamente determinados de manera que resulta torpe creer que el fortalecimiento de uno de ellos ha de producir debilidad en el otro».

se adentra en el mecanismo propiamente constitutivo del derecho real, pero, no obstante ello, la ley la exige, o debiera exigirla, para la plenitud del reconocimiento y efectos de dicho derecho real, su práctica alcanzaría, respecto a éstos, la consideración de forma o formalidad necesaria a modo de *conditio juris*<sup>288</sup>.

A la vista de planteamientos como los hasta ahora referidos, tres son las cuestiones que se suscitan y que en este momento reclaman una cierta atención de nuestra parte. En primer lugar, la relación existente entre publicidad registral y forma: ¿puede ser considerada la inscripción como forma?; y, en caso afirmativo, forma de qué: ¿del título inscribible o del derecho inscrito? En segundo lugar, si la inscripción se ha considerado forma o formalidad del título o del derecho, ¿deberá entenderse forma constitutiva o *ad esse*? Finalmente, ¿qué pensar de su conceptualización como *conditio juris*? Con la brevedad que la materia permite, pasamos a ocuparnos de cada uno de los puntos indicados.

La primera de las cuestiones enunciadas, comprensible en su planteamiento, es de fácil solución. Hemos dicho ya que entre las figuras de la forma y de la publicidad existe un cierto parentesco. Si a ello se añade la dosis de confusión que lleva con alguna frecuencia a situar la entrega, rudimentario y natural instrumento de publicidad, en terrenos de la forma<sup>289</sup>, se comprenderá sin dificultad que la

<sup>288</sup> Por todos, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 135-136: «[...] La inscripción queda reducida, así, a ser un requisito concomitante con el contrato [...] que no forma parte de él, y que tampoco supone un segundo momento de voluntad en el *iter* constitutivo [...] y sí una formalidad externa (por lo que no cabría convertirla, junto con el contrato, en elemento de un negocio jurídico constitutivo de mayor amplitud. Esta formalidad es un requisito que, normalmente, no se ha producido todavía al tiempo de concluirse el negocio, pero que puede producirse, desde entonces, en cualquier momento; es, en definitiva, una *conditio juris*, presupuesto de eficacia, cuya falta no hace al supuesto de hecho incompleto, sino que impide sus efectos propios; por tanto, no es causa de inexistencia, como la falta de un elemento esencial, ni de nulidad, como la falta de forma, sino de ineficacia».

<sup>289</sup> Cfr. CASTRO: *El Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 279: «El Código Civil, en general, exige una forma específica para [...] los negocios de adquisición o transmisión de la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, pues tal sentido tiene la exigencia general de la tradición [...]»; *id.*, p. 287: «Por razones semejantes, el requisito de la entrega, como complementario o formal, importa no sólo para la eficacia real de los contratos (arts. 609, 1857, 1191, 1875) [...]». Específicamente, en la explicación de la donación manual, LALAGUNA: «De nuevo sobre la naturaleza de la donación», en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1978, pp. 234-235: «[...] Esta posibilidad de diferir convencionalmente la entrega de la cosa, no puede admitirse en el contrato formal de donación, en el que, precisamente por tener la entrega de la cosa mueble el significado de forma esencial —con función traslativa— se “requiere la entrega simultánea de la cosa donada” (art. 632, párr. 2.º) [...] En la donación manual... título y modo han de darse necesariamente unidos y, por ello, la entrega de la cosa no puede quedar diferida, en cuanto la entrega *no es tradición*, sino *forma esencial inseparable* del acto jurídico de donación» (cva. del a.); COSSÍO: *op. cit.*, pp. 7-8: «La propiedad, por ejemplo, no se transmite por el mero consentimiento, es además necesario el cumplimiento de ciertas formalidades a él añadidas, aunque sean tan simples como la tradición o entrega real o fingida de la cosa».

inscripción registral sea intuitivamente captada, más que reflexivamente considerada, como una encarnación más de la diversa y variable figura de la forma, y que se le niegue su condición de medio o vehículo de publicidad real<sup>290</sup>. Pero es claro que este modo de proceder denota algo de ambigüedad en el empleo de las nociones de publicidad y forma, y que no distingue suficientemente las distintas funciones de la *traditio* o entrega. Basta con afinar un poco en los conceptos y materia indicados para poder establecer con suficiente nitidez la relación entre la publicidad registral –la inscripción como su instrumento ordinario– y la forma negocial.

Sin necesidad de atenernos al rigor de las definiciones escolásticas, podemos afirmar como cosa cierta que el concepto *forma* se mueve en el campo del acto jurídico y hace referencia al revestimiento de la voluntad en el momento de su declaración<sup>291</sup>. Por su parte, la publicidad, en el específico sentido en que esta noción se refiere al Registro de la Propiedad, significa tanto como la puesta de lo publicado al alcance del conocimiento de cualquier interesado en su noticia<sup>292</sup>; en nuestro sistema, donde en el Registro se inscriben títulos y se publican derechos, la publicidad se refiere a estos últimos<sup>293</sup>. Finalmente, la entrega o *traditio* cumple dos funciones distintas: por una parte –y esto a la perfección y en todo caso– proporciona a quien recibe la cosa el poder inmediato y directo en la misma; por otra –y ahora ya no siempre con igual rigor ni elocuencia–, en cuanto le constituye en poseedor, actúa en su favor como instrumento publicador, natural y rudimentario, del derecho que ha adquirido<sup>294</sup>.

Siendo cierto lo anterior, estamos ya en condiciones de poder negar que, propiamente hablando, la inscripción registral pertenezca al capítulo de la forma. Referida ésta a la declaración de volun-

<sup>290</sup> Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, III, cit., pp. 293-294: «La dificultad más grave que a nuestro juicio plantea el sistema de registro respecto de una verdadera publicidad es que la publicidad se facilita, pero no pasa de ser una cabal ficción. La información se almacena y se permite al acceso a ella. Pero eso no significa que los hechos sean de verdad conocidos. Para serlo es preciso que los interesados exijan la información».

<sup>291</sup> Cfr. CASTRO: *op. cit.*, p. 278; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, 5.ª ed., pp. 247-249; MORALES MORENO: «Forma (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 3144-3146. Como monografías más recientes: CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. Ignacio: *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990, y SANTOS MORÓN, María José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, 1996.

<sup>292</sup> PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 183: «c) L'attuazione della trascrizione ha per risultato la conoscibilità legale dell'atto e dell'effetto soggetto a trascrizione...».

<sup>293</sup> Para la justificación de lo dicho, nos remitimos a nuestro anterior trabajo: «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, LI, II (abril-junio 1998), pp. 521-544.

<sup>294</sup> También en este punto nos remitimos a lo ya dicho en «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», *ACD*, XLVII, II (abril-junio 1994), pp. 77-78.

tad constitutiva del acto o contrato, y la inscripción registral, en cambio, a los derechos resultantes de éste mediante la tradición, es claro que no hay posibilidad de considerar forma a la inscripción<sup>295</sup>. A nuestro juicio, es del todo anómalo e improcedente sacar a la forma de su ámbito y referirla directamente al derecho o a la mutación jurídico-real<sup>296</sup>. Si, a pesar de ello, y por aquello del parentesco y relación de continuidad detectable entre forma e inscripción, se piensa que la publicidad es, como se decía en la Exposición de Motivos de 1861, una «cuestión de forma», o si, más decididamente, se la conceptúa como «forma»<sup>297</sup>, y como «formalista» al Derecho Hipotecario<sup>298</sup>, pronto habrá que recoger velas y rebajar de «forma» a «formalidad»<sup>299</sup>. La inscripción, sin ser

<sup>295</sup> PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., p. 2205 (respondiendo a LÓPEZ BURNIOL: «Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias», *AAMN*, XXXII, p. 207: «Y es que la inscripción es “forma”, por lo que imponerla con el carácter de constitutiva constituye una clara involución formalista»): «[...] Pero hay que recordar que la inscripción registral no es nunca forma». En la doctrina italiana: PUGLIATTI: *op. cit.*, pp. 172-185 (p. 183: «Da quanto abbiamo esposto risulta confermato: [...] b) Che essa (la trascrizione) non può considerarsi comme *forma* degli atti soggetti a trascrizione, rispetto ai quali costituisce solo una fattispecie *secondaria*, in sé autonoma, e tuttavia collegata a quella primaria, che fa de sostegno»), y 417-419 («[...] Ciò posto, riesce difficilmente intelligibile l’attribuzione della qualifica di “forma” alla pubblicità, comunque si voglia delineare il relativo concetto [...] A questo punto l’equivoco si rende manifesto, poichè il termine “forma” si adopera in sostituzione di espressioni più proprie, come “procedimento” o “meccanismo pubblicitario”») (pp. 418-419); FERRI: *op. cit.*, pp. 11: «[...] si è finito col precisare che la trascrizione è forma del negozio o atto giuridico. Ci sembra che questo concetto della trascrizione non sia accoglibile, almeno se si parla di forma in senso corretto», y 144: «La dottrina dominante concepisce la trascrizione come forma del negozio e precisamente como una forma de pubblicità che si sovrapporrebbe alla forma, diciamo così, normale, e sarebbe richiesta perchè il negozio possa raggiungere la pienezza dei suoi effecti. Abbiamo già preso posizione contro questa teoria. Secondo noi, la via da seguire è quella di collocare la trascrizione non nel capitolo del negozio giuridico, ma in quello dei rapporti giuridici e delle loro vicende».

<sup>296</sup> Lo hace así, con carácter general, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...* I, cit., pp. 9-10: «Los referidos actos modificativos de los derechos reales sobre fincas pueden ser objeto de regulación, en cuanto a la forma se refiere, desde un triple punto de vista: [...] c) Requisitos de forma exigidos para dar a la modificación real la debida publicidad *erga omnes*. Estos requisitos formales, partiendo de una modificación real ya causada, tienen por fin darle la debida publicidad frente a todos, para que por todos sea respetada». Especificamente, en la inscripción de la hipoteca, LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1980, p. 191: «En este sentido, en cuanto etapa y requisito del proceso constitutivo, puede decirse que la inscripción es una forma, pero no del contrato de hipoteca expresado ya en su propia forma (escritura pública), sino del derecho real [...] es —insisto— una forma constitutiva del derecho real»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales*, cit., p. 612: «La inscripción es constitutiva cuando es uno de los requisitos esenciales (una forma esencial) de la adquisición o modificación del derecho real».

<sup>297</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 309: «La inscripción (en el sistema español) es meramente declarativa y tiene el único valor de un requisito de forma [...]».

<sup>298</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 17: «A) *Es un Derecho esencialmente formalista*: su materia propia está constituida por la forma de determinados actos jurídicos referentes a los derechos reales sobre fincas. Este carácter formalista se ofrece con una rigidez muy superior a la de las demás normas del Derecho civil».

<sup>299</sup> En la misma E. M. de 1861 (p. 325): «Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos [...] sujetar a ciertas formalidades la declaración y conservación de derechos preexistentes no es anularlos, es

forma en sentido propio, es formalidad por la que artificialmente se obtiene la publicidad de los derechos reales, o de las situaciones jurídico-reales inmobiliarias: su cognoscibilidad legal, o la puesta de su conocimiento al alcance de cualquier posible interesado.

Formalidad, pues, mejor que forma, ¿será constitutiva o necesaria la práctica de la inscripción para que la mutación jurídico-real llegue a producirse? Ésta es la segunda de las cuestiones que antes distinguíamos. La inscripción sería constitutiva si el legislador la hubiera impuesto con obligatoriedad directa –aunque sólo fuera extrínseca– para el nacimiento del derecho real inscribible; o si indirectamente resultare exigida, bien para dotar de consistencia al mismo derecho frente a la precariedad en que quedarían los derechos no inscritos –planteamiento antes visto en Oliver–; bien porque se entienda, con el texto ya indicado de Cárdenas, que la oponibilidad *erga omnes*, esencial a la idea del derecho real, sólo se obtiene en el actual Derecho a través de la inscripción registral. Pero es el caso que por ninguno de estos caminos puede argumentarse en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad *ad esse* de esa formalidad que es la inscripción.

Que nuestro legislador no quiso imponerla directamente como obligatoria es cosa que abiertamente se reconoce cuando la obligatoriedad se propone doctrinalmente como *desideratum de lege ferenda*, y que patentemente resulta de las mismas palabras de la Exposición de Motivos de 1861, que, considerando la omisión de la inscripción como un «defecto de forma», explicaban cuáles eran sus consecuencias<sup>300</sup>: la falta de inscripción sólo podrá ser alegada por los perjudicados que no hayan sido parte en el contrato que se dejó de inscribir; nunca por los propios contratantes, porque otra cosa sería contraria a los principios de justicia y a la buena fe y lealtad que se deben los contrayentes. «Por eso no contiene el proyecto la

---

más bien hacer que sean eficaces...»; en la *Exposé des Motifs* de la francesa Ley de Transcripción de 23 de marzo de 1855 (Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, p. 6: «La transcription est l'accomplissement d'une formalité destinée aux tiers...»). En la doctrina italiana, PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 419: «Nel linguaggio, o piuttosto nel gergo dei pratici, si adopera, in codesto senso, il termine "formalità", con la coscienza più o meno chiara, che esso ha un significato diverso dal termine "forma", in quanto indica una pluralità di elementi necessari e collegati tra loro a costituire un determinato complesso»; en la nuestra, CÁRDENAS: *Memoria...*, cit., p. 151: «Sería absurdo suponer que los propietarios tenían derecho perfecto a no ser obligados a cumplir ninguna nueva formalidad externa para mantener incólume su dominio [...] Las leyes que prescriben tales formalidades son en realidad adjetivas, y por tanto pueden, sin inconveniente alguno, tener efecto retroactivo»; LACRUZ: *op. cit.*, p. 191: «En este sentido, en cuanto etapa y requisito del proceso constitutivo, puede decirse que la inscripción es una forma: pero no del contrato de hipoteca expresado ya en su propia forma (escritura pública), sino del derecho real; no es una forma del contrato, sino una formalidad relativa al contrato que tiene su propia forma y es perfecto en cuanto tal [...]».

<sup>300</sup> E. M., cit., p. 236.

pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos». Seguramente esté aquí la explicación del relajado sentido en que la Exposición de Motivos ha empleado en este contexto el término «forma». Lo que falta al contrato no inscrito, y al derecho derivado del mismo, no es algo perteneciente a su esencia y, por tanto, necesario para su existencia, sino un puro, aunque importante, añadido externo, que, como tal, presupone perfecto y eficaz el contrato que como título funda la existencia del derecho susceptible de ser inscrito.

Pero tampoco la precariedad en que, una vez instaurado el Registro, quedan los derechos no inscritos frente a los inscritos, es razón suficiente ni adecuada para entender elevada a requisito esencial o necesario la formalidad de la inscripción, al modo pretendido por Oliver. Aparte el dato de que con mucha frecuencia no existe ese tercero que se adelanta a inscribir haciendo inane el derecho de quien no inscribe, justamente el robustecimiento del derecho inscrito frente al que se dejó de inscribir es la natural consecuencia de la adopción de un sistema de publicidad en el que la inscripción ni se considera esencial para la constitución del derecho inscribible, ni su práctica se impone como obligatoria. No exigida *ad esse* ni obligatoriamente impuesta, son sus ventajas las que la recomiendan. Cárdenas lo había dejado perfectamente explicado: aunque la justicia y tolerancia de la Ley Hipotecaria, a la vez que salvaba al tercero de los perjuicios que pudiera ocasionarle la no inscripción del derecho, permitía al propietario la libertad de omitirla, la reforma sería completamente ineficaz si los derechos no inscritos hubieran de disfrutar los mismos beneficios que los inscritos<sup>301</sup>.

Finalmente —y ahora contra la simplificación deslizada en algún texto de Cárdenas—, tampoco por la conexión entre publicidad y derecho real, o entre inscripción y oponibilidad a terceros, puede esta última ser considerada forma esencial o constitutiva, que, en la explicación que combatimos, lo sería intrínsecamente. El pensamiento completo de Cárdenas permite por sí solo advertir y debelar la incorrección en que incurre su texto. Sostiene el gran hipotecarista que no es constitutiva la función de la inscripción<sup>302</sup>;

<sup>301</sup> CÁRDENAS: *Memoria...*, cit., pp. 157-158: «La Comisión impugnó esta solicitud (la de la Diputación Provincial de La Coruña pidiendo que se eximieran de la Ley Hipotecaria, y por tanto de la inscripción, todos los derechos hasta entonces adquiridos, quedando tan sólo sujetos a ella los que en adelante se adquirieran) y las especiosas razones en que se apoyaba, en un extenso dictamen. Demostró en él, hasta la evidencia, la completa ineficacia de la reforma, si los derechos no inscritos hubieran de disfrutar los mismos beneficios que los inscritos».

<sup>302</sup> CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 149: «[...] pero la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan [...]».

que los derechos no inscritos valen y existen, por tanto, entre quienes deben conocerlos<sup>303</sup>; y, sin embargo, deja escapar la afirmación de que los derechos constituidos antes de la inscripción adquieren por ésta el carácter de reales, porque de la observancia de esa forma que es la inscripción depende la existencia de aquellos derechos para los terceros<sup>304</sup>.

Afirmaciones estas últimas que probablemente se expliquen por el deseo de encarecer las ventajas de la inscripción y procurar su fomento, pero que, sometidas a algún rigor, fácilmente se comprueban excesivas. Si se admite que los derechos no inscritos valen y existen entre quienes deben conocerlos, no queda ya posibilidad de sostener que su inscripción sea constitutiva<sup>305</sup>. Es contradictorio mantener que derechos de suyo reales, existiendo anteriormente, adquieren el carácter de reales por obra de la inscripción y a partir de su práctica; o que, existiendo para unos (*inter partes*), puedan no existir para otros (los terceros). Expresiones de este tipo nos trasladan a la contradicción de la propiedad relativa<sup>306</sup>. El derecho real, al serlo y por serlo, existe *erga omnes*. Distinto es que, en medida de política jurídica favorecedora de la seguridad, una vez instaurado el Registro de la Propiedad, su oponibilidad a los terceros desconocedores o «de buena fe» se condicione a su inscripción. Esto, que es lo que efectivamente ocurre en nuestro Derecho, no significa que la existencia del derecho real, ni su esencial absolutividad u

<sup>303</sup> CÁRDENAS: *ib.*, p. 530: «La Ley Hipotecaria no extingue ni menoscaba ningún derecho sobre la propiedad inmueble: aun los que no se inscriban conservarán por ella toda su fuerza y valor entre las personas que deban conocerlos».

<sup>304</sup> CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 149: «[...] sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Y como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto al tercero [...]».

<sup>305</sup> Aunque en el texto de Cárdenas esos «quienes deben conocerlos» sean los otorgantes del título inscribible –las partes–, ello bastaría para negar valor constitutivo a la inscripción. Si, como hoy indudablemente impone el artículo 34 LH, en la expresión «quienes deben conocerlos» se incluyen los terceros extra-registralmente conocedores, la cosa es aún más clara.

<sup>306</sup> *Vide*, al respecto, y con las diferencias impuestas por sistema transmisivo italiano, FERRI: *op. cit.*, pp. 12-14: «La dottrina dominante ha un'esatta intuizione quando parla, in relazione alla trascrizione, di pubblicità dichiarativa e afferma che la trascrizione nulla aggiunge all'efficacia reale che la legge riconnette direttamente al consenso delle parti (art. 1376) Ma tale esatta intuizione non viene poi suffragata da una logica dimostrazione, anzi è contraddetta e limitata da una serie di riserve e specificazioni che alla fine lasciano in piedi ben poco di quel principio che in partenza si dichiara di accogliere. Si comincia col dire che la proprietà passa, sì, col semplice consenso, ma solo fra le parti e i loro eredi; perchè passi, anche di fronte ai terzi occorre che il contratto venga pubblicato [...]. Questa opinione, che si potrebbe chiamare eclettica è, a nostro avviso, affetta da un'intima contraddizione. Con essa, mentre da un lato si tiene fermo come verità indiscussa il principio dell'efficacia reale del consenso legittimamente manifestato, dall'altro lo si distrugge col riconoscere che il diritto trasferito col semplice consenso non è opponibile a tutti e quindi manca del principale requisito della realtà».

oponibilidad *erga omnes*, sea obra ni resultado de la inscripción. El cometido de ésta, en cuanto elemento de publicidad, es más limitado: permitiendo la cognoscibilidad general y legal de los derechos inscritos, se erige en vehículo normal y suficiente de la oponibilidad *erga omnes* que, como derechos absolutos, naturalmente les corresponde. No la da como cosa y aportación propia, aunque su omisión sí que puede impedirla en atención a la buena fe del tercero que, desconociendo la existencia del derecho no inscrito, confía en lo que el Registro publica<sup>307</sup>.

¿Cuál es, entonces, la relación existente entre la inscripción registral y el derecho inscribible? Llegamos con esta pregunta a la tercera de las cuestiones inicialmente propuestas: si la inscripción es *conditio juris* y, caso de serlo, de qué: si del acto o título inscribible o si del derecho publicable. La cuestión se nos antoja de escaso interés. Lejos de ventilarse en ella resultados efectivos, su alcance se limita tan sólo a intentar el revestimiento técnico del que se considera ser el efecto legalmente cierto de la inscripción, mediante su subsunción en algunas de las figuras conceptuales de la dogmática del Derecho<sup>308</sup>. Seguramente se explica por ello –además de por la borrosidad en que se mantiene la propia figura de la *conditio juris*– la poca atención que se le presta y la despreocupación por el rigor detectable en su tratamiento.

Distintas han sido las opiniones que en nuestra doctrina se han sostenido –desde presupuestos distintos y para hipótesis diferentes, aunque siempre pensando en el caso de la hipoteca<sup>309</sup>– acerca de si

<sup>307</sup> En la doctrina, y para el Derecho italiano, PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 182: «Una generale esigenza pratica impone la tutela dell'interesse del titolare di una situazione soggettiva, sì che questa non venga vulnerata da fatti che gli sono sconosciuti. L'ideale di questa tutela sarebbe quello di considerare come limite la *conoscenza effettiva*, ponendo a carico dell'altro soggetto l'onere di provarla. Ma codesto ideale teorico annullerebbe l'esigenza pratica; ed è per ciò che si ricorre alla conoscibilità legale. La pubblicità, nel suo atteggiamento generico, perviene a tale risultato realizzando il *generale* interesse alla notorietà, opposto a quello al segreto o al riserbo (di natura prevalentemente individuale o quanto meno *particolare*). Alla conoscibilità legale, in questo più generico atteggiamento, si può ricolligere come conseguenza ulteriore o effetto, sul piano processuale, la *praesumptio hominis*, che può, naturalmente, essere vinta dalla prova contraria. Ma già questo effetto, proiettato sul piano processuale, è certamente un *effetto giuridico*»; *id.*, p. 429: «La pubblicità [...] produciendo la conoscibilità legale, che per legge equivale a conoscenza effettiva, rimuove l'ostacolo alla opponibilità del'atto, non solo rispetto ad un soggetto determinato, come la prova della conoscenza effettiva, bensì rispetto a qualsiasi soggetto». Desde nuestro Derecho y para nuestro sistema hemos adelantado algo sobre estas materias, en *Bases del Derecho de Cosas...*, *cit.*, pp. 546-548 (inmediatividad y absolutividad o trascendencia de los derechos reales) y 574-577 (exclusión de la dimensión necesaria o constitutiva en la inscripción).

<sup>308</sup> Puede ello observarse en GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario...*, *cit.*, pp. 571-572, esp. 571: «[...] tampoco es adecuada la teoría de la *conditio juris*, pues la figura de la *conditio juris* puede planetar problemas respecto a la *eficacia retroactiva de la misma*, que no puede predicarse sin más en relación con la hipoteca [...]» (cva. del a.).

<sup>309</sup> Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 135: «Fijémonos, concretamente, en la inscripción de la hipoteca»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 265: «Tomando como ejemplo el caso de

la inscripción registral es *conditio juris*. Lo afirma, e. c., Sanz Fernández para todo supuesto de inscripción no constitutiva pero necesaria<sup>310</sup>; lo afirma igualmente Lacruz, pero ahora explicando el modo de actuar de la inscripción constitutiva<sup>311</sup>; lo niega, en cambio, García García, para quien la inscripción constitutiva es, más que *conditio juris*, condición de existencia del derecho cuyo nacimiento está legalmente supeditado a ella<sup>312</sup>. Y, *conditio juris* o no, ¿a qué se refiere la inscripción y qué efectos son los que impide su omisión? Lacruz la refiere directamente al acto o contrato generador del derecho a inscribir; acto o contrato al que, no obstante, la falta de inscripción no deja incompleto<sup>313</sup>. Sanz Fernández la refiere al derecho inscribible, cuya plena eficacia queda en suspenso hasta la inscripción<sup>314</sup>. García García la entiende también referida al derecho, pero al más intenso modo que ya se ha indicado: impidiendo su misma existencia hasta el momento de su toma de razón en el Registro<sup>315</sup>. Saliendo de nuestra doctrina, algún interés puede

---

la hipoteca, supuesto típico de inscripción necesaria en nuestro sistema [...]»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 571: «Volviendo a la caracterización de la inscripción constitutiva en materia de hipoteca [...]».

<sup>310</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 266: «En cambio, en el caso de inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal, que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

<sup>311</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 135: «¿Qué papel juega la inscripción, cuando es constitutiva, en el *iter* adquisitivo del derecho real? Los autores españoles que se ocupan del problema califican a la inscripción, a nuestro modo de ver, acertadamente, de *conditio juris*».

<sup>312</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 571: «Por todo ello, consideramos preferible hablar aquí de *requisito legal de eficacia del negocio*, en lugar de *conditio juris*, sin olvidar de ningún modo ese otro aspecto fundamental de la inscripción como *requisito legal de la existencia del derecho*. Es la Ley la que establece el requisito de la inscripción. Por eso, hablamos de *requisito legal*» (cva. del a.).

<sup>313</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 135: «Este presupuesto de eficacia cuya falta no hace incompleto al supuesto de hecho negocial, limitándose a impedir sus efectos, es la *conditio juris*. En cuyo concepto puede muy bien entrar, por consiguiente, la inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad»; *id.*, p. 136: «Esta formalidad es un requisito que, normalmente, no se ha producido todavía al tiempo de concluirse el negocio, pero que puede producirse, desde entonces, en cualquier momento: es, en definitiva, una *conditio juris*, presupuesto de eficacia, cuya falta no hace al supuesto de hecho incompleto, sino que impide sus efectos propios; por tanto, no es causa de inexistencia, como la falta de un elemento esencial, ni de nulidad, como la falta de forma, sino de ineficacia».

<sup>314</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 266: «La omisión de la inscripción no priva al contrato formalizado en escritura pública de su virtualidad constitutiva del derecho; pero sí impide la efectividad y ejercicio del mismo, hasta tanto que se obtiene. Es decir, que así como la omisión de la escritura impide el nacimiento del derecho, la falta de inscripción *suspende la eficacia del mismo* [...] en el caso de inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal, que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

<sup>315</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] hay que insistir en que se trata de un "requisito legal de existencia del derecho". En cambio, no parece adecuado considerar que la inscripción es simple "requisito de eficacia", salvo que se haga la puntualización de que

tener atender al dato de que en la italiana, donde la cuestión se suscita también polémicamente<sup>316</sup>, la calificación de la inscripción como *conditio juris* se plantea en términos más amplios para explicar la relación existente entre la inscripción del contrato generador del derecho inscribible y la oponibilidad a terceros del derecho por él generado<sup>317</sup>.

A la vista de estas opiniones, y pensando en nuestro Derecho: ¿qué se debe mantener al respecto? Entendiendo nosotros, con Núñez Lagos y con Sanz Fernández, que en nuestro sistema de publicidad inmobiliaria no hay inscripciones propia y rigurosamente constitutivas<sup>318</sup>, los supuestos en que la inscripción venga impuesta por la ley serían más bien casos de inscripción obligatoria o sólo extrínsecamente necesaria. En ellos, sin alteración del mecanismo constitutivo o transmisivo de los derechos reales, la inscripción registral sería presupuesto legal de existencia (*conditio juris*) del derecho a inscribir, no del acto o contrato que sirve de título a su constitución, el cual sería perfecto y completo en sí mismo. Sólo el nacimiento del derecho inscribible quedaría legalmente subordinado, en tal interpretación, al cumplimiento de la formalidad en que consiste la inscripción. La ley les negaría su

---

la "existencia" se refiere al "derecho", y la eficacia se refiere al "negocio" [...] sin olvidar de ningún modo ese otro aspecto fundamental de la inscripción como *requisito legal de la existencia del derecho*. Es la Ley la que establece el requisito de la inscripción. Por eso hablamos de *requisito legal*» (cvas. del a.).

<sup>316</sup> Cfr. PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 430, donde el autor manifiesta su discrepancia en este punto frente a la opinión de A. Scialoja, partidario de considerar a la inscripción registral como *conditio juris*.

<sup>317</sup> PUGLIATTI: *op. cit.*, pp. 428-431: «Riteniamo, invece, che si possa parlare di pubblicità *costitutiva*, in relazione a quelle ipotesi nelle quali la pubblicità produce l'effetto di estendere ai terzi l'efficacia dell'atto rispetto al quale si è regolarmente attuata (p. 428); «La descrizione e l'analisi che precedono, le quali si modellano sui dati di esperienza, senza deformati, consentono di valutare quella opinione secondo la quale la pubblicità, nella ipotesi considerata, assume la funzione di *conditio juris* per l'efficacia dell'atto rispetto ai terzi» (p. 430).

<sup>318</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, cit., pp. 422-423, nota 1: «El que para la hipoteca se exija la inscripción es problema que pertenece al capítulo de la *forma* de los negocios jurídicos materiales, y no al «principio de inscripción», principio que no sólo afecta a la constitución de los derechos reales, sino a la eficacia del asiento en sí, incluso frente a los actos jurídicos precedentes del asiento mismo que quedan cancelados, como el parto cancela o termina la gestación. No hay diferencia, una vez inscritos los respectivos títulos, entre eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit., p. 266: «El carácter necesario de la forma —escritura pública o inscripción— produce consecuencias muy análogas al constitutivo; por ello es perfectamente explicable que generalmente se identifiquen en la doctrina estas cuestiones; sin embargo, no son idénticas y deben estudiarse separadamente. Conceptualmente, en el caso de la inscripción constitutiva, el derecho no inscrito no existe en absoluto. En cambio, en el caso de la inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal, que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

reconocimiento mientras no se inscriban. A su vez, en la hipótesis ordinaria de la inscripción habitualmente llamada declarativa, dicha inscripción sería presupuesto legal (*conditio juris*), no del acto o contrato, que como tal tiene vocación de vigencia *inter partes* –donde la publicidad registral nada está llamada a resolver– sino del derecho de aquél derivado; pero no de su existencia, ni siquiera absolutamente de su oponibilidad; solamente de su oponibilidad a terceros desconocedores. Cumplido el mecanismo transmisorio sin intervención de la inscripción registral, el derecho real nace fuera del Registro y en las condiciones propias de su naturaleza: como poder inmediato *en la cosa*, adherido a ella y, *eo ipso*, naturalmente oponible a terceros. Sólo la protección dispensada por la ley a los terceros de buena fe hace que, sin el añadido de la publicidad, no puedan éstos verse sorprendidos por la existencia de derechos que les son desconocidos.

b) LA DEFENSA DEL CARÁCTER INTRÍNSECAMENTE CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA LEGAL VIGENTE

Junto al modo que se acaba de examinar, existe otra manera, más extendida y variada en nuestra doctrina, de pretender la función constitutiva de la inscripción registral. Se trata ahora de adentrarla de alguna forma en el mismo proceso sustantivo de constitución y transmisión de los derechos reales. Veamos a continuación cómo y con qué amplitud, para poder a continuación pronunciarnos sobre el problema, así tantas veces presentado, de la dualidad legislativa introducida por la Ley Hipotecaria en nuestro Derecho de Cosas.

a') *La incompatibilidad del sistema del título y el modo con el establecimiento de la publicidad registral: el desplazamiento de la traditio por la inscripción*

Heredado del Derecho romano, y perfectamente consentáneo con la idea del derecho real, el sistema del título y el modo había venido señoreando a lo largo y ancho del *jus commune* el mecanismo de la adquisición y transmisión de la propiedad. La aparición del Registro de la Propiedad sería la gran ocasión para que la inscripción registral pasara a funcionar *loco traditionis* en materia de bienes inmuebles, desempeñando de forma refinada la tarea publi-

cadora que tan rudimentariamente había venido cumpliendo la entrega<sup>319</sup>.

Así expresada hoy esta idea, atraería, incluso con una cierta fascinación, a quienes, más que como una posibilidad teórica, la ven, aparte de hecha ley, con valor sintomático, en algún supuesto especial en nuestro Derecho<sup>320</sup>, consagrada plenamente en el BGB (§ 873)<sup>321</sup> o en el Código Civil suizo (art. 656)<sup>322</sup>. Pero ya antes tuvo que rondar la mente de quienes intervinieron en la concepción y preparación de la Ley Hipotecaria, y, aunque sin el grado de elaboración que después alcanzaría en su ámbito, la vieron ya realizada en sus precedentes «germánicos»<sup>323</sup>. Incluso, camufladamente,

<sup>319</sup> Esta idea, como puede verse en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: «El Código Civil suizo», *Estudios...*, I, cit., pp. 152-156, inspiró muy vivamente el vigente Derecho suizo de los derechos reales y de su publicidad registral. En nuestra doctrina son muy frecuentes las alusiones a ella. Como muestra, *vid.* COSSÍO: *op. cit.*, pp. 7-10; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, I, cit., pp. 240-241; PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., pp. 2192-2193.

<sup>320</sup> Ley de Mercado de Valores, artículo 10: «La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título...».

<sup>321</sup> «Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke... –dice el parágrafo 873 del BGB– ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt». El precepto debe compararse con lo dispuesto en el parágrafo 929 para la transmisión mobiliaria: «Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll...». Sobre ello, STAUDINGER-ERTL., *ad* § 873, Rz 4: «Nach dem Grundsatz von Einigung und Eintragung sind die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über die dingliche Rechtsänderung und die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch die beiden materiellen Voraussetzungen für den rechtsgeschäftlichen Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt. Die Parallele dazu ist der im Recht der beweglichen Sachen geltende Grundsatz von Einigung und Übergabe der Sache (§ 929)»; WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, 2. Auf., München, 1996, pp. 116-117: «Das Grundstücksrecht unterscheidet sich in einem wesentlichen Punkt von dem Recht der beweglichen Sachen. Bei einer beweglichen Sache knüpft die Legitimation des Berechtigten an den Besitz an (§ 1006, 929 BGB). Das Eigentum an Grundstücken und der Besitz daran fallen jedoch vielfach auseinander [...]. Zudem sind die Besitzverhältnisse an Grundstücken häufig nicht erkennbar. Für das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken bedarf es deshalb einer anderen Art des Berechtigungsnachweises. Darüber hinaus erfordern die große Bedeutung des Grundeigentums als Vermögenssubstanz und als Grundlage für den Immobiliarkredit sowie seine öffentlich-rechtlichen Bindungen (Besteuerung, öffentlich-rechtliche Verfahren der Bodenordnung, Verkehrssicherungspflicht usw.) eine eindeutige Erkennbarkeit der Rechtsverhältnisse und eine sichere Grundlage für den Rechtsverkehr. Dieser Aufgabe dient das Grundbuch».

<sup>322</sup> «Zum Erwerbe des Grundeigentums bedarf es der Eintragung in das Grundbuch...», dice el artículo 656 del CC suizo. Sobre ello, DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 7: «La publicité foncière du droit suisse va jusqu'à exiger, en principe, pour toute modification de droits réels une opération dans le registre, qui forme le pendant du transfert de possession pour les meubles». En nuestra doctrina, además de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *El Código Civil suizo*, cit., cfr. SERRANO SERRANO: Ignacio: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo*, AUV, núm. 15, pp. 4-5 y 31-36.

<sup>323</sup> Entre los datos de «Legislación extranjera», recogidos por DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 310-318, en el comentario al artículo 2 LH, pueden destacarse los siguientes: Polonia: *Ley sobre los privilegios e hipotecas, de 26 de abril de 1818*, 5. «El derecho de disponer de

se la podía descubrir en el alternativo precedente «latino» o francés, donde, aunque sin título y modo ya cuya *traditio* debiera suplirse, la transcripción, que se dice declarativa<sup>324</sup>, haciendo de temperamento al sistema de transmisión *solo consensu*, que rigurosamente confina a la relación *inter partes*<sup>325</sup>, viene a desempeñar,

la propiedad inmueble se adquiere por la inscripción del título de adquisición en los registros hipotecarios»; Sajonia: *Ley de 6 de noviembre de 1843*, 2. «La propiedad civil sobre bienes inmuebles se adquiere por la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios. No es necesaria la toma de posesión para la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles». 3. «De la misma manera se adquieren la hipoteca y los demás derechos reales sobre los inmuebles correspondientes a un tercero por la inscripción en el Registro hecha conforme a la ley». 4. «Mientras se haga la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios, sólo existe un derecho para adquirir la propiedad civil, la hipoteca, y los demás derechos reales». 5. «Se considera como propietario de un inmueble, y como acreedor hipotecario al que esté inscrito en los registros territoriales e hipotecarios...». Sajonia-Weimar: *Ley de 6 de mayo de 1839*: «La hipoteca no constituye un derecho sin la inscripción hecha por las autoridades competentes aunque el acreedor haya tomado posesión judicial de los bienes. Por el contrario, la inscripción basta para constituir el derecho de hipoteca»; Wurtemberg: *Ley sobre las hipotecas, de 15 de abril de 1825*: artículo 2. «No puede constituirse legalmente una hipoteca sin autorización del magistrado y mediante una inscripción en el registro de hipotecas».

<sup>324</sup> Cfr. TROPLONG: *Commentaire...*, cit., p. 216: «Ce n'est pas que la vente et l'échange cessent de produire, entre les parties contractantes, leur effet translatif de propriété; le principe du Code Napoléon reste debout; il ne fallait pas porter atteinte à l'autorité des conventions et à la puissance de la volonté. Mais à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties dans ces conventions, un autre ordre d'idées prévaut à l'avenir; la vente et l'échange n'existent que si l'acte leur a été révélé par la publicité»; PLANIOL-RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français. III Les Biens*, Paris, 1926, p. 620: «Le système de la transcription laisse subsister le principe de la transmission de la propriété par le seul consentement: l'art. 1138 n'a pas été abrogé par la loi de 1855, et la vente est encore, en principe, translatif de propriété par elle-même; seulement l'application de cet article, au lieu d'être absolue, n'est plus que partielle: il ne régit plus toutes les personnes que la vente intéresse. Il y a certaines personnes, spécialement protégées par la loi de 1855, qui auront le droit de méconnaître la vente si elle n'a pas été rendue publique et à l'égard desquelles le vendeur n'aura pas cessé d'être propriétaire. Selon la formule de la loi de brumaire an VII (art. 26) et de la loi de 1855, art. 3, l'acte non transcrit ne leur est pas opposable; pour ces personnes, mais pour elles seulement, les choses doivent se passer comme si cet acte tenu secret n'avait pas été fait. En d'autres termes, le défaut de transcription entraîne une inefficacité simplement relative du titre non transcrit»; THÉRY: *Sûretés et publicité foncière*, cit., p. 385: «Le droit français lie le transfert de propriété au seul accord de volontés (arts. 1138, 1583 C. Civ.) [...]. Là où admet le transfert de la propriété *solo consensu*, il faudra nécessairement distinguer les parties au contrat, à l'égard de qui l'effet translatif s'est produit, des tiers à l'égard de qui ce transfert est subordonné à l'accomplissement d'une formalité de publicité. Techniquement, la publicité foncière ne conditionne pas la validité du transfert de propriété mais seulement son opposabilité aux tiers. Au contraire, dans les pays où la transfert de propriété est détaché du contrat, la publicité foncière peut constituer une condition du transfert de propriété entre les parties elles-mêmes. C'est ainsi qu'en Allemagne le transfert de propriété est subordonné à la fois à l'*Auflassung* et à une inscription sur le livre foncier; en Autriche, l'inscription suffit, de même qu'en Suisse».

<sup>325</sup> Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, pp. 299-300: «D'après les principes du Code Napoléon, le consentement transfère la propriété, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers [...]. Tel est l'état de la législation par le Code Napoléon; telle est la théorie qui a dominé jusqu'à la loi du 23 mars 1855. Mais cette loi, mue par les nécessités du crédit foncier, a dérogé à ces principes, et le Code Napoléon en éprouve une grave modification. Sans doute, entre les parties et leur ayants cause, la mutation de la propriété est toujours opérée par le seul consentement, et l'idée mère du Code Napoléon, idée profondément philosophique et morale, subsiste dans toute sa force; mais, à l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accom-

fuera de ésta, la función propia del *modo*<sup>326</sup>, adquiriendo por ello la dimensión constitutiva que efectivamente se le reconoce en la explicación de las transmisiones operadas con su concurso<sup>327</sup>.

Lo cierto es que la idea de la inserción de la inscripción en el proceso de constitución y transmisión de los derechos reales inmobiliarios estuvo vivamente presente en los prolegómenos de nuestra moderna legislación hipotecaria, y que si a la culminación del proceso no llegó a tomar cuerpo en la Ley de 1861 fue, como ya hemos visto, porque la intervención de Bravo Murillo, primero, y de Cárdenas, después, hizo posible la arribada a un punto de encuentro donde la más plena eficacia aseguradora del tráfico pretendida para el Registro, sin disminuir un ápice, se conjugaba con el mantenimiento y respeto al sistema transmisivo tradicional<sup>328</sup>. Sabemos ya sobradamente cuál era esa solución y cómo se la proponía. Para la seguridad de adquirentes e imponentes basta que el derecho no inscrito no pueda perjudicar a tercero; salvado este principio, queda subsistente el Derecho antiguo y tradicional: concretamente, el sistema transmisivo del título y el modo<sup>329</sup>.

---

plie que par la transcription du titre sur un registre public. Jusqu'à la transcription, le vendeur conserve les attributs de la propriété par rapport à tous autres que les parties et leurs successeurs univeuseuls [...]». Id., pp. 311-312: «Mais [...] la loi du 23 mars 1855 se montre avec toute son autorité. Son principe, comme nous l'avons dit, est qu'à l'égard des tiers la propriété immobilière ne se déplace qu'au moment de la transcription du contrat»; id., p. 338: «Le principe essentiel en matière de transcription c'est qu'on ne considère une transmission de propriété immobilière comme parfaite à l'égard des tiers que lorsque l'acquéreur a fait transcrire son titre».

<sup>326</sup> CARRETERO: *Retornos...*, cit., pp. 135-136: «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 problema de la inscripción como modo y a los germánicos [...]».

<sup>327</sup> TROPLONG: *op. cit.*, p. 355: «Il est vrai qu'elle protège un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur; et alors elle fait disparaître le moyen radical, autorisé par le Code Napoléon, contra celui qui a acheté *a non domino*. Mais cela n'a rien de contraire à la règle que nous posons ici; car, dans le système de la loi du 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*». Adelantamos estas ideas en nuestro trabajo «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico...», cit., *ADC* 1994, pp. 66-69.

<sup>328</sup> Sobre ello, con extensión y detalle, SERNA VALLEJO: *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, cit., pp. 354 ss. La paternidad del sistema es atribuida a Gómez de la Serna por PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., p. 2199: «El sistema actual de publicidad sigue siendo el de la tesis intermedia de Gómez de la Serna frente al germanismo y al afrancesamiento de los otros miembros redactores de la Ley del 61: ni inscripción constitutiva ni transmisión consensual del dominio; publicidad declarativa para la eficacia de los derechos frente a tercero».

<sup>329</sup> Cfr. E. M. 1861, pp. 237-238: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes subsistente el antiguo derecho. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el domi-

Siendo todo lo dicho muy conocido, conviene parar la atención por un momento en alguno de sus detalles. Ciertamente, la solución adoptada era original, porque en ella, sin tener que recurrir al «germanismo» de la inscripción extrínsecamente obligatoria o intrínsecamente constitutiva, se lograba para nuestro Registro de la Propiedad una eficacia aseguradora no inferior a la conseguida en el modelo germánico, y sobre la sola base de dar adecuada protección a los terceros en la confianza prestada al dato registral. Ahora bien, aunque original la solución, su exposición se va a hacer de acuerdo con la fórmula francesa que separa y opone radical y absolutamente el mundo de la relación *inter partes* y el de su proyección a terceros, y que, al exigir en este último la formalidad de la transcripción, va a abrir la vía hacia el monstruo de la propiedad relativa<sup>330</sup> y va a convertir de hecho en constitutiva a la toma de razón registral<sup>331</sup>. Si a ello se une que a la originalidad de nuestra solución se llega, al parecer, más que por convicción sobre la bondad teórica y conceptual del sistema, por consideraciones pragmáticas<sup>332</sup>, podrá ya

---

nio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño en relación con el vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». También, p. 253, a propósito de la doble venta: «*Por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no haya sido inscrita.* Consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio. Admitido el principio no pueden negarse sus corolarios rigurosos».

<sup>330</sup> De acuerdo con el artículo 1583 del *Code*: «... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé». La expresión se reproduce literalmente en la E. M. de 1861: «... si se inscribe, ya lo traspasa *respecto a todos*; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño *con relación al vendedor*, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

<sup>331</sup> Cfr. MALAURIE-AYNÈS: *Suretés. Publicité foncière*, 9.ª éd. 1988, pp. 243-244: «L'inopposabilité aux tiers est distincte de la nullité. L'acte (la vente, la donation, l'apport en société...) est valable, et peut produire effet dans les rapports entre les parties. Mais le droit qu'il confère n'existe pas à l'égard du tiers titulaire d'un droit concurrent publié: celui-ci est en droit d'ignorer le droit non publié. Ce qui revient à dire, en fait, que celui-ci n'est pas efficace, le droit réel se caractérisant notamment par son opposabilité». En nuestra doctrina, e. c., recién promulgada la LH, HERNÁNDEZ ARIZA: *op. cit.*, p. 65: «En suma, por la simple convención se adquiere el derecho personal a la cosa, *ius ad rem*; el dominio o el derecho real, *ius in re*, se trasmite por la entrega o cuasi entrega, pero sólo en relación al cedente; y por el registro del título de adquisición se constituye definitiva y completamente para todos la propiedad, o los derechos impuestos sobre ella, desde la fecha de la inscripción; algo después, MORELL: *op. cit.*, p. 135: «Al hacerse la inscripción es cuando el derecho queda constituido en forma tal que merezca la consideración de real. Luego con relación a todos, partes y terceros, el derecho no existe hasta ese momento».

<sup>332</sup> Cfr. *supra*, II, 2. Pragmáticas son también, según la E. M. de la Ley de 30 de diciembre de 1944, las razones que en la reforma de esa fecha deciden el mantenimiento del criterio establecido en 1861: «Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico. No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmo-

entenderse que en nuestra doctrina se siga haciendo cuestión sobre cuál es verdadera y efectivamente la función que en nuestro Derecho corresponde a la inscripción registral, y que cuando se la reconoce como «declarativa», ello se haga con un cierto conformismo, resignadamente<sup>333</sup>, planteando o más simplemente negando que subsistan todavía las razones que así la recomendaron algún día<sup>334</sup>, y, desde luego, estimando el criterio legalmente establecido como

---

biliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario, y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si –conforme se ha dicho– más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría de hecho inoperante, con el natural desprestigio para la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias». Doctrinalmente, hoy, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, III, cit., pp. 424-425: las dificultades del sistema de inscripción constitutiva no son de orden teórico, sino de carácter práctico y de política jurídica. La inscripción constitutiva exige una gran perfección en los títulos y un coste adicional, sin duda encarecedor, provocado por la necesidad de los controles de funcionarios. La falta de una documentación auténtica y la evasión del pago de gastos y de impuestos hace que en nuestro país muchas propiedades, sobre todo rústicas, de no gran extensión y valor, se adquieran y transmitan por simples documento privados. Imponer la inscripción obligatoria –objeto siempre deseado y siempre inalcanzado– sería entonces divorciar el Derecho y la realidad –sobre todo, la realidad posesoria–, negando el efecto jurídico-real a gran número de transacciones, que quedarían relegadas al mundo de lo meramente obligatorio –efectos simplemente *inter partes*– y ocasionando abusos y fraudes».

<sup>333</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I (7.ª ed.), cit., pp. 247-248: «[...] Están en lo cierto quienes muestran su disconformidad con la persistencia de la teoría del título y el modo, no en su juego causal, sino en lo que se refiere al modo o tradición, y postulan su eliminación, sustitución, etc. En lo que no están en lo cierto es que sin modificación legislativa pueda llegarse a alguno de estos resultados [...] Ante ello creemos que lo más procedente es *suprimir la tradición* y sustituirla, no por la inscripción (constitutiva), sino por el *acuerdo real* entre las partes contratantes [...]».

<sup>334</sup> Apenas promulgada la Ley Hipotecaria, HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 168-169: «Respetando como merecen las razones de la comisión codificadora las hemos analizado prevenidos en su favor y con el sincero deseo de convencernos, y sin embargo hemos tenido la desgracia de no conseguirlo [...]»; posteriormente CASSO: *op. cit.*, p. 144: «Quizá esto (la no admisión en la LH de la inscripción constitutiva) fuera disculpable en el momento en que se elaboró aquella primera Ley, que tantas dificultades de orden teórico y práctico tuvo que vencer, como tarea revolucionaria, en el campo registral; pero después, y sobre todo hoy, cuando ya el presupuesto de legitimación y el de fe publica han sido llevados casi a sus últimas consecuencias, en la reforma de 1944, no pueden valer como excusa los argumentos que se vienen manejando, de ser imposible anudar a la inscripción la eficacia de los derechos reales»; recientemente, y limitada la crítica a la razón de orden práctico aducida en la E. M. de la vigente Ley Hipotecaria, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 2203-2204: «El argumento práctico es el más invocado, y también el más temido. Como vimos, es el único que aduce la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria vigente. Consiste fundamentalmente en que, al no encontrarse inmatriculada hoy aún una buena parte de la propiedad rústica –al menos en ciertas regiones–, el tránsito a la inscripción constitutiva podría ser excesivamente brusco. Frente a este argumento cabría hacer dos observaciones: en primer lugar, que la implantación de la inscripción constitutiva no habría de hacerse con carácter general, sino con carácter gradual y sectorial [...]. En segundo lugar, que la propia inscripción constitutiva es en sí misma un estímulo suficiente para la utilización del Registro». Frente a estas opiniones, y con ocasión de la reforma hipotecaria de los años cuarenta, DE LA RICA: *Comentarios...*, cit., pp. 15-16: «La actual reforma rechaza estas exageraciones y mantiene el sistema tradicional [...]. En cuanto a la inscripción coactiva o forzosa, preconizada por muchos como panacea capaz de resolver instantáneamente los defectos de la institución, no

un bochornoso mal <sup>335</sup>, quizá pasajera y necesario pero que nunca deberá impedirnos reconocer la superioridad del sistema de la inscripción constitutiva <sup>336</sup>, ni matar entre nosotros la aspiración a su implantación <sup>337</sup>.

Dos son, pues, las cuestiones que, en razón de este estado de cosas, debemos proponernos a continuación. La primera, si verdaderamente es teórica y técnicamente superior al nuestro el sistema que eleva a constitutiva la inscripción registral. Y la segunda, si en nuestro Derecho de la publicidad registral inmobiliaria la inscripción «declarativa», según se la propone, funciona efectivamente como tal en todos los frentes, o si, como se entiende en Francia, se eleva de hecho al rango de «constitutiva» cuando entra en juego el interés de los terceros que el Registro se propone tutelar.

La superioridad de la inscripción constitutiva suele justificarse por dos razones, principalmente. La primera de ellas se presenta como de naturaleza netamente conceptual: que la misma idea del derecho real exige la visibilidad de éste. «No es verdadero derecho

---

creo que resolviere nada práctico; porque la realidad es siempre más fuerte que las leyes, y no habría sanciones con suficiente energía para hacer cumplir un precepto, en pugna con esa realidad y muchas veces de imposible cumplimiento. Otra cosa es hacerla cada vez más necesaria, por su creciente conveniencia y reforzada eficacia [...]. La reforma, con buen sentido, tampoco ha optado por esa obligatoriedad coactiva de la inscripción. Se limita a acentuar su necesidad, revalorizando sus efectos [...]».

<sup>335</sup> URIARTE-BERASÁTEGUI, José: «Revisión de ideas», *RDCI*, 1950, p. 241: «Porque no nos proponemos ahora romper una lanza para que sea eliminada la teoría del título y el modo en futuros ordenamientos jurídicos patrios, sino a la más ambiciosa, tanto como necesaria si no queremos perecer con escarnio entre los escombros del derrumbamiento anunciado, de darla por eliminada en el Derecho constituido».

<sup>336</sup> COSSÍO: *op. cit.*, p. 166: «Mucho más racional hubiera sido, siguiendo el sistema australiano, declarar libre la inmatriculación y dar valor constitutivo a la inscripción solamente cuando se trate de fincas inmatriculadas, con lo que, sin grave quebranto de la economía y situación actual de las fincas, hubiera podido eludirse el escollo de la doble titularidad, civil e hipotecaria, disminuyendo las posibles causas de inexactitud del Registro»; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 424: «El sistema de inscripción constitutiva presenta evidentes ventajas [...] la seguridad jurídica se logra plenamente».

<sup>337</sup> MORELL: *op. cit.*, p. 137: «En resumen, en nuestra opinión, por la propia naturaleza del derecho de propiedad, la inscripción de los actos jurídicos concernientes a esa propiedad, debe constituir el único modo de adquirir, de conservar y de perder el dominio y los derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles, de una manera absoluta y general, es decir, no sólo con relación a tercero, sino también entre las mismas partes contratantes. El título, cualquiera que sea, contrato, última voluntad, ley o sentencia, por sí sólo, no confiere el derecho ni la propiedad de esos bienes. No hay, en general, más verdad que lo que resulta del Registro. Sólo puede disponer o gravar un derecho sobre bienes inmuebles aquel a cuyo nombre figura en el Registro. La propiedad inscrita supone la posesión. En suma: la inscripción debe tener un valor sustantivo, absoluto»; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit. p. 252: «La idea de la inscripción constitutiva aplicada progresivamente tiene su encanto, y no decimos que deba rechazarse, sino todo lo contrario, podría probarse». PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2200: «Los casos de prevalencia del Registro sobre la realidad jurídica que vive al margen de él han de ser evitados a toda costa. Y han de ser evitados haciendo coincidir la realidad y el Registro. Y esto sólo se consigue por la vía de la inscripción constitutiva».

el que se oculta como venenoso aguijón, sino el que luce como una armadura de gala», decía don Jerónimo González, remitiendo a Gierke<sup>338</sup>. Hoy, renunciando a la metáfora y llevando la afirmación al plano de los enunciados lógicos, dirá Pau Pedrón que derecho real y ocultación o clandestinidad son realidades contradictorias<sup>339</sup>. El segundo apoyo a la superioridad de la inscripción constitutiva, aunque propuesto desde planteamientos teóricos, nos devuelve, al menos en parte, al orden de las conveniencias prácticas: la elevación de la inscripción a elemento de constitución de las mutaciones jurídico-reales logra lo que debe entenderse como el *desideratum* de todo buen sistema registral: la armonía entre la realidad publicable por el Registro y la noticia registral de dicha realidad; y, a través de dicha armonía, la plena seguridad que la publicidad está llamada a introducir en el tráfico inmobiliario<sup>340</sup>.

Antes de entrar separadamente en la crítica a estas razones, creemos conveniente y justificada una observación igualmente válida para las dos. Y es que, en rigor, ninguna de ellas, en la hipótesis de que debieran admitirse, exige la inscripción propiamente constitutiva, ni, por tanto, recomienda su implantación. El revestimiento del derecho real de una exterioridad reveladora de su existencia, y el logro de la seguridad del tráfico derivada de la correspondencia entre los derechos existentes y los que el Registro publica, podría

<sup>338</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «Desarrollo histórico del principio de publicidad...», *Estudios...*, I, cit., pp. 29-30.

<sup>339</sup> PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2192: «La eficacia y la publicidad de los derechos reales inmobiliarios deben coincidir con absoluta exactitud. Si la eficacia de los derechos reales se produce frente a todos, es un corolario de estricta lógica que todos deban conocer –o, al menos, puedan conocer– la existencia de los derechos reales. Derechos reales “ocultos”, derechos reales “clandestinos” son figuras tan contradictorias, que no debe admitirse su existencia».

<sup>340</sup> Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 424: «El sistema de inscripción constitutiva presenta evidentes ventajas. Al coincidir la formación del derecho real o la producción del efecto jurídico-real con la inscripción en el Registro se logra la completa armonía y concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, que en otro caso presenta siempre quiebras y fisuras. Como consecuencia de ello, la seguridad jurídica se logra plenamente». Con anterioridad, y más templadamente, COSSÍO: *op. cit.*, p. 165: «Un último procedimiento, que es el que goza de mayor favor en la doctrina, es el admitido por el sistema alemán, que da valor constitutivo del derecho a la inscripción, cuando se trata de transmisiones negociadas inter vivos, con lo que se evitan, o por lo menos se reducen, las posibilidades de una doble titularidad civil e hipotecaria», LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, (ed. 1984), p. 29: «El hecho de que cualquier cambio real por negocio *i. v.*, para perfeccionarse, haya de llegar a los libros, hace al Registro alemán notoriamente más cierto que el español». Hoy puede verse negativamente expresada la misma idea en PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2200: «De la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral derivan diversas consecuencias negativas: 1. Queda mermada la utilidad social del Registro. Su función de dar a conocer el estado jurídico de los inmuebles quiebra en muy numerosos supuestos [...]. Los terceros adquirentes de derechos reales que no reúnan todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y los terceros no adquirentes de derechos reales –como es el caso de los acreedores de un titular registral– no obtienen seguridad jurídica alguna del Registro. Los datos que figuran en él pueden no coincidir con la realidad».

lograrse sin el adentramiento de la inscripción registral en el mecanismo productor de la mutación jurídico-real y mediante el expediente más templado de imponer dicha inscripción como *conditio juris* para el reconocimiento y tutela jurídica de los derechos reales ya constituidos. Sabemos que mantener esta afirmación puede resultar polémico en razón de la dificultad experimentada por la doctrina al tratar de deslindar nítidamente y diferenciar entre sí las dos hipótesis de la inscripción simplemente obligatoria y la propiamente constitutiva<sup>341</sup>, pero, sin necesidad de detenernos en tal dificultad, creemos que podemos mantenerla remitiéndonos de nuevo a la distinción que aquí venimos manteniendo entre la inscripción impuesta como extrínsecamente necesaria y la legalmente introducida como rigurosamente constitutiva, *loco traditionis*, del derecho publicable.

Pasando ya separadamente y más a fondo al examen de las razones que abogarían por la inscripción constitutiva, debemos ocuparnos ya de la primera: no es verdadero derecho real el que se oculta;

---

<sup>341</sup> Cfr. al respecto los siguientes textos: LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 128 (ed. 1968): «Una inscripción meramente obligatoria no puede ser, por su propio concepto, presupuesto para la constitución del derecho real, el cual nace sin ella, aun cuando la falta de constancia registral pueda dar lugar a sanciones, todo lo graves que se quiera (pero no consistentes en la falta de eficacia del acto, porque entonces nos hallamos de nuevo en el campo de la inscripción constitutiva)». SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, I, cit., pp. 264-266: «Se trata, pues, de la clasificación de las inscripciones en voluntarias y obligatorias, forzosas o necesarias, que en España ha sido excesivamente discutida, y normalmente involucrada con la de las inscripciones constitutivas y declarativas. La voluntariedad o necesidad de la inscripción presupone un sistema como el nuestro en que la fuerza constitutiva del derecho real se centra sobre los elementos extrarregistrales de la adquisición: contrato o título y, en su caso, tradición. Supuesta la eficacia constitutiva de estos elementos, pueden añadirse por el legislador determinados requisitos formales, sin los cuales no puede desenvolverse su eficacia o dejar a los interesados en libertad para elegir la forma que estimen más conveniente. En este último caso, la forma tiene carácter voluntario *—ad probationem—*; en el primero, carácter necesario *—ad solemnitatem—*. Los elementos constitutivos en este último supuesto no se alteran y siguen siendo los mismos, sin perder su trascendencia a los efectos del nacimiento del derecho real. Así ocurre en todos los supuestos en que el Código Civil exige la forma de escritura pública, y así ocurrirá cuando en régimen de Derecho hipotecario se imponga como necesaria la forma de la inscripción, las cuales no tienen más trascendencia que la de *las formas ad solemnitatem* cuando son exigidas por las leyes. Tomando como ejemplo el caso de la hipoteca, supuesto típico de inscripción necesaria en nuestro sistema [...]. La omisión de la inscripción no priva al contrato formalizado en escritura pública de su virtualidad constitutiva del derecho; pero sí impide la efectividad y ejercicio del mismo hasta tanto que se obtiene. Es decir, que así como la omisión de la escritura impide el nacimiento del derecho, la falta de inscripción *suspende la eficacia* del mismo. El carácter necesario de la forma *—escritura pública o inscripción—* produce consecuencias muy análogas al constitutivo; por ello es perfectamente explicable que generalmente se identifiquen en la doctrina estas cuestiones; sin embargo, no son idénticas y deben estudiarse separadamente. Conceptualmente, en el caso de inscripción constitutiva, el derecho no inscrito no existe en absoluto. En cambio, en el caso de inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolverse sus efectos».

derecho real y ocultación son realidades contradictorias. Como metáfora, o como proposición lógica, parece indicarse que la proyección exterior reveladora del derecho real es nota esencial al concepto de éste; pero la afirmación —que, a lo sumo, llevaría a exigir para la esencia del derecho real una forma de manifestación que no tendría por qué ser necesariamente la publicidad registral— ni metafórica ni lógicamente es admisible. La elementalidad de las razones que nos llevan a mantenerlo excusa entrar detalladamente en su argumentación. Sea la primera de ellas la propia esencia de derecho subjetivo, tanto real como personal. Constituyendo éste una realidad perteneciente al mundo ideal orbitado por el *justum* y sus exigencias, necesariamente tiene que consistir en un ser nocional e incorpóreo, carente en sí mismo de materia que lo visibilice. Concretamente, el derecho real, aunque directamente referido a cosas corporales, no consiste en esas cosas, sino en el poder que, según justicia, corresponde directamente en ellas a su titular. Así es como histórica y tradicionalmente se ha concebido al derecho real: como un poder —jurídicamente fundado, debe entenderse— referido inmediatamente a una cosa, que, en razón de tal inmediatividad, se hace inherente a ella objetivando su situación jurídica en forma tal que la hace absoluta o, con tecnicismo también empleado en Derecho, valedera y oponible *erga omnes*<sup>342</sup>.

¿Vale algo en contra de lo dicho el dato de la posesión? Es evidente que no. En primer lugar porque, como es pacíficamente admitido, existen variadas figuras de derechos y gravámenes reales no posesorios, y, además, porque cuando se trata de derechos que exigen la posesión, entonces ésta, por sí sola, no llega a constituir una inequívoca manifestación o demostración del derecho, sino que se limita a funcionar como instrumento de su apariencia<sup>343</sup>; importando mucho destacar que cuando ello ocurre y, transcendido el aspecto puramente posesorio, se quiere pasar a la indagación del derecho, no es sólo el escueto dato material o corpóreo de la posesión el que cuenta, sino que principalmente hay que atender al «concepto» en que éste se viene ejercitando. Supone ello,

<sup>342</sup> Aunque sin entrar a fondo en la polémica existente al respecto, nos hemos referido ya al concepto del derecho real en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 548-548, y en *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario...*, cit., pp. 433-438. En la nota 26 de este segundo trabajo proponíamos alguna bibliografía sobre aquella polémica. A ella debemos añadir ahora las obras que siguen: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Derecho o carga real: la naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 13-292 (todas ellas dedicadas al concepto del derecho real y su distinción respecto al derecho de crédito), y PENA LÓPEZ, José María: *Concepto del derecho real*, Tórculo ediciones, s/d sed 1998.

<sup>343</sup> Por todos, en nuestra doctrina más reciente, HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, Madrid, 1980, y JORDANO BAREA, J. B.: «Una relección sobre la posesión», *ADC* 1986, pp. 1035-1057.

obviamente, que a tal efecto, la posesión, más que por sí misma manifestativa, resulta serlo por su envoltura en el comportamiento del poseedor consistente en los que se consideran como actos de ejercicio de su derecho. No hay que seguir adelante en esta línea. La usucapión, de una parte, y la necesidad de la publicidad registral no obstante la existencia previa de la posesión, por otra, hablan a las claras de que el derecho real, íntegro en su esencia, puede existir conforme a ella sin ese elemento manifestador que los partidarios de la inscripción constitutiva quieren concretar en la inscripción registral para, así concretado, llevarlo a la entraña de su propio concepto definitorio.

Todo, pues, teoría e historia, conceptos y hechos, habla de un derecho real entre cuyas notas esenciales no se incluye su natural exteriorización manifestadora. También lo hace expresamente el Código Civil (art. 532, i. f.). ¿Habrà que seguir argumentando? Quizá se nos diga: es que, justamente, éste es el paso adelante que el Derecho moderno vendría a dar. Como el derecho real tiene vocación de oponibilidad *erga omnes*, y como la posesión no lo revela ni siempre ni inequívocamente, vamos a añadir ahora a su concepto el de la publicidad que artificialmente le proporciona su inscripción en el Registro de la Propiedad. La inscripción será así constitutiva. Sin ella, en poder inmediato en la cosa no llegará a ser derecho real.

Imposible convenir en este razonamiento que, partiendo de una clamorosa petición de principio, aboca además al absurdo de obligar a descomponer el concepto de derecho real, dentro incluso del particular sector de los derechos reales inmobiliarios. Parte el razonamiento de una petición de principio, porque, deseando para el derecho real una nota ajena a su esencia, hace supuesto de la cuestión para, a partir de la suposición, forzar a capricho el concepto esencial del derecho real. Es muy evidente que en buena lógica hay que proceder de otra forma: porque el derecho real no implica esencialmente corporeidad manifestadora —mucho menos ese remedo de la misma a que la opinión que criticamos reduce la publicidad registral—, su concepto y existencia no puede hacerse depender del dato de la inscripción. Pero, además, decíamos, aboca a la descomposición del concepto del derecho real: porque la inscripción constitutiva, allí donde se encuentra establecida o cuando doctrinalmente se la propugna, no se aplica al derecho real —inmobiliario— como tal, por el sólo hecho de serlo y para todas sus vicisitudes. Es sólo la adquisición negocial *inter vivos*, la sometida históricamente al sistema del título y el modo, la que ahora se sujeta al formalismo constitutivo de la inscripción regis-

tral<sup>344</sup>. El comentario a este punto corresponde a la crítica de la segunda de las razones anteriormente indicadas como sustentadoras de la bondad teórica de la inscripción constitutiva. En ella vamos a entrar inmediatamente. Antes tenemos que dejar formulada una pregunta, cuya respuesta, de puro evidente, no necesita tiempo ni declaración expresa: ¿varía la esencia del derecho real por la distinta manera de su adquisición? ¿Por qué, entonces, a veces se le puede adquirir y tener sin inscripción registral, y a veces, en cambio, dicha inscripción se entiende necesaria para poder adquirirlo y tenerlo?

La segunda de las razones sobre la que se asentaría la superioridad de la inscripción constitutiva es, según sus partidarios, que a través de ella se logra la armonía entre la realidad y el Registro de la Propiedad y, mediante ella, el pleno cumplimiento por el Registro de su función aseguradora del tráfico inmobiliario. La inscripción constitutiva corta de un tajo la posibilidad de derechos reales con existencia y vida extra-registral<sup>345</sup>.

Cuesta trabajo entender que esta idea, que como sugestión encandiladora se comprende que pudiera rondar la mente de quienes tuvieron que concebir y dar forma al régimen de la publicidad registral, o a quienes posteriormente lo cultivan y enjuician, haya llegado a obtener la consideración de proposición aceptada y expuesta como expresiva del funcionamiento real del Registro y de las ventajas resultantes del mismo. Consideradas las cosas con algún detenimiento, enseguida se advierte que la armonía entre la realidad y el Registro, inalcanzable en sí misma de modo absoluto<sup>346</sup>, desde

<sup>344</sup> Como muestra de la doctrina que, entre nosotros, actualmente propugna la inscripción constitutiva, cfr. PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 2204-2205: «El ámbito de la inscripción constitutiva ha de coincidir con el ámbito actual de la tradición respecto de los inmuebles [...]. Pero la inscripción constitutiva no es una variedad de tradición, sino un sustitutivo de la tradición. Lo que pretende la inscripción constitutiva es precisamente eliminar la tradición por su ineficacia publicitaria [...]. Han de quedar por ello al margen de la inscripción, y desplegando por tanto eficacia real directa los títulos traslativos de carácter administrativo y judicial». Como escribió ROCA, «la inscripción debe ser constitutiva tratándose de adquisiciones o gravámenes derivados de negocio jurídico inter vivos, o sea, en los actos de tráfico jurídico, que son los que normalmente necesitan del complemento de la *traditio*. En los otros casos, es decir, en las adquisiciones hereditarias, o en virtud de la Ley (accessión y ocupación) o por decisión judicial o administrativa (sentencia, ejecución, expropiación forzosa), la inscripción del título correspondiente debe tener carácter meramente declarativo o exteriorizador». Le sigue VIDAL FRANCÉS, Pablo: «Inscripción y tradición. Inscripción constitutiva», *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1997, pp. 79-139.

<sup>345</sup> Cfr. BAUR, Fritz: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13 Auflage, München, 1985, p. 167: «Erst Einigung und Eintragung zusammen bewirken die Rechtsänderung. Damit erreicht der Gesetzgeber –wie wir schon wiederholt sahen– daß wirkliche Rechtslage und Buchstand in aller Regel übereinstimmen».

<sup>346</sup> STAUDINGER-GURSKY: § 891 Rz 2: «Die Verfasser des BGB haben sich insoweit klar gegen das sog Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung entscheiden, also gegen

luego no se obtiene por este corte traumático que tan artificial como groseramente introduce en la primera la inscripción constitutiva. Siendo ello así, como inmediatamente vamos a verlo, tampoco podrá sostenerse que por este expediente consiga cumplir el Registro la finalidad aseguradora que se proponía.

La armonía entre la realidad y el Registro no se logra con la inscripción constitutiva. Esto es evidente, en primer lugar, porque allí donde ésta funciona, en los sistemas registrales que le dan acogida, siempre quedan, a pesar de ella, posibilidades abiertas a la inexactitud registral<sup>347</sup>, justificantes de que al tercero que va a lucrar las ventajas de la publicidad se le exija, como hace el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, la buena fe consistente en el desconocimiento de la divergencia que existe entre la realidad y lo que el Registro publica<sup>348</sup>, y determinante, sobre todo, del peculiar asiento de contradicción [*Widerspruch* (§ 892 BGB)] mediante el cual el interesado podrá defender su derecho contra lo que en sentido opuesto o distinto publique el Registro<sup>349</sup>. Pero, además, es evidente que la inscripción constitutiva no logra la armonía entre la realidad y el Registro porque ella misma no actúa respecto a la totalidad de las situaciones jurídico-inmobiliarias llamadas a figurar en el Registro de la Propiedad<sup>350</sup>. La inscripción constitutiva, como ya se ha advertido y resulta sobradamente conocido, actúa sólo en el

---

eine Ausgestaltung des Liegenschaftsrechts, bei der der Inhalt des Grundbuches die dingliche Rechtslage unanfechtbar feststellt (vgl. Mot III 153). Nach § 894 BGB kann vielmehr jederzeit geltend gemacht werden, daß das Grundbuch materiell unrichtig sei».

<sup>347</sup> Cfr. WEIRICH: *op. cit.*, p. 182: «Zur Entstehung eines Rechts an einem Grundstück ist erforderlich, daß sich die Einigung und die Eintragung inhaltlich decken. Ist dies nicht der Fall, so tritt materiell keine Rechtsänderung ein, das Grundbuch wird mit der Eintragung unrichtig».

<sup>348</sup> STAUDINGER-GURSKY: § 892 Rz 114: «Verkehrsschutz verdient nur der *redliche* rechtsgeschäftliche Erwerber. § 892 hat deshalb den Erwerb kraft öffentlichen Glaubens von der subjektiven Voraussetzung der Redlichkeit abhängig gemacht. Dieses subjektive Regulativ wurde dabei jedoch –genauso wie das Erfordernis des guten Glaubens in § 932– negativ formuliert und damit zum Ausschlußgrund gemacht. Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens scheidet aus, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuches dem Erwerber im entscheidenden Zeitpunkt bekannt ist». *Vid.*, también WEIRICH: *op. cit.*, pp. 190-197.

<sup>349</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho inmobiliario alemán*, «Estudios...», I, cit., pp. 119-120: «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 de lado del verdadero titular (extrahipotecario) si el principio de publicidad no impone diversa solución [...]».

<sup>350</sup> BAUR: *op. cit.* p. 123: «... schon die Beschränkung des zwingenden Eintragungsgrundsatzes auf *rechtsgeschäftliche* Rechtsänderungen bringt die Gefahr eines Auseinanderklaffens zwischen wahrer Rechtslage und Grundbuchstand mit sich»; WEIRICH: *op. cit.*, p. 180: «II. Die Ursachen der Unrichtigkeit. [...]. Rechtsänderungen, die als gesetzliche Folge eines Rechtsvorgangs eintreten, werden wirksam ohne Eintragung im Grundbuch. Damit wird das Grundbuch unrichtig (nacträgliche Unrichtigkeit). Dies ist die wichtigste Gruppe».

campo de las adquisiciones negociales *inter vivos* antaño regidas por el sistema del título y el modo<sup>351</sup>. Fuera quedan las demás, que, producidas sin intervención del Registro, sólo tienen que llegar a él por exigencias del tracto sucesivo y de la legitimación registral: el titular que quiera disponer deberá tener inscrito su derecho<sup>352</sup>.

La conclusión es muy clara: la inscripción constitutiva no puede aportar sus pretendidas ventajas en el sector donde no actúa; y en el que lo hace, no logra erradicar la posibilidad de la inexactitud registral. Además de ello, frustrada la virtud plenamente aseguradora que se le atribuía, lo que sí logra es descoyuntar el significado de la inscripción registral y romper la unidad de su genuina función. El principio de inscripción, propio de los sistemas que dan valor constitutivo a la toma de razón registral, se descompone admitiendo dos formas distintas de intensidad: con terminología utilizada en la doctrina suiza, el *principio absoluto de inscripción* hace referencia a la necesidad de la inscripción para que la mutación jurídico-real llegue a producirse; el *principio relativo de inscripción* abarca el campo donde la mutación se produce sin necesidad de inscripción registral, la cual, en tal caso, sólo tiene valor declarativo<sup>353</sup>.

A la vista de estos datos cuesta entender que se siga pensando en la superioridad del sistema de la inscripción constitutiva. El nuestro, dando a la inscripción valor publicador, no asume la meta imposible de la absoluta concordia entre la realidad y el Registro. A éste le basta con garantizar la seguridad de las adquisiciones e imposiciones de buena fe, tarea que, según su diseño, cumple a la perfección, salvando, de una parte, la unidad de significado y valor de la inscripción –igualmente publicadora en toda forma de transmisión-adquisición inmobiliaria<sup>354</sup>–, y sin involucrar ni confundir

<sup>351</sup> WEIRICH: *op. cit.*, pp. 38-39: «§ 873 BGB gilt nur für die Begründung, Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung von Grundstückenrechten durch Rechtsgeschäfte. Eine Einigung ist nicht erforderlich, wenn die Rechtsänderung nicht auf einem Rechtsgeschäft beruht, sonder kraft Gesetzes erfolgt: [...]. Eine Einigung nach § 873 BGB ist nicht erforderlich, wenn die Rechtsänderung durch einen Hoheitsakt erfolgt [...]».

<sup>352</sup> GBO § 39 (1): «Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen ist, als der Berechtigte eingetragen ist».

<sup>353</sup> Sobre ello, en la doctrina suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* p. 8: «Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est *absolu* lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il en est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est *relatif* lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncier (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*». Para la distinción entre inscripciones constitutivas y declarativas en el Derecho alemán, *vid.*, e.c., WOLFF, en *Enneccerus-Kipp-Wolff*, III, 1, cit., pp. 177-178.

<sup>354</sup> Cfr. ROCA SASTRE: *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*, cit., pp. 603-604: «Asimismo, es digno de alabanza el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861 de extender la inscripción en el Registro a todos, absolutamente todos, los actos y hechos jurídicos

lo que en sí y lógicamente son realidades y momentos distintos: el de la existencia o adquisición del derecho y el de su publicidad registral. Véase si esto es técnicamente deficiente, y si, a su vista, quedan todavía razones para seguir considerando teóricamente superior el sistema de la inscripción constitutiva y anhelando su implantación en nuestro Derecho<sup>355</sup>.

Y así resuelta esta cuestión, queda por examinar la que anteriormente veíamos planteada y necesitada también de ser algo más detenida y profundamente reflexionada, a saber: si, al igual que ocurre en Francia, nuestra inscripción registral, aunque pretendida y presentada como simplemente declarativa, no vendría a funcionar en la realidad como constitutiva, tan pronto como se trate de calibrar la efectividad de su resultado en relación con los terceros: los genuinos destinatarios de la función protectora del Registro de la Propiedad. Hemos adelantado ya que tanto en la Ley Hipotecaria de 1861 como en la explicación de los primeros hipotecaristas, señaladamente de Cárdenas, se encuentran a veces expresiones de marcada resonancia francesa<sup>356</sup>, que pueden prestarse a interpretaciones forzadas o erróneas y a alimentar la duda en la cuestión ahora propuesta<sup>357</sup>. Para entrar en ella y dejarla planteada en su

---

que implicasen mutación, cambio o modificación jurídica de transcendencia real inmobiliaria, sin distinción entre adquisiciones entre vivos y por causa de muerte. [...] Lo que la Ley Hipotecaria no hizo fue adoptar, ni siquiera esporádicamente, el sistema de inscripción *constitutiva* como tampoco la de tipo *obligatorio o forzoso*» (cva. del a.).

<sup>355</sup> A la imposición de la inscripción constitutiva se refiere Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 425, como «objetivo siempre deseado y siempre inalcanzado». Quizá la más significativa excepción en este punto sea ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario...*, I, cit., pp. 247-248: «La tendencia que propugna por la inscripción constitutiva en todo caso, es deleznable, sencillamente porque hay adquisiciones o mutaciones jurídico-reales, más o menos derivadas directamente de la ley, en que la fórmula pretendida sería absurda, tales como la ocupación, la accesión, la sucesión hereditaria y otras análogas. Por tanto hay que excluir de plano esta amplia dirección [...]»; también, CARRETERO, quien en *Retornos...*, II, cit., p. 137, califica la solución de la inscripción constitutiva como «más simplista y tosca» frente a la de la inscripción obligatoria, que considera «fruta madura, a digerir sin ningún trastorno», y DE LA RICA: *Comentarios...*, cit., p. 14: «[...] dar valor a los pronunciamientos del Registro incluso “inter partes”, son exageraciones a todas luces improcedentes, en pugna con nuestra tradición jurídica y nuestros hábitos contractuales».

<sup>356</sup> Además de otros textos ya vistos de CÁRDENAS, puede traerse aquí a colación el siguiente, tomado de *Memoria histórica...*, cit., RGLJ 1871 (38), p. 147: «La primera de las bases concordadas fue, pues, la inscripción obligatoria en el registro público de todos los derechos que se adquirieran, transmitieran, extinguieran o modificaran sobre bienes inmuebles o derechos reales, por ser éste el único modo de realizar la publicidad necesaria de los mismos derechos. No se determinaba la sanción de este precepto; más bien podía inferirse de la circunstancia de ser indispensable la inscripción para atribuir carácter *real* al derecho, que su falta debería privar al mismo derecho de este carácter, al menos entre el adquirente y aquellos a quienes pudiera afectar, sin haber concurrido al acto inscribible»; o este otro de LUZURIAGA, en *Concordancias...*, cit., p. 944: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles [...]».

<sup>357</sup> Algo de esto ocurre, a nuestro juicio, en PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., pp. 2194-2195: «[...] si leyéramos la Exposición de Motivos sin conocer el contenido de la Ley, pensaríamos

mayor crudeza, baste reproducir las siguientes palabras de la Exposición de Motivos <sup>358</sup>:

*Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.*

¿No parecen consagrar para nuestro Derecho estas palabras el carácter constitutivo *quoad tertios*, «de hecho», de la inscripción registral <sup>359</sup> y la atormentada y contradictoria figura de la propiedad

mos que había adoptado ese sistema de publicidad [se refiere al “sistema absoluto de publicidad”, que, al parecer, identifica con el de la inscripción constitutiva] en su articulado [...]. También induce a error otra afirmación de la Exposición de Motivos, en que se pone de manifiesto el propósito de sustituir la tradición por la inscripción [...]. Por tanto, aunque la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 pone de manifiesto, por un lado, que es necesaria la inscripción para que los derechos reales inmobiliarios afecten a tercero, y por otro, que la inscripción completa por sí sola al título para producir los cambios reales, lo cierto es que ni una cosa ni la otra se introducen en nuestro sistema jurídico: caben derechos reales ocultos con eficacia frente a terceros, y es necesaria la tradición para poder inscribir en el Registro».

<sup>358</sup> E. M., p. 237. Es significativo que un tan fiel intérprete de nuestro sistema registral como LACRUZ, admita, en *Inscripción y tradición*, RCDI 1957, p. 2, que tales palabras se prestan a interpretaciones diversas.

<sup>359</sup> Así hemos visto que lo entendía PAU PEDRÓN en el lugar antes citado, al que ahora podemos añadir este otro (p. 2196): «La función de la publicidad registral en el Derecho vigente es por tanto [...] no constitutiva, sino declarativa. Declarativa no quiere decir sólo —como muchas veces se afirma— que la publicidad registral se limita a dar a conocer a la comunidad, o a la generalidad de las personas, un derecho real ya constituido por el sistema tradicional del título seguido de tradición, sino que determina también la existencia misma del derecho respecto de terceros». Anteriormente, e. c., HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 65: «En suma, por la simple convención se adquiere el derecho personal o a la cosa, *jus ad rem*; el dominio o derecho real, *jus in re*, se trasmite por la entrega o cuasi entrega, pero sólo con relación al cedente; y por el registro del título de adquisición se constituye definitivamente y completamente para todos la propiedad, o los derechos impuestos sobre ella, desde la fecha de la inscripción»; MORELL: *op. cit.*, p. 140: «Sabemos que el Registro, y en él la inscripción, realiza un fin más importante: dar vida a todas las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles, marcar el momento de la adquisición de los derechos reales, realizar la verdadera transmisión de la propiedad [...]»; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de inscripción*, «Estudios...» I, cit., p. 375: «Pero nos basta en el actual momento con dar una fórmula general que oriente al lector. La inscripción completa o declara la existencia y características de una situación jurídica de naturaleza real o asimilable, cuyo objeto mediato es una finca. Es, por lo tanto, un asiento necesario, mas no suficiente por sí solo, para la perfecta (total) adquisición, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles»; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema...*, cit., p. 290: «Nosotros afirmamos que la inscripción en nuestro régimen hipotecario no sólo tiene valor constitutivo en

relativa<sup>360</sup>? Nosotros creemos que no, y nos fundamos para mantenerlo en las explicaciones de Gómez de la Serna. Hemos indicado ya varias veces que, como es fácilmente comprensible, su terminología acusa la influencia francesa, pero que su pensamiento, con autonomía y personalidad propia, responde fielmente a la peculiar inspiración del sistema registral fundado por nuestra Ley Hipotecaria. Dos lugares de su obra nos van a permitir comprobarlo.

En el comentario al artículo 20 de la Ley, y justificando la necesidad de la previa inscripción, tendrá que salir Gómez de la Serna<sup>361</sup> al paso de la interpretación que aquí venimos combatiendo, que, a lo que se ve, había sido ya mantenida en los primeros momentos, favorecida, sin duda, por el afrancesamiento conceptual y terminológico en que se desenvolvió la construcción e interpretación de nuestro sistema. Estas son sus palabras:

*No es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto, por alguno de los que han querido explicar este artículo, que a los ojos de la Ley la propiedad y los derechos reales que no están inscritos, no tienen existencia; la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever y evitar...*

El texto es claro y suficientemente expresivo a nuestro propósito: no es que el derecho no inscrito no exista; es solamente que sin inscripción no puede perjudicar a tercero. Y termina el párrafo por ser definitivamente iluminador cuando añade que ese simplemente denominado «tercero» es el «adquirente de buena fe». Es que, como en otro lugar dirá De la Serna<sup>362</sup>, «no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe». El no perjudicar a tercero no es, pues, la expresión de una especie de inanidad del derecho no inscrito —equivalente de hecho a su inexistencia— que absolutamente

---

los derechos de hipoteca, arrendamiento y opción, sino que lo tiene siempre en cuanto a tercero en la adquisición del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

<sup>360</sup> Consecuencia inevitable de la concepción que interpreta a la inscripción registral como constitutiva *quoad tertios*, que puede verse implicada en su misma expresión en el texto de Hernández de Ariza citado en la nota anterior, y que ha venido atormentando especialmente a la doctrina italiana. Con cierto afán de originalidad intentó fundamentarla FUNAIOLI: *La c. d. Proprietà relativa*, Riv. Dir. Comm. 1950, pp. 287-300, obteniendo inmediata réplica de CARNELUTTI: *Occhio ai concetti!*, Riv. Dir. Comm. 1950, p. 450-452. Dice, concretamente, en p. 452: «E il rischio è, questa volta, che chi deve imparare il diritto finisca per credere che vi sia, accanto a una proprietà assoluta una proprietà relativa, ch'è, come ognuno intende, rischio grave assai. Dove si vede quanto gioverebbe anche ai civilisti... una cura rocostituente di teoria generale».

<sup>361</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 548.

<sup>362</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 634.

se dé respecto de todo tercero por el solo hecho de serlo. Sin inscripción, el derecho puede existir y valer frente a todo tercero que, por conocerlo, no pueda ser considerado a tal efecto tercero de buena fe.

El segundo lugar en que Gómez de la Serna ilumina sobre el verdadero alcance de la inscripción registral se encuentra en el comentario al originario artículo 23 de la Ley (hoy 32, como es sabido), y por encima de su literalidad –también a través de ella– consiste en la explicación que propone a la protección registral del tercero. Obtiene esta explicación su más pleno valor esclarecedor cuando se la compara con la que en Francia proponía Troplong. Estamos ante la doble venta y en la protección dispensada por el Registro al comprador que inscribe contra el que deja de hacerlo. Para Troplong dicha protección no era sino el resultado de que, tratándose de terceros, deja de actuar el sistema de transmisión contractual *solo consensu*, dando paso al instaurado en la Ley de Transcripción. En razón de ello, mientras no haya un comprador que inscriba, el vendedor conserva la propiedad de la cosa que, derivativamente de él, como dueño que sigue siendo, adquiere por la transcripción el comprador que primero lleva la operación al Registro<sup>363</sup>. Las cosas son muy distintas para Gómez de la Serna: el vendedor perdió la propiedad de la cosa vendida cuando por primera vez la vendió, y el tercero que, habiéndola comprado después al mismo vendedor, resulta legalmente protegido en su adquisición por haberla inscrito, la adquiere *a non domino*.

*Desde que el enajenante en virtud del contrato que celebra tras-pasa la finca a otro, poniéndole en posesión de ella –dice Gómez de la Serna<sup>364</sup>– éste adquiere su dominio y aquel que ha perdido el que tenía, no puede hacer segunda enajenación a favor de un tercero: separarse de esta línea de conducta es faltar a la buena fe, es cometer un estelionato, una estafa para emplear la denominación que a este delito contra la propiedad da el Código penal ...*

Establecido el principio, sólo queda aplicarlo al caso cuya solución decide la protección registral del primero que inscribe:

<sup>363</sup> Cfr. el texto ya visto de TROPLONG: *op. cit.*, p. 355: «Il est vrai qu'elle protège un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur; et alors elle fait disparaître le moyen radical, autorisé par le Code Napoléon, contra celui qui a acheté *a non domino*. Mais cela n'a rien de contraire à la règle que nous posons ici; car, dans le système de la loi du 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*». Significativamente, comparte esta misma explicación, en nuestra doctrina, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2197: «[...] el comprador, en el caso de doble venta no es tercero hipotecario, sino que es segundo, es parte que contrata con un *verus dominus* –no se ha producido una transmisión de dominio anterior, sino sólo un contrato de compraventa anterior–».

<sup>364</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 566.

*La resolución adoptada en este segundo caso por las leyes de Partida, tan lógica atendido el principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro*<sup>365</sup>.

Y algo más adelante, a propósito del antiguo supuesto romano de la acción publiciana:

*No habrá pues necesidad de buscarse la entrega o la posesión para calificar quién es aquel que por falta del dominio que creyó adquirir y no adquirió a causa de no tenerlo el enajenante, debe ser protegido [...] sino que sólo habrá de estarse al Registro, y la inscripción será la que decida. No se hace en esta caso más que aplicar a la posesión de buena fe que tiene el que ha adquirido la cosa del que creía que era dueño, la misma regla que se aplica al dominio cuando la cosa está traspasada por el que lo tiene en realidad*<sup>366</sup>.

En todos los textos, una idea común: la adquisición legalmente decidida a favor del comprador que inscribe contra el anterior que no lo hace, no se explica como una adquisición derivativa *a domino* porque hasta el momento de la inscripción el vendedor conserve su derecho. Si así ocurriera, la inscripción funcionaría en la realidad como si fuera constitutiva, aunque no se la califique de ese modo, ya que sólo por ella y a partir de ella, pasaría del vendedor al comprador la propiedad de la cosa transmitida. No siendo así, justificada la adquisición registral como *a non domino*, es muy claro que la inscripción será elemento determinante del favor dispensado por la ley al comprador que inscribe; pero es también evidente que sin necesidad de dicha inscripción, y con anterioridad a ella, se entiende perdido por el vendedor su derecho, lo que obviamente implica que de él derivó —es verdad que de forma que por otra razón no resulta definitivamente eficaz— al anterior comprador que no lo inscribió.

En razón de lo indicado, y para dejar clara e inequívocamente expresado el valor atribuido a la inscripción registral en nuestro Derecho, y, simultáneamente, el sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales en él establecido, procede fijar a modo de conclusiones las siguientes afirmaciones:

<sup>365</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 568.

<sup>366</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 570.

1.º Que cuando se dice, como lo hacía la Exposición de Motivos de 1861, que «para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro», tal expresión, concretamente al referirse a «un tercero» –o a «los terceros», como más generalmente se hace–, no debe entenderse de forma absoluta, como comprensiva necesariamente de todo tercero y justificada objetivamente en la condición de tal revestida por el beneficiario de la acción protectora del Registro<sup>367</sup>. El sistema obliga a sobreentender que tal tercero, aunque se hable con mayor generalidad omitiendo una distinción que el propio sistema obliga a introducir, es sólo el tercero de buena fe; esto es: el que no pudiendo obtener del Registro noticia del derecho de que en concreto se trate, tampoco extra-registralmente tenga conocimiento del mismo. A un tal tercero, el derecho no inscrito, pero para él conocido, no puede dejar de perjudicarlo.

2.º Que ocurriendo ello así, resulta ya muy patente que, en nuestro Derecho, no es que la inscripción atribuya positivamente al derecho inscrito, o simplemente inscribible, una absolutividad u oponibilidad *erga omnes* de la que sin ella necesariamente hubiera de carecer. Se trata, mucho más llanamente, de que la finalidad aseguradora de las adquisiciones de buena fe que el sistema registral se propuso introducir en el tráfico inmobiliario, es incompatible con la posibilidad de que cualquier derecho real, por muy existente que sea, pueda sorprender perjudicialmente a quien, sin tacha alguna de negligencia, se haya colocado en situación de resultar objetivamente alcanzado por su característica absolutividad. Como con encomiable precisión y exactitud se ha destacado en alguna doctrina extranjera<sup>368</sup>, hay que soste-

<sup>367</sup> Así, sin los necesarios matices, se la encuentra en HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 59, a propósito de la obligatoriedad o voluntariedad de la inscripción: «[...] se declara que los títulos, careciendo de inscripción, no pueden admitirse en los Tribunales, ni pueden oponerse a tercero, es decir, que son nulos para perjudicar a toda persona que no haya intervenido en su otorgamiento [...]». La misma Exposición de Motivos de 1861, en texto invocado en el mismo contexto por GÓMEZ DE LA SERNA –*op. cit.*, p. 248– había matizado mucho más las consecuencias de la omisión de la inscripción: «En el sistema de la Comisión no cabe fijar un término, dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero, necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente».

<sup>368</sup> En la francesa, recientemente, LEVIS, Marc: *L'opposabilité du droit réel*, Paris 1989, pp., esp., 186-187: «Ainsi, ce n'est pas la publication qui apparaît comme un élément nécessaire, voire constitutif, de l'opposabilité au tiers: c'est l'inopposabilité qui apparaît comme la sanction du défaut de publicité» (sub. del a); 206: «Ce n'est qu'apparence si l'opposabilité du droit semble renforcée par la publication –il suffit de dire que, du fait de cette précaution, elle n'est pas diminuée». En la italiana, NATUCCI, A.: *La tipicità dei diritti reali*, 2.ª ed. Padova 1988, pp. 138-142, esp., p. 142: «La trascrizione non serve dunque ad attribuire l'opponibilità ai diritti reali, che è loro caratteristica intrinseca [...]». La nitidez de esta distinción queda fuera de la perspectiva de la obra de RAGEL SÁNCHEZ: *Protección del*

ner en la nuestra que la inscripción registral no da al derecho real una oponibilidad de la que él no disponga por sí mismo antes de ella. Bien comprendidas las cosas, se verá que es al contrario: la omisión de la inscripción impide al derecho real funcionar desplegando su natural absolutividad frente a quienes actuaron desconociendo, registral y extra-registralmente, su existencia.

3.º Implica todo lo dicho que en nuestro sistema, los derechos reales se constituyen, transmiten y adquieren de acuerdo con los mecanismos legalmente previstos al efecto (art. 609 CC), sin interferencia alguna del Registro ni de la inscripción registral. Propio de aquellos mecanismos es producir la mutación jurídico-real; propio del Registro y de la inscripción, publicarla.

4.º Cuando en nuestra doctrina y para nuestro Derecho se habla de que alguien, según haya inscrito u omitido la inscripción, es propietario «respecto a todos» o sólo «en relación con el vendedor», se incurre más que en una grosera simplificación, excusable como forma pedagógica aunque impropia de describir el resultado efectual de la práctica o de la omisión de la inscripción, se incurre, decíamos, en un grave error: el que admite la posibilidad de un derecho real sin absolutividad u oponibilidad *erga omnes* —la ya aludida propiedad relativa—, y el que considera esta oponibilidad atributo llegado extrínsecamente al derecho real por obra de la inscripción registral en vez de manifestación y consecuencia necesaria de su intrínseca absolutividad.

Sin embargo, siendo todo lo anterior tan claro —al menos a nuestro juicio—, y encontrando en nuestras fuentes una fundamentación tan sólida que con su apoyo hemos podido formularlo como conclusiones en los cuatro puntos que acabamos de exponer, tenemos que reconocer inmediatamente que, en el planteamiento doctrinal más extendido, la materia aquí expuesta suele considerarse confusa y problemática, cargada de una dificultad que arrancararía nada menos que de lo más básico y central del dato legal que la gobierna: el establecimiento del sistema del título y el modo y, simultáneamente, la instauración de la publicidad registral y la determinación de los efectos de la inscripción y las consecuencias de su omisión. De esta forma, ha tomado cuerpo en la obra de los autores el problema de la relación entre tradición o entrega e inscripción registral, considerado alguna vez como «el más absorbente motivo de

---

*tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Valencia 1994, al centrarse en ella la inoponibilidad en los actos jurídicos, más que en las situaciones o derechos derivados de ellos (pp. 14-17), y relativizarse la diferencia entre los derechos personales y los derechos reales «en cuanto a su eficacia indirecta» (pp. 156-164).

preocupación para los hipotecaristas»<sup>369</sup>. Desde luego, no puede negarse que en nuestra doctrina están extendidas las ideas de que el sistema del título y el modo no encajan con un régimen moderno y efectivo de publicidad registral<sup>370</sup>; que resultaría inútil un sistema de publicidad registral en el que la inscripción no pasara a desempeñar el papel asignado a la tradición en la teoría del título y el modo<sup>371</sup>; y que, en la pugna entre esta teoría y el régimen de la publicidad, aquella —que llevaba de antemano las de perder, como lo arcaico o anticuado pierde ante la novedad que viene a superar—

<sup>369</sup> Así arranca la *Revisión de ideas* III, (RCDI, 1950, p. 239) de URIARTE BERASÁTEGUI, planteando el problema de la tradición en el sistema inmobiliario español. En igual sentido, HERMIDA LINARES, M.: *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*, RCDI, 1961, pp. 1401-1507; he aquí el preámbulo de su trabajo (pp. 1401-1402): «La relación que guardan entre sí la tradición y la inscripción en el Registro, es, sin duda, uno de los problemas más difíciles de nuestro Derecho civil y el más importante del Derecho hipotecario. Claramente los vio don Jerónimo González cuando dijo, en 1943, en la Academia Matritense del Notariado, que todavía no se ha puesto de relieve en el campo inmobiliario las relaciones entre sí de las dos leyes fundamentales, el Código civil y la Ley Hipotecaria, e ignoramos hasta qué punto se influyen, recíprocamente, tradición, posesión e inscripción».

<sup>370</sup> Así lo sostienen, entre otros, DE LA RICA y ARENAL: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, RCDI 1950, pp. 626, 632-633, 637; concretamente, en este último lugar: «Todo esto nos lleva a la conclusión de que el sistema de la tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y del modo, es incompatible con el sistema de registro público. Si el derecho real sobre las fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria, huelga el registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobre la tradición»; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit. (7.ª ed.), p. 247: «Están en lo cierto quienes muestran su disconformidad con la persistencia de la teoría del título y el modo, no en su juego causal, sino en lo que se refiere al modo o tradición, y postulan por su eliminación, sustitución, etc.». GARCÍA GARCÍA, que no admite la contraposición entre título y modo y publicidad registral, admite —*op. cit.* p. 639— que «aparecen [...] en paralelismo contrapuesto —de forma que parece imposible que vayan a juntarse las dos vías—, la tradición posesoria, como medio rudimentario e impreciso de publicidad de los derechos reales, y la inscripción, como medio técnico de publicidad y de cognoscibilidad general *erga omnes*» (cva. del a.).

<sup>371</sup> CASSO: *op. cit.*, p. 65: «[...] es lo cierto que el “sistema” [...] de la nueva Ley fue un híbrido anticientífico, que, al lado de una proclamación teórica de la publicidad y la especialidad germánicas, rechazaba la necesidad de la inscripción para la eficacia de los derechos reales, introduciendo ese confusiónismo perturbador que aleja del Registro y hace todavía casi inútil su existencia»; CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., p. 136: «Sólo en España hay un 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, equívoco, 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»; PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., p. 2193: «El único ordenamiento europeo que mantiene la tradición como forma exclusiva de cumplimiento del modo, y que establece a la vez la inscripción registral voluntaria, es el español. De estas particularidades de nuestro sistema derivan dos consecuencias fundamentales: 1. Que se exija el cumplimiento de un tipo de publicidad inoperante —la tradición— antes de llevarse a cabo el tipo de publicidad eficaz —la inscripción registral—. 2. Que el tipo eficaz de publicidad —la inscripción registral— despliegue una utilidad social reducida, al verse afectada por dos graves perturbaciones derivadas de la voluntariedad —o, más exactamente, de que no se le atribuya a la inscripción la función que le corresponde—: la falta de inmatriculación y la interrupción del tracto».

lo<sup>372</sup>— ha terminado por resultar efectiva y definitivamente desbancada por éste<sup>373</sup>.

Sin llegar siempre tan lejos, lo que sí se ha mantenido con mucha frecuencia, y también con diversidad de matices<sup>374</sup>, es que, en su propio sector, el Registro de la Propiedad, como Registro de títulos, se desentiende del modo: la tradición o entrega<sup>375</sup>, y, sin necesidad de atender a él, asumiendo la inscripción su significado y función,

---

<sup>372</sup> VILLARES PICÓ: *La inscripción...*, cit., p. 315: «[...] habiendo inscripción no hace falta tradición, que es una institución arcaica que tuvo su origen y razón de ser cuando no había otros medios de publicidad en las transmisiones de la propiedad [...]»; DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., p. 634: «Y, por el contrario, con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante. ¡Qué intuición tan genial de las necesidades modernas, y qué salto prodigioso sobre las antiguallas de la *traditio*, inútil a fuerza de simbolismos y ficciones, quebradas de puros sutiles!»; CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 136-137: «Sólo podemos salir de este callejón olvidándonos de la tradición material, de la puesta en poder y posesión y del párrafo 1.º del 1462 del Código en materia de inmuebles y centrandolo 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* [...]».

<sup>373</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Desde la teoría del título y el modo al llamado «principio del consentimiento»*, «Estudios...», I, cit., p. 320: «Pero hay más. Frente a esta técnica inservible y deficiente [se refiere a la del título y el modo], se había levantado ya en el articulado de nuestra ley Hipotecaria la bandera del *consentimiento*, y el negocio jurídico de transferencia aparece en nuestro Derecho anclado sobre el acuerdo del transmitente y del adquirente».

<sup>374</sup> Vid. para tales matices y para su justificación por los distintos autores, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., pp. 222-230; HERMIDA LINARES, M.: *La tradición y la inscripción...*, cit., pp. 1402-1431; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario...*, cit., pp. 639-667.

<sup>375</sup> Aunque extrayendo de ella consecuencias diferentes, coinciden en esta afirmación autores como SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, cit., pp. 251-252: «En primer lugar es preciso recordar que nuestras leyes hipotecarias se inhiben totalmente en el problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil. En segundo término, es necesario recordar que nuestro Registro se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (véanse los arts. 1.º y 2.º de la Ley). Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro en que lo que se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a las mismas»; DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., pp. 635-636: «Lo que ocurre, sencillamente, es que la legislación hipotecaria [...] desconoce en absoluto a la tradición. La silencia totalmente. [...] Nuestro Registro, como ha sostenido recientemente el admirado Núñez Lagos, no es un Registro de derechos, es un Registro de títulos. Es un Registro de títulos, sí; pero no un Registro de *títulos y modos*. Desde la primitiva Ley Hipotecaria hasta la vigente de 1946, o sea antes y después del Código, lo que se sujeta a inscripción son los títulos traslativos o declarativos del dominio o de los derechos reales, los títulos de constitución, reconocimiento, modificación o extinción de tales derechos, los actos y contratos de adjudicación de inmuebles... Pero ningún artículo de la Ley ordena que para su inscripción el título deba ser completado por la tradición»; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (ed. 1968), p. 94: «Nuestro Registro no recibe derechos puros, sino los actos que los crean, modifican o extinguen, o, mejor dicho, que sirven de título para ello [...]. En tal sentido es exacto calificar al nuestro de *Registro de actos o de títulos* (título, en la terminología del art. 2 LH, equivale a *acto o contrato*)»; Id., p. 97: «El Registro español recibe, ciertamente, *títulos* en sentido material; la compraventa; la donación; el testamento, etc., y de esta forma, lo que en él se inscribe es, en cada cambio real, el *título*, pero no el *modo* que lo perfecciona en ocasiones. El Registro no se ocupa de este requisito; ni exige su cumplimiento, ni lo sustituye por la inscripción, ni lo constata».

actúa decisivamente en materia de mutaciones jurídico-inmobiliarias desplazando o completando el viejo sistema que el artículo 609 del Código Civil continúa proclamando vigente en su prístina generalidad y amplitud<sup>376</sup>. Si esto pudiera concederse no habría más remedio que concluir concediendo valor constitutivo a la inscripción en su propio campo<sup>377</sup>, y entender que en materia inmobiliaria el tradicional sistema del título y el modo no sería más que un meca-

<sup>376</sup> VILLARES PICÓ: *op. cit.*, pp. 312-313: «[...] la inscripción dará fuerza preferente respecto de tercero a los actos y contratos que no sean nulos, por cuanto actúa como condición o modo de adquirir para dar eficacia preferida a la adquisición frente a los terceros que no inscriban. Es decir, que el artículo 32 establece un modo de adquirir de más valor que la tradición. La adquisición contractual requiere en nuestro régimen título y modo; dos elementos que tienen que ser válidos con arreglo a las leyes para que haya adquisición; la inscripción es el modo y el título es el acto o contrato [...]». DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., p. 642: «La anticuada teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia normativa por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y los derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria. [...] La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito»; RAMOS FOLQUÉS: «La tradición y el modo», en *CNRP*, «Curso de Conferencias de 1951», Madrid 1951, pp. 39-40, comentando las palabras de la E. M. de 1861: «Este tercer apartado apunta con toda precisión la existencia de dos categorías del modo de adquirir: una para los terceros, esto es, para la convivencia jurídica, revestido de la eficacia *erga omnes*; este modo es la inscripción. Según la terminología del legislador de la época, a partir del momento o requisito cumplido de la inscripción, la propiedad se reputa traspasada *erga omnes*; antes no. Es decir, que mientras no haya inscripción, la propiedad de las cosas sólo se entenderá traspasada respecto de las partes, y esto, a tenor de las normas tradicionales del Derecho civil. [...] Este párrafo [...] pone más de relieve que el supuesto a que alude no es de dobles propietarios, sino el de doble modo de adquirir en cuanto a sus efectos, declarando sustancialmente que la tradición es un modo *inter partes*, y la inscripción e inmatriculación el modo *erga omnes*»; HERMIDA LINARES: *La tradición...*, cit., p. 1503: «Esos efectos de las inscripciones amparadas en la fe pública registral son los efectos *erga omnes* propios de la adquisición del derecho real, pero incomparablemente más eficaces que en la adquisición del derecho real por tradición, de tal forma que si se enfrentan una adquisición del derecho real hecha por tradición con una inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última, sin excepción alguna. Y no es posible que un derecho real que no existe produzca unos efectos *erga omnes* tan eficaces que dejen sin efecto la adquisición del derecho real hecha por tradición. Hay que admitir, por consiguiente, que las inscripciones amparadas en la fe pública registral producen la adquisición del derecho real cuando no se hubiese producido esa misma adquisición por la tradición anterior».

<sup>377</sup> Se niega a reconocerlo DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., p. 638: «Mas no es necesario descentrar las cosas, sacándolas de quicio, ni asimilar la inscripción a un modo de adquirir, ni hacerla constitutiva. Basta diferenciar la propiedad inscrita de la no inscrita; y, dentro de aquella, las relaciones *inter partes* de las relaciones respecto a tercero». Nosotros compartimos el criterio de LACRUZ: *Inscripción y tradición*, RCDI 1957, p. 16: «La tesis que defiende aquí, y a la que se habían referido ya anteriormente algunos autores (Sanz Fernández, entre otros), llega al mismo resultado que la que podríamos llamar *hipotecarista*, si bien por caminos muy diferentes. Pues en las dos se llega a prescindir del desplazamiento posesorio en la transmisión de inmuebles, pero en ésta sustituyéndolo por la inscripción, que adquiere carácter constitutivo, y en aquella, admitiendo que puede existir tradición sin traspaso posesorio, a efectos del artículo 609; con ello sigue la inscripción reducida a su papel meramente declarativo, puesto que, como he dicho, al practicarse a virtud de la presentación de instrumentos públicos, no se llevará al Registro más instrumento sin tradición que aquel en que se exprese la voluntad de que ésta no tenga lugar, y entonces será *per se* ininscribible».

nismo subsidiario, al que sólo se podría acudir en defecto de inscripción registral.

Es verdad que, aunque extendido, este tipo de planteamientos siempre ha encontrado alguna forma de protesta en nuestros autores<sup>378</sup>. De todas formas, y a la vista de los hechos, habrá que conceder que la compatibilidad entre la instauración del Registro de la Propiedad y el mantenimiento del anterior sistema del título y el modo suscita problemas, al menos a primera vista. El debate entre Azcárate y Gamazo en la discusión parlamentaria del Código Civil, a más de veinticinco años de la publicación de la Ley Hipotecaria, es —aunque todavía, se podría decir— una de sus más tempranas manifestaciones. Aunque la cita sea larga, merece la pena desempolvarla y rescatar del olvido las razones que entonces se esgrimieron a favor y en contra de la unidad y coherencia de nuestro sistema legal. No abundan hoy, menos en materias tan técnicas, piezas parlamentarias de tanto valor material y de forma.

Tras la lectura de los artículos 609, 1462 a 1464, y 1095, prorrope apasionadamente Azcárate<sup>379</sup>:

*«Señores, este es un verdadero galimatías; y prueba el modo como se ha hecho el Código, que este artículo último que he leído está tomado, si no me equivoco, del Código argentino, en el cual está muy en su lugar, porque una de las singularidades de aquel Código es que no admite el Registro de la propiedad. Pero, señores, habiendo hoy el régimen hipotecario, ¿se puede decir que la propiedad se transmite por la tradición? ¿Pues no conocéis que sólo por estar inscrita en el Registro se transmite? Pues entonces, ¿a qué este formalismo, que tiene su razón de ser en el Derecho romano, pero no dentro de nuestro régimen hipotecario? Quizás esté yo ofuscado, porque veo que el Sr. Gamazo hace signos de sorpresa al oír mis observaciones; es posible que lo esté, y S.S. lo aclarará; pero encuentro que los términos de este problema son muy sencillos.*

*Había una doctrina universalmente admitida, que era la romana: del título y del modo de adquirir; título era, por ejemplo, la venta; y modo era la tradición; tradición que era esencial, no por las razones que han dado ciertos escritores, al suponerla unos producto de una concepción espiritualista, y otros, de una concepción*

<sup>378</sup> Cfr., e. c., como defensores de la compatibilidad entre el sistema del título y el modo y el de la publicidad registral, aunque puedan discrepar en la concreta forma de interpretar su mutua articulación, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 219-230; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 247-262; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (ed. 1968), pp. 140-145; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 669-671; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pp. 799-802.

<sup>379</sup> Cfr. *El Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*, Madrid 1989, II, pp. 1674-1675 (Congreso 6 de abril de 1889).

*materialista, sino porque la tradición era la forma que había sustituido a la "mancipatio".*

*Viene el Código Napoleón, y sienta el principio de que la propiedad se transmite por virtud de las obligaciones, sin que sea precisa la tradición, y más tarde, el valor dado a la inscripción en el Registro de la propiedad sustituye a ambos principios, o se combina con ellos, según los países.*

*Pues qué, ¿puede ofrecer dudas que mediante el contrato, y sin que intervenga la tradición, se transmite entre nosotros la propiedad? De otro modo, ¿no dice el Código que para el caso basta el otorgamiento de la escritura? ¿No adjudica el Código la propiedad, en uno de los casos del artículo 1473, a quien presente título de fecha más antigua, sin tradición? ¿No dice, como no podía ser menos, en ese mismo artículo, que la propiedad del inmueble pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro? ¿Cómo se armonizan todas estas prescripciones con la declaración extraña que se hace en el artículo 609 al decir que la propiedad se adquiere y transmite por consecuencia de ciertos contratos, "mediante la tradición"? Cuando contestéis a estas preguntas, veré si debo insistir en ellas o rectificar lo que acaso sea un error por mi parte; porque repito que recelo estar ofuscado, cuando persona tan perita e ilustrada como el Sr. Gamazo recibe con cierta extrañeza estas observaciones.»*

Y esta es, mucho más serena y fundamentada, la contestación de Gamazo<sup>380</sup>:

*«... Pero donde verdaderamente encontraba a S.S. poseído de una pasión inexplicable, dado el criterio sereno y seguro de S.S., fue en el punto de la tradición.*

*El Código, Sres. Diputados, respetando una de las bases de la ley de 1888, tenía que desenvolver esta doctrina: las convenciones crean el título; el derecho real no se adquiere más que por la tradición. A esto estaba comprometida la Comisión de Códigos. Yo, en realidad, no necesitaría defender la base; no fue en su tiempo discutida, y no tendría para qué defenderla; pero estoy de tal suerte conforme con ella, constituye uno de los dogmas, a mi juicio tan inexcusable del derecho privado, que no renuncio a oponer a las doctrinas del Sr. Azcárate algunas leves consideraciones sobre este particular.*

*El proyecto de 1851 había seguido fidelísimamente a su modelo el Código francés, que había declarado sobre esto que el dominio se transfería por la simple convención, y otros Códigos*

<sup>380</sup> *Ib.*, pp. 1705-1706 (Congreso 10 de abril de 1889).

*de Europa y de América copiaron también lo que se consignaba en el Código francés.*

*Pero ¿era verdad, Sres. Diputados, que el Código de Napoleón desenvolvese con lógica la doctrina de que el dominio se transfiere por la mera convención? No lo era de ningún modo; y quien quiera que haya meditado y estudiado sobre el texto del Código de Napoleón, habrá encontrado tres excepciones, pero sobre todo dos, que explican perfectamente por qué los autores del Código pudieron decir aquello sin apercibirse de las consecuencias que pudiera traer. Hay dos artículos del Código de Napoleón, que, no obstante ese principio, declaran que para que se pueda transferir un derecho real en aquellos casos en que la finca transmitida está sujeta a condiciones de reversión o sea susceptible de hipoteca, se necesita la publicidad. Lo dice en dos casos, y también en el título de la prelación de créditos. ¿Por qué? Porque el consignar en el Código de Napoleón ese principio a que he aludido, fue una verdadera enormidad, y los más ilustres escritores franceses lo han condenado severamente.*

*¿Cómo, Sres. Diputados, un derecho real tan esencial como el dominio, el que tiene menos carácter de personal, el que se impone a todos, conózcalo o no lo conozcan, el que demanda el respeto de todos, notificado o no notificado, se puede transferir secretamente sin que la sociedad se aperciba, y por esta transferencia crear un delito público como el hurto, como la detentación, como la usurpación, y hasta la estafa? Esto no puede ser. Se concibe la perfección de los derechos civiles por puro consentimiento cuando no engendran otras relaciones que las personales; pero cuando las relaciones nacidas del consentimiento de dos personas obligan a todos y crean ese derecho absoluto, real y típico que se llama dominio, es menester la formalidad de la publicación; de tal suerte que yo espero que en el desenvolvimiento racional de esta doctrina se llegará al Registro de la propiedad mueble (como se ha llegado al Registro de la propiedad inmueble), a medida que lo exija la necesidad de garantizar la riqueza pública mobiliaria, cada día más importante, representada por los valores del Estado, de crédito, y demás signos o manifestaciones que esa riqueza tiene.*

*Así es, Sres. Diputados, que desde que se publicó el Código Napoleón, principió la sorpresa; y el mismo Toullie que lo defendía, lo hizo tan sobriamente, con tal tibieza, que no necesitó hacer grandes esfuerzos para rebatir sus argumentos el ilustre Troplong.*

*Era, por tanto, una exigencia de los principios de derecho y de justicia el que se declarase que la transmisión de la propiedad constituía un acto diferente de la convención, y que se necesitaba otra cosa: ¿qué era lo que podía exigirse? Faltando un Registro de la propiedad mobiliaria, siendo difícil la constitución de este Registro, no estando todavía nuestro país connatu-*

*ralizado con las instituciones creadas por la legislación hipotecaria, cuyos artículos para una gran parte de España están incumplidos, no obstante lo cual el Sr. Azcárate no ha tenido, y con razón, protesta ninguna contra esa Ley, ¿qué menos podía exigirse que una forma exterior, una forma solemne, alguna demostración de que había dejado de pertenecer la propiedad al transmitente y empezaba a pertenecer al adquirente? Pues no hemos encontrado en el Derecho una institución mejor para este fin que la tradición. Lo que hay es que en mi opinión, y salvo el respeto con que debo oír estas cosas a una persona tan ilustrada y sabia como el Sr. Azcárate, de quien aprendo y de quien no puedo tener la pretensión de ser contradictor, lo que hay es que S.S. ha entendido por tradición una cosa que en mi concepto no lo es.*

*La tradición no es la entrega; la tradición es y ha sido en todo el curso del Derecho el acto de poner a la disposición, de colocar bajo la disponibilidad de una persona la cosa que se le quiere entregar; y porque S.S. confundía la tradición con la entrega, por eso hizo aquellos argumentos que en su clarísimo juicio no habiera hecho en otro caso; por eso únicamente pudo decir que era un galimatías el tratado de tradición desenvuelto en el lib. 2.º y en el lib. 4.º al tratar de los contratos de compra-venta; porque no se fijaba su señoría en que las distintas formas de tradición, incluso aquella del consentimiento de las partes que su señoría traducía equivocadamente, están todas comprendidas dentro de los artículos del título que trata de la compra-venta, y si bien no se llama tradición simbólica, ni tradición “brevi manu” o tradición “longa manu”, ni “constitutum possessorium”, son todas ellas, y no pueden ser otras, porque responden a la idea del legislador de dar a entender que lo que se requiere es la demostración pública y solemne de que se ha puesto a disposición del adquirente la cosa que por el contrato de compra-venta se había intentado transmitir. Y hecha esta aclaración, resultan perfectamente inteligibles todos aquellos artículos que a S.S. le parecían un verdadero embrollo, como decía: pues si hay inscripción, ¿para qué la tradición?*

*¡Ah, Sr. Azcárate! La inscripción es ya un acto de dominio, al cual precede la tradición. Cuando aquella tiene lugar, ésta se ha realizado por el otorgamiento de la escritura pública y por la entrega de esta escritura; forma que no tiene nada de original, que era de nuestro Derecho antiguo, que era del Derecho romano y de otros Derechos, y de aquí la tradición simbólica que se hace de las cosas inmuebles y de aquellas que no se pueden poner materialmente a la disposición del adquirente; pero después de la tradición viene la inscripción, que es el primer acto del adquirente para asegurar respecto a la propiedad inmueble la efectividad del contrato por el cual se le ha transmitido; y así se explica muy bien el artículo siguiente, 1473, que define cómo debe considerarse transmitida la propiedad, y a favor de quién*

*en el caso de distintas enajenaciones, porque la inscripción es la notificación más solemne y más perfecta. Pero cuando no hay inscripción, ¿dónde debe acudirse? Pues indudablemente a la escritura más antigua, a la tradición simbólica de fecha más remota. Esto demuestra la perfecta conformidad en que se halla lo hecho por el Código con la base, con el Derecho tradicional español y con el verdadero derecho filosófico de todas partes. Porque, no me cansaré de repetirlo: S.S. pretende que esto se ha tomado del Código argentino, y no era menester, antes al contrario, el Código argentino lo ha tomado de nuestras Leyes de Partida y de la Instituta.*

*El Sr. Azcárate añadía más: esto en el Código argentino lo comprendo bien, porque allí no hay Registro de la propiedad. Pero S.S. olvidaba que si no hay Registro de la propiedad, hay Contaduría de hipotecas, y que la tradición es aplicable igualmente a muebles que a los inmuebles; y por lo mismo, si el no haber Registro de la propiedad podía ser argumento tratándose de lo inmueble, dejaría de serlo ciertamente y no se explicaría la consignación de la tradición para la transmisión de los bienes muebles.»*

Lo que más sorprenderá, seguramente, al lector actual de estas intervenciones es su sustancial similitud, en materia y argumentación, con el debate todavía vivo en nuestra doctrina sobre la relación entre tradición e inscripción o, más ampliamente, sobre la articulación en la unidad de nuestro sistema de la tradicional teoría del título y el modo y el moderno ordenamiento de la publicidad registral de los derechos reales inmobiliarios. ¿Tan inextricable es el problema que su solución no puede argumentarse con fuerza de convicción suficiente como para persuadir al común de la doctrina? Nosotros no lo creemos así.

Volvamos, para explicar nuestra convicción, al núcleo de la discusión entre Azcárate y Gamazo, lo que es igual que atender a los argumentos que hoy se siguen enfrentando en el tratamiento del problema. Para Azcárate, el régimen de la publicidad registral es incompatible con el mantenimiento de la teoría del título y el modo; la inscripción, y no la tradición, es la que consuma la mutación jurídico-real. Para Gamazo, la transmisión de la propiedad exige algo más que el contrato; requiere la puesta de la cosa a disposición del adquirente. Lo que, además de por la entrega de la posesión material, se logra normalmente por la tradición instrumental de la cosa cuando se trata de bienes inmuebles. Cumplido este requisito—como tal, necesario, pero también suficiente—, la inscripción registral no puede ser ya presupuesto de la adquisición sino acto de ejercicio del derecho ya adquirido, tendente a su aseguramiento

por medio de la publicidad. Para Gamazo, pues, sistema adquisitivo de título y modo y publicidad registral —en sí y con el carácter y efectos que nuestra ley le atribuye— son cosas perfectamente distintas y compatibles. Por el primero se opera la transmisión de la propiedad y de los demás derechos reales; por la segunda se pone al derecho transmitido en la posición ventajosa que le proporciona el Registro de la Propiedad. Pues bien, del enfrentamiento entre estas dos concepciones, lo que ahora nos interesa más destacar es que la de Gamazo es la que plenamente concuerda con las explicaciones de Gómez de la Serna a la Ley Hipotecaria. En la exégesis al artículo 2.º de la Ley dejó éste claramente establecido que, contra lo que hoy comúnmente se entiende, lo que dicho precepto denomina como «títulos» no es la *causa* que en el sistema del título y el modo contribuye con la entrega a la constitución o transmisión del derecho real, sino «la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene *en* alguna cosa inmueble»<sup>381</sup>. El recurso tipográfico usado por De la Serna al subrayar el «en» la cosa para llamar la atención sobre la contraposición entre el derecho personal a ella y el derecho real en la misma, impide aquí toda posibilidad de duda: lo que en el Registro se inscribe no es el título fundamentador de la adquisición del derecho —mejor, no es sólo ese título— sino la adquisición misma de dicho derecho, o, lo que es igual, el derecho como perteneciente ya al titular que lo inscribe. Ello, naturalmente, es posible porque, habiéndose mantenido entre nosotros, contra el ejemplo francés, el sistema del título y el modo, la misma escritura pública que como «título» va a servir para la inscripción, previamente, y a modo de tradición, ha producido la mutación jurídico-real que, como ya consumada, se lleva al Registro<sup>382</sup>. Tan así debe ello entenderse que, con la ley y con sus más

<sup>381</sup> GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 249-250: «La palabra *título*, cuando se trata de la adquisición de bienes, en su sentido rigurosamente jurídico quiere decir el motivo lícito de la adquisición [...]. En esta acepción se opone el *título* al *modo* [...]. La significación que hasta aquí hemos dado a la palabra *título*, no es la que tiene en el texto [del art. 2.º de la Ley]. En éste se toma por la escritura en que se hace constar el acto o contrato, en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene *en* alguna cosa inmueble. Se aplica a lo que es efecto la palabra con que se significa la causa; y esta locución, vulgar en un principio, ha venido a ser jurídica, por haberse empleado por diversas leyes en el mismo sentido que en el artículo que comentamos». Más adelante, en la p. 255, dirá DE LA SERNA que los que aquí llama la ley «títulos» *traslativos de dominio*, son «el documento que acredita la adquisición de la propiedad o del derecho real sobre la cosa inmueble» (cva. del a.). Igual interpretación, en HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 234: «En el artículo 2 se usa la palabra *título* como sinónima de instrumento [...]».

<sup>382</sup> SERNA: *op. cit.*, pp. 318-319: «Al paso que muchos Estados que han admitido el principio del Código francés, de que el dominio y los demás derechos *en* la cosa se transfieren por el consentimiento, lo conservan, limitando los efectos de la falta de publicidad en el registro a las personas que no han sido parte en el acto o contrato que los perjudica, y

fieles intérpretes, hay que mantener que si en la escritura presentada al Registro los otorgantes excluyen su normal virtualidad traditoria (cfr. art. 1462, II CC), la inscripción habrá de ser denegada<sup>383</sup>.

Sabemos que la línea argumental aquí expuesta podría ser objetada. ¿Para qué –se dirá– esa duplicidad de tradición e inscripción, cuando la primera se justifica por su dimensión manifestadora o publicadora del derecho real<sup>384</sup>, y esa misma función la desempeña incomparablemente mejor la inscripción registral<sup>385</sup>? La objeción tendría fundamento si la tradición fuera sólo exteriorización o rudimentaria publicidad del derecho obtenido en la cosa entregada. Deja de tenerlo cuando se advierte que, además de eso y con mayor interés, la *traditio* es el medio para obtener la inmediatividad del poder en la cosa<sup>386</sup> que constituye la esencia del derecho real y la raíz de su absolutividad<sup>387</sup>. Por la tradición o entrega, el hasta entonces derecho *a* la cosa pasa a ser derecho *en* la cosa, configurador, por inherente a la misma, de una situación jurídica en ella que la acompaña donde quiera que vaya y resulta de suyo oponible *erga*

---

que otros, como nosotros, mantienen con esta misma limitación el principio romano de que por la tradición y cuasi-tradición, o por la posesión y cuasi-posesión se transmite el dominio de las cosas, no faltan algunos...». Antes –p. 249– había dicho que «el *modo* es la posesión, la cuasi-posesión, la tradición y la cuasi-tradición» (cva. del a.).

<sup>383</sup> Esta afirmación es coherente con lo dispuesto en los artículos 9 y 51, 6 del RH. (para el comentario de sus precedentes en 1861, *vid.* SERNA: *op. cit.*, pp. 255-256). En el sentido del texto, e. c., : ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 224 y 230; LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 10; Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 801; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 670. En contra: DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., p. 637. No es óbice a lo aquí mantenido la admisión a inscripción de las transmisiones sometidas a condición suspensiva, posibilidad que doctrinalmente a veces se ha traído polémicamente –cfr. HERMIDA: *op. cit.*, pp. 1410-1411, polemizando con Roca Sastre– a este *topos* problemático. El pacto de sometimiento a condición, en cuanto que configurador del dominio o del derecho real inscrito, es un pacto de transcendencia real, admisible como tal a inscripción (art. 7 RH). Nos remitimos aquí a lo ya dicho al respecto en nuestro trabajo anterior: *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 487-496.

<sup>384</sup> Así aparecía la tradición en la Exposición de Motivos de 1861 (p. 237: «Los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble») e, incluso, en la intervención de Gamazo, antes transcrita.

<sup>385</sup> Una reciente muestra de este planteamiento, en PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 2192-2193.

<sup>386</sup> VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral*, «Estudios sobre derechos de cosas» I, Madrid 1985, p. 428: «La tradición es una institución que, a través de la Historia del Derecho, ha cabalgado y sigue cabalgando a dos vertientes. Dos han sido y son sus funciones: dar *efectividad* a la transmisión y darle *publicidad*»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 560: «La inmediatividad la tiene el derecho real con la tradición [...]».

<sup>387</sup> Para la conexión entre inmediatividad y absolutividad en la configuración de la esencia del derecho real, nos remitimos a lo dicho en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 546-547. En razón de ello tenemos que discrepar de lo mantenido por García García –*op. et loc. ant. cit.*– cuando separa la inmediatividad de la absolutividad, estableciendo que aunque la primera llegue al derecho real por obra de la tradición, la plenitud de la segunda exige la inscripción registral, justificando y explicando esta exigencia la necesidad del principio de inscripción.

*omnes*. ¿Perderá esta su propia virtualidad la *traditio* cuando, sin mutación material posesoria, se la realice instrumentalmente? A nuestro juicio, no. Otorgar la escritura es tanto como poner la finca vendida en manos del adquirente, dejándola a su poder y disposición<sup>388</sup>. Es muy obvio que esta misma función podría –igualmente, al menos– cumplirla la inscripción registral, que, desde tal punto de vista, reuniría también condiciones para jugar en abstracto como modo o entrega *loco traditionis*. El caso es que concretamente en nuestro Derecho no lo hace. Y con razón. Principalmente<sup>389</sup>, porque antes de que se llegue a la inscripción, la puesta de la cosa a transmitir en poder y disposición del transmisario ha convertido a éste en adquirente. Su derecho a la cosa es ya un derecho *en* la cosa: la inscriba o no la inscriba. No exigiendo otra cosa la protección de las adquisiciones de buena fe, la ley no debe desconocer esa realidad ni tratar de sofocarla. Se entiende por ello que en nuestro Derecho la inscripción registral no sea –porque de suyo no debe serlo– requisito necesario para adquirir, sino, como decía Gamazo, acto de ejercicio del dominio ya adquirido por obra de la tradición. La conclusión, pues, se impone por sí misma: no es cierto que nuestro Registro de la Propiedad sea un Registro de títulos, que, en cuanto tal, prescindiera de la tradición y sólo mediante un juego de prestidigitación, habiendo recibido únicamente el título necesario para la constitución del derecho real, pueda sorprendentemente terminar publicando éste como ya existente y plenamente constituido mediante el dato registralmente irrelevante de la tradición<sup>390</sup>. Muy al contrario, nuestro Registro, a través de la documentación pública del acto o contrato constitutivo o transmisivo, recibe derechos reales ya constituidos<sup>391</sup>, y porque así los recibe, en línea de completa

<sup>388</sup> Cfr. LÓPEZ BURNIOL: *Valor de la escritura y de la inscripción...*, cit., p. 197: «La *traditio* instrumental no es, por consiguiente, una *traditio ficta*, sino una puesta a disposición real, después de la última comprobación [...] el legislador se limita a reconocer un hecho: la normal y natural simultaneidad [...] entre el otorgamiento de la escritura y la puesta a disposición del comprador de la cosa vendida, en concepto de nuevo dueño de la misma».

<sup>389</sup> Principalmente, decimos, porque además de la que se indica a continuación en el texto, tampoco es para desatender la que en el comentario al artículo 1385 del Proyecto de 1851, aducía GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., p. 738: «El artículo holandés [art. 671: “La entrega de los inmuebles se hace por la inscripción en los registros públicos”] pareció desde luego inadmisibles: la inscripción, que es toda del cargo e interés del comprador, nada tiene que ver con la entrega, que es obligación del vendedor».

<sup>390</sup> La metáfora del juego de prestidigitación es, como resulta conocido, de Lacruz, cfr. LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario...*, (1968) cit., p. 144: «Esta publicidad sólo desarrolla sus efectos frente a terceros adquirentes de buena fe, a beneficio de los cuales, sobre todo, hace el Registro ese juego de prestidigitación, consistente en recibir contratos y publicar derechos como ya adquiridos, aunque no lo estén».

<sup>391</sup> Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 224: «[...] opinamos que en el sistema español no cabe inscribir ninguna compraventa o acto análogo sin que de la titulación presentada a registro aparezca cumplido el requisito de la tradición [...]» y 229-230; AMORÓS: *Comenta-*

y absoluta continuidad, así, como efectivamente constituidos y ya existentes los publica. La peculiaridad de nuestro sistema registral en este punto reside, desde este punto de vista, en que, por exigencia del causalismo transmisivo y de la admisión del *numerus apertus* en nuestro Derecho de Cosas, la entrada del derecho publicable en el Registro no puede hacerse a través del mero y escueto acuerdo transmisivo, sino mediante el reflejo del acto completo de su constitución o transmisión; esto es: a través de nuestro particular asiento de «inscripción», en el que necesariamente debe comprenderse no sólo la sustancia constitutiva o transmisiva de aquel acto, sino también las determinaciones de transcendencia real en él contenidas para la concreta configuración del derecho constituido o transmitido (arts. 9, 2.<sup>a</sup> LH y 7 y 51, 6.<sup>a</sup> RH)<sup>392</sup>.

La inscripción registral, pues, para cumplir su función publicadora, no necesita adentrarse en el mecanismo constitutivo y transmisivo de los derechos reales. Ni hace de tradición, ni permite prescindir de ella, sino que la supone realizada en el otorgamiento de la escritura pública si de ella no resulta o se deduce lo contrario. Aquí podría quedar nuestro tratamiento de la relación entre inscripción y tradición, o, más ampliamente, nuestra indagación sobre la compatibilidad y conjugación del sistema del título y el modo con el de la publicidad registral, si no fuera porque todavía en relación con él suele suscitarse un problema al que nosotros todavía no hemos prestado atención. Pensamos —ya se habrá adivinado— en el caso de que el *tradens*, aun siendo dueño, por carecer de toda forma de posesión, no pueda en ningún modo traspasar ésta al adquirente. ¿*Quid juris* cuando sin posesión, ni inmediata ni mediata, se emplea alguna de las formas simbólicas o fingidas de tradición?; ¿*quid* —trayendo ya el caso a nuestro terreno— cuando en la transmisión documentada e inscrita se comprueba que el *tradens* resultó ser un titular no poseedor?

Todo lo que hasta ahora hemos venido diciendo y manteniendo no permite dar por resuelto, al menos expresamente, el concreto problema ahora planteado. La tradición instrumental, que puede valer como forma simbólica de entrega, podría quedar sin valor si se constata la inexistencia o imposibilidad de la realidad simboliza-

---

*rios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2.º, Madrid 1978, VII, 2, p. 266, nota 8: «Soy partidario de considerar que se inscribe el título junto con el derecho resultante del mismo. Tesis que incide entonces sobre el planteamiento de otros problemas conexos, que hacen referencia a las conexiones entre inscripción y tradición (necesidad de haberse realizado la previa tradición, cuando ésta es necesaria, para que se inscriba la situación jurídica ya creada; y calificación registral del acto traslativo, facilitada por el cumplimiento de la tradición instrumental) [...]».

<sup>392</sup> Hemos tratado con mayor amplitud y detalle este punto en *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 521-544.

da. Si, de acuerdo con el curso ordinario de la adquisición derivativa, el adquirente debía obtener del *tradens* la propiedad de la cosa mediante la entrega de la posesión de la misma, ¿nada tiene que decir el *nemo dat quod non habet* cuando dicho transmitente no puede entregar la posesión, por no tenerla<sup>393</sup>? El problema, insoslayable para nosotros, pero de una complejidad cuyos detalles no caben en el presente contexto, no ha obtenido una solución pacífica en nuestra doctrina<sup>394</sup>. Nos limitaremos a examinar *grosso modo* los diferentes intentos de solución que se han propuesto, y a enjuiciarlos en la medida necesaria para poder fundamentar nuestra preferencia por el que nos parece que mejor responde a la articulación de nuestro sistema registral en nuestro Derecho de Cosas, una de cuyas bases (cfr. Base 20 de las de la Ley de 11 de mayo de 1888, y arts. 609 y 1095 CC) es el mantenimiento de la tradicional teoría del título y el modo.

Una primera propuesta de solución es la que, con variantes, sostiene el desplazamiento de la tradición por la inscripción cuando se trata de la propiedad inscrita. No llegará a decirse que en relación con dicha propiedad las cosas funcionan entre nosotros como en el Derecho suizo. Aunque a veces se roce esa idea<sup>395</sup>, el discurso detendrá su tendencia limitándose a la afirmación de que nuestro Registro, como Registro de títulos, prescinde de la tradición<sup>396</sup>, y que, de puro prescindir de ella, ni la exige, ni la sustituye, ni suple

<sup>393</sup> POTHIER: *Traité du contrat de vente*, en *Oeuvres de R. J. Pothier*, Bruselas 1831, p. 361: «Lorsque le vendeur n'est pas lui-même en possession de la chose qu'il vend, il est évident qu'il ne peut faire aucune tradition réelle ni feinte de cette chose; car la tradition étant *datio possessionis*, le vendeur, qui n'a pas lui-même la possession de la chose qu'il vend, ne peut la donner à l'acheteur: *nemo dat quod non habet*»; la consecuencia, desde el punto de vista de la transmisión de la propiedad, pp. antes (p. 325): «Vous n'avez pas pu lui transférer la propriété; la propriété ne pouvant se transférer que par la tradition de la chose, que vous ne pouviez lui faire, n'est pas le possesseur». Entre nosotros, citando a Cujacio, GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., p. 737: «Cujacio define la entrega, según la ley 3 Romana, *datio vel traslatio possessionis*, por consiguiente, debe tenerla el vendedor, *quia nemo dat quod non habet*».

<sup>394</sup> Un estudio reciente, doctrinal y jurisprudencial, del problema y de sus intentos de solución, BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: *Tradición instrumental y posesión*, Pamplona 1999.

<sup>395</sup> Cfr. DE LA RICA: *op. cit.*, p. 636: «[...] Pero ningún artículo de la Ley ordena que para su inscripción el título deba ser completado por la tradición. Y, sin embargo, todos los privilegiados efectos de la inscripción —efectos que regula la legislación hipotecaria y que sumiso respeta el artículo 608 del Código Civil— se producen por la inscripción de esos títulos, sin más aditamento [...]. La tradición, en la práctica, no juega en el ámbito del Registro, ni siquiera es objeto de calificación».

<sup>396</sup> DE LA RICA: *op. cit.*, p. 635: «Lo que ocurre, sencillamente, es que la legislación hipotecaria [...] desconoce en absoluto a la tradición. La silencia totalmente [...] prescindió deliberadamente de la *traditio*, que no encajaba en el engranaje de su sistema»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 251-252: «[...] es preciso recordar que nuestras leyes Hipotecarias se inhiben totalmente en el problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil [...]. Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro en que lo que se inscribe no es propiamente

su inexistencia<sup>397</sup>. Sea lo que fuere de la tradición, el derecho real inscrito será válido y eficaz frente a todos<sup>398</sup>. Ya sabemos cuál es en el pensamiento de De la Rica el fundamento de esta primera interpretación: la inadecuación de la teoría del título y el modo para el aseguramiento del tráfico inmobiliario, y la incompatibilidad de la función aseguradora del Registro con el mantenimiento de aquella teoría. En Sanz Fernández aparece como la manifestación o el resultado del valor convalidante de la inscripción registral. En ambos casos se apunta en una misma dirección: si la inscripción puede desplegar su propia eficacia prescindiendo de la tradición, lo lógico sería concluir que la inscripción subsana la falta de tradición: concretamente –por mantenernos en el problema ahora planteado–, su defecto por carecer el vendedor de la posesión de la finca cuya enajenación se ha llevado al Registro.

En el polo opuesto a esta interpretación, propondría la que como segunda podríamos hipotizar ahora –Lacruz la considera dominante en cuanto a su punto de partida, aunque evitada siempre en su consecuencia<sup>399</sup>–: que la falta de posesión en el *tradens* impide la transmisión por defecto de modo. Las formas simbólicas o ficticias de tradición podrán valer en cuanto adelanten, representándola, una realidad que efectivamente va a producirse. Si esta realidad resultara imposible, ni valdría la tradición simbólica, ni la transmisión se habría producido<sup>400</sup>, ni su inscripción en el Regis-

---

te la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a las mismas».

<sup>397</sup> DE LA RICA: *op. cit.*, p. 642: «La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 248: «[...] la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, de modo que ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus peculiares efectos» y 250-251: «la inscripción no excluye ni suple en nuestro Derecho a la tradición».

<sup>398</sup> DE LA RICA: *op. cit.*, p. 634: «Y por el contrario, con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante. ¡Qué intuición tan genial de las necesidades modernas, y qué salto prodigioso sobre las antiguallas de la *traditio*, inútil a fuerza de simbolismos y ficciones, quebradas de puro sutiles!»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 249: «En el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional y la necesidad de la tradición; en el momento de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor que juega con independencia de aquella».

<sup>399</sup> LACRUZ: *Inscripción...*, cit., p. 16: «Con la teoría dominante, si un propietario vende una finca que no posee, no transmite la propiedad de la misma, por falta de tradición [...], sin embargo, p. 7: «En último análisis, todos los autores tratan de superar la misma dificultad, a saber: que quien inscribe su derecho resulte que no lo ha adquirido por faltar una *traditio* válida en el proceso transmisivo; y todos llegan, a través de razonamientos dispares, a un mismo resultado práctico: el mantenimiento del titular que inscribe en el Registro, aunque la *traditio ficta* no le haya transmitido la posesión, por faltar ésta en el *tradens*».

<sup>400</sup> CASTÁN: *Derecho Civil*, I, 3.<sup>ª</sup> ed. Madrid 1941, pp. 404-405, tras una referencia al tratamiento inseguro y difícilmente coordinable del problema en la jurisprudencia: «Con

tro podría venir a salvarla. Esto último, porque en nuestro Derecho la inscripción no está llamada a hacer de modo, *loco traditionis*, y porque en la transmisión nula por defecto de modo el adquirente es parte y no tercero<sup>401</sup>. En esta interpretación, el mantenimiento del sistema del título y el modo, entendido en su forma más material y más dura, arrinconaría la posibilidad de cualquier efecto sanante de la publicidad registral a los estrictos límites del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: el subadquirente, esto es, quien adquirió de quien previamente lo hizo del propietario no poseedor, será protegido en su adquisición. Lo que en su favor suple el Registro es, *solito more*, la falta de titularidad de su inmediato *causam dans*; no la falta de posesión del anterior transmitente.

La tercera corregiría el exceso de la anterior. Se admitiría su punto de partida: la tradición por no poseedor no transmite; se admitiría, igualmente, que la inscripción registral no puede considerarse en nuestro Derecho como un sustitutivo ortopédico de la

---

fórmula general, y manteniendo el criterio en que en esta materia se inspira la jurisprudencia, dice la sentencia de 22 de marzo de 1930 que “la presunción que establece el artículo 1462 del Código civil, no excluye el que por otros medios adecuados se demuestre cumplidamente que no se realizó la entrega de la cosa vendida, en cuyo caso la presunción de la tradición ficta tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada”; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid 1968, p. 28: «El artículo 1462-2.º sienta una presunción *juris tantum*: se entiende por el otorgamiento de la escritura pública entregada la cosa, salvo: a) que de la misma escritura se dedujere lo contrario; b) que se esté en presencia de múltiples supuestos como los contemplados por el Tribunal Supremo, en que la posesión ficta cede ante el hecho de estar poseyendo (como dueño) lo vendido un tercero y no el vendedor»; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Enneccerus*, III, 1, Barcelona 1971, p. 446: «b) Que el adquirente obtenga la posesión mediata. Nada se dice en nuestros textos, pero se trata de una consecuencia lógica ineludible de la naturaleza misma del negocio, pues si el adquirente nada obtiene, el requisito general de la tradición quedaría totalmente destruido y recaeríamos en el sistema de la adquisición de la propiedad por el solo consentimiento, que con tanto empeño ha rehuido el C. c.»; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 1, Barcelona 1971, p. 347: «Sobre el carácter de la tradición en nuestro Derecho es importante la sentencia de 18 de febrero de 1965 [...], que declara que su ámbito de aplicación se limita a los contratos traslativos de dominio y que además exige la preexistencia del dominio y posesión en quien hace la entrega, y la intención de las partes de transmitir y adquirir»; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Curso de derechos reales*, I, Madrid 1986, p. 170: «A mi juicio, la propia exigencia de sobrevivencia de la teoría del título y el modo y la función jurídica de la *traditio* material [...] exige interpretar la *traditio* instrumental como una mera presunción de entrega material»; RUBIO GARRIDO, T.: *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona 1994, p. 103: «Y, además, si quien otorga la escritura pública como transmitente tampoco tiene la posesión ni de hecho ni de derecho, tampoco ésta puede ser adquirida por el alienatario».

<sup>401</sup> Así, aun cuando militando en posición distinta respecto al tratamiento del problema central planteado, LACRUZ: *op. cit.*, p. 9: «[...] la tradición es un requisito del acto de transferencia, en el cual interviene el propio adquirente (no simplemente un presupuesto de la legitimación para disponer del *tradens*), y la falta de uno de los elementos del acto nunca puede ser protegida por la publicidad registral» y GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 644: «[...] el artículo 34 tampoco soluciona el problema, pues sabido es que se refiere al “tercero subadquirente” y no al comprador que es parte en el contrato de compraventa en el que por hipótesis falta la posesión real de “*tradens*”» (cva. del a.). En el mismo sentido, p. 650.

entrega, en función de «modo»; pero se consideraría ahora que es incongruente que la eficacia sanante de la fe pública registral, capaz de superar el defecto de titularidad del *tradens*, tuviera que detenerse, impotente, ante la sola falta de posesión del mismo<sup>402</sup>. En definitiva: que la tradición por dueño no poseedor no es de por sí bastante para transmitir el dominio, pero que la fe pública registral puede suplir tal insuficiencia en beneficio de adquirente inmediato de buena fe<sup>403</sup>.

En la cuarta propuesta de solución se mantiene que la tradición instrumental, en las condiciones previstas en el artículo 1462 II del

---

<sup>402</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 242-243: «La falta de posesión real o efectiva por parte del *tradens*, titular inscrito, no ha de poder perjudicar al *accipiens* que adquiere confiado en que es verdad el contenido del Registro en cuanto publica un dominio completo o en pleno dinamismo. Sería absurdo que las adquisiciones *a non domino* fuesen mantenidas por la fe pública registral, y que en cambio un tercero que reúna las circunstancias necesarias para la protección de la fe pública del Registro no fuera mantenido en su adquisición, que precisamente la verifica en condiciones superiores, ya que al menos el *tradens* es el verdadero dueño. ¿Es que es más grave ser dueño pero no poseedor, que no ser ni una cosa ni otra?».

<sup>403</sup> Aunque polemizando con Roca Sastre en otros puntos, coincidente con él en la suplicencia de la *traditio* por la fe pública registral, HERMIDA LINARES: *op. cit.*, pp. 1502-1505: «[...] Y es indiferente que el titular haya obtenido, o no, la tradición. El título no inscrito, con tradición o sin ella, no puede perjudicar al título inscrito al amparo de la fe pública registral [...]. Hay que admitir, por consiguiente, que las inscripciones amparadas en la fe pública registral producen la adquisición del derecho real cuando no se hubiese producido esa misma adquisición por la tradición anterior [...]. Por lo demás, entendemos que el legislador hizo muy bien en no decir que mediante la inscripción se adquiere el derecho real, puesto que si lo dijese, habría que entender que, también, mediante la inscripción de inmatriculación se adquiriría el derecho real, lo cual sería dar a las inscripciones de inmatriculación más valor del que realmente deben tener, salvo que se sustituya la tradición por la inscripción en el Registro [...]. No se pueden englobar, por tanto, en una misma doctrina todas las inscripciones, como se hace generalmente al estudiar la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles. Las inscripciones amparadas en la fe pública registral son un medio, forma o manera de adquirir, porque los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1473 del Código civil se producen aunque no haya habido tradición y aunque el transmitente no fuese dueño en el momento de la inscripción [...]. Por consiguiente, la inscripción al amparo de la fe pública registral es un medio, forma o manera de adquirir, no sólo en las adquisiciones *non domino* (*sic*), sino también cuando la tradición no haya existido anteriormente». También, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, III, cit., p. 802: «El tercer problema es la falta de tradición por falta de posesión en el *tradens*. Si de la escritura no resulta o se deduce, la inscripción se practicará. Mas ¿con qué efecto, si el nuevo titular, al no haber recibido por *traditio*, no ha llegado a ser propietario? Si el adquirente está protegido por el artículo 34 su adquisición se consolida, sin *traditio*, siempre que él inscriba [...]. En los demás casos, no parece que la pura inscripción sin *traditio* convierta el *accipiens* en propietario»; MONTÉS, en *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, (Coords. López López y Montés Penadés), Valencia 1994, p. 113: «La falta de posesión en el *tradens* conducirá a una cuestión que se ha de resolver según el adquirente esté o no protegido por el artículo 34 LH. Si lo está, y ha inscrito, la adquisición se consolida, aun sin *traditio*. Si no lo está, no llega a ser propietario y cabrá impugnar la inscripción por inexacta [...].»; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en la voz «Tradición (Derecho Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid 1995, p. 6606: «Si el tradente, por ejemplo, no es poseedor en concepto de dueño, la escritura pública no puede, según la jurisprudencia y la opinión que parece dominante, tener valor traditorio. Ahora bien, en beneficio de un tercero protegido por el artículo 34 LH y que proceda en la forma que establece el artículo 36 (por analogía), la fe pública registral subsana también este presupuesto de su adquisición. En este supuesto la inscripción sí suple a la tradición».

Código Civil, y de acuerdo con dicho precepto, vale por sí sola como «modo» o tradición que traspasa la propiedad al adquirente. No es obstáculo, pues, para ello que el *tradens* no posea ni siquiera mediatamente<sup>404</sup>. Gozando éste de alguna forma de posesión, la tradición instrumental, mientras no se produzca la efectiva entrada del adquirente en la posesión, llevaría a un supuesto de constituto posesorio<sup>405</sup>. Careciendo, en cambio, de toda forma de posesión, constituirá un caso de *traditio ficta*, que, como fingida, no supone entrega efectiva de la posesión, pero, como medio de *traditio* legalmente admitido, vale para transferir la propiedad<sup>406</sup>.

Finalmente, otra propuesta, quinta en el orden de nuestra exposición, mantiene que en el sistema del título y el modo la entrega traditoria exige ineludiblemente la posesión en el *tradens*, pero que el ámbito de su necesaria aplicación es el de la transmisión de cosas. Cuando lo que se transmite no es la cosa sino el derecho –incorporal, como tal derecho– de propiedad, la entrega, además de naturalmente imposible, tampoco sería legalmente necesaria. Habríamos salido del artículo 1464 del Código Civil para entrar en el 1526. En este último no se impone ninguna forma de tradición, y la inscripción registral se exige únicamente para que la transmisión de la propiedad surta efecto contra tercero. Es el caso de la figura histórica de la cesión de la acción reivindicatoria<sup>407</sup>.

<sup>404</sup> LACRUZ: *op. cit.*, p. 10, enunciando su tesis: «[...] la tradición instrumental del artículo 1462, previa forzosamente a la inscripción en el Registro, perfecciona el acto transmisivo sin necesidad de posesión en el “tradens”»; más adelante, p. 13: «Esta tesis permite justificar –de acuerdo con evidentes imperativos económicos y sociales, y con varios textos legales– la transmisión realizada por un propietario no poseedor (ni siquiera mediato)».

<sup>405</sup> ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, 1, 2.ª ed., Madrid 1976, pp. 148-152, esp. 151-152: «Normalmente la tradición instrumental es, en efecto, un caso de constituto posesorio porque el otorgamiento de la escritura pública transfiere al adquirente la posesión como derecho, ya que la tenencia material continúa estando en manos del enajenante hasta que dé la cosa efectivamente a aquél, que sólo en ese momento adquiere la posesión como hecho».

<sup>406</sup> ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 161, tratando el caso entre los «supuestos de tradición fingida, sin absolutamente ningún traspaso posesorio»: «Luego, lo que hay que entender es que no es posible la tradición instrumental *transferente de la posesión mediata*, si no poseía el *tradens* (y en ese sentido es evidentemente acertada la jurisprudencia del T. S. que requiere que éste posea). Pero, aunque éste no posea ni como hecho ni como derecho, sí es posible la tradición instrumental por la que no se traspasa posesión alguna pero sí se transfiere la propiedad u otro derecho real. Y, sin duda, que, en el fondo se refiere el T. S. a este caso, cuando, en algunas sentencias, ha admitido la validez de la tradición instrumental sin ser poseedor el *tradens*».

<sup>407</sup> Así, principalmente, GIMÉNEZ ROIG, Eusebio, autor de varios estudios relacionados con el tema y, finalmente, como coronación de todos ellos, de la obra *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción. Venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño*, CER, Madrid 1998, *passim*, con todo, esp. p. 33: «[...] Pero el que afirma ser verdadero propietario puede preferir no reivindicar sino, conforme al artículo 1526, vender o ceder su derecho de propiedad *incorporal*, su derecho de propiedad como lo tiene,

Varios intentos, pues, de solución que, tras su exposición, deberán ser contrastados en su adecuación a los principios conformadores de nuestro Derecho de Cosas y de la publicidad registral inmobiliaria. En nuestro concepto, el juicio sobre cada uno de ellos, expresado tan globalmente como se les ha expuesto, vendría a ser el siguiente:

El primer intento de solución tiene en su contra graves dificultades. La primera, por más próxima a nuestro problema: que, según ya advertimos, no llega a resolver decididamente e *in recto* la específica dificultad del caso propuesto. Tal es, según ella, la ajenidad e

---

sin la posesión de la cosa, que tiene un tercero poseedor, aunque con la correspondiente e *inseparable* acción reivindicatoria para recobrarla [...]. El comprador-cesionario será quien reivindique, en nombre propio, como propietario por compraventa-cesión del derecho *incorporal* del propietario desposeído, llamando en garantía al vendedor cedente. Al tiempo de la codificación se denominaba *cesión de la acción reivindicatoria*, o compraventa con cesión de la acción reivindicatoria, a la que mejor se denomina *contrato de compraventa-cesión del derecho incorporal del propietario desposeído*»; p. 174, combatiendo la tesis que lleva la solución del caso al artículo 1462: «Contra esta interpretación he mantenido que el *efecto transmisivo de la propiedad se fundamenta en el contrato o pacto escriturado*, no en la escritura que lo formaliza, por sí misma, y que la tradición incorporal es una entelequia porque la tradición es siempre transmisión de la posesión y en el caso considerado la posesión la tiene un tercero, antes y después de la fecha de la escritura, no hay cambio de poseedor, ni en forma real ni en forma ficticia. Lo que hay es una *transmisión de la propiedad sin necesidad de tradición*, al amparo de una ley, de las aludidas por el artículo 609, 2, *al principio*, cuando dice “por la ley”, que en este caso es la ley del artículo 1526, procedente de otras leyes romanas invocadas en España hasta que entró en vigor el Código civil (D. 50, 17, 15), coordinada con otras normas a lo largo de una evolución histórica que la doctrina española ha olvidado»; p. 177: «Se trata de una opción instrumental por la que un normal contrato de compra-venta de cosa, con su correspondiente obligación de entregar una cosa (art. 1445), queda sustituido (art. 1462, 2) por un *especial* contrato de compraventa-cesión, propiamente dicho (art. 1526), que ontológicamente excluye la obligación de entregar porque no tiene por objeto una cosa poseída por el vendedor (una cosa corporal o derecho corporal) sino un derecho *incorporal*, pues concretamente el vendedor cedente no posee actualmente la cosa objeto del derecho de propiedad que se quiere resulte transmitido». Esta misma opinión, que según LACRUZ, *op. cit.*, p. 13, constituye «doctrina dominante», en PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *op. cit.*, p. 447: «[...] partiremos de la afirmación de ser a todas luces posible la cesión o transmisión de la acción reivindicatoria. Su cesibilidad no necesita apoyo positivo expreso, pero puede encontrarse en los artículos 1464 y 1526 [...]. Se ha de distinguir por tanto: 1. Si el enajenante es poseedor mediato, la tradición ficta implica cesión de esa misma posesión mediata. 2. Si no es poseedor mediato por haber una posesión contradictoria de su derecho a la posesión, le bastará con ceder este derecho a través de la acción reivindicatoria»; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, III, 6.<sup>a</sup> ed. Madrid 1997, p. 69: «¿Rige esta regla [se refieren a la del art. 1462, 2] cuando el *tradens* no es poseedor de la cosa? Hay que hacer estas distinciones: [...] 2.<sup>a</sup> El *tradens* no tiene ninguna clase de posesión, ni mediata ni inmediata. Si así lo ha manifestado en la escritura, se ha de considerar que ha dispuesto de su situación jurídica de propietario no poseedor y, en consecuencia, ha cedido la acción reivindicatoria contra el que posee indebidamente (acción que puede ser objeto de negocios jurídicos como lo demuestra el artículo 486) [...]»; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 104 (en nota): «A nuestro juicio, que el sentido del artículo 1462, 2 C. c. haya de ser éste, no impide a un propietario no poseedor transmitir su derecho (como erróneamente afirma Lacruz, *op. cit.*, III, 1, p. 231), puesto que clásico es el supuesto de la cesión de la acción reivindicatoria, que otra cosa no es sino tal transmisión; ocurre tan sólo que, en este caso, para que opere la transmisión, no es precisa la *traditio*, sino exclusivamente que el cedente/transmitente fuese el *verus dominus*».

indiferencia del Registro a la tradición, que, en su puro prescindir de ella, no llegaría a garantizar —en alguna explicación, al menos, y en algún caso— la suplencia de su defecto cuando efectivamente falta del todo por carecer de posesión el disponente<sup>408</sup>; y si, por la propia dinámica de la propuesta, en la mayoría de los casos llega a lograr ese resultado, lo hace al precio de contradecir, simultáneamente, el mecanismo transmisivo del título y el modo, impuesto en nuestro Derecho por los arts. 609 y 1095 del Código Civil<sup>409</sup>, y el mismo enunciado de aquella propuesta en su afirmación de que la inscripción no suple a la tradición<sup>410</sup>. Además de ello, y más en general, tiene varios inconvenientes: uno, el de concebir a nuestro Registro de la Propiedad, en el más incorrecto sentido, como Registro de títulos<sup>411</sup>; otro, el del punto de partida de sus distintas varian-

<sup>408</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 260-261: «Conforme al artículo 1462 del Código civil, tal como lo interpreta la jurisprudencia, quien impugna la tradición instrumental sólo deberá probar que la escritura pública no pudo tener tal significación porque el transferente no estaba en la posesión real de la cosa o no tenía la posibilidad de transferir las acciones dominicales necesarias para recuperarla. En cambio, si el adquirente inscribió su título deberá demostrar, además, que no obtuvo en ningún momento la posesión, ni existió ninguna otra forma posterior de tradición fingida eficaz. Al importantísimo papel de la tradición instrumental se añade el de la presunción de tradición, que si bien no llega a constituir con aquélla una forma de tradición igual en eficacia a la real, concede una protección tan enérgica que difícilmente llegará a ser vencido el adquirente en virtud de escritura pública inscrita, salvo en casos excepcionadísimos, como el de la usucapión consumada fuera del Registro con anterioridad al acto de disposición».

<sup>409</sup> Cfr., en textos ya vistos, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 249: «En el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional y la necesidad de la tradición; en el momento de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor que juega con independencia de aquélla»; DE LA RICA: *op. cit.*, p. 634: «Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas: ese derecho real no será esgrimible frente a un tercero que inscriba su título en el Registro. Y, por el contrario, con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho será válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante».

<sup>410</sup> DE LA RICA: *op. cit.*, p. 635: «No es que [...] la inscripción sustituya en nuestro sistema a la tradición [...] Es que la legislación hipotecaria [...] prescindió deliberadamente de la *traditio*»; Id., p. 642: «La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 248: «La inscripción convalidante obedece a un sistema intermedio: en principio, la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, de modo que ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus peculiares efectos; pero en su función estrictamente convalidante puede reaccionar y producir importantes efectos sobre la tradición»; 250-251: «Aunque los efectos de estos tres elementos [se refiere al título, la tradición y la inscripción] se mueven en planos diferentes, y, por consiguiente, la inscripción no excluye ni suple en nuestro Derecho a la tradición [...]»; 253: «[...] De aquí que la fe pública sea completamente independiente de la tradición, y ni la supla ni la excluya en manera alguna».

<sup>411</sup> DE LA RICA: *op. cit.*, pp. 635-636: «Nuestro Registro [...] no es un Registro de derechos, es un Registro de títulos»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 251-252: «[...] es necesario recordar que nuestro Registro se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (véanse los arts. 1.º y 2.º de la Ley). Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro en que lo que se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión,

tes, y, trascendiendo éstas, una especie de fondo común, distintamente acentuado en cada una de ellas. Parten, efectivamente, de la afirmación de una dualidad legislativa en nuestro ordenamiento de los derechos reales inmobiliarios <sup>412</sup>, que, a nuestro juicio y según veremos más adelante, carece de fundamento; y, sobre dicha base, concluyen atribuyendo a la inscripción registral una función directamente constitutiva, o constitutiva en cuanto «convalidante» <sup>413</sup>, que –a nuestro juicio, de nuevo– excede a lo que es su función publicadora en nuestro Derecho.

El juicio de los intentos antes expuestos en segundo y tercer lugar puede exponerse conjuntamente para evitar la repetición de ideas. En ambos se sostiene que la tradición instrumental realizada por dueño no poseedor, no permite la transmisión del dominio. Creemos que esta afirmación es legalmente objetable. El artículo 36 LH, en el caso de la usucapión contra *tabulas* consumable en el año que sigue a la inscripción de la adquisición por ella amenazada, supone el caso de un transmitente, dueño no poseedor, y de un adquirente que, sin haber recibido la posesión, es considerado como dueño, en cuanto que es contra él contra quien corre la prescripción, y es él el que, si quiere evitarla, tendrá que interrumpirla. Contra la fuerza de esta objeción quizá se nos diga que la específica ayuda contra la usucapión que el artículo 36 concede al adquirente que inscribe no es sino una aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; esto es: una consecuencia de la fe pública registral, en cuyo caso, operando ésta una adquisición *a non domino* sostenida *ex lege* con fundamento y por mecanismo distinto al del título y el modo, carecería de todo valor esclarecedor en el caso propuesto. El inscribiente que adquirió de dueño en vías de perder su propiedad por consecuencia del curso de la usucapión a punto de consumarse es tan protegido como el que adquirió de quien, por haberse consumado ya la usucapión, dejó de ser dueño antes de disponer, y, en uno y otro caso, con

---

modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a las mismas».

<sup>412</sup> La idea es tan central en el pensamiento de De la Rica que da título a su tan famoso trabajo que aquí venimos citando: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*; también la comparte SANZ FERNÁNDEZ, cfr. *op. cit.*, p. 270: «El carácter voluntario de la inscripción produce necesariamente una dualidad en el régimen jurídico inmobiliario. Esta es precisamente el mayor inconveniente del sistema».

<sup>413</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 215-216: «Sanz habla de un tipo de inscripción que denomina convalidante, de la que según él deriva *su carácter constitutivo*, que puede dar lugar al *nacimiento* del derecho real en el momento que la protección del tráfico jurídico opera, excluyendo la aplicación del principio *nemo dat quod non habet*, si bien ello no elimina la función de los demás elementos constitutivos [...]. Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral».

igual fundamento. El contra-argumento no sería decisivo. Primero, porque el hecho de que el adquirente de titular registral tras la consumación de la usucapión contraria al derecho de aquél, cuando resulta registralmente protegido contra la usucapión, sea efectivamente un adquirente *a non domino*, no impide que el que adquiere antes de la consumación de aquella usucapión sea considerado con toda razón como adquirente *a vero domino* de un derecho que, mientras dicha usucapión se consuma, el artículo 36 considera ya suyo, sin necesidad de interferencia del habitual efecto sanante de la fe pública registral. A este adquirente, al que el artículo 36 exige los requisitos que permitan reconocerle la condición de tercero con arreglo al 34, pero que no ha necesitado de este precepto para adquirir eficazmente su propio derecho, ni siquiera hay que protegerlo —al momento de su adquisición— contra el efecto de una usucapión que todavía no se ha producido. Cuando se produzca le perjudicará si hasta entonces no reaccionó contra ella, o si no lo hace, una vez consumada, en el año siguiente a la adquisición. Sólo en este último caso —también, obviamente, aunque allí más compleja, en el de la adquisición una vez consumada la usucapión— hay protección específicamente registral contra el efecto de la usucapión, pero tal protección no coincide con la que depara el artículo 34. El adquirente de titular registral, todavía dueño real, queda respecto del usucapiente en sentido contrario en posición análoga a la del poseedor despojado del artículo 460, 4.º, del Código Civil<sup>414</sup>. Pero —obsérvese, porque en ello estábamos— el derecho que la ley considera que tiene, lo tiene recibido del dueño no poseedor. Siendo ello así, falla el presupuesto de las teorías en cuya crítica nos encontramos. Contra lo que éstas mantienen, la ley cuenta con la eficaz transmisión del dueño no poseedor<sup>415</sup>.

Bastando ello para el rechazo de toda línea de solución que parte del criterio contrario, hay todavía algunos otros aspectos, quizá menores pero también de cierto interés, donde la crítica puede proseguir en tono ya más particularizado.

---

<sup>414</sup> Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe...*, cit., p. 448: «En efecto, vemos, como resultado del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que el tercer adquirente registral queda durante un año en la situación del poseedor despojado del número 4 del artículo 460 del Código civil, que conserva su posesión hasta que se cumpla un año a partir de su despojo. Sólo que aquí, por ser la situación análoga pero no idéntica, en lugar de poder ejercitar los interdictos durante dicho año, le cabe utilizar el procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria».

<sup>415</sup> LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 14: «[...] lo cual [que la propiedad de un no poseedor es intransmisible], si encuentra apoyo en la interpretación literal de algún texto del Código civil, va contra [...] el 36 de la Ley Hipotecaria, que entiende ser posible transmitir la propiedad de una cosa mientras persona distinta del vendedor tiene su posesión jurídica total (*ad interdicta y ad usucapionem*)». En el mismo sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ: *op. cit.*, pp. 133-134.

Contra la posibilidad de que la protección registral pudiera extenderse al defecto de tradición, según decíamos al hipotizar la segunda propuesta de solución al problema, se ha objetado que, respecto a tal defecto, el adquirente inmediato es parte y no tercero<sup>416</sup>. La dificultad, a nuestro juicio, no podría venir por este camino. Es cierto que el adquirente inmediato de dueño no poseedor es parte en el contrato no seguido de tradición efectiva (como también lo es en el ineficaz, de suyo, por la falta de titularidad o legitimación en el *tradens* cuya sanación asume como su principal objetivo la fe pública registral); pero no lo es, en cambio, respecto al defecto de posesión del enajenante. Tal defecto remite necesariamente a una relación entre dueño no poseedor y poseedor no dueño a la que aquel adquirente es ajeno. De todas formas, si, según hemos dicho, la ley cuenta con la posibilidad de que transmita el dueño carente de posesión, no hay para qué continuar en la indagación de si el adquirente directo es o no es tercero para justificar el mantenimiento de su adquisición o para considerarla condenada a su ineficacia.

En cuanto al intento de Roca Sastre de salvarla acogiénola a la fe pública registral, se alzan, a nuestro juicio, importantes obstáculos. Dígase, en todo caso, que a favor del intento juegan tanto la intuición de que la protección registral —de ser necesaria— no podría fallar en el caso propuesto, como la razón de congruencia de que si el Registro salva lo más (el defecto de titularidad y de posesión), resultaría extraño que no pudiera salvar lo menos (la falta sólo de posesión, siendo dueño el transmitente). Pero la explicación elegida resulta técnicamente objetable. La confianza en la exactitud registral protegida por la fe pública es la que se refiere a aquellos datos que el Registro publica comprometiéndose con su exactitud, y es bien sabido que respecto a la posesión no puede darse tal compromiso. Nuestro Registro tiene que limitarse a presumirla, pero no puede garantizarla ni suplir su efectividad<sup>417</sup>.

<sup>416</sup> Así, BÉRGAMO LLABRÉS: *La usucapión y el Registro de la Propiedad*, AAMN, III, pp. 290-291: «[...] Por tanto, si por no haber tradición no hubo adquisición efectiva, por no haber adquisición efectiva no pudo existir un tercero a favor del cual desarrollase su protección la *fides publica*»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 644: «[...] el artículo 34 tampoco soluciona el problema, pues sabido es que se refiere al «tercero subadquirente» y no al comprador que es parte en el contrato de compraventa en el que por hipótesis falta la posesión real de tradens» (cva. del a.). En el mismo sentido, p. 650. Antes lo había dejado entender LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 9: «[...] la tradición es un requisito del acto de transferencia, en el cual interviene el propio adquirente (no simplemente un presupuesto de la legitimación para disponer del *tradens*), y la falta de uno de los elementos del acto nunca puede ser protegida por la publicidad registral».

<sup>417</sup> LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 8: «[...] el artículo 38 no arguye ninguna publicidad posesoria y sí sólo atribuye presuntivamente al titular inscrito la posesión del objeto de su derecho. El Registro entonces presume: no publica»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 386: «La circunstancia de moverse esta institución (se refiere a la posesión) sobre una situación de hecho impide aplicarle el juego de la fe pública registral».

Menos consistencia tendría la objeción de que si se admite la suplencia de la tradición por la protección registral, se estaría desmintiendo el carácter declarativo que de la inscripción se predica en nuestro Derecho. Como elemento necesario en la transmisión, se la habría elevado a la condición de constitutiva. Más infundada la objeción en la tesis de Roca, para quien la sanación de la falta de tradición no se plantea como una alternativa a ésta en el sistema normal de adquisición de los derechos reales, sino como una consecuencia de la adquisición a *non domino* (aquí, extrañamente, sería a *domino*, aunque no a *possessore*) por obra de la fe pública registral. Roca respondería que tal sanación no constituye una consecuencia del principio de inscripción, sino que se debe al principio de publicidad, concretamente al de fe pública registral<sup>418</sup>. De todas formas —¡frecuente relatividad de las explicaciones jurídicas!—, no deja de ser sintomático que para Hermida, partidario como Roca Sastre de la suplencia de la tradición por las inscripciones amparadas por la fe pública registral, la inscripción, por tal motivo, se erija frente a la tradición en un modo de adquirir, cuando se trata, obviamente, de la propiedad inscrita<sup>419</sup>.

La cuarta propuesta invoca en su favor antecedentes históricos de peso<sup>420</sup>, y en sí misma parece bien fundada. Lo único que en ella podría echarse de menos es que no entre directamente a justificar

<sup>418</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 216, en el texto transcrito en nota anterior: «Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral». Mantiene la misma idea, dándole formulación diferente, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 104: «Error de óptica éste que late también en quienes manejan la alternativa “inscripción declarativa —presupone siempre la *traditio* / inscripción constitutiva— la suple”: en efecto, no se ha tenido en cuenta que es posible una inscripción declarativa que juegue como elemento fáctico integrado en el complejo supuesto de hecho de una adquisición legal a título originario. Frente a la falsa disyuntiva, *tertium datur*».

<sup>419</sup> HERMIDA LINARES: *op. cit.*, pp. 1505: «Las inscripciones amparadas en la fe pública registral son un medio, forma o manera de adquirir, porque los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y el 1473 del Código Civil se producen aunque no haya habido tradición y aunque el transmitente no fuese dueño en el momento de la inscripción»; ib.: «[...] la inscripción al amparo de la fe pública registral es un medio, forma o manera de adquirir, no sólo en las adquisiciones *non domino*, sino también cuando la tradición no haya existido anteriormente»; 1506: «Absolutamente siempre que se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa esta última. Por eso la inscripción amparada en la fe pública registral es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición»; 1507: «La propiedad inscrita se puede adquirir al amparo de la fe pública registral, que es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que cuando se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre la inscripción».

<sup>420</sup> *Vide*, además de los precedentes habitualmente invocados en apoyo de la tradición instrumental (especialmente P. III, 30, 8), LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., pp. 11-12. Con extensión y rigor, sobre tales antecedentes en nuestro Derecho y en el Derecho Común, aunque extrayendo de ellos conclusiones distintas, MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pp. 250-263. Quizá pudiera plantearse aquí cuál puede ser el preciso

racionalmente por qué el mero símbolo de tradición<sup>421</sup> puede valer, suplantando a la realidad simbolizada, cuando se comprueba que ésta es imposible; o que no razone por qué puede valer la ficción de tradición<sup>422</sup> cuando la ley no establece claramente que ésta permita prescindir de la realidad fingida<sup>423</sup>. De todas formas, si este razonamiento o aquella justificación fueran posibles, y la siguiente propuesta no apareciera con fuerza como para imponerse indiscutiblemente sobre las demás, habría que inclinarse por esta cuarta<sup>424</sup>, en cuanto que en ella, respetándose en su esencia la teoría del título y el modo, y conjugándose la con nuestro sistema registral de inscripción declarativa o publicadora, se da explicación adecuada y suficiente al dato legal suministrado por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria: que el adquirente inscrito de dueño no poseedor es propietario.

La quinta propuesta, por último, resuelve desde luego el problema en la forma más radical: mediante su eliminación. La falta de posesión del *tradens* no plantea dificultad alguna cuando de lo que se trata no es de transmitir una cosa sino el derecho incorporeal de propiedad sobre ella. Puede invocar esta tesis en su favor, ciertamente, la autoridad de Gómez de la Serna, decidido defensor de la posibilidad de inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria frente a quienes mantuvieron la opinión contraria<sup>425</sup>, y, en nuestra opinión, nada puede objetarse a aquella defensa ni, por consiguiente, a la bondad de la propuesta y al mecanismo que la misma brinda hoy al

---

valor de tales antecedentes. Sin poder entrar en ello, creemos que no puede excluirse de forma absoluta que en esta materia, como en tantas otras, la instauración del Registro de la Propiedad haya impuesto alguna novedad. No repugnaría, a nuestro juicio, que aunque tras dicha instauración se mantenga el sistema del título y el modo, su armonización con el Registro y su articulación con la inscripción registral llevara a atribuir a la tradición instrumental un valor superior al que hasta entonces pacíficamente se le reconociera.

<sup>421</sup> Como simbólica se presentaba la tradición instrumental, e. c., en HEINECIO: *Recitaciones del Derecho Civil*, trad. Por D. L. C. B., tomo I, Madrid, 1830, p. 334, y en JORDÁN DE ASSO y DE MANUEL: *Instituciones del derecho Civil de Castilla*, Madrid 1792, p. 102.

<sup>422</sup> Como meramente fingida vimos que califica ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 161) la tradición instrumental cuando el *tradens* carece de toda forma de posesión. Para CASTÁN: *Derecho Civil español común y foral*, II, 1 13.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1987, p. 336, la tradición instrumental constituye, con la simbólica pero distinguiéndose de ella, una forma de tradición fingida.

<sup>423</sup> Cfr. MORALES MORENO: *op. cit.*, p. 263: «El otorgamiento de la escritura *equivale* a la entrega, nos dice el artículo 1462 y esta equivalencia, léxicamente, es cierto, puede significar dos cosas bien distintas: *equivalencia por el medio* transmisivo, lo que indica que la escritura es también una forma de entrega, y *equivalencia por el resultado*, lo cual quiere decir que la escritura, sin ser una forma de entrega, logra el mismo efecto que ésta, la transmisión del derecho. Como ambas soluciones son léxicamente mantenibles, no se puede resolver la cuestión atendiendo sólo a la letra de la ley».

<sup>424</sup> Así, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 669-671. En contra, MORALES MORENO: *op. cit.*, pp. esp., 265-268 y 276-277, criticando la argumentación de esta propuesta por LACRUZ y ALBALADEJO.

<sup>425</sup> Cfr. DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 259-261 y 553-554 (nota a).

dueño no poseedor para transmitir su derecho, y al adquirente para inscribirlo a su favor en el Registro<sup>426</sup>. Los reparos, por tanto, más que a la propuesta en sí, podrían oponerse a la invocación o aplicación de la fórmula que ella brinda cuando en la realidad de los casos litigiosos no fue ella la que consciente y expresamente se empleó. Puede haber quien deliberadamente quiera adquirir e inscribir su derecho de propietario no poseedor y para ello recurra a una cesión de tal derecho conceptuada como cesión de la propiedad o de la acción reivindicatoria y, en ambos casos, no necesitada de la entrega de la finca para su efectividad. Pero cuando no es ése el caso, cuando el comprador se había propuesto comprar la finca y es después de otorgada la escritura de venta cuando se descubre que ésta se encuentra poseída en concepto de dueño por persona distinta al vendedor, ¿también entonces se deberá entender que lo que en realidad escondía el contrato transmisivo, que se consideró y quiso como compraventa de cosa, era una cesión del derecho de propiedad o de la acción que sobre la base de tal derecho permite reclamar de un tercero la posesión? El comprador imaginado preferirá entender que el contrato que efectivamente celebró fue el que realmente concibió en su mente y declaró querer. Sólo él le da la posibilidad de reaccionar contra el vendedor al conocer su desposesión, impositiva de la entrega en las circunstancias previstas. Pero, ¿y si prefiere a esa posibilidad hacer valer frente al poseedor su condición de propietario? ¿Se lo impide el no haber obtenido la entrega efectiva de la finca o podrá hacerlo por haber conseguido dicha condición por obra de aquel contrato y del otorgamiento de la escritura que lo documenta, y que el artículo 1462.II dice que equivale a la entrega de la cosa comprada?

Que pueda hacerlo, y sencillamente con el fundamento que acaba de indicarse, es lo que mantiene la cuarta propuesta sin tener que recurrir a las complicadas explicaciones que para llegar al mismo resultado se hacen necesarias en la quinta<sup>427</sup>. Ésta es la razón que nos lleva a preferir aquella<sup>428</sup>, si en la misma se lograra explicar por qué una forma de *traditio* que no lleva efectivamente a la entrega puede servir como «modo» para transmitir el dominio. Y tal explicación, a nuestro juicio, es perfectamente posible.

Basta, en efecto, para conseguirla, tomar en consideración el dato de que la entrega reviste una doble significación. De una parte, es «modo de adquirir», presupuesto, como tal, para la adquisición en el sistema del título y el modo. De otra, y en cualquier sistema

---

<sup>426</sup> Vide, con todo, los reparos que contra ella opone BERCOVITZ ÁLVAREZ: *op. cit.*, pp. 101-106 y 184, conclusión 23.<sup>a</sup>

<sup>427</sup> Cfr. GIMÉNEZ ROIG: *Tráfico jurídico...*, cit., pp. 168-172.

<sup>428</sup> Es también la adoptada por BERCOVITZ ÁLVAREZ: *op. cit.*, pp. 131 ss.

transmisivo, la entrega es cumplimiento de la obligación nacida para el vendedor del contrato de compraventa para hacer efectivo el derecho que, sobre la base de tal contrato, se concede al comprador<sup>429</sup>. Es cierto que el causalismo de nuestro sistema transmisivo impide la completa desconexión de estos dos aspectos de la entrega; pero también es verdad que cada uno de ellos plantea en sí mismo exigencias diversas. El vendedor no habrá cumplido cabalmente en lo jurídico-obligacional si la entrega que realiza no da satisfacción al derecho del comprador, que, como propietario, querrá poder usar, gozar y disponer de lo adquirido, lo cual, obviamente, implica tener sobre ello alguna forma de posesión inmediata o mediata.

¿Ocurre lo mismo en el plano de lo jurídico-real? ¿Plantea la entrega-*modo* las mismas exigencias que la anterior? Aquí es donde el dato legal del artículo 36 de la Ley Hipotecaria –entre tantos otros posibles– y, por encima de él, la misma razón natural, intervienen para fundamentar la respuesta negativa. La *traditio*, que tantas veces se justifica exclusivamente como simple medio exterior de constancia de la adquisición, y que, como tal, se dice no ser ontológicamente necesario para que ésta se produzca<sup>430</sup>, puede y debería considerarse como verdadera necesidad en ese orden de lo ontológico, no en el aspecto que se acaba de indicar, sino como medio para la obtención de lo que constituye la esencia del derecho real: el poder inmediato en la cosa, en su contraposición al solo derecho a exigirlo, como *jus in personam* o *jus in rem*. Bajo este punto de vista habría que recordar otra vez las palabras de Gamazo, a las que plenamente responde el planteamiento de Lacruz<sup>431</sup>: *la tra-*

<sup>429</sup> Para la distinción de la doble significación indicada, cfr. MORALES MORENO: *op. cit.*, pp. 214-215, y RUBIO GARRIDO: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pp. 149-182.

<sup>430</sup> La idea puede verse repetidamente expuesta en GIMÉNEZ ROIG: *op. cit.*, pp., e. c., 66 y 137: «[...] el requisito condicionante genéricamente, consistente en la *transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa* (en particular de la cosa específica pero también de las otras cosas), por el vendedor poseedor (de la cosa específica, de la cosa especificada, de la cosa creada o de la cosa adquirida) no es un imperativo ontológico sino un *imperativo legal* por razones de *conveniencia*, histórica, coyuntural o circunstancial, que atiende *originariamente* a una finalidad *probatoria* y de *defensa procesal del propietario poseedor*, frente a reivindicaciones poco atendibles o arbitrarias; más allá de la defensa interdictal; aunque de la defensa al propietario poseedor se pudiera aprovechar el poseedor no propietario, que injustamente se atribuye la “verdadera” pertenencia de la propiedad» (cvas. del a.).

<sup>431</sup> LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 12: «El Código Civil español, que admite plenamente la posesión *solo animo* (la del despojado, la del heredero), no llega a este punto (a la abolición del requisito de la tradición colocando sólo en el contrato la fuerza transmisiva) y sigue requiriendo todavía, para la adquisición de la propiedad y de los derechos reales, la tradición (arts. 609 y 1095). Pero sí llegó nuestro legislador, avanzando sobre la doctrina del Derecho común, a desvincular en algunas de sus formas la llamada *tradición* de toda relación posesoria, convirtiéndola en un acto destinado exclusivamente a atribuir el dominio. Tal ocurre, a mi modo de ver, en ciertos supuestos de la sección 2.<sup>a</sup>, capítulo VI, título IV, del Libro IV del Código civil».

*dición no es la entrega; la tradición es y ha sido en todo el curso del Derecho el acto de poner a la disposición, de colocar bajo la disponibilidad de una persona la cosa que se le quiere entregar. Así, efectivamente, se la describía en los «Elementos de Derecho Civil y Penal de España», de De la Serna y Montalbán: consiste la tradición en poner la cosa a disposición de aquel a quien queremos traspasarla*<sup>432</sup>. Vista en esta perspectiva la entrega, se comprende perfectamente que el otorgamiento de la escritura pública pueda equivaler a ella: la escritura, al dar fe de la titularidad del comprador, pone el derecho de éste a su disposición, no sólo para exigir del vendedor el comportamiento consiguiente a la obligación que asumió, sino también para hacerlo valer *erga omnes*, como dueño ya actual y efectivo.

Terminamos definitivamente en este punto haciendo una afirmación, mera conclusión de lo que antecede, y añadiendo una observación fundada también en lo ya dicho. La afirmación: que en la disyuntiva interpretativa del artículo 1462.II CC propuesta por Morales Moreno, nosotros nos decantamos por pensar que la equivalencia legalmente establecida entre escritura pública y entrega, lo es «por el resultado»; esto es: que para el precepto, «la escritura, sin ser forma de entrega, logra el mismo efecto que ésta, la transmisión del derecho»<sup>433</sup>. Y la observación: que, siendo inobjetable en la tesis de Giménez Roig que en la cesión o venta de la propiedad sin posesión es imposible –y, por tanto, inexigible– la entrega material de la cosa, no resulta ya tan claro que igualmente lo sea la tradición instrumental. La claridad, más bien, habla en sentido contrario. Pero es que incluso, legalmente, cabe tantear un paso adelante. Cuando lo que se vende o cede no es un crédito sino un derecho real (aunque incorporeal, como tal derecho) habría que preguntarse si su transmisión no exigiría alguna forma de tradición<sup>434</sup>. El artículo 609 refiere literal-

<sup>432</sup> DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, I, 14.ª ed., Madrid, 1886, p. 603.

<sup>433</sup> Los entrecomillados reproducen el texto literal de MORALES MORENO: *op. cit.*, p. 263. A favor de esta equivalencia, el texto ya transcrito de Gamazo explicando la conformidad del artículo 1473 con el sistema del título y el modo: «Pero cuando no hay inscripción, ¿dónde debe acudir? Pues indudablemente a la escritura más antigua, a la tradición simbólica de fecha más remota». En la doctrina más reciente, LÓPEZ BURNIOL: *Valor de la escritura y de la inscripción...*, cit., pp. 214-215: «En la tradición instrumental, que no es ni una tradición simbólica ni una tradición fingida [...] el legislador se limita a reconocer un hecho: la normal simultaneidad entre el otorgamiento de la escritura y la puesta a disposición del adquirente de la cosa transmitida, en concepto de nuevo dueño de la misma [...]. La *traditio* instrumental, así entendida, trae consigo: la determinación del momento en que se produce el efecto jurídico-real de la transmisión del dominio».

<sup>434</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 667, responde afirmativamente a tal pregunta: «Pero, respecto a la transmisión de éste (se refiere al derecho de propiedad sin posesión), no se puede prescindir de la tradición instrumental, dado lo dispuesto en los artículos 609 y 1462. 2.º del Código Civil».

mente el sistema del título y el modo a «la propiedad y los demás derechos reales», y, sin necesidad de entrar en la exégesis y acotamiento de esas palabras al hacer tal referencia, lo cierto es que en el contrato por el que el vendedor no poseedor cede su derecho de propiedad, es plenamente distinguible la obligación por la que el vendedor se compromete a poner tal derecho en poder del comprador y la efectiva puesta de tal derecho en manos y a disposición del mismo, de forma tal que pueda hacerlo valer acreditándolo en el ámbito *erga omnes* que por su naturaleza le es propio. Desde luego, nada impide, y, por el contrario, todo recomienda, que el tránsito de la primera de estas situaciones a la segunda venga marcado por el otorgamiento de la escritura pública. Es verdad que lo que el artículo 1526.II CC requiere para que la cesión de un derecho real inmobiliario surta efecto contra tercero es su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero esta exigencia, que responde fielmente a la función publicadora de la inscripción en nuestro Derecho, nada prejuzga sobre el momento constitutivo de aquella cesión.

b') *La función excepcionalmente constitutiva de la inscripción en el caso de la doble venta (exégesis del art. 1473 CC) y de la adquisición registral a non domino*

Aunque la claridad del sistema imponga la aceptación del carácter declarativo asignado por la Ley Hipotecaria a la inscripción registral, no es infrecuente en nuestra doctrina el rebajamiento de tal aceptación mediante el recorte de su ámbito. Siendo normalmente declarativa –se dice–, llegaría a ser excepcionalmente constitutiva cuando permite al que inscribe lucrar los saludables efectos de la fe pública registral<sup>435</sup> y, sobre todo, cuando le privilegia frente a anteriores adquirentes de su mismo causante, atribuyéndole, en detrimento de éstos, la propiedad de lo adquirido sólo por el hecho de haberla inscrito a su nombre (art. 1473.II CC)<sup>436</sup>. Si se tiene en

<sup>435</sup> Vide, e. c., GARCÍA VALDECASAS, G.: *La Posesión*, Granada, 1987, pp. 93-94: «En términos más generales puede afirmarse que la inscripción tiene eficacia constitutiva, cuando, careciendo el titular inscrito del derecho aparentado por la inscripción (Registro inexacto), adquiere de él un tercero protegido por el principio de fe pública registral (art. 34 LH)»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales...*, cit., p. 612: «Son supuestos excepcionales de inscripción constitutiva: 1.º La adquisición amparada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria [...]».

<sup>436</sup> Así, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «Fuentes del derecho Hipotecario español», *Estudios...*, cit., p. 206: «Momentos hay, sin embargo, en que puede creerse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o mejor dicho, en que se le atribuye valor constitutivo, por ejemplo, en el artículo 1473 que, en caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro [...]»; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema*, cit., p. 303: «El tercero hipotecario, en

cuenta el intrincado problema de la relación existente entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, se comprenderá fácilmente que la afirmación de la doble excepción señalada no se haga siempre viendo en ella la existencia de dos lugares distintos y separados, sino recíprocamente involucrados en la zona única donde la inscripción reforzaría excepcionalmente su significado: en el artículo 1473.II, como en su paralelo hipotecario (el artículo 32), actuaría la fe pública registral, porque en ellos se produciría uno de esos supuestos de inexactitud registral que no impide ser mantenido en su adquisición al tercero que adquiere e inscribe en las condiciones del artículo 34 LH<sup>437</sup>. A la vista de este estado de cosas, nos centra-

su amplio sentido según hemos expuesto, adquiere de modo absoluto, con acción *erga omnes*, por efecto de la inscripción, y por tanto ésta deviene constitutiva de su derecho por la eficiencia de la publicidad del Registro y del principio de prioridad en el ciclo de la adquisición»; CANO TELLO: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 107: «[...] podemos sintetizar nuestro pensamiento sobre el supuesto de doble venta en los siguientes puntos: 1.º Que la inscripción puede ser declarativa o constitutiva, y que es constitutiva siempre que el segundo comprador inscriba antes, y declarativa en caso contrario»; GARCÍA VALDECASAS, G.: *op. cit.*, p. 93: «La fuerza constitutiva de la inscripción se revela, en primer lugar, en cuanto ella es título de preferencia entre distintos adquirentes de un mismo autor [...] (*vid.*, CC, art. 1473, párr. 2.º, que contempla el caso típico de la doble venta). En este supuesto la inscripción no sólo produce una adquisición que por medio de la tradición ya no podía alcanzarse, sino que, además, tiene la virtud de resolver la adquisición efectuada por medio de la tradición anterior»; PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2197: «No puede olvidarse, sin embargo, que nuestro Derecho contempla un supuesto muy amplio en que se atribuye a la publicidad no una función meramente declarativa, sino constitutiva [...]. Me refiero al caso de la doble venta [...]». Para el caso paralelo en el Derecho y en la doctrina italiana, desde su peculiar visión del problema, *cfr.*, e. c., FUNAIOLI: *La c. d. proprietà relativa*, cit., p. 296: «Ho concluso che l'effetto della trascrizione, dunque, è soltanto quello di dirimere il conflitto fra i successivi acquirenti di diritti sulla cosa dallo stesso dante causa, stabilendo una preferenza tra due acquisti derivativi. Se ciò è vero, un effetto costitutivo della trascrizione non mi sembra negabile e cioè quello precisamente di risolvere il conflitto, rendendo opponibile l'acquisto trascritto anche agli acquirenti anteriori [...]».

<sup>437</sup> *Vide* SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 257: «La preferencia dada a la venta primeramente inscrita sobre la anterior no inscrita es, pues, una consecuencia del precepto fundamental del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, según el cual los títulos no inscritos no surten efectos contra tercero, es decir, de la fe pública registral». Aunque sin elevar a constitutiva la inscripción origen de la preferencia en el artículo 1473, pero viendo en su efecto una aplicación de la fe pública registral, PETIT SEGURA, Miguel Ángel: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, p., entre otras, 145: «El artículo 1473.2.º CC no tiene como función otorgar a la inscripción un carácter de elemento esencial en el *iter* adquisitivo de la propiedad de los bienes inmuebles, ni como sustitutivo de la tradición [...] ni como aditivo necesario [...]; simplemente viene a recordar que en virtud de los principios hipotecarios de inoponibilidad (art. 32 LH) y fe pública (art. 34) puede producirse una adquisición *a non domino* que haga preferente a un comprador y que pierda la propiedad el comprador que recibió primero la tradición»; RUBIO GARRIDO, Tomás: *La doble venta...*, cit., p., entre otras, 93: «Por todo ello, en nuestra opinión, habiendo quedado inalterado el tenor literal del artículo 1473,2 CC y siendo *quoad effectum* idéntica la posición jurídica del que en su virtud es protegido (bajo ningún concepto podrá ser vencido por la acción reivindicatoria del comprador preterido), *han variado, empero, sus presupuestos de aplicación, e incluso la naturaleza jurídica del fenómeno que constituye el substratum de la preferencia que expresa*. En concreto, tal preferencia se concederá tan sólo al comprador que ha adquirido *a non domino*, por obra del artículo 34 LH, es decir, merced al juego del principio de *fe pública*» (cva. del a.). Como muestra de la llegada de este criterio a la

mos ahora preferentemente en el problema del artículo 1473 del Código Civil, atendiendo sobre todo a la sustitución de la tradición por la inscripción que en él parece operarse, y que, de producirse efectivamente, elevaría a ésta —excepcional, extraña y algo confusamente— a la condición de constitutiva<sup>438</sup>. De la más general adquisición *a non domino* producida al amparo de la fe pública registral nos ocuparemos después y más brevemente, ya que en ella, lejos de lo que ocurre en la solución al problema de la doble venta inmobiliaria, es muy claro que la contribución de la inscripción registral al resultado final adquisitivo tiene poco que ver con la pretendida eventualidad de su carácter constitutivo.

I. Comenzando, pues, por el artículo 1473 del Código Civil, hay que partir reconociendo la sorpresa que inevitablemente provoca su simple, aunque atenta, lectura. No puede, en efecto, dejar de llamar la atención que, después de establecido en el Código el sistema del título y el modo, en este precepto el criterio de la posesión, inmediata secuela de la tradición, resulte desplazado como

---

jurisprudencia, Sentencia de 4 de marzo de 1988: «Si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión [...], pero habiendo inscripción, y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil, jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral [...]».

<sup>438</sup> La extrañeza ante la norma puede verse en MORELL: *op. cit.*, p. 210, quien debatiéndose entre sus preferencias por la inscripción constitutiva y el mantenimiento en el Código Civil del sistema del título y el modo, dice: «En efecto, ante nuestro Derecho civil, la tradición de los bienes inmuebles, y con ella la adquisición y eficacia de todo derecho real sobre los mismos, se verifica con arreglo a los artículos 1462 y siguientes del Código [...]. La tranquilidad de este sistema, tan espiritual como clandestino, tan sencillo como peligroso, se altera con los principios de nuestra legislación hipotecaria que introducen el desconcierto en las relaciones jurídicas, precisamente por su carácter excepcional, puesto que si fuese general y uniforme la regla, si la tradición en los bienes inmuebles sólo se verificase por medio de la inscripción, sin perderse la sencillez del sistema espiritualista, desaparecerían sus peligros, se harían públicas las transmisiones, y no existiría ninguna perturbación. El artículo 1473 del Código es el que realiza la alteración en los principios generales». Las dudas respecto a la calificación de la inscripción en la disposición del 1473.II, visto desde el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, en ROCA SASTRE: *Transcendencia...*, cit., pp. 592-598, esp. pp. 596-597 «Ciertamente, no es fácil especificar la índole de la protección que a favor del tercero que inscribe su título estableció por primera vez en España el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 que en puridad responde a la necesidad de tutelar a este tercero, porque con ello la ley tutela asimismo la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; pero no precisa llegar a reconocer a la inscripción que prevé dicho precepto, la consideración de *constitutiva*, aunque el confusionismo existente en la nomenclatura jurídica empleada en este aspecto no permita todavía producirse con mayor precisión. La inscripción en estos casos no dejará de ser de naturaleza declarativa, aunque no sea pura, sino *cualificada*, porque ella *robustece o consolida* la adquisición del segundo comprador o ulterior adquirente que se anticipó en la inscripción de su título, lo que origina la *ineficacia* de la primera adquisición y el *cese definitivo* de la propiedad del transferente. Y aun en el caso de que fuese el primer comprador o anterior adquirente el que haya inscrito oportunamente su título, la inscripción en este supuesto será *confirmatoria* de su adquisición y, por repercusión, *impedirá o extinguirá*, según los casos, la del segundo o ulterior adquirente».

elemento determinante de la transferencia de la propiedad inmobiliaria por el de la inscripción registral. Si en el artículo 1473 el criterio de la posesión, decisivo en cuanto a la adquisición de bienes muebles, lo es sólo subsidiariamente, tras la inscripción, en cuanto a la de los inmuebles, todo haría pensar que, al menos en la hipótesis de la doble venta que el precepto regula, la inscripción desplaza a la tradición como elemento co-determinante, con el contrato, de la transmisión y adquisición de la propiedad<sup>439</sup>; es decir, que en tal hipótesis la inscripción obtiene valor constitutivo.

La misma impresión podría quizá reforzarse si, saliendo de nuestro Ordenamiento, la norma del artículo 1473 se pone en comparación con lo que para el mismo supuesto se dispone en Francia —a cuyo sistema de publicidad debería su inspiración nuestro artículo y su paralelo el 32 de la Ley Hipotecaria— y donde, en la hipótesis de la doble venta, de hecho al menos y en cuanto a terceros, se reconoce valor constitutivo a la inscripción, toda vez que hasta que ella no se produzca, el vendedor sigue siendo considerado dueño de lo que ya vendió pero todavía no se inscribió, según la explicación ya vista de Troplong<sup>440</sup>. Y nada digamos si la comparación se establece con lo que ocurre en Alemania o en Suiza, donde por ley general, como es bien sabido, la inscripción (*Eintragung*), en su condición de elemento de publicidad más técnico y refinado que la posesión, sustituye a ésta para seguir al acuerdo transmisivo abstracto (*Einigung*) o al contrato causal, respectivamente, en la co-causación de la transmisión inmobiliaria (§ 873, en comparación con el 929 BGB, y art. 656, en comparación con el 714.1 del Código Civil suizo). Interpretada y explicada a esta luz, la solución deparada por el artículo 1473 para la transmisión de inmuebles se erige en feliz avanzada del criterio que con valor general debería imponerse en nuestro Derecho: el de la inscripción constitutiva<sup>441</sup>.

<sup>439</sup> NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, p. 159, nota 12: «El artículo 1473 del Código civil vigente, en caso de doble venta de un mismo inmueble a diferentes personas, establece que “la propiedad pertenecerá al adquirente” que antes haya inscrito en el Registro. Es un precepto atributivo de propiedad. La inscripción en este caso es *modo* de adquirir el dominio (‘por ley’, art. 609) *in loco traditione*» (*sic*).

<sup>440</sup> TROPLONG: *op. cit.*, pp. 216, 299-300, 355. Igual explicación, en la doctrina italiana, en FUNAIOLI: *op. cit.*, p. 296.

<sup>441</sup> PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2199: «No es necesario aducir grandes argumentos para sostener que estas peculiaridades del artículo 1473 Código Civil pueden —y deben— extenderse a toda transmisión del dominio y también a la constitución y transmisión de derechos reales limitados. El primer criterio preferencial del artículo 1473 acierta a atribuir a la publicidad registral su función determinante de la adquisición del dominio. Por otro lado, la razón que mueve al legislador a atribuir a la inscripción esa eficacia constitutiva es perfectamente generalizable. Si hay incertidumbre sobre la identidad del adquirente en el caso de

En todo caso, considerado en sí mismo y supuesta la vigencia en nuestro Derecho del sistema del título y el modo, el artículo 1473, en cuanto prefiere al comprador posterior que se adelanta a inscribir frente al primero que, con posesión, deja de hacerlo, aparece como una desviación<sup>442</sup> respecto al sistema transmissivo general, o una excepción<sup>443</sup> al mismo. ¿Solamente en este punto, o también en alguna o algunas de sus demás disposiciones? ¿Sustituyendo a la *tradio* por la inscripción, o exigiendo aquélla además de ésta en el adquirente protegido? Y, en función de esta última pregunta: ¿convirtiendo en este caso a la inscripción en constitutiva, o manteniéndola en su valor ordinario? Son algunas de las cuestiones que el precepto plantea y que aquí nos obligan a tener que entrar en su interpretación. Lo haremos, naturalmente, desde la perspectiva en que nos tiene situados la materia que venimos tratando: el valor de la inscripción registral en nuestro sistema de publicidad inmobiliaria, y la compatibilidad de éste con el del título y el modo.

Tarea necesariamente previa a la de la solución de cada una de las numerosas cuestiones que el precepto suscita es la de situar a éste y determinar su *ratio*. Aunque distintas, y por ello separables, ambas tareas se implicarán, entrecruzándose al menos parcialmente la una con la otra. Cuando hemos dicho que tenemos que situar al artículo 1473, pensábamos en la necesidad de fijar cuál es su relación con el sistema del título y el modo; cuando señalábamos que hay que determinar su *ratio*, queríamos decir que para su interpretación se hace preciso aclarar por qué resuelve como lo hace en los distintos supuestos que distingue. En seguida podremos ver que lo uno se toca con lo otro, pero ello no impide la dualidad del planteamiento teórico separado que nos proponemos para la mejor captación de la norma en la unidad de su conjunto y en la homogénea singularidad de cada una de sus disposiciones.

---

la doble venta, también hay incertidumbre en una sociedad de masas tan despersonalizada como la actual en todos los casos ordinarios de transmisión del dominio».

<sup>442</sup> CASTÁN: *Derecho Civil Español Común y Foral*, II, 1, 13.ª ed., revisada y puesta al día por García Cantero, p. 291: «El régimen general de transmisiones imperante en nuestro Código [...] tiene importantes desviaciones derivadas del principio de buena fe. Las refleja el artículo 1473, a cuyo tenor [...]».

<sup>443</sup> MONTÉS PENADÉS: *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral* (Coords. López López-Montés Penadés), Valencia, 1994, p. 105: «Sin embargo, el problema de la admisión de la teoría del título y el modo, y de su implantación como sistema general de adquisición derivativa de los derechos reales, no está exento de problemas en nuestro Derecho. Se producen excepciones o desviaciones en el sistema general de transmisión. De ellas, destacamos las siguientes: [...] b) En segundo lugar los conflictos que trata de resolver el artículo 1473 CC no reciben, como criterio de solución, la teoría del título y el modo [...]».

Comencemos, pues, por situar al artículo 1473. Situarlo, naturalmente, en nuestro sistema transmisivo, precisando cuál es su relación con la teoría del título y el modo. La necesidad de hacerlo no exige explicación. La materia de que la norma se ocupa (la adquisición de la propiedad) y los elementos de que se sirve para resolver (posesión, inscripción, título) nos han llevado al campo donde normalmente decide en nuestro Derecho el sistema del título y el modo. ¿En qué relación se encuentra con él el artículo 1473 que, en cuanto resuelve a favor del comprador que sea primero en la posesión parece aplicarlo; en cuanto lo hace a favor del primero que inscribe, excepcionarlo, y en cuanto se limita a atender al título, abandonarlo? ¿Es el artículo 1473 una norma dependiente en su sustancia del mecanismo del título y el modo, al que seguiría dando aplicación aunque conjugándolo alternativamente con las desviaciones parciales impuestas hoy al mismo por la seguridad del tráfico, principalmente el inmobiliario?

La respuesta a las preguntas que preceden tiene, a nuestro juicio, que producirse atendiendo a dos momentos distintos. En el primero de ellos, el correspondiente a la consideración de la norma en abstracto o separadamente en sí misma, todo discurre con facilidad. El dato de que en Francia<sup>444</sup> y en Italia<sup>445</sup>, donde no rige el sistema del título y el modo, se dé al problema de la doble venta mobiliaria idéntica solución que en nuestro artículo 1473, demuestra claramente que el contenido normativo de este precepto no es satélite que gire en la órbita de aquel sistema. Tanto en nuestro Derecho como en el comparado que acaba de indicarse, la determinación del comprador que se considerará propietario se hace al margen del criterio general establecido para la transmisión de la propiedad. De aquí puede ya extraerse una primera consecuencia en orden a la exégesis de la norma: las dudas que puedan plantearse en la interpretación de los distintos criterios de preferencia en ella elegidos no tienen por qué resolverse en el sentido que el sistema del título y el modo pudiera imponer. Con él o sin él como criterio general de adquisición, la elección del comprador preferido se produce siempre en el mismo sentido.

---

<sup>444</sup> Artículo 1141 del *Code*: «*Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, porvu toutefois que la possession soit de bonne foi.*»

<sup>445</sup> Artículo 1155 del *Codice*: «*Acquisto di buona fede e precedente alienazione ad altri.*—Se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne ha acquistato in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore».

Distintas pueden y deben ser las cosas en un segundo momento: el correspondiente a la consideración del artículo 1473 no aisladamente y en sí mismo sino en su integración en nuestro ordenamiento. Sin desmentir lo antes dicho, habría que considerar ahora al comprador preferido, no en la peculiar condición que le hace ser preferente y convertirse en propietario, sino, supuesta aquella condición, en la de adquirente de la propiedad que de la misma se sigue. En este momento nada justifica que al comprador preferido no se le exija para llegar a ser propietario lo mismo que en las circunstancias ordinarias de la adquisición de la propiedad se exige a cualquier adquirente. Más brevemente dicho: los criterios de preferencia establecidos en el artículo 1473 no vienen decididos por el sistema del título y el modo, *pero* la decisión de la ley a favor del comprador preferido no tienen por qué suponer que se dispense a éste respecto de los requisitos necesarios para toda adquisición normalmente eficaz. En nuestro Derecho, obviamente, estos requisitos son el contrato transmisivo válido y la tradición en cualquiera de sus formas legalmente admitidas. A partir de aquí habrá de obtenerse otra consecuencia para la interpretación del precepto: las dudas que en él puedan plantearse, no ya acerca de la razón de la preferencia, sino de la consecuencia que de ella se sigue –la conversión del comprador preferido en propietario– deben resolverse en nuestro Derecho a favor de las exigencias que impone el sistema del título y el modo.

Y, situado de acuerdo con lo anterior el artículo 1473, queda todavía por llevar a cabo la segunda y complementaria tarea que, como previa a su interpretación, nos habíamos propuesto: la captación de su *ratio*. Las cosas discurren aquí con toda facilidad. Basta con acudir a las *Concordancias* de García Goyena para cerciorarse de que la norma en estudio no pretende hacer aplicación del mecanismo normal de la adquisición derivativa, sino adjuntar a éste el complemento exigido por lo que hoy llamamos «la protección del tráfico jurídico». Cuando en su primera parte, siguiendo al artículo 982 del Proyecto de 1851<sup>446</sup>, recurre a la posesión como criterio determinante de la preferencia en la adquisición mobiliaria, no lo hace conectando con el artículo 609, sino con el 464. El primer comprador que no entra en la posesión de lo que compró permite la situación en la cual, un nuevo comprador del todavía poseedor, al entrar en la posesión de la cosa, será mantenido en su adquisición, porque

---

<sup>446</sup> Artículo 982: *Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo, en ambos casos, al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda, según lo dispuesto en la sección 3.ª, capítulo III de este título.*

para él la posesión adquirida de buena fe equivale al título. En su primer párrafo, el artículo 1473 es una norma que, apartándose de lo que en la transmisión constituye la norma ordinaria, se basa en «la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguir las y reconocerlas cuando están ya en manos de terceros»<sup>447</sup>.

De la misma forma se entiende la preferencia legal establecida en el segundo párrafo a favor del comprador que se adelanta a inscribir. Proyectándose ya la creación de un Registro de la Propiedad que en materia de inmuebles debiera realizar la función que la posesión había llegado a desempeñar en materia de muebles —realidad ya ese Registro al tiempo de promulgarse el Código Civil—, se entiende perfectamente que al primer comprador que no inscribe se dé igual trato que al que en la adquisición mobiliaria no entró en la posesión: también él permite que, desconociendo la venta y confiando en la inscripción, pueda todavía un tercero adquirir de quien ya vendió, creyéndole aún dueño. El silencio de García Goyena, en este punto<sup>448</sup>, y el laconismo de Luzuriaga en el comentario al artículo 1859 del Proyecto de 1851<sup>449</sup>, al que se remitía el 982, resulta perfectamente suplido por las palabras de Gómez de la Serna en la explicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria: el primer comprador, al omitir la inscripción, dio «ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que pare-

<sup>447</sup> GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., p. 521, en el comentario al artículo 982 del Proyecto: «El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega decide de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior (*La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad...*): esta singularidad o excepción se funda en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguir las y reconocerlas, cuando están ya en manos de terceros. Además se evitan pleitos: en los inmuebles el comprador puede asegurarse acudiendo al registro público; en los muebles le falta este recurso».

<sup>448</sup> GARCÍA GOYENA: *ib.*: «La legislación romana y la de Partidas, por no reconocer el registro público, comprendían en la misma disposición los muebles e inmuebles: nosotros la limitamos a los primeros en que no se reconoce».

<sup>449</sup> Como es conocido, y consta por el testimonio de García Goyena en la nota al título XIX del libro III, p. 927, las concordancias y comentarios en esta materia son obra de Luzuriaga. Decía el artículo 1859 del Proyecto: *Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título.* Comentaba LUZURIAGA: «Los artículos 1859 y 1860 son la aplicación exacta del principio consignado en el artículo anterior (art. 1858: *Ninguno de los títulos sujetos a inscripción... surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público...*); y aunque, por lo mismo, pudieran haberse excusado, ha parecido conveniente consagrar estas disposiciones especiales por la gran importancia del objeto que encierran, y que no debía dejarse dependiente de interpretaciones, en lo cual se ha seguido el ejemplo de los artículos 440 y 441 austríacos, 59 bávaro, 2134 del Código francés, 96 de Wurtemberg, 48, 49 y 50 de Ginebra».

cía suyo en el Registro»<sup>450</sup>. En este sentido, el artículo 1473 aparece como una norma que, teniendo que elegir entre el comprador anterior que permite la subsistencia de una apariencia jurídica contraria a su derecho y el posterior que adquiere confiando en ella de buena fe, decide a favor de este último<sup>451</sup>. Sólo así se le puede entender como norma unitaria en la que, evitado el zigzagueo entre la adquisición derivativa y la originaria<sup>452</sup>, entre la aplicación del título y el modo y la protección registral<sup>453</sup>, manteniéndose en toda ella una *eadem ratio decidendi*, la posesión, siempre entendida en el mismo sentido, viene a cumplir, *jure meritoque*, la misma función que la inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque en nuestro Derecho tal inscripción no obtenga el valor de constitución del derecho real que, en general, para la transmisión de muebles e inmuebles, el artículo 609 del Código Civil atribuye a la tradición.

De la anterior tarea de situación y captación de *ratio* del artículo 1473 pueden extraerse ya algunas consecuencias importantes para su interpretación. De una parte, si las normas de preferencia que el precepto contiene no vienen decididas por el sistema del título y el modo sino que sacrifican la aplicación de éste en beneficio de la adquisición de buena fe, habrá que prevenirse contra el escándalo al comprobar que la elección a favor de uno de los compradores supone el sacrificio de la propiedad ya adquirida por otro de

<sup>450</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 568.

<sup>451</sup> Así, PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 79, 105, 108, 135-136; LÓPEZ BURNIOL: *op. cit.*, pp. 216-217. Nosotros mismos mantuvimos esta interpretación del artículo 1473 como norma de protección de la apariencia jurídica, en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, pp. 405-408).

<sup>452</sup> Admite la alternancia entre la adquisición originaria y derivativa en el comprador preferido, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 90, 116: «[...] nosotros entendemos que la proliferación y consolidación de variopintos modos legales de adquisición *a non domino* ha alterado *in radice* el sentido histórico que animaba al artículo 1473 CC [...] A nuestro entender, la norma, inalterada en su formulación, recibe ahora la filiación adoptiva de otro progenitor, de catadura muy diversa, y deviene, en suma, un cruce de caminos, que sigue alumbrando, en ocasiones, cabales aplicaciones de los artículos 609 y 1095.2 CC o que conducen a ellas (como la hipótesis contemplada por el art. 1473.3.II) (*su lugar de nacimiento*), pero que también engendra, en otros casos, aplicaciones no menos rigurosas de los artículos 464 CC por lo que se refiere a los bienes muebles, y 85 C. com. cuando, además, son mercaderías vendidas en tiendas abiertas al público, y 34 LH, por lo que hace a los inmuebles (*su nuevo lugar de co-residencia*)» (cva. del a.).

<sup>453</sup> En contra, MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, X, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1919, p. 175, refiriéndose a la posesión en la adquisición inmobiliaria, en defecto de inscripción: «No existiendo, por lo tanto, inscripción en el Registro, la tradición recobra el valor que le concedía la ley de Partidas y que tiene respecto de los bienes muebles»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 255, atendiendo al distinto criterio de preferencia según la transmisión sea de muebles o inmuebles inscritos: «El Código Civil, en su artículo 1473, armonizó la doctrina tradicional, que mantuvo para bienes muebles e inmuebles no inscritos, con la doctrina hipotecaria, que estableció para los inscritos. Respecto de los primeros, concede el dominio a quien primero hubiera entrado en la posesión de la cosa con buena fe. La función traslativa del dominio se centra, pues, sobre la posesión o, mejor dicho, sobre la tradición».

acuerdo con aquel sistema<sup>454</sup>. El artículo 1473, en cuanto viene a establecer entre compradores sucesivos de un mismo vendedor particulares criterios de preferencia adquisitiva, distintos al que, con independencia de cualquier distingo, resultaría de la pura y simple aplicación del sistema de título y el modo; esto es, siempre que el criterio de preferencia no se cumpla en el primero de los compradores<sup>455</sup>, es una norma consagrada de distintas formas de adquisición *a non domino*<sup>456</sup>, lo cual supone que las sucesivas compraventas concurrentes son compraventas perfectas y ejecutadas<sup>457</sup>, y que

<sup>454</sup> Manifiesta tal escándalo, y en razón del mismo fuerza la literalidad de la ley, MANRESA: *op. cit.*, pp. 176-178: «Hemos interpretado el precepto del artículo 1473, en sus párrafos primero y tercero, en el sentido más racional, aunque no tal vez en el más adecuado a las palabras que se emplean. Las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, las hemos considerado como equivalentes a las de la tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 al 1464, porque si la posesión material del objeto puede otorgar preferencia en cuestiones de posesión, y así lo reconoce el artículo 445, no debe darla nunca en cuestiones de propiedad, y de la propiedad habla expresamente el artículo 1473 [...] ¿No es esto así? Pues conviene variar la redacción del artículo 1473 en la primera reforma del Código, para que no pueda sospecharse siquiera que el legislador, amparando el abuso, y consumando un despojo, otorga preferencia a quien en justicia no puede merecerla [...] Ateniéndose a la letra del artículo 1473, resulta que el poseedor que adquirió la finca de quien no era dueño, adquiere la propiedad en perjuicio de aquel cuyo derecho deriva del verdadero dueño. Ahora bien: ¿es posible, lícita y jurídicamente, que el hecho de la posesión ejerza tan decisivo influjo y que justifique esa consecuencia a todas luces absurda? [...]». Atendiendo más específicamente a la adquisición registral inmobiliaria, MORELL: *op. cit.*, p. 210: «El artículo 1473 del Código es el que realiza la alteración en los principios generales. Vendida una finca a dos o más personas, la adquiere aquel que primero la haya inscrito a su nombre en el Registro. Este precepto sería enteramente justo si la inscripción significase siempre la tradición de los bienes inmuebles; pero no siendo así, adquirido ya legalmente el derecho real por la posesión, la escritura o el acuerdo de las partes, el artículo 1473 aparece como una anomalía, como un privilegio irritante, como una injusticia manifiesta, como un despojo o una privación de derechos adquiridos legalmente con anterioridad, sin que el hecho de fundarse en otra ley pueda servir de disculpa a ese privilegio».

<sup>455</sup> «Si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza», dirá GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 567. En la actual doctrina, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 90-91: «[...] cuando, planteado el conflicto de la doble venta, el comprador de inmueble que inscribe en primer lugar con buena fe, es, además, el comprador que, con independencia de haber sido el primero o el segundo en perfeccionar el contrato, había ya adquirido la propiedad según lo establecido por los artículos 609 y 1095.2 CC para la adquisición *ex contractu*, asistimos a la protección, brindada por el artículo 1473.2 CC de una adquisición a título derivativo, *a domino*, por transmisión. [...] Sin embargo, la verdadera piedra de toque de la interpretación del artículo 1473.2 CC en la que queda embebido todo el *pathos* que el nuevo criterio de preferencia rezuma, no es otra sino ventilar cómo y por qué, en las demás ocasiones, el comprador adquiere».

<sup>456</sup> LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 15: «Naturalmente, cuando el segundo adquirente entra en la posesión real de la finca, sin que antes la haya tenido el primero, se produce una adquisición *a non domino*. La cuestión está clara en los antecedentes históricos»; AMORÓS: *Comentarios...*, cit., p. 290: «Se trata de ventas sucesivas de un inmueble hechas a distintos compradores por quien aparece como dueño del mismo, aunque deje de serlo como consecuencia de la primera venta». Mantuvimos este criterio interpretando el artículo 1473 en *La representación aparente...*, cit. pp. 405-408.

<sup>457</sup> Así, AMORÓS: *op. et loc. ant. cit.*: «El problema se plantea entre dos compradores con tradición (real o instrumental) a su favor, no entre un comprador sin tradición y otro en que la posesión ya ha sido entregada»; LÓPEZ BURNIOL: *op. cit.*, pp. 216-217: «Quiere decirse con ello que, en el supuesto de doble venta, existe título y modo en ambos casos; y pre-

el *topos* de la «doble venta» no es incompatible con el de la «venta de cosa ajena» ni resulta desplazado por él; constituye, por el contrario, un peculiar supuesto del mismo, específicamente considerado y regulado por la ley en razón de su peculiaridad<sup>458</sup>. De otra parte, y según hemos dejado ya indicado, si al adquirente de buena fe, por el hecho de serlo, no hay por qué dispensarlo de los requisitos ordinarios de toda adquisición válida en Derecho —exceptuado, naturalmente, el defecto de titularidad o legitimación de su transmisor, que en su favor suple la ley—, se comprenderá que el artículo 1473 habrá de interpretarse en el sentido que permita ver cumplido en el comprador preferido los requisitos exigidos por el sistema del título y el modo; es decir: efectuada ya en su favor la tradición<sup>459</sup>.

Avanzado cuanto precede, estamos ya en condiciones de entrar en los problemas capitales de interpretación planteados por el artículo 1473 de nuestro Código Civil. Referidos a los criterios legales de preferencia, y de acuerdo con el orden que sigue el precepto, son los siguientes:

---

cisamente porque en ambos se ha operado la transmisión, es por lo que hay que adoptar un criterio que sirva para resolver el conflicto ocasionado por la concurrencia de dos transmisiones completas y válidas».

<sup>458</sup> Con distinta acentuación, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 51: «Nada, de hecho, impide que el conflicto de la doble venta se perfile cuando el primer comprador haya recibido ya la entrega con eventual valor traicionero, es decir, cuando un segundo comprador perfeccione un contrato válido de compraventa sobre la misma cosa o derecho con el mismo vendedor, que ya es, como bien se puede aprehender, un *non dominus*», y PETIT SEGURA: *op. cit.*, p. 106: «En consecuencia, la doble venta y la venta de cosa ajena o adquisición *a non domino* tienen, al menos, un punto en común: existe doble venta y, por tanto, es aplicable el artículo 1473, cuando se da una subespecie de la adquisición «a non domino», la venta por el «ex dominus», es decir, por quien era dueño pero ya no lo es en el momento de perfeccionar o consumir (por la entrega o tradición) un contrato de compraventa, debido a que con anterioridad ya había consumado otra anterior, si bien no en forma definitiva o inatacable (según con la posesión material de la cosa mueble o con la titularidad registral del inmueble)». En contra, ALBALADEJO: «Pluralidad de ventas de una misma cosa», *RDP*, 1976, pp. 885-886: «Las varias ventas, han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida definitivamente por un comprador, pues lo que se tiene es a solucionar la cuestión de quién la adquirirá, mientras que si la cosa se vende a alguien que la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma cosa por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la *venta de cosa ajena*, y no por la de la *venta múltiple*» (cva. del a.); GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, XIX, Madrid, 1980, p. 249: «Por definición las diversas compraventas deben haber sido realizadas antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación», remitiendo en nota a Albaladejo.

<sup>459</sup> Cfr. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 253: «Basta tener en cuenta que la tradición y la fe pública entran en juego en momentos distintos y, por consiguiente, con alcance muy diferente: la tradición desarrolla su eficacia en el momento del nacimiento del derecho real y con referencia al acto transmisorio, en tanto la fe pública entra en juego dentro de los efectos de la inscripción, esto es, en momento en que, al menos en apariencia, el derecho real ya existe y es perfecto, y si convalida el acto de disposición es en cuanto a la preexistencia del derecho en el patrimonio del disponente, es decir, sólo en un limitado aspecto, que es, por otra parte, ajeno a la necesidad de tradición».

En el primer criterio: ¿Cómo debe entenderse la «toma de posesión» (... *persona que primero haya tomado posesión de ella...*) a que se refiere el párrafo primero para decidir a cuál de los compradores se reconoce la propiedad en la doble venta de cosa mueble? Si en el artículo 1473 –concretamente ahora en su primer párrafo– se quiere ver una aplicación del sistema adquisitivo del título y el modo, habrá de entenderse que la toma de posesión a que se refiere el precepto será la resultante de cualquiera de las formas de tradición permitidas en aquel sistema y consagradas hoy como tales en nuestro Código Civil (arts. 1462 y 1463)<sup>460</sup>; por el contrario, si el precepto se interpreta como un exponente del moderno Derecho protector del tráfico de buena fe, la toma de posesión en él indicada habrá de entenderse literalmente como expresión de la entrada material en la posesión de la cosa comprada<sup>461</sup>. Por todo lo antes dicho, nosotros pensamos que esta segunda interpretación es la acertada. Vimos ya en García Goyena que el primer párrafo del artículo 1473 conecta con el 464, no con el 609 CC. Si la posesión juega en él en su función reveladora, como manifestación o apariencia de propiedad, la «toma de posesión de ella de buena fe» a que el legislador se refiere tiene que ser la resultante de la entrada en la posesión mate-

<sup>460</sup> Como una aplicación de la teoría del título y el modo aparece en la *Novísima Recopilación* (IX, 4, 17) la norma de solución al conflicto de la doble venta: «En caso de que algún comerciante hiciere contrata o negocio con otro, y antes de perfeccionarle con la entrega de los efectos contratados pasare a ejecutar segunda venta de ellos a otro, y le hiciere su entrega, será visto no tener acción el primero con quien había contratado contra el segundo, cuya negociación deberá subsistir por haberse perfeccionado, y transmitido el dominio en él con la entrega de los géneros; pero competará al primer comprador acción contra el vendedor...». Desde esta concepción se entiende la crítica de MANRESA: *op. cit.*, pp. 175-176, al primer párrafo del artículo 1473, por considerar que, contra los principios de justicia, la entrada en la posesión en él indicada debe interpretarse como la entrada en la posesión material de la cosa comprada: «Hemos interpretado el precepto del artículo 1473, en sus párrafos primero y tercero –dice– en el sentido más racional, aunque no tal vez en el más adecuado a las palabras que se emplean. Las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, las hemos considerado como equivalentes a las de la tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 al 1464, porque si la posesión material del objeto puede otorgar preferencia en cuestiones de posesión, y así lo reconoce el artículo 445, no debe darla nunca en cuestiones de propiedad, y de la propiedad habla expresamente el artículo 1473 [...] Sin embargo, fuerza es reconocer que aunque esa fuese la intención del legislador, y así queremos creerlo en interés de los principios de justicia, el artículo 1473, literalmente interpretado, no es eso lo que dice. La posesión es sólo una de las formas de la tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a la que parece aludir el artículo». En la línea indicada y en la actual doctrina, partidarios de incluir toda forma legal de tradición en la toma de posesión determinante de la preferencia del comprador, aunque sea en contra de la literalidad de la ley, ALBALADEJO: *op. ult. cit.*, pp. 888-889; GULLÓN: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, p. 33.

<sup>461</sup> Interpretación ésta mayoritaria en la doctrina y más frecuente en la jurisprudencia, según puede verse en GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, pp. 252-254, quien también se inclina por esta opinión. La sostiene, en el estudio monográfico del problema, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 83-88, y PETIT SEGURA: *op. cit.*, p. 137.

rial. No obsta a esta interpretación el dato de que en el Proyecto de 1851 y para García Goyena la norma ahora en estudio se enmarcara en un sistema adquisitivo puramente consensual, ajeno, por tanto, al posteriormente adoptado por el Código Civil. Si el sistema del título y el modo puede subsistir hoy como mecanismo rector de las transmisiones jurídico-reales es porque el Derecho moderno lo compatibiliza y conjuga con el de la protección de los terceros adquirentes de buena fe. En estas adquisiciones, tratándose de muebles, a la posesión material corresponde la misma función que a la publicidad registral cuando se trata de inmuebles. Ésta es, justamente, la idea que inspira y da unidad y armonía al artículo 1473 CC. De acuerdo con él, y según su primer párrafo, cualquier adquisición mobiliaria por tradición no real sucumbirá ante la posterior con toma material de posesión efectuada de buena fe. Es que, según dejamos ya indicado, el artículo 1473 no decide por aplicación del sistema del título y el modo, aunque tampoco exime al comprador preferido de las exigencias requeridas para la adquisición en tal sistema.

Segundo criterio de preferencia, primero para la doble venta inmobiliaria: *Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*. En torno a la escueta y simple literalidad del artículo 1473 en la indicación del criterio legal de preferencia cuando se trata de doble venta de bienes inmuebles se suscitan, entrelazados aunque de distinta naturaleza, varios problemas: ¿por qué se hace pertenecer la propiedad al adquirente que inscribe, y en qué afecta ello a la naturaleza y valor de la inscripción registral?; al adquirente que inscribe, pero, ¿mediante qué inscripción: sólo la que, apoyada en otra anterior, opera el prodigio hipotecario de la fe pública registral, o también la que sea primera inscripción?; y, finalmente, ¿basta al adquirente o comprador preferido inscribir, o deberá hacerlo de buena fe?

El primero de los interrogantes ahora concretamente planteados ha sido ya tratado y suficientemente respondido desde una perspectiva más general en la anterior presentación y enmarque del precepto en estudio. Más específicamente podemos precisar ahora que el interés por la seguridad del tráfico inmobiliario tendrá que traducirse en esa peculiar efectividad del instrumento que la sirve, consistente en el principio de prioridad, en concurrencia con el de inoponibilidad de lo no inscrito al tercero que inscribe<sup>462</sup>. ¿Quiere ello decir que tal

<sup>462</sup> Cfr. destacan la prioridad, e.c., MANRESA: *op. cit.*, pp. 174-175; NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., pp. 159-160; GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, p. 256; AMORÓS: *op. cit.*, pp. 288-290, invoca directamente el principio de inoponibilidad de lo no inscrito. Ve, en cambio, en el artículo 1473.II una aplicación de la fe pública registral, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 257-258.

prioridad-inoportunidad convierte excepcionalmente en constitutiva a la inscripción en el caso previsto en el artículo 1473.II CC? Sabemos ya que así se ha sostenido a veces en nuestra doctrina<sup>463</sup>; y así podría parecer a la vista apresurada del paralelo entre posesión e inscripción en la adquisición de muebles e inmuebles, respectivamente, que al menos para la hipótesis de la doble venta parecería establecer nuestro artículo 1473, y que con carácter absolutamente general preside el mecanismo adquisitivo ordinario en el BGB y en el Código Civil suizo. Pero, apenas se atiende algo más a la peculiaridad de nuestro Derecho, podrá comprobarse que en él las cosas funcionan de otro modo<sup>464</sup>. Dos razones, al menos, impiden considerar como

<sup>463</sup> NÚÑEZ LAGOS: *op. et loc. ant. cit.*: «El artículo 1473 del Código Civil vigente [...] es un precepto atributivo de propiedad. La inscripción en este caso es *modo* de adquirir el dominio (“por la ley”, art. 609) *in loco traditione* (sic) [...] El Código Civil español (1473), arrastrando frases de los artículos 982 y 1850 del proyecto de 1851, centra el problema, no en la preferencia de un título y en la postergación de otro, sino en la adquisición de la propiedad, esto es, en la teoría de los modos de adquirir»; VILLARES: *op. cit.*, p. 303: «[...] ésta (la inscripción) deviene constitutiva [...] por la eficiencia de la publicidad del Registro y del principio de prioridad en el ciclo de la adquisición». Más recientemente, y con énfasis, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2197: «No puede olvidarse, sin embargo, que nuestro Derecho contempla un supuesto muy amplio en que se atribuye a la publicidad registral no una función meramente declarativa, sino constitutiva. Y no se trata de un supuesto de derecho real limitado [...] sino que se trata de dominio, adquirido por cualquier título oneroso. Me refiero al caso de la doble venta, debiendo tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha extendido la regla del artículo 1473 del Código Civil a “todo contrato de finalidad traslativa a título oneroso (Sentencia de 17 de diciembre de 1984)” [...] Esta regla del Código Civil tiene, a mi juicio, una importancia muy singular para la tesis –que aquí trata de defenderse– de la conveniencia de adoptar el sistema de inscripción constitutiva; y la tiene por dos razones principales: porque el artículo 1473 Código Civil antepone los medios de publicidad –Registro y posesión– a los vehículos de forma –títulos, documentos– para fijar el momento en que surge la propiedad; y porque recurre al Registro para determinar la adquisición de la propiedad en un supuesto de incertidumbre social del adquirente».

<sup>464</sup> Así, recientemente, en polémica con Pau Pedrón, LÓPEZ BURNIOL: *op. cit.*, pp. 216-217: «Frente a esta concepción (la sostenida por PAU sobre la sustitución del modo por la inscripción y el consiguiente valor constitutivo de ésta), a mi juicio claramente forzada y predeterminada en su desenvolvimiento para justificar una conclusión anticipadamente fijada, puede entenderse –con LACRUZ– que, partiendo del valor traditorio de la escritura, cabe interpretar el artículo 1473.2.º del Código Civil sin convertir a la inscripción en un sustitutivo de la tradición. Es decir, que el artículo 1473 no supone una excepción a la regla general del sistema traslativo del dominio, sino una simple especialidad resolutoria de un supuesto concreto de conflicto, cuyo contenido, ni sustituye a la tradición por la inscripción, ni atribuye a ésta un carácter constitutivo. Quiere decirse con ello que, en el supuesto de doble venta, existe título y modo en ambos casos; y precisamente porque en ambos se ha operado la transmisión, es por lo que hay que adoptar un criterio que sirva para resolver el conflicto ocasionado por la concurrencia de dos transmisiones completas y válidas; y dicho criterio no puede ser otro que primar la apariencia [...]: y esta apariencia es, en primer lugar, la inscripción en el Registro y, en defecto de ésta, la posesión. Pretender, como hace Pau, que en estos casos la inscripción se antepone al “vehículo” que es la escritura, es desorbitar la función de la inscripción en este caso; y defender la generalización de esta “especialidad” desorbitada a todo el sistema no tiene, según mi modo de ver, justificación alguna». En el estudio de la doble venta, niegan la necesidad de que sea constitutiva la inscripción determinante de la preferencia del comprador que lleva su adquisición al Registro, tanto PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 145-146, como RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 104 y 146-149.

excepcionalmente constitutiva la inscripción registral indicada en el segundo párrafo del artículo 1473. La primera: que su paralelo, la posesión que aparece en el párrafo primero, no es la general posesión-modo que, siguiendo al título, produce la transmisión de la propiedad, sino, como ya se vio, la posesión material y efectiva que visibiliza naturalmente *erga omnes* el hecho de la adquisición. Y la segunda: que la finalidad pretendida por el artículo 1473 no es establecer una alternativa excepcional al sistema adquisitivo ordinario, sino, supuesto éste, establecer criterios de solución a la incompatibilidad resultante de la patológica concurrencia de varios procesos adquisitivos ya consumados, regulares y válidos cada uno de ellos en su consideración aislada o separada. Se entiende, así, que la inscripción determinante de la preferencia del comprador que publica su adquisición en el Registro de la Propiedad no supla ni haga las veces de la tradición-modo, sino que la suponga ya realizada en el otorgamiento de la escritura pública (art. 1462. II CC)<sup>465</sup> sin la cual, ordinariamente, no es posible la práctica de la inscripción (art. 3 LH). Se entiende, así, también, que aquella misma inscripción no deba explicarse como pieza de un mecanismo adquisitivo que sin ella quedaría incompleto, sino como dato añadido a tal mecanismo —en tanto que ajeno a él, de suyo— en condición de factor determinante de la preferencia legal a favor del comprador que va a reconocerse propietario. A nadie puede extrañar que un ordenamiento preocupado por la seguridad de las adquisiciones y por la efectividad del Registro creado a su servicio, en trance de tener que elegir entre los sucesivos compradores, se decante en primer lugar por el que inscriba su adquisición: aunque no haya sido éste el primero ni el único en consumir el mecanismo de suyo apto para adquirir, la suya es una adquisición que, en cuanto «pluscuamperfecta», según se la ha calificado en nuestra doctrina<sup>466</sup>, deberá prevalecer sobre cualquiera otra en conflictiva concurrencia con ella<sup>467</sup>.

Así entendida la *ratio* inspiradora del criterio de preferencia establecido en el segundo párrafo del artículo 1473 CC, queda todavía como subproblema en su interpretación la precisa determinación de cuál sea la inscripción registral que decide el reconocimiento de la propiedad a favor del adquirente que «antes la haya inscrito en el Registro». El planteamiento de la cuestión puede sorprender

<sup>465</sup> Así, entre otros, ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 229-230; LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., pp. 10 y 16; AMORÓS: *op. cit.*, p. 290; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 670.

<sup>466</sup> PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp., e.c., 78, 105, 106, 146.

<sup>467</sup> STS de 4 de marzo de 1988: «[...] pero habiendo inscripción, y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir (la posesión), por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral...».

si, al formularla, sólo se atiende a la letra del artículo 1473. El precepto del Código se produce con generalidad completa y, al parecer, no problemática: con tal de que se adelante, por tanto, cualquier inscripción, sean cuales fueren sus circunstancias, puede valer para decidir el problema de la adquisición de la propiedad en la doble venta inmobiliaria. Sin embargo, la cuestión se suscita en nuestro Derecho, y recibe soluciones diferentes en la doctrina a consecuencia de la peculiar convivencia de los artículos 32 y 34 en el mismo cuerpo de nuestra Ley Hipotecaria. Cada uno de estos preceptos, como se sabe, parecen enunciar el efecto sustancial de la publicidad en dos modelos registrales distintos, habitualmente opuestos en su recíproca comparación, y, en todo caso, difíciles de reducir a armónica unidad. El artículo 32 parece proteger, sin más, al titular que inscribe frente al que deja de hacerlo; el 34, en cambio, exige al protegido por inscribir haber adquirido de titular ya inscrito. Ésta es la duda que, como particular subproblema, ahora se plantea: ¿basta cualquier inscripción, incluso la primera de dominio que encabezará el folio abierto a la finca, para preferir entre los demás al comprador que primero inscribe, o es necesario que sea una inscripción fundamentada en otra anterior y derivada de ella?; ¿basta inscribir para ser protegido, o se exige además haber adquirido de titular previamente inscrito?

Los partidarios de la absorción del artículo 32 en el 34 de la Ley Hipotecaria, viendo en la particularidad del criterio de preferencia establecido en el artículo 1473.II del Código Civil, paralelo al 32 de la Ley Hipotecaria, una adquisición registral *a non domino*, y entendiendo que ésta, según el 34, exige siempre adquirir de quien en el Registro aparece como titular con facultades para transmitir, añadirán al segundo párrafo del artículo 1473 un requisito que su letra no impone: la propiedad pertenecerá –habría de entenderse de acuerdo con esta tesis– al adquirente que, habiendo adquirido de titular previamente inscrito, antes haya inscrito su adquisición en el Registro<sup>468</sup>. El artículo 32 de la Ley Hipotecaria –se viene a decir– no puede ser, por sí solo, fuente de adquisición *a non domino*<sup>469</sup>. De acuerdo con esta opinión, el «germánico» artículo 34 no se limita a hacer desaparecer de nuestro Ordenamiento al «latino» artículo 32, en su confrontación

<sup>468</sup> Así, e.c., SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 257; ALBALADEJO: *Pluralidad de ventas...*, cit., p. 890; PETIT SEGURA: *op. cit.*, p. 147; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 94-96.

<sup>469</sup> PETIT SEGURA: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] por la vía del artículo 1473.2.º no es correcto establecer una excepción al artículo 34 LH en cuanto al requisito de la previa constancia del vendedor o transmitente como titular registral, origen de la apariencia jurídica que producirá, en su caso, la adquisición *a non domino*»; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 97: «Y, dado que la inmatriculación no puede ser base para ninguna adquisición *a non domino*,

intrahipotecaria con aquél, sino que, además, reduce a la inanidad el segundo párrafo del artículo 1473 del Código Civil: sin necesidad alguna de él, el comprador que adquiere de titular registral e inscribe, verá protegida su adquisición frente a cualquier otro anterior no inscrito, en virtud del efecto sanante de la fe pública registral, según lo proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta interpretación se alzan varios obstáculos, algunos de ellos, en nuestra opinión, insuperables. Incumpliendo, en efecto, la vieja máxima que alertaba contra la arbitraria introducción en la ley de distinciones sin apoyo en la misma (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), se opone al espíritu y choca contra la letra del artículo 1473. Se opone a su espíritu porque, como ya se vio, la peculiar *ratio* de este precepto no es propiamente —directamente en sí misma y por sí sola— la protección de quien adquiere de titular aparente (registral, en el supuesto del art. 1473.II CC), sino la de quien, tras haber perfeccionado un proceso adquisitivo válido en sí mismo, se destaca frente a cualquier otro posible adquirente en concurrencia con él, coronando aquél con el medio de publicidad que más eficazmente visibilice *erga omnes* su propia adquisición, y de tal forma impida la formación o prolongación de apariencias entorpecedoras del tráfico: así es como se entiende la unidad de función y, al mismo tiempo, la ordenación sucesiva de inscripción, posesión y título en el artículo 1473. Y choca con la letra del precepto, decíamos, porque contra el orden en él claramente establecido, la interpretación a que nos referimos lleva a dar primacía, cuando se trata de primera inscripción, a la adquisición del comprador con posesión o título frente al que «antes la haya inscrito en el Registro»<sup>470</sup>. Nada, en nuestra opinión, exige ni justifica esta subversión del orden legalmente establecido. Cualquier inscripción, tanto la primera como la causalmente engarzada en otra anterior, es, frente a la posesión y el título, causa de preferencia del comprador que inscribe<sup>471</sup>. El artículo 1473 no es norma ins-

---

el otro comprador no inmatriculante podrá perseguir la cancelación del asiento obrado y su sustitución por el suyo, mediante la plena prueba de su título y de que él fue el único que entró en posesión de la finca vendida (o que fue el primero en hacerlo) (y este comprador habría probado, justamente, su adquisición a domino, en virtud de lo establecido por los arts. 609, 1095.2 y 1473.3.I CC) (cva. del a.).

<sup>470</sup> Vide RUBIO GARRIDO: *op.a et loc. ant. cit.*

<sup>471</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil II*, 6.ª ed., 1993, p. 314: «En realidad, el artículo 1473 se limita a sancionar al que no inscribe frente al que inscribe, luego el primero no debe nunca ser preferido bajo el pretexto de que el segundo, aunque inscribió, no está protegido por el artículo 34 LH»; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario...*, cit., II, p. 427: «Así, en un supuesto de doble venta, el comprador que primero inscribe prevalece sobre el que no ha inscrito, pues la solución de ese conflicto se resuelve según el artículo 1473.2 CC, a través del que inscriba antes, y no importa aquí se trate de primera o segunda inscripción, pues no se atiende a la clase de medio inmatriculador ni éste tiene nada que

pirada por el principio de fe pública registral, sino por el de prioridad e inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito al tercero que inscribe. Es cierto que cuando este último principio se conjuga con el anterior en un mismo sistema puede producirse la superposición de ambos en una zona común; pero nada impide que, cuando ello no ocurre, el de inoponibilidad pueda jugar separadamente sin necesidad de apoyo en el de fe pública registral. Es ello lo que ocurre cuando el comprador que inscribe es quien por primera vez lleva la finca al Registro.

Al mismo resultado que aquí venimos manteniendo, se llega a veces en nuestra doctrina, pero por camino diferente. También la primera inscripción –según se dice– decide a favor del comprador que la obtiene, pero no porque el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (paralelo al 1473.II CC) permita la existencia de una zona de protección registral distinta a la del 34 y autónoma frente a él, sino porque el comprador que se adelanta en la inscripción no es «tercero hipotecario», sino parte que contrata y adquiere de un *verus dominus*<sup>472</sup>; o –algo más templadamente y desde una concepción diferente del tercero hipotecario– porque, aunque los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria dibujen campos de protección registral diferentes, careciendo la venta anterior no inscrita de eficacia jurídico-real completa, es la que se inscribe la que, en razón de «la eficacia real plena de la publicidad», despliega tal eficacia a favor del comprador que a través de dicha venta adquiere de quien hasta entonces no ha dejado de ser dueño de la cosa vendida<sup>473</sup>. Una y

---

ver con la cuestión de la doble venta, sino que *lo que interesa es la fuerza de la prioridad y de la publicidad registral del que primero acude al Registro de la Propiedad, frente a la negligencia del que no accede al Registro o llega después*. Aquí, el efecto de la inoponibilidad es *instantáneo* porque no está en juego un problema de debilidad o no del título inmatriculador, que es para lo que se dictó la suspensión de efectos del artículo 207 LH».

<sup>472</sup> PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2197: «[...] he de hacer la puntualización [...] de que esa eficacia constitutiva en el caso de la doble venta se produce también tratándose de inmatriculación; no porque el comprador sea “tercero latino” del 32 de la Ley Hipotecaria (este tercero tendría que reunir, en mi opinión, los mismos cuatro requisitos del tercero del 34 –me confieso radicalmente monista–), sino porque el comprador, en el caso de doble venta, no es tercero hipotecario, sino que es segundo, es parte que contrata con un *verus dominus* –no se ha producido una transmisión de dominio anterior, sino sólo un contrato de compraventa anterior–».

<sup>473</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, pp. 81-82: «Para evitar la *reductio ad absurdum* no hay más remedio que interpretar el artículo 1473.2 CC en la única forma posible, a pesar de las desorientaciones de la doctrina; es decir, en el sentido de que *la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida, y deriva del dueño (adquisición a domino), a diferencia de los supuestos de “venta de cosa ajena” y de “venta sin objeto o sin legitimación”*. En definitiva, de acuerdo con los términos del artículo 1473.2 CC, y de acuerdo con la interpretación dualista de los artículos 32 LH y 606 del Código Civil, la doble venta tiene una interpretación lógica, concordante con la eficacia real plena de la publicidad registral y contraria a la clandestinidad [...] *la segunda venta que se inscribió prevalece sobre la primera venta que no se inscribió, porque es la única que tiene efectos reales plenos erga omnes, mientras que la primera venta no inscri-*

otra explicación, como se ve, confluyen en un mismo resultado: la negación del origen *a non domino* de la adquisición del comprador que se adelanta a inscribir. Y, por encima de sus diferencias, en ambas explicaciones se transita por un derrotero común: la intensificación del valor atribuido a la inscripción registral, ya sea en general, ya en su contribución al resultado adquisitivo concreto sancionado en el artículo 1473.II CC: o la inscripción es constitutiva en tal precepto, y por tal razón el comprador anterior que no inscribe no llega a adquirir, o, aunque no sea constitutiva, en este caso y en general es, siempre y de suyo, «conformadora de la eficacia real *erga omnes*», o «conformadora respecto a terceros», o «constitutiva en cuanto a tercero»<sup>474</sup>, de tal forma que el comprador anterior que no inscribe no llega a adquirir de lleno o plenamente la propiedad frente al que inscribe, y, en tales condiciones, adquiere del vendedor cuando todavía es dueño.

Ninguna de estas explicaciones se ajustan, según creemos, a la peculiaridad de nuestro Derecho. En él, si la inscripción tiene que entrar a dirimir cuál va a ser el comprador preferido, es porque previamente a ella se ha producido al menos otro proceso adquisitivo completo, incompatible con el que se inscribe, y determinante, desde que se consumó, de la pérdida de la propiedad por parte del vendedor<sup>475</sup>. El comprador preferido en el artículo 1473, concretamente ahora en su segundo párrafo, es, por ello, un adquirente *a non domino*. Y lo es, además, sin que, por esta razón, la inscripción se convierta en constitutiva, plenamente o sin más, ni en constitutiva en cuanto a terceros o conformadora de la eficacia real *erga omnes* del derecho inscrito. El comprador que inscribe, como los demás en liza, fundamentaría su adquisición en la reunión de los requisitos exigidos

---

*ta tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación de cantidad contra el vendedor y a las acciones contra otros terceros que no inscribieron»* (cva. del a.). Id., p. 88: «La interpretación dualista del tercero en caso de doble venta del artículo 1473.2, en consonancia con los artículos 32 LH y 606 del Código Civil, consiste sencillamente en que el segundo comprador que inscribe prevalece frente al primer comprador que no inscribió, porque éste, aunque realizó una adquisición válida, no tiene fuerza suficiente por ser de eficacia relativa, carente de oponibilidad y de efectos frente al que inscribió, que por razones de publicidad registral y de seguridad jurídica, frente a la clandestinidad, debe prevalecer a modo de inscripción “constitutiva respecto a terceros”, frente a los títulos y derechos no inscritos».

<sup>474</sup> Las expresiones entrecuadradas pueden verse en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, además de en las páginas dedicadas a la doble venta en el t. II (80-90), en las pp. 557 ss., al tratar de valor, en general, de la inscripción registral y criticar el raquitismo de su valoración como exclusivamente declarativa.

<sup>475</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 567: «Veamos la innovación que en ella (la ley de Partida) ha introducido el artículo que estamos comentando (el 23 LH, hoy 32): si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero, si no lo hizo, dando lugar a que otro, engañado por el Registro, comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió...».

en el sistema transmisivo del título y el modo; la inscripción que hace prevalecer su adquisición es sólo factor de preferencia entre adquisiciones incompatibles, como lo es la posesión material cuando falta la inscripción, o el título en defecto de inscripción y de posesión efectiva. Si la inscripción registral se erige en criterio de preferencia entre adquisiciones, es, precisamente, porque publica la propiedad ya adquirida por el comprador, no porque la atribuya o fundamente.

Sabemos que contra la tesis que venimos proponiendo puede oponerse la extendida opinión doctrinal que, en torno al problema sobre el monismo o dualismo del tercero hipotecario, niega que en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria sea posible una adquisición *a non domino* fuera del espacio rigurosamente acotado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Con frecuencia se sostiene que nuestro sistema registral nació «latino» sobre la horma del originario artículo 23 (después 32) LH, pero que posteriormente fue evolucionando progresivamente hasta quintaesenciarse en el «germánico» 34, que privaría de campo de aplicación propio al 32, y que monopolizaría la adquisición *a non domino* en nuestro Derecho inmobiliario<sup>476</sup>. No es éste, evidentemente, el lugar para entrar en la compleja problemática que esta cuestión plantea, ni de entretenerse comprobando qué hay de cierto en la pretendida metamorfosis de nuestro sistema registral<sup>477</sup>. Lo que sí podemos y debemos

<sup>476</sup> Recoge la opinión indicada en el texto, y fundamenta sobre ella su propio razonamiento, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 56: «Se concuerda en que la LH de 1861 siguió predominantemente un modelo de publicidad registral, comúnmente denominado francés, de corte latino, de mera oponibilidad, o de publicidad negativa, que contaba en nuestro país con los precedentes de la Contabilidad del Estado y de las Contadurías de hipotecas...»; 60: «Sin embargo la configuración y funcionamiento de nuestra publicidad registral ha ido sufriendo un vistoso proceso de mutación. Poco a poco, a través de las sucesivas reformas de la Ley Hipotecaria, irá aproximándose al modelo calificado como germánico, de publicidad positiva o de fe pública...»; 61: «[...] la paulatina pero profunda transformación de nuestro modelo de publicidad registral...»; 91: «Como quedó esbozado, el verdadero escollo con el que aquí repetidamente se han topado los autores es la discordancia, desajuste o desavenencia entre un precepto civil –art. 1473.2 CC–, que nace como trasunto de una concepción de la publicidad registral de tipo francés o de mera eficacia negativa, y que permanece inalterado después de un siglo de vigencia, y una normativa sustantiva, ubicada por avatares de política legislativa, en la Ley Hipotecaria que, *pari passu*, lejos de petrificarse, ha evolucionado, alejándose progresivamente del molde francés en que fue forjada, aunque en su articulado quede, como un estigma, esa impronta originaria...»; 93: «[...] en nuestra opinión, habiendo quedado inalterado el tenor literal del artículo 1473.2 CC, y siendo *quoad effectum* idéntica la posición jurídica del que en su virtud es protegido (bajo ningún concepto podrá ser vencido por la acción reivindicatoria del comprador preterido), *han variado, empero, sus presupuestos de aplicación, e incluso la naturaleza jurídica del fenómeno que constituye el substratum de la preferencia que expresa*. En concreto, tal preferencia se concederá tan sólo al comprador que ha adquirido *a non domino*, por obra del artículo 34 LH; es decir, merced al juego del principio de fe pública» (cva. del a.).

<sup>477</sup> A su peculiaridad, y a su originario carácter de sistema de publicidad positiva y eficacia máxima, nos referimos ya en nuestro trabajo: «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC*, 1994, II, pp. 21-81.

destacar en este contexto es que, ya en 1861, Gómez de la Serna detectaba en él la adquisición *a non domino*, y que concretamente lo hacía en la explicación del originario artículo 23 de la Ley: la omisión de la inscripción registral engaña al tercero que inscribe, haciéndole creer, negativamente, que no hubo «enajenación alguna anterior hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro»<sup>478</sup>, y, positivamente, que «el dominio existía aún en el vendedor» cuando en realidad ya lo había perdido<sup>479</sup>. Es cierto que en estas palabras de De la Serna la adquisición *a non domino* se sitúa en la zona de superposición o coincidencia del artículo 32 (originario 23) con el 34 de la Ley Hipotecaria; pero esto, que responde a la normalidad de la situación imaginable una vez puesto en funcionamiento el Registro de la Propiedad, no tiene por qué excluir que también fuera del campo de la fe pública registral, según lo dibuja el artículo 34, pueda producirse en nuestro Derecho una adquisición inmobiliaria *a non domino*. Concretamente, en el caso del artículo 1473.II CC se cumplen sus requisitos esenciales: un proceso transmisivo completo y válido, anterior al consumado por el comprador que inscribe, y, no obstante él, una adquisición por éste, sin relación alguna con el primer comprador. En estas condiciones, la circunstancia de que la buena fe del comprador preferido carezca de soporte registral no puede impedir la explicación de su adquisición como una adquisición *a non domino*. Simplemente, porque la adquisición *a non domino* no está absolutamente necesitada de este requisito: sin él, justificada por la protección de las adquisiciones de buena fe, se produce —por sólo recordar un caso enteramente pacífico— cuando se adquiere de titular simulado o ficticio<sup>480</sup>. En este caso, la adquisición *a non domino* puede darse con completa

<sup>478</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 568: «La resolución adoptada en este segundo caso por las leyes de Partida, tan lógica atendido el principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley Hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el registro».

<sup>479</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 567: «Veamos la innovación que en ella ha introducido el artículo que estamos comentando: si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero, si no lo hizo, dando lugar a que otro engañado por el silencio del registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el registro».

<sup>480</sup> Por todos, en nuestra doctrina, CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 360-365.

independencia del Registro de la Propiedad. Con el auxilio de éste puede producirse en dos formas distintas: acogiendo, simplemente, la adquisición de buena fe que primero se inscribe (arts. 1473.II CC y 32 LH: principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito), o fundamentando, además, la apariencia de titularidad y legitimación del transmitente y, *eo ipso*, alimentando la buena fe del tercero adquirente acerca de ellas (art. 34 LH: principio de fe pública registral).

Tampoco impide entender la adquisición del comprador que primero inscribe como una adquisición *a non domino* la limitación de efectos impuesta a la inmatriculación en determinados casos por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria<sup>481</sup>. Simplemente, porque dicha limitación, explicada en razón de la menor solidez de la primera inscripción en tales casos, se refiere y circunscribe al campo de la fe pública registral, con la que nada tiene que ver el principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, inspirador del artículo 1473.II, CC (y del 32 de la LH) y ajeno en todo a la *ratio* de aquella limitación. Los efectos en cuanto a terceros que por obra del artículo 207 de la Ley Hipotecaria quedan en suspenso son, desde luego, los que, *ex fide publica*, la inscripción podría provocar a favor de los causahabientes del inmatriculante<sup>482</sup>, y del inmatriculante mismo frente al *verus dominus* para suplir el defecto de titularidad o poder dispositivo de su *causam dans*, anterior y por causa distinta a los actos desencadenantes de la hipótesis de la doble venta; no, en cambio, los que, en aplicación de los principios de prioridad e inoponibilidad, se sustanciarían en hacer prevalecer, frente a cualquier otra, la adquisición que primero llega al Registro; precisa y solamente por la razón de haber llegado primero<sup>483</sup>.

<sup>481</sup> En sentido contrario, acogiendo una extendida opinión: PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 146-149; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 94-97.

<sup>482</sup> Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., p. 314: «[...] ciertamente que el artículo 207 L. H. priva de los efectos de la fe pública registral durante dos años a la inscripción inmatriculadora, pero en relación con los sucesivos adquirentes *del inmatriculante*» (cva. de los aa.).

<sup>483</sup> Cfr. LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral* (ed. 1984), cit., p. 204: «Herederos y titulares auténticos, pues, son los *terceros* a que aluden los artículos 28 y 207. La suspensión de efectos sólo se opera frente a su derecho, y no a los de otros cualesquiera. El adquirente inscrito y quienes de él reciben gozarán plenamente de los derechos registrales correspondientes a su situación, aun dentro del plazo de suspensión, respecto a cualquier otra persona que no sea, respectivamente, el heredero real y sus adquirentes, o bien el propietario verdadero y los suyos o el titular de un derecho real anterior a la inmatriculación (Vallet)»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, pp. 426-427: «Como la “ratio” del artículo 207 de la LH es la desconfianza del legislador hacia el título del inmatriculante, *no se producirá la suspensión de efectos del citado artículo, en aquellos supuestos del artículo 32 LH en que se enfrentan o se produce un conflicto entre dos títulos que derivan de un mismo “auctor”*, pues ambos títulos están en las mismas condiciones, y entonces es ajeno a ello el

Por último: *la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*, dice el artículo 1473.II, CC; pero hay que preguntar: ¿con buena fe, o sin necesidad de ella?; esto es: ¿debiendo desconocer el adquirente que inscribe la existencia de cualquier otra venta anterior, o a pesar, incluso, de conocerla? La duda, provocada por el silencio legal al respecto (en el artículo 1473.II, y en su paralelo, el 32 de la LH) está hoy decidida y pacíficamente resuelta por la jurisprudencia<sup>484</sup>: para que la inscripción registral dé preferencia a la adquisición que primero se llevó al Registro sobre la que, sin haber sido publicada, se consumó con anterioridad a ella, es necesario que aquella se haya llevado a cabo e inscrito de buena fe<sup>485</sup>. Pues bien, así resuelta la cuestión suscitada, sólo nos queda expresar en torno a ella dos observaciones. La

---

artículo 207 LH y juega exclusivamente la prioridad en la inscripción. Así, en un supuesto de doble venta, el comprador que primero inscribe prevalece sobre el que no ha inscrito, pues la solución de ese conflicto se resuelve según el artículo 1473.2 CC, a través del que inscriba antes, y *no importa aquí se trate de primera o segunda inscripción*, pues no se atiende a la clase de medio inmatriculador ni éste tiene nada que ver con la cuestión de la doble venta, sino que *lo que interesa es la fuerza de la prioridad y de la publicidad registral del que primero acude al Registro de la Propiedad, frente a la negligencia del que no accede al Registro o llega después*. Aquí, el efecto de la inoponibilidad es *instantáneo* porque no está en juego un problema de debilidad o no del título inmatriculador, que es para lo que se dictó la suspensión de efectos del artículo 207 LH». Una aplicación de la idea indicada en el texto, la aplicación del artículo 1473, 2 CC por la jurisprudencia para la resolver el problema de la doble inmatriculación cuando ésta coincide con el *topos* de la doble venta: entre las últimas muestras, las SSTs 25-9-97: «[...] como sientan, entre otras, las sentencias de 31 mayo 1961, 5 y 7 enero 1963, 22 junio 1972, 28 marzo 1980, 27 octubre 1983 y 30 noviembre 1989, para resolver los problemas de doble inmatriculación se aplican las normas de Derecho civil, si bien una de ellas, que es la de la preferente cualidad del título prioritario, utiliza como criterio accesorio el de la inmatriculación anterior del título, es decir, la primera de las inmatriculaciones, criterio éste utilizado por la resolución recurrida y que, dada su validez, deber ser confirmado [...]», y 19 de julio de 1999: «Y siempre (salvo que se demuestre la nulidad de la transmisión más pretérita) deberá prevalecer el asiento más antiguo, tanto si la disparidad tabular viene provocada por una doble venta, como por cualquier otra causa. Si la duplicidad registral fue provocada por una doble venta, porque así lo impone, sin contemplaciones, el artículo 1473 CC [...]»; sobre ello, en la doctrina más reciente: CLEMENTE MEORO, Mario E.: *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia 1997, pp., esp., 105-138.

<sup>484</sup> Detalles, en PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 123-129, y RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 55-83.

<sup>485</sup> No entramos aquí en la polémica doctrinal acerca del preciso momento en que se ha de exigir la buena fe al adquirente preferido por inscribir primero: ¿en el de la adquisición, entendiendo que ésta se produce con la tradición, o en el de la inscripción, que, a su vez, puede interpretarse como sólo declarativa o publicadora, o bien como constitutiva, incluso *inter partes* o sólo frente a terceros? Sobre ello, *vid.* RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 80-83, y las referencias allí contenidas. De todas formas, entendiendo nosotros que el adquirente preferido frente a otro anterior por haberse adelantado a inscribir es un adquirente *a non domino*, debemos inclinarnos por la opinión que exige la prolongación de la buena fe del comprador que inscribe hasta el momento mismo de la inscripción; y no porque entendamos que ésta determine el momento de la transmisión, o devenga constitutiva de la adquisición, sino, más simplemente, porque consideramos contrario a la orientación moral de nuestro Derecho que éste pueda preferir a nadie, en su colisión con otro u otros, por haber puesto en práctica una determinada actuación llevada concretamente a cabo de mala fe.

primera se orienta a determinar en qué relación se encuentra la exigencia de la buena fe con la inspiración del artículo 1473 del Código Civil y de nuestro sistema hipotecario. Se ha dicho, en efecto, que tal exigencia ha sido introducida en nuestro Derecho, aunque con buen criterio, adventiciamente y con transcendencia correctora<sup>486</sup>. Tanto el artículo 1473 del Código como el originario 23 de la Ley Hipotecaria –alma inicial, se afirma, de nuestro sistema registral– omitirían el requisito de la buena fe por su común progenie francesa<sup>487</sup>. Si, posteriormente, a nuestro «tercero hipotecario» le nació «el hongo de la buena fe»<sup>488</sup>, será porque el sistema se ha visto sometido a esa extraña y sustancial metamorfosis que termina en la absorción del artículo 32 en el 34 de la Ley Hipotecaria y en el absoluto predominio de éste como clave explicadora del sistema y expresión de su más característica eficacia. Nosotros no podemos compartir esta interpretación. Que para la preferencia del comprador que inscribe sea necesario el requisito de la buena fe resulta con claridad más que suficiente, ya en 1861, de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria: «lo que no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones», es que «al que legítimamente adquiere un derecho, se le puedan oponer contratos y actos *de que no ha podido tener conocimiento*»<sup>489</sup>. Y, más inequívocamente aún, del testimonio de Gómez de la Serna, no sólo al afirmar de forma absoluta que «no hay un solo artículo en la Ley [hipotecaria] que favorezca al adquirente de mala fe»<sup>490</sup>, sino, concretamente, al interpretar y explicar el artículo 23, cuando –como ya hemos visto– describe al adquirente que por inscribir es declarado propietario como alguien «engañado por el silencio del Registro»<sup>491</sup>, que «compra la finca creyendo que el dominio existía aún en el que la

<sup>486</sup> RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 63: «Exigiendo [la jurisprudencia] ininterrumpidamente, desde entonces, la buena fe del comprador que haya de ser preferido, reforma sin ambages el artículo 1473, 2, CC, complementándolo [...]».

<sup>487</sup> RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 59: «Con esta inteligencia [a saber: que la LH de 1861 siguió predominantemente un sistema de publicidad registral de corte latino, de mera in-oponibilidad o publicidad negativa], se explica, bien a las claras, por qué el artículo 1473, 2 CC *no requiere del comprador preferido*, a diferencia locuaz de lo que hace en los restantes párrafos, la buena fe, ni tampoco lo hiciera así la Ley hipotecaria de 1861, no siendo ello un olvido grosero del legislador o una elipsis, para no hacer redundante lo evidente»; y añade, en nota 111: «[...] Por ello, son inanes los argumentos que intentan hacer decir al legislador del 61 lo que, en realidad, *no quiso decir y no dijo*» (cva. del a.).

<sup>488</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Don Jerónimo*, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «Estudios...», cit. II, p. 10: «La protección al tercero en el artículo 34 se convertía en el principio de fe pública. Mas al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe. Aunque faltaba el texto de la ley, se invocaba la Exposición de Motivos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

<sup>489</sup> E. M., p. 237.

<sup>490</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 634.

<sup>491</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 567; en p. 568: «[...] cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase [...]».

vendió»<sup>492</sup> o que «no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro»<sup>493</sup>. En nuestro sistema civil y registral, pues, que ni actual ni originariamente fue el sistema francés, ha sido siempre necesario el requisito de la buena fe para que el Registro pueda dirimir favoreciendo la adquisición a él acogida frente a la que no se inscribió.

Y, esto advertido, una segunda observación: que, dependiendo de que el dominio del vendedor común esté o no esté inscrito, variará el soporte y exigencias de la buena fe del comprador-adquirente que habrá de resultar propietario. Si está inscrito –zona de coincidencia y superposición de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria– bastará la consulta al Registro para fundamentarla: mientras la realidad contraria a lo publicado no «hiera los sentidos», hay que considerar objetivamente fundada la creencia en la titularidad que el Registro publica, y suficientemente desempeñada la diligencia normalmente exigible en su investigación y comprobación<sup>494</sup>. Por el contrario, si el dominio del vendedor no está previamente inscrito –zona donde el artículo 32 LH juega autónomamente, sin la cobertura del 34– la buena fe del comprador preferido habrá de basarse en otros apoyos objetivos, señaladamente en la posesión, y su necesario ingrediente de diligente comprobación no podrá apreciarse tan lisa y llanamente como en el caso anterior.

Tercer criterio de preferencia; segundo, en defecto de inscripción, para la doble venta inmobiliaria: *Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión.*

Dos cuestiones, entrelazadas, suscita en este punto la expresión de la ley. La primera de ellas: ¿cómo debe entenderse esa «posesión» que determina la preferencia de quien es primero en ella: exclusivamente como posesión material o real, o también como posesión ficticia (*ficta possessio*)? Y, la segunda: ¿por qué la posesión decide a favor de quien se adelanta en ella: en aplicación del sistema del título y el modo, o por alguna otra razón diferente?

<sup>492</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 567.

<sup>493</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 568.

<sup>494</sup> STS 26-1-2000, con cita de la de 4-3-88: «[...] si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara el requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el reconocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan».

En interpretación del Código, que a veces se reconoce como abiertamente correctora de la literalidad de la ley<sup>495</sup>, se ha sostenido que la posesión a que se refiere el artículo 1473.III, puede ser tanto la material como la ficticia, y que a tal conclusión debe llegarse porque es la única que permite la teoría del título y el modo, fundamento necesario, según se interpreta, del papel atributivo asignado a la posesión en el precepto. La posesión que decide a quién pertenecerá la propiedad no puede ser sólo la posesión material —se dice— porque dicha posesión sólo puede resolver cuestiones posesorias, no de atribución de la propiedad<sup>496</sup>; y porque, en contraste con lo que ocurre en materia de bienes muebles, tratándose de la adquisición de inmuebles no hay norma legal alguna que los atribuya por la posesión<sup>497</sup>.

Nosotros, atendiendo a la *ratio* y unidad del artículo 1473, tenemos que entender de otra forma el criterio de preferencia llamado a resolver la colisión producida por la doble venta inmobiliaria en defecto de inscripción registral. La posesión que aquí decide es la *possessio realis* o posesión material<sup>498</sup>; posesión que presupone la *traditio* pero que no se sigue de toda forma de tradición. Y lo entendemos así porque, según hemos venido diciendo,

<sup>495</sup> MANRESA: *op. cit.*, pp. 175-176: «Hemos interpretado el precepto del artículo 1473, en sus párrafos primero y tercero, en el sentido más racional, aunque no tal vez en el más adecuado a las palabras que emplean. [...] Pues conviene variar la redacción del artículo 1473 en la primera reforma del Código, para que no pueda sospecharse siquiera que el legislador, amparando el abuso, y consumando un despojo, otorga preferencia a quien en justicia puede no merecerla [...]».

<sup>496</sup> MANRESA: *op. et loc. ant. cit.*: «Las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, las hemos considerado como equivalentes a las de tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 al 1464, porque si la posesión material del objeto puede otorgar preferencia en cuestiones de posesión, y así lo reconoce el artículo 445, no debe darla nunca en cuestiones de propiedad, y de la propiedad habla expresamente el artículo 1473».

<sup>497</sup> RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 106-108, esp., p. 107: «Por ello, en el artículo 1473, 3, I C.c.: “ser primero en la posesión” aludirá a cualquier modo de adquirir la posesión, sea de hecho o de derecho, máxime, cuando en relación a los inmuebles las formas espiritualizadas de entrega son verdaderamente indispensables, de modo que esta forma de primacía, fiel a sus orígenes e ileta ante los embates de la aceleración de la circulación jurídica, es *cabal precipitado* in subjecta materia del principio añejo del título y modo».

<sup>498</sup> Así, e. c., GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, p. 257: «[...] si se enfrentan la posesión adquirida mediante tradición real y la obtenida mediante una tradición ficticia o instrumental, es preferente la primera»; PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2198: «Este artículo [el 1473 CC] da preferencia al comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad; si no hay inscripción, al primero que adquiere la posesión real [...] la diferencia entre la solución general del sistema y la solución específica del problema de la doble venta supone, en síntesis, una relegación de la tradición instrumental [...]. En el caso de la doble venta, no es que se niegue a la escritura pública su eficacia traditoria —el artículo 1473 Código Civil no deroga, siquiera circunstancialmente, el artículo 1462—, sino que se niega su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad en caso de doble venta [...] Las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, el Registro; en segundo lugar, la posesión material».

el artículo 1473 es un precepto que, respetando el sistema del título y el modo, no resuelve por él cuando tiene que dar solución al patológico *topos* de la doble venta, sino dando preferencia frente a los demás compradores a aquel que, además de haber consumado —esto, como los demás— un proceso adquisitivo completo, se ha adelantado a los otros dando a su adquisición una forma de publicidad que evite la eventual aparición de una posterior adquisición de buena fe, que, en colisión con la suya, resulte más merecedora de la protección de la ley. La posesión, pues, que, en defecto de inscripción, decide cuál de las sucesivas adquisiciones es preferente, es la posesión real en su dimensión naturalmente publicadora del derecho del dueño; no la que, sin manifestación material congruente, pueda simbolizarse o fingirse a efectos traditorios para la transmisión de la propiedad.

A nuestro juicio, las objeciones opuestas a esta interpretación son perfectamente superables. No hay nada de heterodoxo en la llamada legal a la posesión para resolver el conflicto de la doble venta. Siendo verdad que en él se suscita algo más que una cuestión posesoria, también lo es que la posesión decisoria, implicando *modo de adquirir*, presupone en el poseedor preferido título adquisitivo. Por otra parte, afirmar que la posesión a que se refiere el artículo 1473.III, tenga necesariamente que ser la posesión en cualquiera de sus formas, incluso irreales, porque, contrariamente a lo que el artículo 464 hace para bienes muebles, ningún precepto en el Código Civil atribuye la propiedad inmobiliaria por la posesión material; esta afirmación, decimos, constituye una abierta petición de principio: el artículo 1473.III, es, justamente, la norma que, en defecto de inscripción registral, sanciona la adquisición de aquel de los compradores que, habiendo adquirido de buena fe, se adelantó en la posesión de la cosa comprada. Sólo esta interpretación, entendiendo en la misma forma la posesión invocada en los párrafos I y III del artículo 1473, permite la explicación unitaria y coherente del precepto; y sólo ella, situando al siguiente y último criterio legal de preferencia en el espacio donde lo pone la ley, hace posible su integración en el ordenamiento como norma establecedora de preferencias en la colisión de adquisiciones producidas de acuerdo con el sistema del título y el modo.

Y, finalmente, último criterio de preferencia: *faltando ésta* [la posesión], [pertenece] a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

Obviamente, la determinación del significado del término «título» es el problema interpretativo que aquí se plantea: ¿debe enten-

derse en sentido material, como el contrato que da derecho a la adquisición de la cosa comprada; o, antes bien, en sentido formal, como la escritura que documenta la adquisición a través de ella normalmente operada (art. 1462.II.CC)?

Naturalmente, la posibilidad de plantear en este momento la cuestión indicada, presupone haber resuelto la anterior en la forma antes propuesta. Porque la posesión que, en defecto de inscripción, otorga preferencia al comprador que en ella es primero, se entiende ser la posesión material, es todavía posible reservar espacio en este último criterio a la que resultaría del otorgamiento de la escritura pública de venta en su función de tradición instrumental. Por «título de fecha más antigua» puede, pues, entenderse tanto el solo contrato de compraventa, presupuesto de la adquisición en tanto que *título* —de acuerdo con la teoría del título y el modo—, como, también, el *instrumentum* que documenta, *una simul*, el contrato fundaméntador de la transmisión y la transmisión misma por él, instrumentalmente, operada.

La doctrina actual se pronuncia mayoritaria y decididamente a favor de la primera posibilidad: el «título de fecha más antigua» al que como criterio final se refiere el artículo 1473 CC es el contrato de compraventa que sea anterior en el tiempo<sup>499</sup>. Es muy claro que en esta interpretación se rompe la continuidad que, desde el primer criterio de preferencia hasta el último, debería preservar la unidad temática del precepto. No habiendo inscripción y faltando la posesión, se trataría de elegir no entre procesos adquisitivos completos e incompatibles sino entre contradictorios derechos a una misma adquisición exclusiva. Los derechos ahora enfrentados son derechos personales o de crédito<sup>500</sup>, y el factor legal de preferencia —el contrato de fecha más antigua— actuará, según la diferente explicación de los autores, o bien operando directamente la adquisición de la propiedad, sin necesidad excepcionalmente en este caso de *modo* o entrega<sup>501</sup>, o bien limitándose a privilegiar al comprador favore-

<sup>499</sup> ALBALADEJO: *Pluralidad de ventas...*, cit., p. 889; LACRUZ: *Elementos...*, III, 1, 1.<sup>a</sup> parte, Barcelona 1988, p. 259; GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, p. 257; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., p. 314; PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 151-152; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 108.

<sup>500</sup> RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 52: «Dése tan solo una ojeada, para demostrarlo con la mayor brevedad posible, al artículo 1473, 3, II, cuya regla de preferencia *parte de la premissa de que ninguno de los compradores, sea el bien mueble o inmueble, haya recibido aún la entrega*. En este supuesto, el conflicto se ha entablado entre *dos derechos de crédito a la adquisición de la cosa o derecho doblemente vendido [...]*» (cva. del a.).

<sup>501</sup> Así, LACRUZ: *op. ult. cit.*, p. 233: «El artículo 1473-3.º, al final, al conferir la propiedad, caso de conflicto entre dos adquirentes no poseedores, “a quien presente título de fecha más antigua”, demuestra la posibilidad de que el dominio se transfiera sin posesión. Es decir: el que “presenta título de fecha más antigua” no es poseedor, por hipótesis, y, sin embargo, ha adquirido la propiedad».

cido, al cual permitiría —a él sólo, frente a los demás— exigir la *traditio* que, de acuerdo con la ley ordinaria de la transmisión, le convertiría en adquirente y propietario<sup>502</sup>.

Nosotros no vemos razón suficiente para romper la unidad del artículo 1473 y dificultar su integración en el sistema adquisitivo seguido por nuestro Derecho. Por «título de fecha más antigua» debe entenderse en él, diciéndolo con palabras de Gamazo, «la escritura más antigua», «la tradición simbólica de fecha más remota»<sup>503</sup>. Es el mismo sentido que atribuía De la Serna a la palabra «título» en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria: «la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene *en alguna cosa inmueble*»<sup>504</sup>. Esta interpretación, aunque minoritaria en la actual doctrina<sup>505</sup>, permite llegar hasta el final del artículo 1473 viendo siempre en el comprador preferido un adquirente: alguien que ha consumado un proceso adquisitivo, apto de suyo en su consideración aislada para considerarlo como ya propietario. En la inspiración del precepto la posesión real prevalece sobre la ficticia; pero, faltando la real, reaparece la ficticia obtenida mediante la tradición instrumental

<sup>502</sup> Así, ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 889; GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, p. 258; Díez-PICAZO y GULLÓN: *op. et loc. ant. cit.*; PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 152-153; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 109-110.

<sup>503</sup> Vid. *El Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*, II, cit. En la sesión de 6 de abril de 1889, denunciando Azcárate el «galimatías» introducido en nuestro sistema adquisitivo por la conjugación del sistema del título y el modo con el artículo 1473 y el mecanismo de la publicidad registral, preguntaba (p. 1675): «¿No adjudica el Código la propiedad en uno de los casos del artículo 1473 a quien presente título de fecha más antigua, sin tradición?». En la sesión de 10 de abril le respondía Gamazo (p. 1706): «Pero cuando no hay inscripción, ¿dónde debe acudirse? Pues indudablemente a la escritura más antigua, a la tradición simbólica de fecha más remota».

<sup>504</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 250. También en la p. 255: «el documento que acredita la adquisición de la propiedad o del derecho real sobre la cosa inmueble».

<sup>505</sup> MANRESA: *op. cit.*, p. 176, en su crítica al orden de preferencia establecido en el artículo 1473: «[...] La última parte del mismo confirma plenamente esta idea, aunque habla en general de título y no de escritura; título de fecha más antigua, sea el que sea, esto es, primero la posesión, después el título, aunque se trate de una escritura, luego si ésta envuelve tradición, la ley deliberadamente establece una gradación entre las diversas formas de tradición admitidas, dando la preferencia a la entrega real sobre la entrega fingida, y colocando por encima del derecho de propiedad la grosera materialidad de la posesión»; LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 15: «Separando la posesión de la tradición, queda igualmente explicado el párrafo 3.º del propio artículo 1473. Su comienzo se refiere entonces a la posesión real [...]; no habiendo inscripción, el primero que llega a tener la posesión real y a título de dueño de la cosa deviene (o continúa siendo) su propietario. Pero si en el momento de plantearse el conflicto —que podrá existir desde mucho tiempo antes— ninguno de los adquirentes ha tomado posesión real de la cosa, seguirá siendo propietario el de título de fecha más antigua, es decir, el primer *accipiens* instrumental»; PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2198: «Este artículo da preferencia al comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad; si no hay inscripción, al primero que adquiere la posesión real; y si no hay posesión real, al primero que documenta en un título su adquisición —aunque hay autores que engloban en la expresión “título de fecha más antigua” tanto el título formal como el material—».

para atribuir o reconocer la propiedad a quien en ella sea primero, con buena fe. El artículo 1473 no resuelve el conflicto de la doble venta, según dijimos, aplicando sin más la teoría del título y el modo; pero en las variantes de su solución el comprador preferido es siempre un consumidor del mecanismo adquisitivo del título y el modo.

Quede aquí, definitivamente, nuestra exposición acerca de la *ratio* e interpretación del artículo 1473 del Código Civil. Tuvimos que entrar en su estudio para poder dejar establecido con seguridad y detalle cuál es el valor de la inscripción registral en nuestro Derecho de Cosas y de la Publicidad Inmobiliaria. Ahora podemos razonar fundadamente que el comprador declarado propietario por haberse adelantado a inscribir en el Registro, reuniendo ya título y modo antes de inscribir, era ya «adquirente», como con exactitud le denomina el precepto, cuando inscribe su derecho<sup>506</sup>. Siendo ello así, es claro que ni siquiera en el supuesto excepcional y patológico de la doble venta la inscripción registral se eleva a la condición de constitutiva. Aunque decide prefiriendo entre adquisiciones incompatibles, propiamente hablando, no atribuye la propiedad a quien hasta entonces no la hubiera ya adquirido. Diciéndolo con palabras de Núñez Lagos: la prioridad española no da existencia, sino privilegio; el título inscrito es válido antes de llegar al Registro: el Registro le da fuero y asilo<sup>507</sup>. Así es cómo, sin ser constitutiva, la inscripción registral da preferencia al adquirente que inscribe frente al que hasta entonces no había inscrito.

Queda ya fuera de nuestra perspectiva, y por ello no vamos a entrar en su estudio, la muy debatida cuestión —quizá algo artificiosamente hinchada— acerca de la calificación del derecho del primer adquirente que, por consecuencia de la preferencia legal, ve esfumarse su titularidad a favor del posterior que se adelanta en la posesión real, o en la inscripción, o que presenta título de fecha más antigua. Por lo que hace al primer criterio de preferencia en la doble venta inmobiliaria, dicha cuestión se sustancia en lo que en Italia, y para su sistema adquisitivo, se ha presentado como el «rompecabezas» del conflicto entre el principio consensualista y

---

<sup>506</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 258: «La preferencia no se concede a la persona que primero inscribe su título, sino al adquirente que primero inscribe su propiedad. El artículo 1473, en este párrafo segundo, ni cita la tradición ni tampoco cita el título: habla de la adquisición de la propiedad. Y esta adquisición habrá de regirse por las reglas generales o, lo que es lo mismo, necesitará del título y la tradición» (cva. del a.).

<sup>507</sup> NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., pp. 155-156: «La prioridad española no estima el Registro íntegro, sino superior: no da existencia, sino privilegio. El título inscrito es válido antes de llegar al Registro; el Registro le da fuero y asilo».

el principio de publicidad<sup>508</sup>, y que en nuestro Derecho vendría a consistir en la coordinación del sistema transmisivo del título y el modo con el efecto de la inscripción y el valor atribuido a la publicidad registral. En un sistema donde la publicidad es publicidad y donde, consiguientemente, la inscripción es publicadora o, como comúnmente se dice, declarativa, la adquisición se produce y consume antes de llegar al Registro. Lo que sí ocurre es que en tal sistema –al igual que en todo aquel en que la transmisión no exige la simultaneidad el traspaso posesorio material– es fácticamente posible el caso anómalo de la doble venta, ilegítimo en sí para el vendedor e indetectable en su anomalía para el comprador de buena fe. Ahora bien, la solución de este problema, lejos de exigir el desmentido del sistema adquisitivo, se obtiene simplemente mediante la determinación de los criterios de preferencia que establece la ley. El adquirente inmobiliario sin inscripción registral es verdadero adquirente y efectivo propietario en nuestro Ordenamiento, y como tal podrá disfrutar y ejercitar *erga omnes* su derecho. Si posteriormente ese tal derecho aparece enfrentado con otro adquirido de buena fe e inscrito, y en tal colisión sucumbe, ello no significa que el primero no fuera verdadero derecho legalmente adquirido. Significa tan solo que su adquisición quedó legalmente sometida a la eventualidad resolutoria de esa otra posterior considerada preferente en la decisión de la ley.

II. Más allá del específico supuesto de la doble transmisión, y al amparo de la fe pública registral, el artículo 34 de la LH consagra arquetípicamente en nuestro Derecho la figura de la adquisición inmobiliaria *a non domino*. También en ella se ha pretendido a veces asignar valor excepcionalmente constitutivo a la inscripción registral; bien sea valor constitutivo puro y sin más<sup>509</sup>, bien sea

<sup>508</sup> Vid. COLORNI: *Per la storia della pubblica immobiliare e mobiliare*. Milán 1954 (Ristampa, Giuffrè 1968), p. 239, nota 10: «[...] il rompicapo del conflitto fra l'art. 1376 (principio consensualistico) e gli artt. 2644 e 2685 (principio di pubblicità)». En esa misma nota puede verse una muy completa referencia a los intentos de la doctrina italiana para explicar la naturaleza del derecho del adquirente no inscrito que, en su colisión con el derecho inscrito, termina por sucumbir en beneficio de éste.

<sup>509</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, p. 612: «La inscripción es constitutiva cuando es uno de los requisitos esenciales (una forma esencial) de la adquisición o modificación del derecho real. Son supuestos excepcionales de inscripción constitutiva: 1.º La adquisición amparada en el artículo 34 Ley Hipotecaria», aunque añadiendo en nota: «No en el sentido de que la inscripción sea elemento del negocio transmisivo sino en el sentido de que sin la inscripción tal adquisición no estará protegida»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, pp. 296: «[...] la adquisición *a non domino* del tercero, además de *ex lege*, es una adquisición *inscriptionis causa*, es decir, que se produce *por causa de la inscripción*. La inscripción no es simplemente un requisito de eficacia, ni una simple *conditio juris*, [...] sino que la adquisición sólo tiene eficacia y se mantiene como tal *una vez inscrita*, lo que demuestra

tamizado en esa peculiar forma de eficacia «convalidante» que, según se entiende, vendría a caracterizar la virtualidad de la inscripción en nuestro sistema de publicidad inmobiliaria<sup>510</sup>. A nuestro juicio, tampoco en este caso la excepción está justificada.

Es verdad que la *ratio dubitandi* acerca del valor de la inscripción se presenta en la adquisición registral *a non domino* en forma distinta a como podía aparecer, según ya vimos, en el caso de la doble venta. En ésta, la inscripción podría ser vista como elemento que, desplazando a la tradición y desempeñando su función constitutiva, determinaría la mutación jurídico-real a favor del comprador que inscribe. En tal sentido, asumiendo para sí el papel de «modo de adquirir», aparecería plenamente integrada en la entraña del mecanismo adquisitivo. En la adquisición registral *a non domino*, en cambio, la inscripción de la adquisición legalmente protegida aparece, sin destacar sobre los demás, como uno más de los varios requisitos que, rodeando a la adquisición, son necesarios para que el que inscribe sea mantenido en ella. Destacada más brevemente la diferencia: sin que la inscripción pretendidamente constitutiva aparezca integrada en el núcleo del proceso adquisitivo, es ahora mucho más claro que sin ella no llega a producirse la adquisición *a non domino*. Siendo ello así, ¿será entonces cierto que en el artículo 34 LH la inscripción es constitutiva?

Nosotros pensamos que no, y creemos poder razonarlo atendiendo al significado propio de la inscripción constitutiva y a la distinción entre «modos de adquirir» y requisitos legales de la adquisición en determinados supuestos adquisitivos.

La inscripción registral se califica como constitutiva cuando se la pone en comparación y contraste con su contra-figura, la inscripción declarativa. Mientras ésta queda fuera del mecanismo regular productor de la transmisión –a la que sigue, una vez consumada, para hacerla pública–, la inscripción constitutiva se adentra en

---

que la inscripción determina el momento fundamental de la adquisición» y 297: «Por tanto, la inscripción del tercero *determina, como último requisito específico del sistema registral, la adquisición "a non domino" por parte del tercero*, que de otro modo no se consumaría, y esa inscripción no actúa ni de requisito de eficacia, ni de *conditio juris*, sino de *requisito constitutivo y causante de la adquisición*, que es la única forma que admite el legislador para sanar la nulidad resultante de la adquisición *a non domino*, que si el legislador "mantiene" es una vez inscrita» (cvas. del a.).

<sup>510</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 246: «Inscripción constitutiva.– Tiene este valor la inscripción en nuestro sistema, con carácter general, en cuanto es preciso para el crédito y la seguridad del tráfico inmobiliario, es decir en el caso en que sea necesario proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante, teniendo por ello carácter constitutivo o, más exactamente, convalidante de la inscripción. Este carácter constitutivo de la inscripción, derivado de la función convalidante de la misma, es completamente distinto del concepto de la inscripción constitutiva al modo alemán y suizo [...]».

aquel mecanismo de forma tal que sin ella la transmisión no se produce. Lo primero, como es bien sabido, ocurre en Francia y en nuestro Derecho, donde la transmisión negocial *inter vivos* se produce, respectivamente, de acuerdo con el sistema puramente consensual o mediante el del título y el modo. Lo segundo, en Alemania y Suiza, donde la transmisión es hija del acuerdo traslativo abstracto y de la inscripción, o del contrato de finalidad traslativa y de la inscripción registral. En la primera posibilidad la inscripción sigue a la transmisión ya producida; en la segunda, la precede como presupuesto de su existencia y valor en Derecho.

¿Puede decirse que es esto último lo que ocurre en nuestro artículo 34 LH? Creemos que no, y ello, sin negar que en él la inscripción es necesaria para la efectividad de la adquisición. Es que una cosa es que la inscripción sea requisito para llegar a adquirir en alguna hipótesis adquisitiva especial, y otra que tal inscripción actúe como elemento principal que, en su conjunción con otro igualmente principal, constituya o determine la transmisión según el modelo de un nuevo y regular «modo de adquirir» de base registral. La inscripción propiamente constitutiva no actúa sanando o supliendo las carencias de un proceso adquisitivo irregular o deficiente; y esto es, justamente, lo que hace la inscripción en nuestra adquisición registral *a non domino*. En la hipótesis del artículo 34 LH no se exige la inscripción porque en él se dibuje un nuevo y regular «modo de adquirir» en el que la toma de razón registral sea determinante principal de la adquisición, sino porque se la considera necesaria para justificar la sanación legal de una adquisición gobernada, de suyo, por el sistema del título y el modo, en la que, por tanto —y por exigencia de ese mismo sistema, en cuyo respeto se continúa—, se ha exigido el soporte de un título transmisivo válido seguido de la imprescindible tradición, *instrumentalis saltem*, pero en la que hay que suplir el defecto de titularidad o de poder dispositivo del transferente. La hipótesis adquisitiva hace aquí necesaria la concurrencia no sólo de la inscripción del derecho que se adquiere, sino la de otros tantos requisitos que, al igual que ella, ni son piezas esenciales en el proceso adquisitivo regular, ni en éste pueden pretender la consideración de «modo de adquirir»: haber adquirido de buena fe, a título oneroso, de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir, y haber inscrito la adquisición. La inscripción registral es aquí, ciertamente, y tanto como los demás ya indicados, requisito necesario de la adquisición, pero sin que ello la convierta técnicamente en un nuevo y distinto «modo de adquirir».

Es que en el artículo 34 LH no se dibuja un sistema normal de transmisión en el que la inscripción registral se eleve a la condición

de constitutiva, sino que, de acuerdo con la finalidad aseguradora del Registro mediante la publicación de los derechos inmobiliarios, se trata, más simple y adecuadamente, de suplir, en interés del tráfico de buena fe, el defecto de titularidad del transmitente en las transmisiones gobernadas por el sistema del título y el modo. Todo esto lo dejó advertido, tan concisa como acertadamente, Roca Sastre: pretender que en el artículo 34 LH la inscripción es constitutiva, implica confundir el contenido de los principios registrales de inscripción y de publicidad, llevando al primero lo que pertenece al segundo<sup>511</sup>. El adquirente protegido por la fe pública registral es mantenido en su adquisición, no porque ésta se siga legítimamente de su inscripción sino porque así lo exige la tutela de quien adquirió confiando en el Registro y publicando en el mismo su propia adquisición.

Aunque la lisa literalidad de la ley no sea siempre argumento definitivo ni suficiente, tampoco debemos terminar el tratamiento de este punto sin dejar señalado que en la redacción del artículo 34 LH todo apunta en la dirección que aquí hemos venido siguiendo. En él se habla de una adquisición realizada antes de ser inscrita, en la que el adquirente es *mantenido* una vez que la inscribe. La inscripción registral es, al mismo tiempo, posterior a la adquisición y requisito, en concurrencia con otros, de su amparo en Derecho<sup>512</sup>. La protección que depara el artículo 34 LH se dirige exclusivamente al «tercero», y, a través de la fe pública registral, es consecuencia del principio de publicidad; nada tiene que ver con el principio de inscripción, que, en su genuina expresión, gobierna el mecanismo absoluto de la adquisición, no tanto para su oponibilidad a terceros como para su misma existencia *inter partes*<sup>513</sup>.

### c') *La tesis de la inscripción convalidante o conformadora*

Aunque en los dos puntos anteriores hayamos ya excluido el valor excepcionalmente constitutivo de la inscripción registral en la

<sup>511</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 216: «Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral».

<sup>512</sup> Mantener, en el lenguaje jurídico (cfr. Diccionario RAE), es tanto como «amparar a uno en la posesión o goce de la cosa».

<sup>513</sup> Razón por la cual, siguiendo a LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 64, pensamos que en nuestro Derecho Inmobiliario Registral, más que de un principio de inscripción, habría que hablar, si acaso, del principio de no inscripción. Sobre ello, nos remitimos a lo dicho en *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales. Sistema español*, ADC 1995, esp. pp. 587-588, nota 183.

doble venta de cosa inmueble y en la adquisición registral *a non domino*, no podemos todavía dar por terminado este estudio sobre el valor de la inscripción en nuestro Derecho inmobiliario registral, ya que la doctrina, alternando las tesis ya combatidas y en patente proximidad con ellas, propone con frecuencia fórmulas más suaves que, potenciando también el valor de la inscripción pero sin atribuirle nominalmente alcance constitutivo, podrían presentarse como no incompatibles con nuestro sistema registral y más ajustada y fielmente explicadoras de la peculiar virtualidad que en él se atribuye a la publicación de los derechos en el Registro de la Propiedad. Aceptando –con muy discutible criterio, en nuestra opinión– la existencia de un «principio de inscripción» en nuestro Derecho, se dice a veces que, en razón de él, nuestra inscripción registral es «convalidante»<sup>514</sup>, «inmunizante»<sup>515</sup>, «complementaria»<sup>516</sup>, «constitutiva sólo respecto a terceros»<sup>517</sup> o «conformadora o configuradora de la eficacia real *erga omnes* del derecho real»<sup>518</sup>. ¿Qué pensar de estas formulaciones: constituyen efectivamente una acertada manera de precisar y afinar en la aplicación del principio de inscripción en nuestro Derecho, o son más bien, según las califica Roca Sastre<sup>519</sup>, deformaciones del mismo y desviaciones padecidas por nuestra doctrina en su terreno? La pregunta podría proponerse de forma más concreta y completa desdoblándola del siguiente modo: ¿es adecuada y suficiente la contraposición entre las formas extremas de la inscripción declarativa y constitutiva, o necesita ser completada introduciendo la posibilidad de un *tertium* peculiar e intermedio? Y, en el segundo caso: ¿cuál sería ese *tertium* en nuestro Derecho?

A la primera pregunta responde una buena parte de nuestra doctrina afirmando la necesidad de completar las variantes de la ins-

<sup>514</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 238 y ss.

<sup>515</sup> DE LA RICA: *Realidades y problemas en nuestro Derecho Inmobiliario Registral*, en el "L. H. a La Rica", C. N. de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1976, II, p. 646.

<sup>516</sup> DE CASSO: *op. cit.*, p. 143.

<sup>517</sup> SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, AUV, nn. 18-19, p. 9; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, RCDI, 1949, p. 290.

<sup>518</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 557-607.

<sup>519</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 214-215: «Desviaciones al principio de inscripción. La llamada inscripción convalidante.–De un tiempo a esta parte se ha ido formando una tendencia dirigida a encuadrar dentro del reducido campo del principio de inscripción en nuestro ordenamiento jurídico, ciertas concepciones o puntos de vista que más bien pertenecen al área privativa de otros principios hipotecarios. Entre estas concepciones o puntos de vista, que consideramos desviados, ocupa lugar preferente la que se ha dado por denominar *inscripción convalidante* [...] Consideramos importante estudiar estas, para nosotros, deformaciones [...]».

cripción registral introduciendo una forma intermedia entre la meramente declarativa y la rigurosamente constitutiva<sup>520</sup>; a ello apuntan evidentemente las formulaciones antes referidas. La variedad de éstas, a su vez, da idea de las diferencias existentes en la respuesta a la segunda pregunta. De todas formas, aunque algo promiscuamente a veces, dos son las variantes principales en la indicación del valor intermedio de la inscripción registral: la de la inscripción convalidante en interés del tráfico inmobiliario y al amparo de la fe pública registral<sup>521</sup>, y, más en general, la de la inscripción cuasi-constitutiva o conformadora del derecho real, en tanto que necesaria para la plena oponibilidad del mismo<sup>522</sup>. ¿*Quid*, de nuevo, sobre estas opiniones?

Nosotros ya hemos tenido que ocuparnos parcialmente de ellas, no sólo ahora, al negar valor constitutivo a la inscripción en la adquisición registral *a non domino* y en la doble venta, sino también con anterioridad (*supra* III, 2.<sup>o</sup>), al tener que fijar el sentido de algunos textos ambiguos de la Exposición de Motivos de 1861 y de Cárdenas sobre el valor de la inscripción en orden a la oponibilidad *erga omnes* del derecho inscrito. Si ahora tenemos que volver sobre el mismo problema, lo haremos con la mayor brevedad a nuestro alcance y centrando la atención en el específico aspecto aquí examinado. El grueso del problema se centra en este momento en encontrar la fórmula que, calificándola debidamente, exprese la exacta y completa utilidad de la inscripción en nuestro Derecho; una utilidad a la que no haría entera justicia su calificación como «declarativa». Ahora bien, en el tratamiento y solución de este problema pueden involucrarse

<sup>520</sup> Por todos, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 238-239: «Esta distinción [la clásica, entre inscripciones constitutivas y declarativas], que la doctrina tiende a someter a cierta revisión, es, sin duda, insuficiente para comprender todos los aspectos de la inscripción y debe ser completada, añadiendo otro término de transcendental valor en el sistema español: la inscripción convalidante».

<sup>521</sup> Destaca en esta línea el mismo SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 246: «La inscripción convalidante asegura los efectos *erga omnes* del derecho real y puede dar lugar al nacimiento del mismo en el momento de la protección del tráfico jurídico, privando de valor a los derechos no inscritos, asegurando al adquirente de que el transferente es verdadero dueño y otorgando el derecho real a quien sólo tiene a su favor una apariencia formal del mismo», y 249: «En el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional y la necesidad de la tradición; en el momento de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real [...]».

<sup>522</sup> Tesis defendida principalmente por DE LA RICA (la proponía ya en *Dualidad...*, cit., pp. 639: «El ciclo de la eficacia absoluta del derecho real de los inmuebles inscritos se cierra en España con la inscripción», y 642: «La constitución eficaz y plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito») y hoy continuada y desarrollada por GARCÍA GARCÍA: *op. et loc. ant. cit.*

cuestiones que interesa mucho deslindar y separar con todo cuidado. Hay, en efecto, que establecer cuál es el significado preciso y propio del «principio de inscripción», en cuyo ámbito sitúa nuestra doctrina la cuestión ahora propuesta. Y es menester también preguntarse si todo efecto seguido de la inscripción es materia perteneciente a este principio, y, más concretamente, si pertenecen a este terreno los que llevan a nuestros autores a repudiar la conceptualización de la inscripción declarativa o a sostener la necesidad de hacerla acompañar de alguna otra más rica para poder expresar adecuadamente el resultado que de la inscripción se puede llegar a obtener en nuestro Derecho.

En cuanto a lo primero: el principio de inscripción se refiere al papel atribuido a la inscripción en la mutación jurídico-real inscrita. Desde tal punto de vista dos han sido las posibilidades concretamente barajadas en los distintos sistemas legales: hacerla intervenir en su misma producción (inscripción constitutiva, propia de los sistemas de inspiración germánica) o dejarla fuera de ella, asignándole la función de publicarla una vez producida (inscripción declarativa, característica en los sistemas latinos)<sup>523</sup>. Se hablará entonces de «inscripción constitutiva» diciendo que es tal *la que constituye el derecho real inscrito*, y reservando para la que se limita a publicarlo el calificativo de «inscripción declarativa».

En el anterior modo de hablar, apuntándose a un núcleo indudablemente cierto, se ha introducido algo de deslizamiento e imprecisión, tanto por exceso como por defecto, que, enturbiando la materia tratada, puede haber influido en las desviaciones de nuestra doctrina al tratar el principio de inscripción.

Por una parte, es abiertamente excesivo, en nuestra opinión al menos, decir que la inscripción es constitutiva *del derecho real* o configuradora del mismo<sup>524</sup>. Una cosa es que la inscripción deter-

<sup>523</sup> WEIRICH, H. A.: *Grundstücksrecht*, cit., p. 40: «Die Eintragung im Grundbuch, in Verbindung mit der Einigung, vollendet den Rechtswerb (§ 873 I BGB). Mit der Eintragung entsteht das Recht. Auch diese konstitutive Wirkung der Eintragung ist eine Besonderheit des deutschen Rechts und das Ergebnis einer langen Rechtsentwicklung über viele Stufen [...]. In den Länder des romanischen und des anglo-amerikanischen Rechtskreises gilt dagegen das Konsensualprinzip, d. h. die Rechtsänderung tritt regelmäßig bereits aufgrund des Vertrages zwischen den Beteiligten ein. Soweit dort die Eintragung in öffentliche Register vorgenommen wird, hat dies nur Beweisfunktion und dient dem Schutz gegen Dritte».

<sup>524</sup> Lo dice frecuentemente GARCÍA GARCÍA: *vid.*, e.c., *op. cit.*, p. 557: «[...] el que se ocupa del valor y de los efectos de la inscripción en relación con la existencia y configuración del propio derecho real»; 558: «[...] según el principio de inscripción, la inscripción es un elemento fundamental para la constitución plena o para la configuración del derecho real como tal [...] el principio de inscripción expresa el valor de la inscripción respecto a la configuración del derecho real»; 559: «[...] estamos ante lo que denominaremos inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la eficacia real "erga omnes" del derecho real [...] lo que no puede ser es que en un sistema hipotecario moderno la inscripción no tenga ningún valor en la configuración del derecho real» (cva.del.a.).

mine la mutación jurídico-real, y otra que constituya el derecho real o que entre a configurarlo. Determinar la mutación jurídico-real es intervenir necesaria y esencialmente en las vicisitudes relativas al nacimiento, transmisión o extinción de los derechos reales. En cambio, constituir o configurar el derecho real significa de suyo tanto como contribuir, también necesariamente, a su conformación esencial estática y abstracta. Desde luego esto segundo nunca lo hace la inscripción registral. La noción esencial del derecho real —limitada incluso la atención sólo al inmobiliario— no requiere el dato de la inscripción; trascendiendo por completo al Registro —también en los sistemas de inscripción constitutiva—, consiste tan sólo en el poder inmediato y directo en la cosa<sup>525</sup>. Mucho más contingente y limitadamente, la inscripción constitutiva se sitúa en una perspectiva dinámica, y, sin salir de ella, se ciñe a imponer la necesidad de la inscripción sólo para la vicisitud del derecho real inmobiliario consistente en su transmisión negocial *inter vivos*. Sacando a la luz este dato y situándolo en primera línea, puede apreciarse mejor el exceso en que se incurre al extender al derecho real y a su configuración esencial y abstracta lo que sólo es propio de su transmisión negocial. La inscripción constitutiva constituye o determina la transmisión del derecho, no el derecho transmitido. Observarlo y destacarlo puede ser de interés para superar los intentos de llevar la publicidad a la entraña conceptual del derecho real, y para aceptar sin frustración ni escándalo la idea de una inscripción declarativa, tal como se la ve plenamente admitida en los sistemas alemán y suizo para la publicación de las vicisitudes no negociales de los derechos reales inmobiliarios<sup>526</sup>.

Peca, en cambio, por defecto la terminología consagrada cuando denomina como «declarativa» al par antitético de la inscripción constitutiva. Es cierto que en esta segunda posibilidad la inscrip-

<sup>525</sup> No es este lugar adecuado para entrar en la polémica sobre la esencia del derecho real. Expusimos nuestra adhesión a la tesis clásica, y, de acuerdo con ella, explicamos la radicación de la oponibilidad *erga omnes* en la inherencia, en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 546-548.

<sup>526</sup> Para el Derecho alemán: MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht*, cit., p. 290: «Im formellen Grundbuchrecht erfolgt die Eintragung nicht nur in den Fällen, in denen sie rechtbegründende Bedeutung hat, sondern auch dann, wenn nur feststellende, berechtigende, sog deklaratorische Bedeutung in Frage kommt, also dann, wenn die formelle Rechtslage mit der materiellen Rechtslage in Einklang gebracht wird»; para el Derecho suizo, DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 7-8: «Ce principe de l'inscription (au sens d'opération au registre) comporte des exceptions. Des droits naissent et s'éteignent sans inscription. C'est ainsi qu'il y a des modes d'acquisition de plein droit de la propriété (art. 656 al. 2, 665 al. 2, 963 al. 2): occupation, succession, expropriation, exécution forcée, jugement). Et la propriété, comme les autres droits, peut aussi se perdre *ipso jure*, par exemple par la perte totale de l'immeuble (art. 666 al. 1, 734, 786 al. 1, 801 al. 1), par l'expropriation (art. 666 al. 2), par le décès de l'usufruitier (art. 749 al. 1). [...] L'inscription est alors *déclarative*».

ción registral no interviene en la producción de la mutación jurídico-real, pero su función en ella es más que pura y propiamente declarativa<sup>527</sup>; consiste en hacer jurídicamente cognoscible o publicar *erga omnes* la titularidad o vicisitud jurídico-real inscrita. Por esta razón nosotros hemos venido denominando «publicadora» a esta modalidad –la propia de nuestro sistema hipotecario– de inscripción registral. En todo caso, llámesela como se la llame, lo cierto es que, incluso en el sistema francés de publicidad meramente preclusiva, la calificación de la inscripción como declarativa se queda corta<sup>528</sup>. Por el solo hecho de haber sido publicado, el derecho inscrito resultará revestido de un *plus* de efectividad que, por provenir de la inscripción registral, denota una virtualidad de ésta superior a lo que de suyo sugeriría la expresión «inscripción declarativa»<sup>529</sup>, pero que, no obstante, por no arrancar del nacimiento o constitución de aquel mismo derecho, es ajeno al principio de inscripción. Esto último es lo que, entrando en el segundo punto antes distinguido, debemos examinar a continuación: si los efectos de la inscripción que llevan a nuestra doctrina a delimitar y plasmar una variante peculiar e intermedia entre los arquetipos recibidos pertenecen propiamente al ámbito del principio de inscripción.

En cuanto al valor «convalidante» de la inscripción en la adquisición registral *a non domino*, poco hay que añadir ahora a lo anteriormente dicho cuando tuvimos que ocuparnos del supuesto para excluir el carácter excepcionalmente constitutivo de la inscripción en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El mismo Sanz Fernández,

<sup>527</sup> FERRI: *op. cit.*, p. 10: «Noi preferiamo parlare di pubblicità pura anziché di pubblicità dichiarativa per non dare adito al dubbio che la pubblicità costituisca, come è stato affermato, una dichiarazione di scienza. La pubblicità non è dichiarazione di scienza in quanto il pubblico ufficiale non esprime un pensiero ma, come è stato giustamente rilevato, si limita a far tramite ad una dichiarazione altrui e così riproduce e raccoglie quanto altri dichiara».

<sup>528</sup> Cfr. MAZEAUD: *op. cit.*, p. 592: «En droit français, en effet, la publicité ne prouve nullement “l’existence du droit” premier publié; elle ne crée même aucune présomption en sa faveur; elle est “confortative et non constitutive de droit”».

<sup>529</sup> Se entiende por ello que ROCA SASTRE: *Transcendencia...*, cit., p. 597, aunque crítico, como ya vimos, respecto a la tesis de la inscripción convalidante, se refiera a nuestra inscripción declarativa en estos términos: «La inscripción en estos casos no dejará de ser de naturaleza declarativa, aunque no sea pura, sino calificada, porque ella *robustece* o *consolida* la adquisición del segundo comprador o ulterior adquirente [...]. Y aun en el caso de que fuese el primer comprador o anterior adquirente el que haya inscrito oportunamente su título, la inscripción en este supuesto será *confirmatoria* de su adquisición [...]» (cvas. del a.). Algo semejante puede verse en NAVARRO AZPÉTTIA: *op. cit.*, p. 551: «El valor jurídico de la inscripción registral en nuestro sistema podría decirse que es de la publicidad declarativa calificada, o reforzadora [...] la inscripción no sólo recoge, publica y declara lo nacido o constituido en el título inscribible, sino que lo confirma, corrobora o refuerza, haciéndole ganar estabilidad, y dándole cognoscibilidad legal, con una firmeza y fijeza frente a todos, y en beneficio de los favorecidos por la inscripción, que por la publicidad personal y directa no podría lograrse frente a extraños, contratantes de buena fe».

principal defensor de aquel valor «convalidante», se ocupó de destacar la diferencia entre tal valor y el de la arquetípica inscripción constitutiva alemana<sup>530</sup>, al mismo tiempo que, separándolo del principio de inscripción, no dejó de incardinarlo en el de publicidad<sup>531</sup>. En la misma idea ha abundado posteriormente García García: la inscripción registral contribuye en la adquisición registral *a non domino* a la sanación de un proceso adquisitivo patológico; pero el principio de inscripción se ocupa de la función de la inscripción en el mecanismo normal de transmisión y adquisición de los derechos reales inmobiliarios, no en sus formas defectuosas o anómalas<sup>532</sup>. Así es, indudablemente. Lo demuestra claramente el hecho de que en Alemania, donde el principio de publicidad convive con el de inscripción, el efecto sanante de la inscripción en la adquisición registral *a non domino* recubierta por la fe pública registral (§ 892 BGB) se entiende ser una aplicación y consecuencia del primero; algo ajeno, por tanto, al principio de inscripción<sup>533</sup>. Basta ver para comprenderlo que en tal adquisición, tan importante al menos como la de la adquisición sanada y protegida es la previa inscripción de la titularidad del transmitente.

Y, superando el caso más peculiar y específico de la adquisición registral *a non domino*, ¿qué decir del efecto general de la publicidad descrito negativamente por el artículo 606 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria<sup>534</sup>? Aquí, el efecto de la inscripción des-

<sup>530</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 246: «Este carácter constitutivo de la inscripción, derivado de la función convalidante de la misma, es completamente distinto del concepto de la inscripción constitutiva al modo alemán y suizo, que se acaba de referir. Debe, pues, tenerse en cuenta la separación de ambos conceptos, ya que de otro modo se puede incurrir en equivocaciones».

<sup>531</sup> SANZ: *op. cit.*, p., esp., 263: «Partiendo de la división de las inscripciones en declarativas, convalidantes y constitutivas, ya se ha visto que mientras las últimas se sitúan en el plano del nacimiento de las relaciones reales sobre inmuebles, las otras dos desenvuelven su actuación en el régimen de publicidad de los mismos».

<sup>532</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 557: «El principio de inscripción estudia los efectos de ésta en el campo de la normalidad del derecho real inmobiliario, en la vida normal del mismo. No estamos en la patología del derecho real, como ocurre en el ámbito del principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, [...]» (cva. del a.). Insiste en la misma idea en p. 564: «Así, la llamada “inscripción convalidante” de Sanz Fernández nos lleva directa y exclusivamente al aspecto de la patología jurídica (la “convalidación” propia del principio de fe pública registral), y no a la normalidad jurídica del principio de inscripción».

<sup>533</sup> Cfr. STAUDINGER-ERTL: Vorbem zu §§ 873-902, Rz 23: «Der Eintragungsgrundsatz (Buchungsprinzip) dient der “Sichtbarmachung” dinglicher Rechte. Er veranlaßt die Beteiligten im eigenen Interesse (Antragsprinzip; § 13 GBO), die notwendigen Eintragungen im Grundbuch vollziehen lassen. [...] Nach den Publizitätsgrundsatz nimmt die Eintragung eines dinglichen Rechts dem Rechtsinhaber die Beweislast ab (§ 891), schützt den redlichen Rechtsverkehr mit Grundstücken und dinglichen Rechten durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) und veranlaßt die Beteiligten, ein unrichtiges Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage wieder in Einklang bringen zu lassen (§ 894)».

<sup>534</sup> En la misma línea, como paralelos a estos preceptos, invoca GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 593-595, los artículos 11, 13, 69, 97, 114, 115, 140, 142, 225 y 313 LH.

borda ya la hipótesis de un concreto y especial supuesto adquisitivo y se sitúa en el plano general del normal funcionamiento del derecho real inmobiliario<sup>535</sup>. ¿Obtendrá éste del Registro su propia oponibilidad *erga omnes*, de formal tal que, al ser dicha oponibilidad nota definitoria del derecho real, haya finalmente de admitirse que sin inscripción registral no llega a haber verdadero y eficaz derecho real? De ser así las cosas, estaríamos moviéndonos, efectivamente, dentro del campo del principio de inscripción, y afirmando, sin exceder sus límites, que para que el derecho real llegue a desplegar la plenitud de efectos latente en su noción esencial es necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad. Curioso resultado éste: la fórmula legal indicadora del efecto de la publicidad registral —*no perjudicar a tercero*—, adoptada justamente para negar la intervención de la inscripción en el nacimiento y existencia del derecho inscrito, se volvería ahora contra su propia y principal inspiración, y, en lugar de denotar una forma de inscripción ni esencial ni obligatoria, nos pondría ante el dato insoslayable de una publicidad necesaria, *velis nolis*, para la conatural existencia del derecho real. Estaríamos, en tal caso, ante la tesis de la inscripción conformadora o configuradora del derecho real, contra la que, en nuestra opinión, militan poderosas razones.

La primera y más importante: que la fórmula legal *no perjudicar a tercero*, ni en sí misma ni en el contexto del ordenamiento, puede interpretarse como expresión de la idea de que sea la inscripción quien dé al derecho real inscrito la nota de su esencial oponibilidad. Aquí es necesario afinar y poner las cosas exactamente en su sitio. La verdadera relación entre inscripción y oponibilidad no consiste en que la inscripción dé positivamente la oponibilidad al derecho real, sino en que la omisión de la inscripción impide al derecho real desplegar expeditamente la oponibilidad que por su propio con-

---

<sup>535</sup> Hemos visto ya cómo lo destaca así GARCÍA GARCÍA delimitando el espacio propio del principio de inscripción: *op. cit.*, pp. 557-558: «El principio de inscripción estudia los efectos de ésta en el campo de la normalidad del derecho real inmobiliario, en la vida normal del mismo. *No estamos en la patología del derecho real*, como ocurre en el ámbito del principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino en el aspecto del valor y efectos de la inscripción en la existencia y formación del derecho real, es decir, *en la vida normal del mismo, en su nacimiento y en su consolidación*» (cvas. del a.). Aunque llama la atención lo sostenido más adelante por el mismo autor, p. 560, donde afirma: «Pero en cualquier caso, ha de caracterizarse el “principio de inscripción” como aquel según el cual la inscripción es elemento que contribuye de una u otra forma a la configuración o conformación del derecho real como tal, con plena eficacia *erga omnes*. La inscripción de mero efecto declarativo o informativo puede quedar como una figura excepcional para ciertas clases de inscripciones, a estudiar en la Parte Especial del Derecho Hipotecario en relación con algún supuesto concreto», añadiendo en nota 4: «Por ejemplo, en ciertas adquisiciones que no sean por negocio jurídico».

cepto naturalmente le corresponde<sup>536</sup>. Porque conceptualmente es así, y porque nuestra legislación civil e hipotecaria respeta esa concepción esencial, la existencia y transmisión del derecho real *inter partes* se produce con total independencia de la inscripción registral, y con igual independencia el derecho real así existente y transmitido puede oponerse a cualquier tercero, salvo que éste lo tenga adquirido e inscrito<sup>537</sup>, de buena fe<sup>538</sup>, a su favor. La expresión, pues, *no perjudicar a tercero*, lejos de apoyar la tesis de la inscripción dadora de oponibilidad y, por tanto, configuradora del derecho real, da idea de un derecho real ya existente incluso para tal tercero –sin existencia es impensable el perjuicio que se trata de impedir–, pero recortado u obstaculizado en su proyección frente a él cuando así lo exigen las razones que llevaron a la creación del Registro de la Propiedad.

<sup>536</sup> Lo advierte en la doctrina francesa con exactitud y rigor LEVIS: *L'opposabilité...*, cit., p. 202: «[...] la constitution ou le transfert de droit réel sont, originairement, de plein droit opposables à tous, même à ceux qui n'en ont pas eu connaissance. Les dangers d'une solution aussi radicale ont conduit à instaurer un système de nature à avertir les tiers: à l'origine, la publicité foncière est une mesure de police. Mais pour atteindre ce but il fallait que la loi l'amène à l'assortir d'un mécanisme de contrainte: le défaut de publication est sanctionné par la déchéance de l'opposabilité originaire de l'acte; la mesure de police se double d'une institution civile. A l'inverse, l'acte régulièrement publié conserve la pleine opposabilité qui était la sienne dès l'origine: celle-ci n'est pas un bienfait de la loi ni un effet de la transcription ou de la publication. Ce n'est qu'apparence si l'opposabilité du droit semble renforcée par la publication – il suffit de dire que, du fait de cette présomption, elle n'est pas diminuée».

<sup>537</sup> LACRUZ: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 198-199: «No surtir efectos contra tercero es una expresión peculiar, convencional, que no debe interpretarse literalmente. El negocio no registrado es válido, no sólo entre las partes contratantes, sino, en principio, frente a todos: todos tienen que respetar la propiedad del que ha comprado la finca y no ha inscrito su adquisición; el dueño de la finca, aun no tomada razón de su título, adquiere los frutos, paga las contribuciones, etc. La única excepción a esa regla general de eficacia del acto y el derecho no registrados, se produce cuando entran en conflicto con otro inscrito en el Registro a favor del llamado *tercero*, ante el cual tienen que ceder, porque no pueden surtir efectos contra tercero. [...] Tercero es en ella [en la regla típicamente latina según la cual los derechos no inscritos no perjudican a tercero] quien habiendo inscrito en el Registro, está protegido por él de tal modo que no pueden oponérsele los titulares anteriores no inscritos» (cva. del a.).

<sup>538</sup> Tenemos que remitirnos aquí a lo antes dicho sobre la necesidad de buena fe en el comprador posterior que se adelanta en la inscripción (arts. 1473 CC y 32 LH). Sobre la necesidad y contenido de tal buena fe nos parece significativo que GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 605-607, interpretando que el dualismo hipotecario impone la distinción entre la buena fe de los artículos 34 (desconocimiento de la realidad no inscrita) y 32 (ausencia de fraude) de la Ley Hipotecaria, termine circunscribiendo la buena fe propia del artículo 32 (buena fe que actúa como límite de eficacia de la inscripción conformadora) del siguiente modo: «No hay inconveniente en interpretar [...] que el fraude no consiste únicamente en realizarlo, sino que también comprende la situación de "conocimiento en realizarlo" (*consciens fraudis*). Por tanto, aunque debe excluirse el requisito de la "buena fe-desconocimiento" para el tercero del artículo 32, debe incluirse en el requisito de la "buena fe-fraude", no sólo la actuación directa de fraude y la complicidad en el fraude ("*consilium fraudis*"), sino también la situación de "conocimiento del fraude", ya que el que conociendo un fraude, realiza un acto está siendo cómplice en el fraude» (cva. del a.).

Contra la tesis de la inscripción conformadora o configuradora de la plena eficacia del derecho real confluyen, en segundo lugar, dificultades insuperables de orden lógico que, provenientes de frentes diversos aunque partiendo siempre de la búsqueda de un espacio intermedio lógicamente imposible, terminan por concentrar en ella la confusa maraña de varias contradicciones.

Imposible es el espacio intermedio entre la inscripción constitutiva y la declarativa, si se atiende al significado de una y otra según comúnmente se las entiende; y, sobre la base de tal imposibilidad, imposible resulta igualmente el intento de mantener en el campo del principio de inscripción, sin invadir el propio del de publicidad, una variedad de la inscripción registral que, aunque sin influir, según se dice, en el nacimiento del derecho real publicado (lo que la convertiría en constitutiva), llega a configurarlo o conformarlo plenamente en su más peculiar eficacia: en su eficacia real<sup>539</sup>. En la referencia a esa configuración o plena conformación del derecho real, distinta y posterior a su nacimiento, se introduce inadvertida pero efectivamente una fuga a terrenos del principio de publicidad que inevitablemente termina por dar la cara cuando a la inscripción conformadora se le atribuye la virtud de *consolidar* el derecho real publicado<sup>540</sup>. Pero bajo el fallo de este deslizamiento de un principio a otro subyace otro imposible lógico-conceptual más hondo y más grave: pensar que es posible la distinción entre el nacimiento y la plena conformación del derecho real, como si pudiera considerarse nacido como derecho real un derecho que careciera de las

<sup>539</sup> La idea aparece ya en DE LA RICA: *Dualidad legislativa...*, cit., p. 642: «La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito». La constituye en centro de su concepción GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 558: «[...] según el principio de inscripción, la inscripción es un elemento fundamental para la constitución plena o para la configuración del derecho real como tal, sin la cual el derecho real o no existe o no está configurado en su plenitud»; 559: «Por nuestra parte, defendemos el “principio de inscripción”, pero bajo la idea de que la inscripción representa un importante papel en la mutación jurídico-real inmobiliaria, sea por la vía de la inscripción constitutiva en los supuestos ciertamente excepcionales pero muy importantes en que se admite (hipoteca y otros), o sea, por vía de la inscripción “conformadora” de la plena eficacia real “erga omnes” [...] En el segundo caso, estamos ante lo que denominaremos inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la eficacia real “erga omnes” del derecho real, es decir, ante una especie de inscripción constitutiva respecto a terceros»; 565: «La segunda, la inscripción conformadora, configuradora, constitutiva respecto a terceros o cuasiconstitutiva, sería la regla en nuestro sistema, aplicable a todos los supuestos en general»; 584: «Por tanto, la inscripción no es “meramente declarativa”, sino conformadora de la plenitud de eficacia del derecho real”...» (cva. del a.).

<sup>540</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 557-558: «No estamos en la patología del derecho real [...], sino en el aspecto del valor y efectos de la inscripción en la existencia y formación del derecho real, es decir, en la vida normal del mismo, en su nacimiento y en su consolidación» (cva. del a.).

notas que esencialmente configuran como real al derecho subjetivo; o como si la aportación de un elemento esencial pudiera considerarse mero complemento del ser por él constituido, posterior a su nacimiento y simplemente configurador del mismo. Así ocurre, claramente, cuando se dice que basta la nota de la inmediatez del poder en la cosa para dar vida al derecho real, y que la oponibilidad *erga omnes* es nota adventicia que éste recibe con la práctica de su inscripción<sup>541</sup>. No es cuestión de volver a repetirlo, pero la oponibilidad del derecho real es proyección natural e inmediata de su inherencia a la cosa; lejos de ser nota contingente, es componente esencial del derecho real, propiedad del mismo en razón de su concepto e independiente, de suyo, de la inscripción como particularmente se revela en el régimen de los derechos reales patentes.

En la tesis, pues, de la inscripción conformadora o configuradora nos parece lógicamente vicioso: de una parte, distinguir entre el nacimiento y la plena configuración del derecho real cuando ésta se pone en la aportación al mismo de un dato perteneciente a su esencia; de otra, atribuir carácter solamente configurador o conformador no esencial a la inscripción cuando se la entiende aportadora de lo que en realidad es elemento necesario para la existencia misma o para el nacimiento del derecho real. En el fondo, la idea de la inscripción conformadora se mueve entre la aporética idea del derecho real relativo y el atractivo de una inscripción reforzada en su significado y eficacia hasta su práctica conversión en inscripción constitutiva<sup>542</sup>. A veces se la califica como «constitutiva en cuanto a ter-

<sup>541</sup> DE LA RICA: *op. cit.*, p. 639: «El ciclo de la eficacia absoluta del derecho real de los inmuebles inscritos se cierra en España con la inscripción. Y entonces, sólo entonces, con o sin tradición, el derecho real es eficaz frente a terceros e incluso *inter partes* [...]». GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 560: «La inmediatez la tiene el derecho real con la tradición [...]. Pero cuando verdaderamente se justifica y explica la necesidad del principio de inscripción es cuando se estudia la nota de “absolutividad” del derecho real. Un derecho real produce efectos *erga omnes*. Pues bien, sólo puede considerarse que estos efectos se dan con plenitud cuando se ha producido la inscripción. Antes el derecho real queda a medio camino. Sólo hay plena absolutividad, sin límites, cuando hay inscripción»; 584: «El fundamento doctrinal de esta posición la [*sic*] hemos centrado, según hemos visto anteriormente, en la esencia misma del derecho real y concretamente en la nota de absolutividad o eficacia “*erga omnes*” del mismo, que sólo puede considerarse plena y sin límites una vez obtenida la inscripción» (cva. del a.).

<sup>542</sup> Cfr., en la doctrina italiana y para planteamientos paralelos, FERRI: *op. cit.*, pp. 13-15: «Questa opinione, che si potrebbe chiamare eclettica è, a nostro avviso, affetta da un'intima contraddizione. Con essa, mentre da un lato si tiene fermo come verità indiscussa il principio dell'efficacia reale del consenso legittimamente manifestato, dall'altro lo si destrugge col riconoscere che il diritto trasferito col semplice consenso non è opponibile a tutti e quindi manca del principale requisito della realtà. [...] Anche queste recenti opinioni, che vengono a colpire a morte la dichiaratività della trascrizione, attribuendo ad essa, almeno in certi casi, una funzione pari a quella propria della iscrizione o addirittura mag-

ceros»<sup>543</sup>; como si los terceros pudieran quedar fuera de cualquier consideración adecuadamente referida al derecho real<sup>544</sup>.

Por último, hay que añadir, la tesis de la inscripción conformadora o configuradora es, a nuestro juicio, innecesaria. Decimos esto saliendo al paso de la opinión que actualmente trata de sustentarla en su necesidad como condición de utilidad del sistema hipotecario. Planteando un fallido dilema<sup>545</sup>, viene hoy a decirse que la inscripción o algo significa para la configuración del derecho real, o no sirve de nada; que la idea de la inscripción meramente declarativa constituye un tópico antihipotecario<sup>546</sup>, contrario a todo sistema moderno de publicidad registral<sup>547</sup>. Hay que negarlo. La inscripción, sin necesidad de ser constitutiva ni cuasi-constitutiva para terceros, puede ser útil —efectivamente lo es— con esa utilidad que, justamente por provenir del principio de publicidad, y no del de inscripción, nos ha permitido venir hablando para nuestro Derecho

---

giore, e togliendo così al nostro sistema di pubblicità immobiliare quello che è, secondo quanto si è visto, il principale elemento di differenziazione dai sistemi germano-austriaci, no si sottraggono a una facile critica [...]. O l'efficacia reale trova la sua causa efficiente nel solo consenso, ed allora questo dovrebbe sempre ed in ogni caso bastare a produrla; o il consenso non basta se no è accompagnato dalla trascrizione, ed allora bisogna riconoscere a quest'ultima, in ogni caso, una natura costitutiva».

<sup>543</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 588: «[...] Por eso, decimos que se trata de una inscripción cuasiconstitutiva, es decir, constitutiva respecto a terceros, en un doble sentido: en el de que el titular de un derecho real no inscrito no puede oponerlo ni perjudicar al titular inscrito y en el de que el titular de un derecho real inscrito puede oponerlo contra todo el mundo, con plena eficacia *erga omnes*. Este es el sentido de la inscripción cuasiconstitutiva, conformadora, configuradora o constitutiva respecto a terceros».

<sup>544</sup> Vienen aquí inevitablemente al recuerdo las conocidas expresiones de CARRETERO: *Retornos al Código Civil*, II, RCDI 1965: «la figura del tercero es necesaria consecuencia de esa tercera dimensión del derecho real que le coloca en la geometría jurídica del espacio» (p. 78); «los terceros, que en el derecho real no son coro, sino protagonistas» (p. 79).

<sup>545</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 564: «En definitiva, la inscripción no puede ser "meramente declarativa" porque, o significa algo para el derecho real respecto a su configuración, formación o conformación, o no significa nada, pero en este último caso se trataría de un concepto inexistente, negativo, vacío, antihipotecario»; 583: «[...] Llegamos a la conclusión de que si el valor de la inscripción en nuestro sistema no es "la nada", sino que, por el contrario, representa "algo" en la conformación o configuración plena del derecho real como tal, ese "algo" es precisamente el ser una "inscripción que configura o conforma plenamente el derecho real como tal, con su nota de absolutividad o eficacia 'erga omnes' total"» (cva. del a.).

<sup>546</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 561-564, esp., p. 563: «Con la inscripción meramente declarativa no estamos en el principio de inscripción, sino en el tópico antihipotecario de la no inscripción, que, como un lugar común, se viene repitiendo sin darse cuenta que no significa absolutamente nada respecto al valor de la inscripción en nuestro sistema» (cva. del a.).

<sup>547</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 559: «[...] pero lo que no puede ser es que en un sistema hipotecario moderno la inscripción no tenga ningún valor en la configuración del derecho real»; 563: «Es el principio de no inscripción, o el principio de inscripción no constitutiva, que como concepto negativo es inoperante, y además, supone la negación de un sistema registral moderno en consonancia con el concepto y efectos del derecho real inmobiliario» (cva. del a.).

de una inscripción «publicadora». En nuestro ordenamiento inmobiliario los derechos reales se constituyen y nacen fuera del Registro; el Registro, de acuerdo con su propia función, se limita a darles publicidad. Y es por los efectos de dicha publicidad por lo que se justifica el Registro y las inscripciones que en él se practican. Una publicidad que, como tal, no tiene por qué confundirse con el hecho de la existencia ni con el momento constitutivo del derecho real; mucho menos si se tiene en cuenta que la publicidad registral, a diferencia de la que naturalmente se sigue de la posesión, es una forma artificial y contingente de publicidad, que, como extraña de suyo al concepto y existencia del derecho publicado, no puede identificarse con él ni ser adecuada y connaturalmente llevada al mecanismo de su constitución y transmisión.

Es cierto que la inscripción asegura la efectividad del derecho inscrito, en cuanto remueve el obstáculo que a su oponibilidad podría interponerse por razón del desconocimiento inculpable que de su existencia pudiera tener el tercero afectado. Es cierto, también, que la publicidad, provocando la adquisición de buena fe y acogiéndola en el Registro (art. 34 LH), o sólo acogiéndola cuando no hay previa inscripción (art. 32 LH), interviene colaborando en la adquisición dándole una efectividad que sin ella no habría obtenido. Pero estos efectos –los que principalmente dan razón de la utilidad del Registro– pertenecen a terrenos distintos a los del principio de inscripción; justo porque en nuestro ordenamiento existencia del derecho real y publicidad registral del mismo se consideran cosas distintas, la segunda se mantiene al margen del mecanismo adquisitivo regular de los derechos reales, y éstos pueden perfectamente existir y perjudicar sin inscripción a los terceros conocedores de su existencia. Admitiendo, como no puede ser menos, que el derecho inscrito recibe de la inscripción importantes ventajas, lo que no cabe decir es que en nuestro ordenamiento el derecho real no puede nacer y ser tal sin el auxilio de la inscripción. Esto basta para residenciar en su debido lugar los efectos de la inscripción haciéndolos compatibles con el sistema de adquisición extra-registral consagrado en nuestro Derecho de Cosas e Inmobiliario Registral.

d') *El problema de la llamada «dualidad legislativa»:  
su revisión y crítica*

La crítica a los diferentes intentos doctrinales de explicar –o reforzar– el valor de la inscripción llevando sus efectos al momento del nacimiento del derecho real o al de su considerada plenificación

constitutiva *quoad tertios*, exige, a modo de colofón o cierre, proceder a la revisión del tan traído y llevado problema de la dualidad legislativa introducida por el régimen de la publicidad registral en nuestro ordenamiento de la propiedad inmobiliaria. En efecto, arrastrada por el carácter declarativo y voluntario de la inscripción —se dice— y favorecida por el prestigio de la Exposición de Motivos de 1861<sup>548</sup>, la idea de tal «dualidad legislativa», repetida una y otra vez en la doctrina<sup>549</sup>, ha terminado por convertirse en un lugar común que, pese a contar con alguna forma de respaldo oficial<sup>550</sup>, necesita ser sometido a crítica y debidamente aquilatado: ¿es rigurosamente exacto que en materia inmobiliaria se produce esa dualidad de régimen que tan frecuentemente se denuncia por los autores? Y, de ser afirmativa la respuesta —o aun no siéndolo: si, aunque no sea ésa, alguna otra forma de dualidad se produce— ¿es ello tan censurable como generalmente se considera<sup>551</sup>?

<sup>548</sup> *Vid.*, e. c., p. 237: «Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el antiguo derecho»; p. 253: «Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio»; pp. 269-270: «El heredero por la muerte del testador entra a ocupar su lugar, es la continuación jurídica de su persona; pero aunque por una ficción de la ley se entiende traspasado a él el dominio de los bienes hereditarios, esta transmisión depende del hecho de la aceptación, de que las cosas no se hayan legado determinadamente a alguno, y de la inscripción según los principios del proyecto, cuando se trata de perjuicios que puedan resultar a un tercero».

<sup>549</sup> Se la encuentra ya en MANRESA: *Comentarios...*, V, 4.ª ed., Madrid 1921, pp. 13-14: «[...] una gran masa de la propiedad no resulta inscrita [...]. Si lo fuese, no lo dudamos, el Código estimaría como única forma de verdadera tradición respecto a bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, la inscripción en el Registro de la Propiedad. No siendo obligatoria, el Código, en un caso de duda (art. 1473), da preferencia al título inscrito si lo hay; mas no habiéndolo, recurre a otros medios o a otros signos de preferencia. De aquí el dualismo en la legislación respecto a bienes inmuebles». En la doctrina posterior la tesis de la dualidad legislativa encuentra su más significado exponente en el trabajo de DE LA RICA: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario* (RCDI 1950), ya tantas veces citado.

<sup>550</sup> Nos referimos, obviamente, a la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre reforma de la Ley Hipotecaria: «Cierto es que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos. Pero ínterin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar, con esperanzas de éxito, las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo».

<sup>551</sup> Lo más frecuente en la doctrina es que el tan manido dualismo inmobiliario se censure como grave defecto de nuestro sistema. Así puede verse, e. c., en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 270: «El carácter voluntario de la inscripción produce necesariamente una dualidad en el régimen jurídico inmobiliario. Este es precisamente el mayor inconveniente del sistema»; COSSÍO: *op. cit.*, p. 15: «Así tenemos que muchos países, como Francia e Italia, aún no han superado el régimen rudimentario de la transcripción, y otros, como España, adoptan el patrón germánico, aunque evitando el llegar a sus últimas consecuencias, ofreciendo el panorama de un ordenamiento doble de la propiedad y de los derechos reales, que da lugar a serias dificultades en la práctica, al entrar en colisión los principios civiles con los propiamente hipotecarios»; DE CASSO: *op. cit.*, pp. 83-84, criticando la reforma de 1944: «Esta línea [la de inspirarse en la organización del Registro en Alemania y Suiza], sin embargo,

Por lo que hace a la primera pregunta hay que comenzar advirtiéndole que sólo muy groseramente podría tratar de fundarse la dualidad de que aquí nos ocupamos en la existencia separada en nuestro ordenamiento de la Ley Hipotecaria, por una parte, y del Código Civil, por otra. Aunque, por razones históricas de todos conocidas, una y otro constituyan cuerpos normativos separados, lo cierto es que ambos, *teniéndose mutuamente en cuenta, se integran perfectamente entre sí formando un bloque regulador unitario*<sup>552</sup>. El Preámbulo del Real Decreto por el que se mandó adelantar la redacción de la Ley Hipotecaria, y la Exposición de Motivos de 1861 no dejan lugar a dudas en este punto<sup>553</sup>; y Oliver lo dejó expresado con toda claridad y exactitud al calificar a la Ley Hipotecaria como una ley

fue rota, como lo confiesa y aún proclama Sanz, por la Comisión redactora, para abrir una "nueva senda": la de mantener y perfeccionar un pretendido sistema registral *español*, que, al parecer, consiste en dar por bueno, y aun por óptimo, el tan censurado dualismo introducido por el C. C., y el consiguiente divorcio entre el mismo y la L. H. en orden a la adquisición del dominio y al nacimiento de las demás acciones reales sobre ellos [...]» (cva. del a.). Lo justifica, en cambio, como necesario, DE LA RICA: *op. cit.*, pp. 627: «Los civilistas que así lo creen y así lo pregonan [que el Código Civil es la Ley fundamental de nuestro ordenamiento inmobiliario] han olvidado, por efecto de la lejanía, la génesis histórica de la legislación especial inmobiliaria que vino a sustituir en el pasado siglo al Derecho antiguo, condenado por la ciencia y por la opinión, y que creó, al ser promulgada, una *efectiva y necesaria* dualidad normativa en cuanto a la propiedad inmueble: diferenciando netamente la inscrita de la no inscrita y las relaciones *inter partes* de las relaciones jurídicas respecto de tercero» (*subs. del a.*). En sentido parecido, el discurso de AUNÓS en defensa del proyecto de Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria, Justicia, separata del núm. 12, *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, p. 10: «No cabe duda que nuestro sistema permite la coexistencia de dos formas de propiedad: la inscrita y la no inscrita [...]. Pero no olvidemos que esta distinta nomenclación es inevitable en cuantos casos se admite la doctrina de las apariencias jurídicas».

<sup>552</sup> Para la relación entre Código Civil y Ley Hipotecaria, *vid.* GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 315-335.

<sup>553</sup> Decía el Real Decreto de 8 de agosto de 1855: «Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las leyes hipotecarias [...]. Hubieran, sin duda estas consideraciones provocado hace ya tiempo la reforma de no haberse creído que el Código Civil era el lugar más oportuno para verificarla, y nada habría que oponer a este aserto si la complicación inevitable de la obra y las difícilísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de las leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía, permitiera llevar en breve término a las Cortes el proyecto de Código Civil. Pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio [...]. Una Ley especial, a cuyo progreso se dedique con preferencia la Comisión que V. M. tiene nombrada para formular el Código Civil, satisfará necesidad tan apremiante, sin que este pensamiento altere de modo alguno el de la formación de los Códigos; no haciendo más que anteponer, por especiales y poderosos motivos, lo que por de más urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos». A su vez, la E. M. de 1861, p. 239: «Si la legislación hipotecaria estuviera comprendida en un Código Civil cuyas partes guardasen entre sí la unidad y correspondencia necesarias, sin duda muchas de las disposiciones que están escritas en el proyecto no se encontrarían en el título del Código consagrado especialmente a las hipotecas, sino que estarían diseminadas en toda la obra. Si existiendo un Código Civil homogéneo en todas sus partes, se tratara para completarlo de establecer una ley especial de hipotecas, tampoco sería necesario dar tanta extensión a la obra; en el Código Civil se encontraría considerable número de las disposiciones a que se da cabida en el proyecto [...]. Pero nada de esto sucede: [...]».

civil de naturaleza civil<sup>554</sup>, y carácter especial, advirtiendo el preciso sentido de tal especialidad: no significa que la Ley Hipotecaria, dentro del Derecho Civil, establezca una regulación excepcional, sino, simplemente, que la Ley Hipotecaria es una ley civil de contenido limitado o parcial<sup>555</sup>; una ley dictada «para poner en ejecución una parte del Código Civil<sup>556</sup>». Así entendida la relación entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria, no puede, obviamente, hablarse de dualidad legislativa si por ésta se entiende dualidad de régimen o contenido regulador, y no de fuente formal reguladora.

No tan evidentes son las cosas cuando el planteamiento se trae más precisa y reflejamente al plano del contenido regulador. La voluntariedad de la inscripción, y su carácter declarativo permiten la coexistencia en nuestro Derecho de una propiedad inscrita frente a otra no sometida a inscripción. Aunque se diga –con una dosis de simplificación tan grande que nos devuelve otra vez a la anterior forma de entender la dualidad legislativa– que la primera se somete a la Ley Hipotecaria mientras que la segunda se reserva al Código Civil, lo que ahora nos interesa destacar es que desde este segundo punto de vista la diferencia reguladora consistiría principalmente en que para la transmisión de la propiedad inscrita la inscripción jugaría el papel confiado a la tradición en la teoría del título y el modo. Sintetizando y tratando de marcar las diferencias se vendría a decir que la dualidad legislativa consiste en que en nuestro Derecho son posibles dos formas distintas de propiedad inmobiliaria: la no inscrita, que, sustentándose exclusivamente en el Código Civil –concebido éste pensando en la relación *inter partes*– se gobierna por el sistema del título y el modo; y la inscrita, que, acogándose a la Ley Hipotecaria –ley de terceros– se adquiere y transmite mediante título e inscripción<sup>557</sup>.

<sup>554</sup> OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892, p. 409: «La Ley Hipotecaria española es el conjunto sistemático de preceptos de naturaleza civil, comunes a toda la Nación [...]» (cva. del a.).

<sup>555</sup> OLIVER: *op. cit.*, p. 372: «Es, finalmente, *especial* o con más exactitud, *parcial*» (cvas. del a.).

<sup>556</sup> OLIVER: *op. cit.*, p. 406.

<sup>557</sup> Con variantes, pero sustancialmente en el sentido del texto: VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema...*, cit., pp., esp., 316: «Hay quien sigue razonando, queriendo o sin querer, como si estuviésemos en el régimen de las Partidas; sin darse cuenta de que nosotros tenemos hoy dos regímenes de la propiedad inmobiliaria: uno, de derechos relativos, que regula el Código Civil, y otro, de derechos absolutos, *erga omnes*, que regula la Ley Hipotecaria. Los derechos relativos los regula el Código Civil en el supuesto de que no sean inscritos, ya que la inscripción es potestativa, pero están siempre afectos a la condición resolutoria que pende por razón de la protección del tercero protegido por la Ley Hipotecaria»; DE LA RICA: *op. cit.*, p. 631: «Ante la dualidad legislativa, según que se trate de inmuebles inscritos en el Registro o de inmuebles no inscritos, la prelación de los dos tex-

A nuestro modo de ver, es muy claro que tampoco en este segundo sentido puede hablarse fundadamente de dualidad legislativa. Sin tener que volver sobre puntos ya tratados, baste ahora recordar que la Ley Hipotecaria respeta y presupone como suyo el sistema transmisivo del título y el modo, cuya consagración corresponderá al Código Civil; y que éste, a su vez, asume como propio el efecto frente a terceros de la inscripción registral, tal como con extensión y detalle lo regula la Ley Hipotecaria. Esto segundo resulta con toda evidencia no sólo de la remisión global del Código Civil a la Ley Hipotecaria en la materia por ella regulada (arts. 605-608 CC), sino también de la numerosa serie de remisiones a la misma siempre que, de acuerdo con ella y en las diferentes materias de que en concreto se trate, hayan de dejarse a salvo los derechos de terceros (arts., e.c., 192, 214, 462, 647, 975, 977, 1124, 1333, 1510, 1537, 1549, 1571, 1880). Lo primero –la aceptación del sistema del título y el modo por la Ley Hipotecaria como mecanismo normal de adquisición y transmisión extra-registral de los derechos por ella publicados– consta con igual evidencia no sólo de la fórmula a través de la cual la misma Ley Hipotecaria expresa las consecuencias de la no inscripción –*no perjudicar a tercero*– sino, igualmente, de la exigencia en ella impuesta de la escritura pública como título necesario para la práctica de la inscripción. Tal escritura, al mismo tiempo que el documento fehaciente exigido por el principio de titulación auténtica (art. 3 LH), es, en palabras de De

---

tos legales aplicables no admite duda: para los primeros rige con preferencia absoluta la legislación especial hipotecaria, y sólo en lo no previsto por ella, el Código Civil; y para los segundos, el Código Civil o las legislaciones forales»; Id., repitiendo la misma idea en p. 642, donde añade: «La anticuada teoría del título y el modo [...] no rige ni puede regir la propiedad y derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 270-271: «Puede, por una parte, existir el doble régimen de la propiedad no inscrita y de la propiedad inscrita. El primero, el del Código Civil, se aplica íntegramente respecto de aquellos bienes inmuebles que nunca han tenido ingreso en el Registro. El segundo, el de la Ley Hipotecaria, se aplica íntegramente a los bienes inscritos. La diversidad de régimen es muy profunda y justifica el que se haya hablado en estos casos de diversas clases de propiedad. Mientras la propiedad no inscrita está sujeta al régimen de la más absoluta regularidad del tráfico y al imperio del apotegma *nemo dat quod non habet*, la inscrita se halla sometida al principio de la seguridad del tráfico, de la protección, a veces absoluta, de la apariencia jurídica, y en algunos casos no se aplica para ella dicho aforismo». HERMIDA: *La tradición y la inscripción...*, cit., p. 1507: «[...] podríamos sintetizar el Derecho inmobiliario español de la siguiente forma. En el Derecho español hay dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. La primera se rige preferentemente por la Ley Hipotecaria, y la segunda exclusivamente por el Código Civil (síntesis de Ramón de la Rica). La propiedad inscrita se puede adquirir al amparo de la fe pública registral, que es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre la inscripción (síntesis reformada de Morell). Creemos, por consiguiente, que ésta es la verdadera síntesis del Derecho inmobiliario español».

la Serna, «la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene en alguna cosa inmueble»<sup>558</sup>. El subrayado tipográfico del «en», tan característico e insistente en De la Serna, demuestra bien a las claras que a través del «título» a que se refiere el artículo 2 de la Ley Hipotecaria no se hace referencia sólo al contrato de finalidad traslativa (*título* en la teoría del título y el modo) que da derecho a la cosa, sino al mismo contrato y a su documentación mediante el otorgamiento de la escritura pública que, de no excluirse expresamente, equivale a la tradición (art. 1462 CC). Es que en nuestro sistema registral, inscribiéndose títulos, *eo ipso*, se publican derechos transmitidos y adquiridos mediante el sistema del título y el modo<sup>559</sup>.

Hay todavía una tercera forma de denuncia de la dualidad legislativa que, más que directamente a ésta, apunta a su consecuencia en la realidad que se considera doblemente regulada: la desintegración del dominio. El eclecticismo de nuestro Derecho inmobiliario, al conjugar el mecanismo clásico de adquisición de los derechos reales con la protección registral del tercero –dirá don Jerónimo González<sup>560</sup>, seguido después por otros importantes autores<sup>561</sup>– conduce fatalmente a la desintegración del concepto unitario y absoluto del dominio y a su sustitución por una cuádruple forma de propiedad: la contractual del adquirente frente al transmitente; la natural, *erga omnes* o frente a todo tercero que no sea el registral-

<sup>558</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 250.

<sup>559</sup> Hemos desarrollado más ampliamente este punto en *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...*, cit., pp. 521 y ss., esp., 537-544.

<sup>560</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios Hipotecarios*, cit., pp. 111-112. El texto, que a continuación se va a presentar resumido, dice literalmente así: «Como consecuencia fatal de este eclecticismo, el concepto unitario y absoluto del dominio se desintegra, y no sólo es posible, mejor dicho, frecuente, que un contratante sea dueño con relación al otro, sin que se entienda traspasado el dominio respecto a todos, sino que el goce exclusivo y la facultad de reivindicar, notas características de la propiedad, desaparecen de su definición para dejar paso franco a una cuádruple concepción: a) La propiedad contractual del adquirente frente al transferente; b) la propiedad natural que comprende el derecho a poseer (*jus possidendi*) y adquirir o reivindicar la posesión de cualquier persona no favorecida como tercero por el Registro; c) la propiedad meramente formal o del libro que faculta para enajenar y gravar, limitada por el caso a) o el caso b); y d) la propiedad perfecta por su fondo y registro, única que responderá al tipo clásico».

<sup>561</sup> Así, SANZ FERNÁNDEZ, quien, afirmando, con transcripción en nota del texto de J. González –*op. cit.*, pp. 270-271– que «la diversidad de régimen es muy profunda y justifica el que se haya hablado en estos casos de diversas clases de propiedad», limita, sin embargo a tres estas clases. Dice, en efecto –*op. cit.*, p. 247–: «Paralelamente a la función de título, tradición e inscripción, puede afirmarse que en nuestro sistema entran en juego tres posibles titularidades de los derechos reales: a) *Titularidad real*, llamada también por los autores material: es la que otorgan el título y la tradición. b) *Titularidad formal presunta*: es la que otorga normalmente la inscripción a todo titular inscrito. c) *Titularidad formal plena y absoluta*: es la que otorga la inscripción cuando entran en juego sus efectos convalidantes»; COSSÍO: *op. cit.*, p. 169, da por bueno el criterio de J. González y se limita a transcribir su texto.

mente protegido; la meramente formal o del libro que, aunque limitada por las anteriores, faculta para enajenar y gravar; y la propiedad perfecta por su fondo y registro, la única que responde al tipo clásico del dominio.

Ni en su detalle ni en su idea central puede aceptarse esta denuncia. La distinción entre la llamada propiedad contractual entre el adquirente y el transmitente y la natural *erga omnes*, salvo frente al tercero registral, carece de todo fundamento: entre el transmitente y el adquirente no hay forma alguna de propiedad hasta que no se produce la entrega<sup>562</sup>, y, una vez efectuada ésta, el adquirente es ya propietario *erga omnes*, con dominio pleno y perfecto<sup>563</sup>, aunque amenazado, mientras no se inscriba, de sucumbir frente al que sobre el mismo objeto haya podido adquirir el tercero protegido por el Registro. Igualmente inconsistente es la distinguida como propiedad formal o de libro: el Registro, por sí sólo, no fundamenta ninguna forma de propiedad real, aunque produzca una apariencia de ella, generadora de confianza protegible en los terceros de buena fe. Pero esto no es ninguna peculiaridad de la publicidad registral: lo mismo ocurre, sin necesidad de ella, cuando la propiedad se pone formalmente a nombre de quien no es el dueño en casos como los de las titularidades simuladas o fiduciarias; tan inconsistentes todas ellas —éstas y la registral— que carecen de toda efectividad tanto *inter partes* como respecto a todo tercero conocedor de su inconsistencia. Finalmente, en cuanto a la última forma de propiedad, la perfecta por su fondo y registro, baste recordar que, según lo ya varias veces dicho, el Registro, en la exacta comprensión de sus efectos, nada añade al contenido intrínseco del derecho que publica: publicándolo, se limita, en momento posterior al de su perfecta existencia, a remover el obstáculo que a su proyección *erga omnes* podría oponer —en justificada medida de protección del tráfico de buena fe— su desconocimiento inculpable por el tercero protegible. Para los terceros conocedores, aun sin inscripción, el dominio sobre inmueble inscrito sigue siendo el derecho absoluto que conoció la concepción clásica del dominio. Lo mismo vale decir respecto a

---

<sup>562</sup> «Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso», decía —p. 237— la E. M. de 1861.

<sup>563</sup> Cfr. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 243: «Fue nota esencial del régimen instaurado por la Ley de 1861, mantenido sin alteración hasta el presente, que la Ley Hipotecaria no modifica en forma alguna el sistema de Derecho civil. Por consiguiente, el derecho real que ha nacido con arreglo al Código en virtud del título, más la tradición, en su caso, produce plenos efectos [...]. El derecho real nace en virtud de los dos primeros elementos, y una vez que éstos existen y son perfectos produce plenos efectos». En el mismo sentido, el discurso de AUNÓS: *cit.*, p. 11: «En la nueva Ley, los derechos continúan naciendo perfectos fuera del Registro, y el título con la tradición serán suficientes para que las relaciones inmobiliarias surjan con plena eficacia».

terceros, en general, cuando se trata de propiedad sobre finca no inmatriculada.

Si la duplicidad de fuentes que supone la existencia separada del Código Civil y la Ley Hipotecaria, no introduce divergencia en la regulación del Derecho inmobiliario; si ni siquiera en la regulación conjuntada que contienen estas fuentes se establecen dos sistemas distintos para la adquisición y transmisión de la propiedad, según haya o no inscripción; si, por no ocurrir nada de lo anterior, tampoco se produce en nuestro Derecho esa desintegración que llevaría al dominio a su fragmentación en distintas propiedades separadas entre sí y relativas o valederas en perspectivas o relaciones diferentes, ¿qué es lo que realmente hay en nuestro Derecho y con tanta frecuencia provoca el espejismo de la «dualidad legislativa»?

Con todo acierto, en nuestra opinión, lo apuntó Lacruz y posteriormente lo ha formulado García García: no es que nuestro ordenamiento padezca de dualidad legislativa o de fuentes, sino que adecuadamente distingue entre situaciones o supuestos distintos de propiedad<sup>564</sup>. Lo que hay en nuestro Derecho son situaciones distintas de propiedad inmobiliaria, distinguidas en el bloque normativo integrado de consuno por el Código Civil y la Ley Hipotecaria atendiendo al dato de que se encuentre o no inscrita o publicada, y haciendo depender de esta circunstancia –no absolutamente considerada sino poniéndola en conexión con la buena fe de los terceros– el juego de su oponibilidad, amén de otros efectos también conectados con el significado y razón de ser de la publicidad registral. Dicho de otra forma: nuestro Derecho de Cosas, teniendo que regular el tráfico inmobiliario, y no pudiendo hacerlo sin introducir en él garantía suficiente de seguridad para los adquirentes e imponentes de buena fe, encara la propiedad en la doble perspectiva de su realidad y de su apariencia<sup>565</sup>. La primera se impondrá por su propio peso en la relación *inter partes* y frente a los terceros que la conocen; frente a los terceros desconocedores sin culpa de la realidad, en ponderada medida de política legislativa, decide la apariencia.

<sup>564</sup> LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (ed. 1968), p. 61: «Cuestión distinta es la dualidad de regímenes: uno para la propiedad inmatriculada y otro para la que no lo está [...]. Pero esto no implica rango distinto de unos y otros preceptos, y sí simplemente la existencia (o no) de un supuesto de hecho que hace posible la aplicación (o no) de ciertas normas [...]». Siguiéndolos, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 330: «Partiendo de la *unidad legislativa* como hacen Lacruz-Sancho, puede hablarse, siguiendo a estos autores, de una *dualidad de supuestos* más que de fuentes» (cva. del a.).

<sup>565</sup> En algún paralelo con este planteamiento, y para el sistema francés, cfr. GUARNERI, Attilio: *Diritti reali e diritti di credito. Valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, pp. 41-42.

Es aquí donde el Registro de la Propiedad encuentra su razón de ser y adquiere sentido. Su tarea será sacar a los derechos reales de la clandestinidad u oscuridad y dotarlos de una forma de «cognoscibilidad legal», cargada en sí misma de ventajosas consecuencias. En sí misma, hemos dicho, porque las ventajas de la publicidad –aparte del efecto protector consagrado en los artículos 1473.II del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria– no se supeditan a su conformidad con la realidad del derecho o de la situación inmobiliaria publicada. Desde luego, la inscripción favorece al derecho publicado y existente en la realidad impidiendo la posibilidad de que nadie pueda alegar su desconocimiento; esto es: removiendo el obstáculo que a su oponibilidad podría alzar la buena fe de los terceros. Pero es que, además, incluso cuando la publicidad no se corresponde con la realidad, la inscripción concede al titular registral importantes instrumentos de tutela provisional del derecho inscrito (arts. 38 y 41 LH), y, sobre todo, asegura al tercero de buena fe la adquisición onerosa realizada de quien en el Registro aparece como dueño, con facultades para transmitir (art. 34 LH).

Ahora bien, los efectos que acabamos de indicar, siendo los más representativos de la eficacia de la publicidad y del régimen establecido en la Ley Hipotecaria, no son privativos de aquélla ni obra peculiar de su ley especial. Semejantes a ellos son los que provoca la posesión en el régimen del Código Civil (arts. 448 y 446, indiferenciadamente para toda clase de bienes, y art. 464 sólo para bienes muebles). De ahí que no pueda hablarse de dualidad legislativa si por ella se entiende divergencia reguladora entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria. La Ley Hipotecaria, dijimos ya<sup>566</sup> y hemos de repetirlo ahora, es ley civil, porque en materia civil resuelve aplicando el principio civil de protección de la apariencia jurídica. El íntegro régimen de la propiedad y de los derechos reales se encuentra contenido en nuestro ordenamiento en el bloque constituido, *in complexu*, por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, y es en tal conjunto donde armónicamente se incardina e integra el criterio de que la propiedad o el derecho oculto debe ceder cuando la apariencia contraria a una u otro provoca el acto adquisitivo del tercero de buena fe. No hay en ello verdadera y propia dualidad legislativa: ni la adquisición registral *a non domino* –siendo una medida de auxilio legal a una adquisición realizada de acuerdo con el sistema del título y el modo en la que únicamente se suple el defecto de titularidad o poder dispositivo del transmitente– supone la creación de un sistema o modo

---

<sup>566</sup> *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales...*, cit., p. 694.

alternativo de adquirir, peculiar para la propiedad inscrita<sup>567</sup>; ni el triunfo de la apariencia de propiedad sobre la propiedad oculta permite la distinción de propiedades diferentes y relativas, compatibles entre sí y valederas cada una en un ámbito limitado y propio.

Si así concluimos en materia de «dualidad legislativa», sólo nos queda ya responder a la segunda pregunta que al principio de este apartado nos planteábamos: aunque no haya dualidad legislativa en el sentido tantas veces denunciado por los autores, sino simple distinción legal entre situaciones o supuestos distintos de propiedad, ¿es censurable que ello ocurra? La respuesta se impone por sí misma. Sentida en el Derecho moderno como verdadera cuestión de orden público la seguridad del tráfico inmobiliario<sup>568</sup>, la distinción entre propiedad y derechos ocultos, de una parte, y propiedad y derechos puestos al alcance del conocimiento de todo interesado, se hace imprescindible. Sobre la base de tal distinción, la tutela de la buena fe justifica plenamente (*relative Gerechtigkeit*, en expresión de Meyer<sup>569</sup>) que la apariencia del derecho triunfe sobre el derecho oculto a favor de quien inculpablemente lo desconoce. Ésta será la idea inspiradora del Registro de la Propiedad y la justificación del valor publicador de la inscripción. Con el auxilio del Registro, y en razón de la inscripción, podrá distinguirse entre una propiedad publicada y otra desprovista del medio de su cognoscibilidad legal, y atenderse a la seguridad del tráfico inmobiliario de buena fe favoreciendo a la primera frente a la segunda. El fin es perfectamente legítimo, y el medio completamente adecuado. Mucho más que su alternativa germánica —la añorada por los censores de la «dualidad»— que, al involucrar la inscripción registral en el mecanismo constitutivo del derecho real, deja forzada e innecesariamente fuera de la realidad derechos que, en condiciones naturales de existir, podrían funcionar como tales y sin daño para nadie en su ámbito de conocimiento extra-registral, y que, al limitar el valor constitutivo de la inscripción sólo a las adquisiciones negociales *inter vivos*, introduce en ella una duali-

<sup>567</sup> Así, el discurso de AUNÓS, cit., p. 9: «En el proyecto, la inscripción no implica un modo de adquirir los derechos reales». Lo dicho en el texto vale también, según se vio anteriormente [*supra*, IV.2.b)] al realizar la exégesis del artículo 1473 CC, para la adquisición del comprador que, en colisión con otros, se adelanta a inscribir.

<sup>568</sup> LUZURIAGA, en las *Concordancias* de García Goyena, cit., p. 934: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contratar con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la ley se propone evitar, no el daño aislado de una persona privada».

<sup>569</sup> MEYER, Herbert: *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, München, 1909, pp. 83 ss., esp., 93.

dad de funciones –constitutiva, unas veces, declarativa otras– en nada exigida por la unidad de su originaria y genuina función publicadora.

### **5.º Conclusión: la inscripción registral como publicadora de la realidad inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica. Comparación y juicio sobre su función y valor en nuestro sistema**

El desarrollo de los distintos puntos anteriormente tratados, y, más concretamente, lo que acabamos de decir rebatiendo el tópico la «dualidad legislativa», nos lleva ya a desembocar directa y mansamente en nuestra conclusión final acerca del valor de la inscripción registral en nuestro Derecho Inmobiliario. Conclusión que no podremos dejar formulada y razonada sin una cierta sensación agri-dulce. Por una parte, sentimos como causa de fundada y legítima complacencia el acierto de nuestra legislación hipotecaria y la superioridad de su solución, frente a la de los modelos comparados, en la tarea, básica y crucial para la configuración del sistema de la publicidad registral, de tener que concretar la genérica función aseguradora de la inscripción asignando a ésta su específica función y preciso valor. Por otra, en cambio, y en sentido contrario, no puede dejar de provocarnos una cierta frustración y tristeza la respuesta de nuestra doctrina a este importante acierto legal: seducida, más o menos reconocidamente, por el atractivo de las soluciones foráneas, más que advertido y celebrado como tal, el valor «declarativo» de la inscripción, o se afirma sin atribuirle mayor interés y algo anodinamente, o se critica abiertamente marcándole límites que lo desvirtúan en sí mismo o reducen su campo de actuación tratando de incrustar en nuestro Derecho una forma de inscripción más próxima a la constitutiva, propia de los sistemas germánicos.

¿Cuál es en la realidad el valor de la inscripción en nuestro Derecho? Como a lo largo de este trabajo hemos venido viendo, a la inscripción se asignó en nuestro Derecho el doble carácter –a veces confundido o no del todo nítidamente diferenciado– de declarativa y voluntaria. Significaba ello que el legislador no la imponía como necesaria para la existencia del derecho real inscribible: ni extrínsecamente, supeditando la existencia del derecho a su inscripción, ni intrínsecamente, convirtiendo a la inscripción en pieza esencial del mecanismo transmisivo-adquisitivo del derecho inscribible. En planteamiento más realista y pragmático, se limitó a poner en manos del interesado el instrumento de la inscripción; a confiar a su interés, dili-

gencia y libertad la posibilidad de aprovecharlo y lucrar sus sustanciosas ventajas; y, finalmente, a asignarle el valor publicador –decisivo para los terceros de buena fe– que, permitiendo sacar de la clandestinidad a los derechos reales, lograra hacer del Registro de la Propiedad el elemento de seguridad exigido por el tráfico inmobiliario. En esta solución se acumulan, a nuestro juicio, los siguientes aciertos, que, como ya más detenidamente tratados en sus correspondientes lugares, ahora nos limitaremos a exponer en la enumeración que sigue.

1. Logra perfectamente el fin asegurador pretendido para el Registro de la Propiedad. Luzuriaga, el más señalado progermanista de entre los padres de nuestro sistema hipotecario, expresó dicho fin al cifrar la función del Registro en conseguir que «la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla»<sup>570</sup>. Nuestra inscripción, «declarativa» y voluntaria, lo logra perfectamente, porque, consistiendo la seguridad del tráfico –de acuerdo con la acertada formulación de Ehrenberg<sup>571</sup>– en que la eficacia de la adquisición proyectada no pueda verse menoscabada por causas que, al tiempo de realizarla, no pudiera conocer el adquirente, es justamente ésa la función que para sí asume en nuestro Derecho la inscripción publicadora: no sólo asegurar a quien inscribe haciéndole inoponible un hipotético acto transmisivo anterior de su causante, al modo tan conocido y limitado del sistema francés, sino, mucho más amplia y positivamente, convirtiendo en su favor a la inscripción en manifestación de la realidad –aun cuando en el caso concreto no lo sea–, de tal forma que cuando adquiera de buena fe de titular inscrito (aunque realmente lo haga *a non domino*) sea mantenido en su adquisición. Para el logro de este resultado, máxima expresión de la eficacia aseguradora del Registro, ni es necesario que la inscripción sea constitutiva, ni cuando lo es –los casos de Alemania y Suiza– añade un ápice a la plenitud de su obtención. Por el contrario, sin contribuir en nada a

<sup>570</sup> LUZURIAGA, en las *Concordancias...*, cit., pp. 942-943: «Ante todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia [...] el legislador debe procurar que la propiedad no esté incierta, que el fraude y la clandestinidad no vengán a frustrar los contratos, y sobre todo que el dominio del suelo sea tan seguro que sirva de base para asentar sobre él con toda confianza el crédito [...]».

<sup>571</sup> EHERENBERG, Victor: *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*, Iherings Jahr, 1904, p. 280: «[...] er (der ein Recht erst erwerben will) hat das größte Interesse daran, daß der beabsichtigte Erwerb, und zwar so, wie er beabsichtigt war, gelingt und nicht, ganz oder teilweise, vereitelt wird durch Umstände, die ihm, dem Erwerber, unbekannt sind». Id., algo más adelante, p. 282: «Die Verkehrssicherheit besteht darin, daß eine beabsichtigte günstige Veränderung des gegenwärtigen Bestandes an vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person nicht vereitelt wird durch Umstände, die ihr unbekannt sind».

ella, impide caprichosamente la posibilidad de existencia de derechos reales que, pudiendo haber nacido por haberse cumplido el presupuesto naturalmente necesario para ello, y sin que nada les impidiera funcionar en el ámbito en que fueran efectivamente conocidos, resultan artificiosamente sofocados e inútilmente reducidos a la nada<sup>572</sup>.

2. Por lo que se acaba de decir, cabe añadir que nuestra inscripción declarativa o publicadora logra su objetivo, además de perfectamente, en la forma más ajustada y adecuada al mismo. Desde tres puntos de vista distintos puede razonarse tal adecuación: el lógico, el teleológico o finalista, y el organizativo-instrumental.

a) Desde el punto de vista lógico, porque, consistiendo la inscripción en una forma de publicidad «artificial» (*künstliche äußere Tatbestand*, como contradistinto al *natürliche äußere Tatbestand*)<sup>573</sup>, y como tal –a diferencia de la posesión, naturalmente operadora de la inmediatividad del poder caracterizador del derecho real– añadido por pura y contingente decisión del legislador al derecho real que, en interés del tráfico, de ella se quiere revestir, lógicamente tal inscripción debe pertenecer a un momento posterior al del nacimiento del derecho cuyo conocimiento se va a poner a través de ella al alcance de cualquier interesado. Es lógico, pues, que el Registro no cree, al publicarlos, los derechos reales que en él se inscriben, sino que, manteniéndose en su función, se limite a publicar los derechos, ya existentes, que en él se inscriben.

b) Desde el punto de vista teleológico, porque no necesitando de la publicidad las partes para venir en conocimiento de lo que ellas mismas constituyen, no hay razón alguna que justifique proyectar en ese plano constitutivo *inter partes* los efectos de la inscripción. El ordenamiento que así lo haga desvía tales efectos del campo que por su propia finalidad corresponde a la publicidad registral.

---

<sup>572</sup> Cfr. el discurso de AUNÓS: *op. cit.*, p. 8: «Hemos de reconocer, pues, que ciertas reglas inmobiliarias, pese a la excelente finalidad que las motivaría y su laudable propósito de reforzar el sistema, lejos de actuar de fuerza centripeta para llevar al Registro el considerable número de fincas que hoy se desenvuelven al margen del mismo, tendría una repercusión contraproducente y no haría sino agravar un divorcio ya por desgracia existente entre el mismo y la realidad, entre la verdad oficial y la real, que sólo gradualmente mediante prudentes y adecuadas medidas podrá vencerse»; *Id.*, p. 10: «En nuestra Patria es indudable que el principio de la inscripción constitutiva podría ser altamente perturbador, sobre todo si se contempla la gran masa de relaciones inmobiliarias que permanecen fuera del Registro. Conforme dice el Preámbulo, dicha inscripción no haría sino agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias».

<sup>573</sup> Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, pp., esp., 492-493.

c) Desde el punto de vista organizativo-instrumental, porque, debiendo publicar la inscripción declarativa derechos reales ya nacidos y constituidos anteriormente a su publicación, engarza perfectamente, a través de la escritura pública que sirve de soporte a la inscripción, el sistema extra-registral de transmisión negocial *inter vivos* de los derechos publicables y la autenticidad y fiabilidad de su publicación registral. Dicha escritura pública es normalmente, al mismo tiempo, tradición constitutiva de la transmisión y adquisición, extra-registral, del derecho real (arts. 609 y 1462 CC) y documento auténtico sobre el que se fundamenta la credibilidad de la noticia registral (art. 3 LH).

3. La adecuación de la inscripción publicadora con la finalidad aseguradora del Registro, dota a éste en nuestro Derecho de una particular conjugación de la universalidad de su función publicadora con la unidad de su instrumento publicador, que le distingue muy favorablemente frente a sus modelos comparados. Francia comenzó instaurando un sistema mixto de publicidad, en el que, sin gran incoherencia ni notables desajustes, las adquisiciones no negociales *inter vivos*, con evidente merma de su universalidad publicadora, quedaban fuera del Registro<sup>574</sup>. Las reformas de 1935 y 1955 pusieron parcialmente remedio a este defecto. El Registro debe acoger todo acto de proyección jurídico-real, pero su publicación no tendrá siempre el mismo valor: el efecto sustantivo de la inoponibilidad sigue reservado al objeto originario de la publicidad según la vieja Ley de Transcripción de 1855; la toma de razón tendrá mero valor informativo respecto de los actos posteriormente admitidos al Registro<sup>575</sup>. Aunque en forma distinta, algo de esto ocurre en Alemania y Suiza. En ellas, desde un principio, toda mutación jurídi-

<sup>574</sup> Así lo comentaba DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 252-253, destacando la diferencia del criterio francés con el adoptado por nuestra Ley Hipotecaria: «En Francia y en otros Estados que han seguido su ejemplo hay diferencia entre los títulos traslativos del dominio por actos entre vivos y los que provienen de sucesión. Al paso que aquéllos se transcriben, no así éstos [...]. Concíbese que las legislaciones hipotecarias que sólo establecen la publicidad a medias y que al lado de las hipotecas inscritas dejan sin inscribir otras que sin embargo tienen la misma fuerza que las que lo están, sean muy indulgentes en abrir la mano para la relajación del principio que nuestra Ley siempre conserva intacto; entre nosotros, esta excepción no tendría explicación posible y argüiría falta de consecuencia».

<sup>575</sup> Sobre ello, *vide* MAZEAUD, HENRI et LEON-MAZEAUD, Jean: *Leçons de Droit Civil III*, 2.ª ed., Paris, 1963, pp. 542-544 y 571, concretamente en ésta: «La sanction normale du défaut de publicité est l'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié. Mais, à côté de cette sanction, devenue insuffisante le jour où le législateur a soumis à publicité des actes qui sont opposables aux tiers même en l'absence de publicité, le législateur a dû organiser d'autres sanctions: amende, dommages-intérêts, irrecevabilité de certaines demandes en justice». En detalle, pp. 580-583. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.ª ed., Paris, 1987, pp. 447-451, y, para la publicidad de simple información, pp. 547-556.

co-real es materia registrable; pero no para toda ella tiene siempre la inscripción el mismo valor. Mientras en las transmisiones negociales *inter vivos* se erige en constitutiva asumiendo para sí la función que desempeñaba la entrega en la teoría del título y el modo; en las demás tendrá valor exclusivamente declarativo<sup>576</sup>. Nuestro sistema es mucho más limpio, simple y lineal en este punto. Desde el primer momento llevó al Registro todo supuesto de repercusión o transcendencia jurídico-real —«para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa», decía Gómez de la Serna<sup>577</sup>—, y respecto de todos ellos asignó siempre un mismo valor a la inscripción. Y es que, efectivamente, si la función del Registro es publicar la situación jurídica de los inmuebles, no hay razón alguna para distinguir entre inscripciones y establecer diferencias en su valor<sup>578</sup>. El Registro debe ser instrumento abierto a la publicidad de toda mutación jurídico-real; pero su misión es siempre publicarla. Nada exige involucrarlo a veces en su desencadenamiento o producción<sup>579</sup>.

No constitutiva, pero apta para lograr perfectamente, en la forma más adecuada y revistiendo siempre un mismo valor, la seguridad completa del tráfico inmobiliario de buena fe, ¿cuál es, entonces, la

<sup>576</sup> Sobre ello, para el Derecho alemán: MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht*, cit., p. 290; para el suizo: DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 7-8; en nuestra doctrina: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, cit., pp. 102-103.

<sup>577</sup> SERNA *op. cit.*, p. 195, nota b): «Para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa: de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos».

<sup>578</sup> Interesante al respecto la argumentación de DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 252-253, justificando el apartamiento de nuestra Ley Hipotecaria respecto al modelo francés y admitiendo a publicidad las adquisiciones *mortis causa* en pleno pie de igualdad con las negociales *inter vivos*: «En Francia y en otros Estados que han seguido su ejemplo hay diferencia entre los títulos traslativos del dominio por actos entre vivos y los que provienen de sucesión. Al paso que aquéllos se transcriben, no así éstos. Como las leyes francesas tienen tanta autoridad en Europa, conveniente es que indiquemos, aunque sea brevemente, las razones que justifican nuestra ley [...]. Cuando la ley proclamaba el principio absoluto de publicidad, no podía sin gravísimas razones exceptuar determinadas clases de adquisición, sin quebrantar su sistema, sin destruir lo mismo que edificaba; si lo hubiera hecho, sobre ser ilógica, habría retrocedido en lugar de adelantar en su camino. Nada hay por otra parte que aconseje que la publicidad no se requiera igualmente en todas las clases de adquisición: lo que en los títulos entre vivos se considera necesario, lo es también respecto a los que a la sucesión testada o intestada se refieren [...]. No sirve decir que la muerte de uno y la calidad de heredero de otro son cosas públicas y conocidas, y que por tanto una nueva publicidad es innecesaria, porque ni esto es siempre exacto, ni es fácil saber cuáles son las fincas que tiene cada uno al morir, ni si éstas han sido dejadas con la universalidad de bienes al heredero, o si como legado o por otra causa han pasado a sucesores singulares. Si no se sujetaran, pues, a inscripción los títulos por causa de muerte, sería necesario que el adquirente o prestamista tuviera que buscar en multitud de antecedentes los medios de asegurarse, y vendría a resultar la inseguridad que ahora tienen, y que con el nuevo sistema ha tratado la Ley de evitar [...]. Por estas razones nos parece que con buen acuerdo se ha procedido en la nueva ley hipotecaria al seguir lo que ya venía ordenado, y no dejarse llevar por imitaciones que admitidas falsearían nuestro sistema por su base».

<sup>579</sup> Avanzamos ya estas ideas en nuestro trabajo *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, cit., pp. esp. 68-69, 73 y 79.

naturaleza y función de la inscripción en nuestro Derecho?; ¿cuál la explicación de su particular eficacia? Nosotros responderíamos a estas preguntas recurriendo convencidos a la doctrina de la protección de la apariencia jurídica. En nuestro Derecho de Cosas –Civil e Hipotecario– la inscripción se concibe y pretende como el medio o instrumento técnico privilegiado de publicidad de las situaciones jurídicas inmobiliarias, destinado a hacerlas valer en el tráfico sin sorpresa ni perjuicios para los terceros que extra-registralmente y de buena fe las desconocen, y generador, a favor de éstos, de su apariencia jurídica protegida, cuando lo publicado no coincide con la realidad. El Registro de la Propiedad, que existe a favor de los terceros, está llamado, de suyo, a publicar la realidad; pero cuando el dato publicado no se corresponde con dicha realidad, la propia razón de ser del Registro exige que, en beneficio de los terceros de buena fe, valga la publicidad como si con aquélla se correspondiera. Para estos terceros, pues, la inscripción o es expresión o de una realidad inmobiliaria que, en cuanto efectivamente existente, es susceptible de imponerse por sí misma en su existencia y efectos, o es medio creador de una apariencia jurídica en cuya confianza, y por razón de su buena fe, deben ser legalmente protegidos: para ellos –efecto fuerte de la apariencia jurídica en sentido estricto<sup>580</sup>– la apariencia registral valdrá, inmediata y definitivamente, como realidad.

Y aquí, y de esta forma, podríamos poner fin a este estudio, ya excesivamente largo, sobre el valor de la inscripción en nuestro Derecho. Pero es el caso que una circunstancia reciente obliga a añadirle todavía unas líneas para entrar en el debate hace poco suscitado acerca de lo que en el párrafo inmediatamente anterior hemos afirmado. En efecto, contra lo que venía siendo habitual<sup>581</sup>, en los

---

<sup>580</sup> Nos remitimos a lo dicho en *La representación aparente...*, cit., pp. 449-454, sobre este sentido de la apariencia, su distinción frente a otros aspectos y formas más amplias y relajadas de ella, y los distintos efectos de una y otras.

<sup>581</sup> Con mayor o menor énfasis y detalle, conectan a la idea de la apariencia jurídica la función protectora de la inscripción registral en favor de los terceros de buena fe, e. c., SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, pp. 271, 292; Id.: *El Registro y la realidad jurídica*, cit. p. 404; COSSÍO: *op. cit.*, pp. 10-11; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, pp. 65, 202, 207, después, *Elementos de Derecho Civil*, III bis, pp. 16, 167...; Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1978, p. 246; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed. Barcelona, 1979, p. 336; CANO TELLO: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 278; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 605; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, p. 40; CRISTÓBAL MONTES: *Introducción al Derecho Inmobiliario*, Zaragoza, 1986, p. 128. La constituye en línea central del tratamiento del régimen de la publicidad, DE ÁNGEL YAGÜEZ: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, quien –pp. 13-14– anuncia: «... las páginas que siguen constituyen un análisis de los principales problemas que plantean la posesión y la doctrina de la publicidad registral; pero arrancando de lo que, a nuestro juicio, puede ser considerado como hilo conductor o denominador

últimos años se han alzado algunas voces —ciertamente autorizadas— contrarias a la explicación de la eficacia de la publicidad registral mediante el recurso a la idea de la apariencia jurídica<sup>582</sup>. Distinta a la apariencia jurídica, y mucho más que apariencia, la publicidad registral y la inscripción que la vehicula y concreta es la «verdad oficial»<sup>583</sup> acerca de la situación publicada. ¿Qué pensar sobre esta nueva explicación?; ¿qué ventajas tiene sobre la teoría de la apariencia el recurso a la idea de esa «verdad oficial»? y ¿qué inconvenientes presentaba la anterior y más clásica<sup>584</sup> expli-

común de las dos figuras: la protección jurídica de la apariencia». Esta misma idea es la que desde nuestro trabajo sobre *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, cit., viene guiando la serie de los que, en desarrollo del mismo y para la comprobación de la hipótesis en él propuesta, estamos dedicando al Derecho sustantivo español de la publicidad registral inmobiliaria. En la doctrina alemana, por sólo recordar algún testimonio, STAUDINGER-GURSKY: op. cit., ad § 892 BGB, Rz 5: «[...] die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerläßliche objektive Rechtsscheinbasis»; Id., Rz 6: «Die §§ 892, 893 bilden damit einen Anwendungsfall des (von WESTWERMANN so genannten) “reinen Rechtsscheinprinzips” (WESTWERMANN JuS 1963, I, 5; WIEGAND JuS 1975, 205, 207 f; CANARIS, Vertauenshaftung 471)»; WEIRICH: op. cit., p. 190, Rz 493: «Ein allgemeiner Rechrsatz im Schuldrecht lautet: Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat [...]. Im Sachenrecht wird dieser Grundsatz zum Schutze des Rechtsverkehrs durch die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs durchbrochen [...]. Der Rechtsschein ersetzt das Recht».

<sup>582</sup> Es el caso de GARCÍA GARCÍA: op. cit., I, pp. 675-676; PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., pp. 2209-2212; y AMORÓS GUARDIOLA, en el prólogo a CORRAL GUÓN: *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996, p. XVII, y en *La teoría de la publicidad registral y su evolución* (Discurso leído el día 30 de noviembre de 1998, en su recepción pública como académico de número en la RAJL), Madrid, 1998; este último, por cierto, apartándose de lo que anteriormente había sostenido, e.c., en *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, p. 57: «Lo deseable es que ambas relaciones (la material y la registral) coincidan [...]. Pero registralmente esta coincidencia es irrelevante. Lo que interesa es la apariencia formal del Registro en beneficio de la seguridad del tráfico»; «La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe», ADC, 1972, p. 213, nota 41: «La publicidad —en sentido técnico jurídico— es el instrumento normal para preconstituir la apariencia»; «El acreedor aparente», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, p. 75: «Pero tampoco coincide exactamente (la teoría de la publicidad) con la de la apariencia. Cabe una apariencia externa sin el mecanismo técnico que la publicidad comporta».

<sup>583</sup> PAU PEDRÓN: op. cit., pp. 2210-2211: «La expresión “verdad oficial” no es arbitraria: la veracidad del Registro de la Propiedad equivale a la exactitud e integridad de su contenido. “El Registro se presumirá exacto e íntegro”, dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 [...]. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta»; AMORÓS: en el prólogo antes citado, p. XVII: «El Registro protege no porque crea una apariencia, sino porque publica la verdad oficial de las relaciones jurídicas inscritas mientras un juez no declare lo contrario en sentencia firme. De manera que no hay una situación aparente que se superpone a la real para proteger a quien confía en la apariencia, sino que, el menos frente al tercero de buena fe, la realidad jurídica es la publicada por el Registro, y ésa es la verdad oficial y no otra, hasta que no se declare judicialmente su inexactitud o nulidad, declaración judicial que no afectará a los terceros anteriores, salvo que sean posteriores a la formalización de la correspondiente anotación de demanda».

<sup>584</sup> El calificativo es de AMORÓS: op. et loc. ant. cit.: «Tesis que parece encajar en la idea clásica, pero superada por la doctrina más reciente, de que el fundamento de la protección registral está en la protección de la apariencia jurídica».

cación que recomienden o fuercen ahora a su sustitución por otra distinta?

Eso de la «verdad oficial» se propone hoy reaccionando contra la que se entiende ser una infravaloración de la realidad registral, estrechamente ligada –se dice– con la idea del Registro como apariencia<sup>585</sup>. Prescindamos, por el momento, de entrar a dilucidar si la explicación de la eficacia del Registro en clave de protección de la apariencia conduce efectivamente a la infravaloración del gran instrumento de la publicidad inmobiliaria, y limitémonos ahora a examinar los beneficios que a tal explicación puede reportar la fórmula que para evitarla se propone.

La expresión «verdad oficial», por sí sola y en cuanto preñada de patente contradicción, poco puede explicar satisfactoria y ajustadamente<sup>586</sup>. Si la verdad tiene que ser limitadoramente adjetivada, es porque no es la única y completa verdad: la que, sólo ella, por su exacta adecuación a la realidad, puede y debe ser considerada y llamada auténtica verdad. Si se habla de una «verdad oficial» es porque se da por supuesto y admitido que, en pugna con ella, existe o puede existir otra verdad distinta que, en contraposición con la anterior, deberá ser la verdad real. Y es a partir de la constatación de esta oposición de «verdades» cuando hay que preguntarse y explicar por qué una de ellas –la «oficial»– puede, no siendo auténtica verdad, suplantar a la real y terminar por prevalecer sobre ella. Pero es el caso que, en esa necesidad de dar adecuada respuesta, la nueva fórmula explicativa de la «verdad oficial» se comprueba como una expresión sin recursos y carente de utilidad alguna que pueda justificarla en su pretensión de superar y sustituir a la de la apariencia jurídica.

En nuestra opinión, en efecto, el triunfo de la «verdad oficial» sobre la real en las condiciones exigidas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo admite dos explicaciones: o bien se le entiende porque bajo la nueva fórmula se está, innominada pero realmente, indicando lo que la teoría de la apariencia jurídica entiende por tal apariencia; o bien, sin recurrir a ninguna clave explicadora transcendente al propio precepto legal, se la justifica, sin buscarle ulterior explicación, porque es la misma Ley quien para el concreto supuesto la impone<sup>587</sup>. Es diáfano que en el primer caso la expresión «verdad oficial» no es más que otra forma

<sup>585</sup> PAU: *op. cit.*, p. 2210: «Esa infravaloración de la realidad registral está estrechamente ligada con la idea del Registro como apariencia».

<sup>586</sup> Cfr. Díez-PICAZO, en la contestación al discurso de Amorós: *La teoría de la publicidad...*, cit., p. 200: «La concepción del Registro como creación de “verdades oficiales” presenta, sin embargo, alguna arista que la hace disonante con la idea de publicidad».

<sup>587</sup> Cfr. AMORÓS: *La teoría de la publicidad...*, cit., p. 181: es «el tributo que hay que pagar para el funcionamiento eficaz y normal del sistema».

de denominar a la apariencia jurídica. Si se quiere, una forma de denominación específica para el caso especial en que dicha apariencia constituye un supuesto de apariencia «artificial», de configuración exquisita y reflejamente jurídica, sometida al control y acogida a la salvaguardia de los órganos del Estado; pero, en todo caso, repetimos, una forma de referirse a la apariencia jurídica. En tal sentido, «verdad oficial» y apariencia jurídica, aunque sin corresponderse en su extensión, integran una misma identidad sustancial en la que la primera es sólo una parte diferenciada en lo accidental. Se entiende por ello que, sin tensión ni contradicción alguna, puedan hablar de la «verdad oficial» del Registro quienes explican la eficacia del mismo desde la teoría de la apariencia jurídica<sup>588</sup>. Por el contrario, si el recurso a la «verdad oficial» se pretende como una forma de arrumbar la aplicación de la teoría de la apariencia al Registro de la Propiedad, la eficacia sanante de la publicidad registral, conservando, sin duda, el sólido fundamento del dato legal que la sustenta, habrá quedado huérfana de explicación alguna que la integre con fisonomía típica y naturaleza conocida en el conjunto de las figuras e instituciones sustentadoras del ordenamiento jurídico y organizadoras de su coherente conjunto<sup>589</sup>. Negada su propia matriz y ais-

<sup>588</sup> Ocurre ello en el discurso de AUNÓS, cit., donde, entendiéndose el Registro desde la «doctrina de las apariencias jurídicas –cfr. pp. 9 y 11–, se argumenta la exclusión de la inscripción constitutiva en la reforma de la Ley Hipotecaria –p. 8– porque «no haría sino agravar un divorcio ya por desgracia existente entre el mismo (el Registro) y la realidad, entre la verdad oficial y la real». También, en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien, explicando el efecto de la fe publica registral desde la doctrina de la protección de la apariencia («se trata –dice: *op. cit.*, p. 605– de un supuesto más en que la apariencia produce los efectos de la realidad en beneficio de la seguridad del tráfico»), fundamenta el valor de los asientos registrales diciendo –ib. p. 581– «el Registro proclama la verdad oficial sobre las situaciones jurídicas de cada finca, a todos los efectos». Algo parecido puede observarse en CASTRO, quien, citado por Pau Pedrón: *op. cit.*, p. 2209, como valedor de la consideración del Registro como «verdad oficial», destaca, no obstante, la personalidad de nuestra Ley Hipotecaria de 1861 –cfr. *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192– al haber sido construida (superando el germanismo de Luzuriaga y la concepción afrancesada de García Goyena) sobre «la fórmula práctica y original de la protección del tercero», expresión ésta, en sí y en su contexto, evidentemente evocadora de la doctrina de la protección de la apariencia.

<sup>589</sup> Algo de esto nos parece ver en el texto de AMORÓS, en el prólogo cit., pp. XVII-XVIII, donde la «verdad oficial», aparece como una verdad relativa –una verdad para el tercero– o una ficción de verdad que funciona como auténtica verdad sobre la sola base de la autoridad del Registro mientras no se declare su inexactitud: «De manera que no hay una situación aparente que se superpone a la real para proteger a quien confía en esa apariencia, sino que, al menos frente al tercero de buena fe, la realidad jurídica es la publicada por el Registro, y ésa es la verdad oficial y no otra, hasta que no se declare judicialmente su inexactitud o nulidad, declaración judicial que no afectará a los terceros anteriores, salvo que sean posteriores a la formalización de la correspondiente anotación de demanda». A nosotros, de todas formas, nos sigue pareciendo que un régimen como el descrito, donde a la verdad «oficial» se da trato de auténtica y única verdad sólo en favor de quienes –sin serlo realmente– como tal la consideran, coincide en todo con el de la protección de la apariencia jurídica, y que en él –aunque el nombre se evite– la «verdad oficial» es tratada como el supuesto objetivo provocador y sustentador de la confianza protegible del tercero de buena fe.

lado en la afirmación de su autonomía y suficiencia, el régimen de la publicidad registral queda obligado a convertirse en clave de sí mismo. Es su condena a un erratismo sin más límite que el del dato legalmente indiscutible.

Y así vista y valorada en sí misma la expresión «verdad oficial», pasemos ya a examinar las razones que hoy llevan a proponerla como superadora<sup>590</sup> de la comprensión de la publicidad como apariencia jurídica. ¿Cuáles son los defectos que recomiendan el abandono de dicha comprensión y su sustitución por una explicación distinta –la de la «verdad oficial»– que logre evitarlos? Tal como nosotros las hemos entendido y captado, creemos que se reducen a las que a continuación exponemos y tratamos brevemente de responder:

a) Publicidad registral y apariencia nada tienen que ver –se dice–, simplemente, porque son cosas distintas entre sí. La apariencia consiste en un hecho social, visible<sup>591</sup>; es un fenómeno fáctico atinente al exterior de las cosas<sup>592</sup>: la manifestación de las mismas tal como natural y externamente pueden percibirse groseramente o en bruto y sin mediación de instrumento de refinamiento alguno. La apariencia es algo que se produce naturalmente en el tráfico, y cuyo valor y límites reside justamente en su rechazo de cualquier instrumento tendente a fijarla o cristalizarla<sup>593</sup>. En una palabra: la apariencia es un fenómeno natural y directo de manifestación en bruto de la realidad, mientras que el Registro de la Propiedad es un instrumento o mecanismo técnico-jurídico, no consistente, de suyo, en una exteriorización social de la materia inscrita, y que se alimenta de datos

<sup>590</sup> Así la considera y propone AMORÓS: en el prólogo, cit., p. XVII: «Tesis que parece encajar con la idea clásica, pero superada por la doctrina más reciente, de que el fundamento de la protección registral está en la protección de la apariencia jurídica».

<sup>591</sup> PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2210, nota 23: «Es inadecuado (el término “apariencia” para referirse a la publicidad) porque puede hablarse de apariencia de un hecho social –como la posesión–: es un hecho visible, y sólo cuando se ha visto produce su eficacia protectora la apariencia [...]».

<sup>592</sup> PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2211, nota 23: «Pero es también un término insuficiente, porque la apariencia es un fenómeno fáctico. Apariencia, según el Diccionario de la Academia, es aspecto exterior de una cosa [...]».

<sup>593</sup> MOSCHELLA, Rafaele, en Apéndice a Nicoló, R.: *La trascrizione*, Milano, 1973, p. 52: «L'apparenza costituisce una manifestazione immediata di titolarità, che si forma e si percepisce al di fuori di qualsiasi apparato di strumenti e di mezzi, ma che per converso può operare in un ambito piuttosto ristretto, e cioè rispetto ai terzi che vivono in un certo ambiente o quanto meno rispetto ad attività che abbiano una certa continuità; per di più, manca alla apparenza ogni controllo preventivo, ogni stabilità nel tempo ed ogni precisione di contorni della situazione manifestata. L'apparenza vive cioè nel traffico giuridico e trova il suo pregio ed il suo limite nella insofferenza di qualsiasi strumento che cerchi di fissarla e cristalizzarla».

contrastados, lo que permite afirmar que genera algo distinto y más sólido que una simple apariencia o probabilidad<sup>594</sup>.

No puede negarse que las diferencias indicadas son ciertas, y que, como tales, dan razón de la distinción existente entre los fenómenos naturales de apariencia, producidos en el mundo del Derecho y fuera de él, y el Registro de la Propiedad. Pero la cuestión, en nuestra opinión, no es ésa; o, al menos, no es ella sola ni principalmente la cuestión que aquí interesa. Lo que en realidad y decisivamente importa es saber si un instrumento, que, como artificial y técnicamente elaborado, no consiste en la natural y directa exteriorización de la realidad, puede desempeñar *en Derecho* —de apariencia jurídica estamos concretamente hablando— la función atribuida por éste a la apariencia natural, y generar sus mismas consecuencias. Por lo que hace a la relación entre Registro de la Propiedad y apariencia no puede negarse que entre ellos, y en lo estructural, habiendo evidentes diferencias, también existen analogías<sup>595</sup>. Pero, ¿y en lo funcional? ¿Puede asignarse al Registro la función naturalmente desempeñada por la apariencia? La prueba de que entre apariencia y publicidad hay comunidad de función es que incluso quienes más subrayan sus diferencias estructurales, tienen que plantearse si la publicidad registral, una vez instaurada, es compatible o no con la relevancia jurídica de las apariencias naturales surgidas *qua tales* en el campo sometido a registración<sup>596</sup>. Por encima de este dato, indudablemente significativo, la posibilidad de ver en el Registro de la Propiedad un especial supuesto de apariencia jurídica, llamado, como tal, a desempeñar la función propia de ésta y provocar sus efectos, ha sido concienzudamente sostenida y razonada por la doctrina que más atención ha dedicado al problema; justamente, también, la que ha tenido que explicar el mecanismo del más arquetípico Registro Inmobiliario de desenvolvimiento técnico y publicidad positiva. A partir de Wellspacher<sup>597</sup>,

<sup>594</sup> PAU PEDRÓN: *op. et loc. ant. cit.*: «El contenido del Registro lo forman datos contrastados, lo que es más que una simple apariencia externa de verdad, que una simple probabilidad de verdad».

<sup>595</sup> MOSCHELLA: *op. et loc. ant.*, cit.: «Vediamo ora in che rapporti il delineato istituto dell'apparenza si trovi con quello della pubblicità. Da un punto di vista strutturale, analogie e differenze sono evidenti».

<sup>596</sup> Cfr. MOSCHELLA: *op. cit.*, pp. 52-58.

<sup>597</sup> WELLSPACHER, MORITZ: *Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht*, Wien 1906, pp. 22 ss y 58 ss. La distinción puede verse ya recogida en OERTMANN, Paul: «Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein», en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* (1930), vol. 95, p. 476: «Dem Gedanken, im Interesse des Verkehrs äußere Tatbestände der Rechte und Rechtsverhältnisse als maßgebend zu erklären, wird teils dadurch Rechnung getragen, daß die Rechtsordnung künstliche äußere Tatbestände schafft [...]», y también —p. 484— su aplicación al Registro de la Propiedad: «Unter den sehr zahlreichen Fällen des behördlich hergestellten Rechtscheins will ich nur in aller Kürze auf folgende hinweisen: Grundbucheintrag [...]».

y sobre todo en Canarias<sup>598</sup>, la distinción entre apariencia jurídica natural y artificial forma ya parte de la doctrina consagrada en materia de apariencia jurídica y de protección de la confianza. El Registro de la Propiedad sería una de las formas –no, ciertamente, la única– de apariencia jurídica artificial, o «provocada» como en nuestra doctrina la califica De Ángel<sup>599</sup>.

Nosotros pensamos que ésta línea de explicación y pensamiento marca la buena dirección<sup>600</sup>. En todo caso, se entre o no a distinguir entre apariencias naturales y artificiales, lo cierto es que la publicidad registral inmobiliaria ofrece una información merecedora siempre en nuestro Derecho de confianza legalmente tutelada<sup>601</sup>, y que, justo cuando no coincide con la realidad publicable, constituye jurídicamente una apariencia tratada como tal por la ley<sup>602</sup>.

b) La idea de la apariencia jurídica no cuadra a la publicidad registral inmobiliaria –se dice también–, llana y simplemente por la evidente razón de que ni siempre, ni en la gran mayoría de los casos la inscripción es sólo apariencia, sino expresión o publica-

<sup>598</sup> CANARIS: *op. cit.*, p. 492: «Was zunächst die [...] Frage betrifft, aus welchen Umständen sich überhaupt das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes entnehmen läßt, so ist insoweit im Anschluß an Wellspacher zwischen “künstlichen” und “natürlichen äußeren Tatbeständen” zu unterscheiden. Für die ersteren ist charakteristisch, daß sie erst durch das Gesetz selbst geschaffen und zur Grundlage des Vertrauensschutzes erhoben worden sind; typische Beispiele bilden die verschiedenen Register und der Erbschein [...]».

<sup>599</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *op. cit.*, p. 28: «La apariencia puede ser: o espontánea (derivada de ciertos hechos sociales), o provocada por el ordenamiento jurídico, en aras de la seguridad», y 28: «El ordenamiento arbitra, en este caso (al organizar ex profeso todo un sistema de publicidad de derechos), una apariencia que podríamos llamar “artificial” o provocada, no espontánea».

<sup>600</sup> La mantuvo ya BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro: *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Curso de conferencias 1945, Valencia, 1946, p. 245: «El elemento material de la apariencia puede consistir: 1.º En una medida de publicidad. Por medida de publicidad debe entenderse todo artificio exterior, añadido a la constitución esencial del acto, tendente a facilitar a los terceros una información, y, al mismo tiempo, a defenderles contra las consecuencias perjudiciales para ellos de los actos no sujetos en tiempo hábil a la forma de publicidad requerida» (cva. del a.) y p. 253: «Pero cuando la protección de la apariencia jurídica cobra su máxima expresión y triunfa casi en toda línea, es con la entrada en el tráfico del factor tercero [...]; los pronunciamientos del libro se sobreponen a las realidades de la vida, y surge el concepto de la *fides publica*, que permite resolver casi todas las batallas jurídicas con el triunfo y la apoteosis del subadquirente».

<sup>601</sup> Justo el dato que, siguiendo a Wellspacher, permite a OERTMANN: *op. cit.*, pp. 457-458, circunscribir la doctrina de la apariencia en el ámbito donde obtiene peculiaridad propia y unidad de sentido: «Und ein solch enger Begriff scheint mir allerdings aus dem geltenden Recht –nicht freilich schon kraft einer unerfindlichen naturrechtlichen Notwendigkeit!– entnehmen zu lassen. Er umfaßt etwa die Fälle, die Wellspacher in einem ausgezeichneten Buch, dem m. E. besten der gesamten bisherigen Reschtsscheinliteratur, unter dem Gesichtspunkt des “Vertrauens auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht” zusammengefaßt hat».

<sup>602</sup> En este mismo sentido y en la doctrina francesa, e. c., MAZEAUD: *La maxime error communis facit jus*, Rv. Tr. Dr. Civ. (1924), p. 940, y CALAIS-AULOY, Jean: *Essai sur la notion d'apparence en Droit Commercial*, Paris, 1961, p. 38.

ción de la verdadera situación inmobiliaria<sup>603</sup>. A lo sumo, pues, únicamente en el reducido número de supuestos en que la inscripción publica una situación disconforme con la realidad podría decirse que la publicidad genera un caso de apariencia jurídica tratado como tal por Derecho; y aun esto sólo si se admite que publicidad registral –disconforme con la realidad– y apariencia jurídica tienen algo que ver<sup>604</sup>.

Mucho de cierto hay en esta primera objeción, pero no tanto, en nuestra opinión, como para tener que excluir que la doctrina de la apariencia jurídica sea la clave explicadora de la eficacia de la publicidad registral si se entiende –como parece obvio que debe hacerse– que la puesta en conexión de publicidad y apariencia, aunque no se advierta y repita una y otra vez siempre que se hable de ella, se limita a esos casos de divergencia entre la situación inmobiliaria real y la registralmente publicada. La razón de tal limitación es tan clara que quizá ella misma sea la causa de que con frecuencia se la omita cuando se habla de la publicidad como apariencia jurídica: cuando la publicidad revela o manifiesta la realidad, ésta se hace valer por sí misma, y, en tal caso, la efectividad de la situación publicada se explica, sin más, por su propia existencia y valor, sin tener que apoyarse en el dato de su publicación. La inscripción

---

<sup>603</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 675: «Lleva, en definitiva (el tópico de la apariencia), al tópico de la llamada “Concordancia entre Registro y realidad jurídica extrarregistral”, como si el Registro fuera algo irreal separado siempre de la realidad extrarregistral, y no, como es lo normal, íntimamente conectado con la verdadera “realidad jurídica”, que es lo que ocurre en la práctica en el 95 por 100 de los casos [...]. Lleva, en definitiva, a la idea peyorativa y absurda de que el Registro es una especie de archivo de fantasmas o de entes ficticios o formales»; AMORÓS: *La teoría de la publicidad...*, cit., p. 181: «Es preciso partir de la afirmación según la cual el Registro en la mayoría de los supuestos coincide con la realidad extrarregistral, y que sólo en contados casos se plantea la contradicción entre una y otra»; BUSTOS PUECHE, José Enrique: *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, pp. 18: «[...] no puede afirmarse, sin más, que el tercero registral confía en el titular aparente, según el Registro. Porque en la inmensa mayoría de los casos ese titular aparente es titular real», y 19: «Pero otras instituciones sólo son manifestaciones de la apariencia jurídica en los contados supuestos en que despliegan eficacia jurídica, a pesar de la inveracidad de los hechos que proclaman: por ejemplo, el Registro de la Propiedad».

<sup>604</sup> Es el caso, de entre los autores antes citados, de GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 42: «[...] cuando excepcionalmente no coincide la situación jurídica exteriorizada por la publicidad registral con la situación fáctica, ha de prevalecer respecto a terceros la “exteriorización” que cumple las reglas del juego, precisamente porque es la “apariencia” la que, por declaración legal y seguridad jurídica ha de tener en cuenta el tercero; id., II, p. 231: «[...] la clave del artículo 34 LH es la confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro, es decir, en la apariencia registral derivada del principio de legitimación registral [...]» (cva. del a.); BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, pp., e. c., 50, 68 y, especialmente, 72: «Pues bien, para el tercero no es dudoso que el registro, como medida de publicidad organizada en su favor, precisamente, por el Estado, constituye el primer elemento de la apariencia jurídica».

registral ha cumplido en tal caso su normal función publicadora. Es ésta la hipótesis deseable, la que debe considerarse normal, y, sin duda, la más frecuente; pero es también la hipótesis en que el peso y valor de la realidad de la situación publicada deja menos espacio al juego del efecto peculiar y autónomo de la publicidad registral. ¿Cuándo se desencadenará el efecto propio de la publicidad? Justo en los casos –todo lo infrecuentes que se quiera, pero, desde luego, no imaginarios– en que no coinciden la situación inmobiliaria real y la registralmente publicada; cuando –limitándonos al caso más simple– el derecho real efectivamente existente no se ha llevado al Registro, y el que en él figura como actual dejó ya de serlo como perteneciente a quien todavía lo conserva inscrito. Entonces es cuando hay que dar razón de la protección otorgada en Derecho a quien adquiere confiando en lo que, sin ser ya cierto, sigue publicando el Registro. Y es entonces, también, cuando, no pudiendo fundamentarse la adquisición registral en la realidad de la situación publicada, hay que recurrir a la idea de la protección de la apariencia jurídica para poder explicarla.

En definitiva, que cuando se dice que la publicidad registral constituye un supuesto de apariencia jurídica, o que la virtud del Registro se explica por la doctrina de la protección de la apariencia, se está hablando elípticamente, dando por sobreentendido que ello sólo ocurre cuando lo que el Registro publica no se corresponde con la realidad, y, justamente, porque, al no darse tal correspondencia, el Registro, generador –a su pesar– de tal apariencia irreal, tiene que venir en auxilio de la confianza depositada en él por el tercero. Advertido esto, debe quedar claro que la llevada de la publicidad registral al campo de la apariencia jurídica –o, en sentido inverso, la traída de la doctrina de la apariencia a la explicación del efecto de la publicidad registral– no pretende afirmar que el Registro de la Propiedad nazca en nuestro sistema, ni en ningún otro de publicidad positiva y desenvolvimiento técnico, para publicar «a tontas y a locas» –perdónese la expresión– simples apariencias. Nace, indudablemente, para reflejar la realidad, y adopta las garantías y cautelas necesarias para lograrlo. Pero como, a pesar de tales cautelas, la discordancia entre realidad y Registro es moralmente inevitable, y como, por encima de ellas, el Registro nace para asegurar el tráfico inmobiliario de buena fe, la ley que lo crea tiene que dotarlo de virtud suficiente para proteger a quien en él confía, aunque tenga que ser a costa del titular que no inscribió su derecho. Ése es, obviamente, el campo donde la publicidad tiene que hacer valer sus propios recursos, por encima incluso de los que por sí corresponderían a la realidad publicable y no publicada; y es

en ese mismo campo donde la protección de la confianza del tercero en lo que el Registro publica se identifica perfectamente con la protección dispensada al tercero en la doctrina de la apariencia jurídica; tanto, que el mecanismo de la fe pública registral es una de sus más elaboradas aplicaciones.

c) En línea de continuidad con las anteriores objeciones –que el Registro no es una apariencia natural y espontánea, y que en la mayoría de los casos publica la realidad– se avanza ahora un paso más, añadiendo que supone un cierto desdoro para la institución registral la asimilación de la publicidad registral a la apariencia jurídica, cuando, realmente, el Registro de la Propiedad reviste carácter oficial y, por clarísima disposición de la ley, su contenido se presume exacto e íntegro. De nuevo, pues, más que mera apariencia, la información registral constituye auténtica «verdad oficial»<sup>605</sup>.

La misma idea se desarrolla advirtiendo que pretender explicar la virtud del Registro recurriendo a la idea de la apariencia jurídica, equivale a entender que los hechos materiales han de ser preferidos a los hechos inscritos<sup>606</sup>; siendo así que, en razón de las exigencias del principio de legalidad y de la calificación registral, el contenido del Registro está formado por datos contrastados –lo que es más que una simple apariencia de verdad<sup>607</sup>– y que su función no es crear una incierta o aproximada apariencia, sino poner al alcance del conocimiento de todo posible interesado esos mismos datos que, justamente por su contraste y depuración, obtienen una fiabilidad muy superior a la que puede esperarse del valor exteriorizador de la apariencia posesoria<sup>608</sup>.

<sup>605</sup> PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2210: «La expresión “verdad oficial” no es arbitraria: la veracidad del Registro de la Propiedad equivale a la exactitud e integridad de su contenido. “El Registro se presumirá exacto e íntegro”, dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944. El carácter oficial del Registro de la Propiedad es evidente, y ese rasgo suele aparecer en las definiciones formuladas por los autores» (cva. del a.).

<sup>606</sup> PAU: *op. cit.*, ib.: «En algunas ocasiones se contraponen los pronunciamientos registrales –la llamada “realidad registral”– con la realidad sin más, es decir, con los hechos. Y se afirma que éstos “exceden”, superan siempre a aquella»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 675: «Ese conjunto de tópicos antihipotecarios, y, concretamente, el de la apariencia, puede llevar a pensar que el Registro de la Propiedad se refiere únicamente a una realidad formal o aparente que se puede desvirtuar en seguida por la llamada “realidad material” [...]» (cva. del a.).

<sup>607</sup> PAU: *op. cit.*, ib.: «Pero afirmar que todos los hechos –que pueden estar o no ajustados a la legalidad– han de ser preferidos a los hechos inscritos –que son hechos controlados en su legalidad– no puede hacerse con ligereza».

<sup>608</sup> PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2211: «Lo importante en el caso del Registro no es crear una apariencia –una apariencia cualquiera–, sino ofrecer unos datos depurados, contrastados. La apariencia de la posesión es una *verosimilitud* que, con facilidad, puede deshacerse o confirmarse por otras vías. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta» (cva. del a.).

En definitiva, que es rebajar la función del Registro considerarlo como generador de apariencias jurídicas, y que, dadas las exigencias de la registración, es insuficiente explicar valor recurriendo a la teoría de la apariencia.

Pero es el caso que –si no hemos entendido mal– en este mismo sentido se argumenta a veces, pero desde el presupuesto contrario al anterior. Se encontrará ahora extraño que quienes fundamentan la apariencia registral en los controles a que se somete la inscripción y en el hecho de que estadísticamente el Registro dice la verdad, añadan a continuación que aquella apariencia haya de cubrir los casos, muy raros, en que la inscripción no publica la realidad jurídica. Sorprende –se añade– que, diciéndose esto, se olvide en seguida la «realidad registral» y se haga prevalecer sobre ella a la «realidad material»<sup>609</sup>.

Nos parece que en modos de argumentar como los anteriores se desliza algo de confusión y de precipitada deformación e incomprensión de la teoría de la apariencia; y, sobre todo, que los razonamientos ahora expuestos minimizan abiertamente los supuestos de inexactitud registral o, más ampliamente hablando, de discordancia entre el Registro y la realidad, con la inevitable consecuencia de hacer más difícil la comprensión del sistema registral y entorpecer el camino que lleva a la explicación de que tales supuestos de discordancia no priven al tráfico de la seguridad en él necesaria, ni al Registro, aun entonces, de su condición de medio proporcionador de tal seguridad; todo ello, sin necesidad de salirse de los grandes principios informadores de nuestro Derecho.

Efectivamente, supone confusión acerca de la teoría de la apariencia, y deformación de la misma, afirmar que la interpretación de la eficacia de la publicidad desde la teoría de la apariencia jurídica significa dar prevalencia al hecho material o a la verdad extra-registral sobre el Registro. Es justamente al contrario: significa afirmar y justificar que aunque la noticia registral no sea cierta, es ella la que debe prevalecer, frente a la situación inmobiliaria real, a favor del tercero que de buena fe se guía por lo que el Registro le dice.

Por otra parte, en la posición doctrinal que criticamos, nos parece ver una excesiva minimización de la discordancia entre el Registro y la realidad<sup>610</sup>; un incomprensible afán de cerrar los ojos a ella o

<sup>609</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, ib.: «Y lo curioso es que se diga que la apariencia se fundamenta en que, como estadísticamente el Registro dice la verdad, esa apariencia ha de cubrir los casos en que no hay tal realidad jurídica. Lo sorprendente es cómo diciendo esto se olvida en seguida la “realidad registral” y se alude en todo caso, como prevalente, a la “realidad material”».

<sup>610</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 675: «Lleva (el tópico de la apariencia), en definitiva, al tópico de la llamada “Concordancia entre Registro y realidad jurídica extrarregistral”, como si el Registro fuera algo irreal separado siempre de la realidad extrarregistral [...]».

de esconderla en el más oscuro rincón del campo abarcado por el Registro y alcanzado por sus más valiosos efectos. Negar la inexactitud registral es imposible, y a tanto —obviamente— nunca se llega. Pero, evitado ese extremo, sí que se enfatiza su extremada infrecuencia estadística y la razón de su casi completa imposibilidad: las exigencias del principio de legalidad y, muy destacadamente, el riguroso y severo control de la calificación registral. Nosotros no vamos a entrar aquí a calibrar tales infrecuencia e improbabilidad; lo que sí creemos necesario resaltar es que, a pesar de las cautelas impuestas por la ley para la práctica de la inscripción, la posibilidad de la discordancia entre la situación inmobiliaria que el Registro publica y la que existe en la realidad como única situación verdadera —inevitable tal discordancia incluso en el Registro alemán, a pesar del extraño artificio de la adquisición abstracta y del exceso de la inscripción constitutiva<sup>611</sup>— no es ninguna quimera; y que, lejos de apartar la mirada de ella considerándola como algo excepcional y poco merecedor de atención, lo que hay es que destacarla para dejar bien claro, como criterio fundamental y efecto de primer orden, que, incluso cuando la publicidad no se corresponde con la realidad, el Registro, para cumplir su propia función, tiene que seguir proporcionando seguridad al tercero de buena fe. Incluso entonces, hemos dicho, y nos hemos quedado cortos. Lo justo y acertado sería decir que precisamente y más que nunca entonces, cuando la realidad no publicada pudiera suponer una amenaza a la actuación del tercero, es cuando el Registro, recurriendo a su propia virtud y desplazando a la de la realidad no inscrita, tendrá que asegurar al tercero un resultado conforme con la información —irreal, en tal caso— que él mismo le proporcionó. Esto es algo fuera de toda duda, tanto en los numerosos textos de la Exposición de Motivos de 1861, que cifran la tarea aseguradora del Registro en hacer que para los terceros las cosas funcionen según las presenta la inscripción registral, y no según son en la realidad que no se inscribió<sup>612</sup>, como en los de Gómez de la Serna, cuando describe al ter-

<sup>611</sup> Acerca de la insuficiencia de tales expedientes para erradicar la discordancia entre el Registro Inmobiliario alemán y la realidad jurídica extra-registral, y para la relación de las más frecuentes posibilidades de inexactitud registral en Alemania, *vide*, e. c., BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13 Auflage, München, 1985, pp. 154-155; WEIRICH: *op. cit.*, pp. 179-182.

<sup>612</sup> Hicimos amplia relación de tales párrafos en *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, cit., pp. 33-38. He aquí, de nuevo, algunos de ellos: «al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido por error a otro a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente» (p. 248); «... si está la comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta a los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria a que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio u obtiene sobre ella

cero favorecido por la publicidad como alguien llevado a engaño por la información obtenida del Registro; y al que inmediatamente padece los efectos de tal favorecimiento, como alguien que, al no inscribir, provocó el error de ese tercero<sup>613</sup>. Pero esto mismo, resultante de textos tan autorizados, es justamente lo que permite la comprensión del Registro de la Propiedad desde la teoría de la protección de la apariencia; y lo que en ella obtiene, con razón, la consideración de elemento fundamental. Parece innecesario añadir que en nada se menoscaba con ello el valor del Registro —evidentemente ocurre justamente lo contrario— ni se infravaloran las exigencias necesarias para inscribir ni la función e importancia de la calificación registral. Ya Luzuriaga advertía que es más bien al revés: «por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido necesario rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda»<sup>614</sup>. Ésta sí que es una explicación acertada de las exigencias de la inscripción, y de su necesidad para fundamentar los efectos que la ley le atribuye: el más importante de ellos, sin duda, el de servir de soporte a la fe pública registral. Ésta y aquéllas se explican y fundamentan recíprocamente entre sí. Es exactamente lo que ocurre cuando la teoría de la apariencia impone la necesidad de un sólido fundamento a la buena fe del tercero protegible. No cualquier mero indicio es suficiente<sup>615</sup>. El Registro francés, sin iguales garantías que el nuestro

---

algún derecho real. Y esta regla sólo podía ser la de que no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudicará a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido» (p. 250); «... pero, sea la omisión efecto de descuido o de mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria» (p. 251); «... el que ignorante de ella (de la equivocación en el asiento registral) acude al Registro y contrata en la seguridad de que no hay inscripción o anotación que pueda perjudicar a la adquisición de un derecho real, no debe experimentar daño por la omisión del que no cuidó oportunamente de que la inscripción fuera modificada» (p. 312); «Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo deben perjudicar los derechos inscritos, no los que dejan de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes» (p. 314).

<sup>613</sup> Recuérdense los textos ya tan conocidos y citados de SERNA: *op. cit.*, pp. 567-568: «[...] pero sí no lo hizo (inscribir), dando lugar a que otro, engañado por el silencio del Registro comprara la finca creyendo que el dominio existía aún en aquel que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior [...] cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro [...]».

<sup>614</sup> LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944.

<sup>615</sup> Es el «elemento material» que, unido al «psicológico» (la buena fe), como hermanos siameses, exigía BÉRGAMO: *op. cit.*, p. 244, para la existencia de una apariencia jurídica susceptible de protección jurídica. Sobre él, más recientemente, BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, pp. 68-77. Por nuestra parte, nos remitimos aquí a lo dicho, a propósito de la apariencia de representación, acerca de la objetividad material y necesaria solidez de la *species facti* aparente, en *La representación aparente...*, cit., pp. 255-265.

para la práctica de la transcripción, no puede sostener el efecto de la fe pública registral; el nuestro puede perfectamente sustentarlo en ellas. Se ve así claramente cómo, lejos de haber contradicción, lo que hay es mutua exigencia entre las garantías impuestas a la inscripción por el principio de legalidad y el control de la calificación registral, de una parte, y la explicación de la eficacia de la publicidad registral, de otra, en los casos de discordancia entre el Registro y la realidad, cuando tales garantías y eficacia se explican desde la originaria inspiración de la Ley Hipotecaria y como un supuesto de aplicación de la doctrina de la protección de la apariencia.

d) Sin salir del mismo núcleo estimativo y argumentador, aunque se sigue afirmando la superioridad del Registro sobre las «apariencias» no registrales, el acento se va a cargar ahora sobre las carencias de estas apariencias. Mientras la apariencia generada por la posesión es una mera *verosimilitud* que puede fácilmente deshacerse por otras vías, lo propio del Registro no es crear una apariencia cualquiera, sino la consistente en una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por vía distinta; mientras la apariencia posesoria, al poder provocar confianzas infundadas, supone un riesgo potencial de creación de víctimas, la registral, reduciendo dicho riesgo por la exigencia de titulación auténtica y calificación registral, lo conjura a través del equilibrio entre la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico. Ese equilibrio –se afirma rotundamente y concluyendo– es el que falta, entre otras muchas cosas, en las demás «apariencias»<sup>616</sup>.

<sup>616</sup> PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 2211-2212: «Lo importante en el caso del Registro, no es crear una apariencia –una apariencia cualquiera– [...]. La apariencia de la posesión es una *verosimilitud* que, con facilidad, puede deshacerse o confirmarse por otras vías. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta [...]. La posesión puede inspirar confianza, pero su mensaje puede ser verdadero o falso, legal o ilegal. Si es falso o ilegal, la apariencia provocará una víctima. El Registro de la Propiedad, afortunadamente para la sociedad, es una institución más evolucionada. El riesgo de inexactitud –reducido, en realidad, por la concurrencia de título público y calificación– se conjura, como advirtió Ehrenberg, a través del equilibrio entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico. Y ese equilibrio es el que falta –entre otras muchas cosas– en las demás “apariencias”. El texto de EHRENBURG, citado en la nota 27 y correspondiente a las pp. 276-277 de *Rechtssicherheit...*, cit., dice literalmente así: «Heilkraft und öffentlicher Glaube der Registereintragungen ist zweierlei, letzterer ist ausschließlich der Verkehrssicherheit wegen da [...] während ersterer zwar auch der Verkehrssicherheit zu gute kommen kann, prinzipiell aber der Rechtssicherheit wegen da ist; in der Tat werden beide auch nur selten miteinander verwechselt». Aparte de la involuntaria omisión del *nur selten* detectable en la transcripción de Pau, debe advertirse que el texto invocado no se propone, ni en sí mismo ni en su contexto, la comparación entre la apariencia registral y la posesoria o extra-registral, sino que, pensando en la publicidad registral, plantea la incidencia de las distintas posibilidades de inscripción –la «sanante» o constitutiva [...] wird die heilende Wirkung der Eintra-

Como se ve, el grueso de estas afirmaciones se pone en la infiabilidad y peligros de las apariencias no registrales, o mejor y más simplemente –si de lo que se trata es de marcar las distancias entre el Registro y la apariencia jurídica–, de la teoría de la protección de la apariencia. Las apariencias jurídicas, inseguras en sí y fácilmente desvirtuables, pueden provocar víctimas incompensadas al no salvarse en ellas el justo equilibrio entre la seguridad del tráfico y la seguridad de los derechos. En contraste con estas carencias y contradicciones se presenta de nuevo un Registro idealizado donde apenas queda espacio a la inexactitud registral y donde el riesgo, reducido, de ésta resulta debidamente conjurado. Naturalmente, no es éste el lugar para entrar a defender la teoría de la protección de la apariencia; tampoco es necesario hacerlo. Los esfuerzos de la doctrina que la ha construido y explicado son suficientes para sustentar una visión de ella bastante más positiva que la que aquí se ha reflejado, y, sobre todo, para evitar la alarma de su peligrosidad, aunque sólo sea porque dicha doctrina, más que erigirse en fuente autónoma de soluciones jurídicas, se limita a ofrecer unitaria, razonada y coherente explicación a las que la ley consagra positivamente en las numerosas ocasiones en que sostiene la actuación de los terceros a impulsos de la buena fe objetivamente fundada en situaciones generadoras de confianza protegible<sup>617</sup>. Por otra parte –y tampoco en este punto hay que extenderse a estas alturas–, deberá admitirse que, por mucho que se idealice la exactitud registral, lo que con la ley en la mano nunca podrá negarse es que, en ocasiones, lo que el Registro publica no se corresponde con la realidad de las cosas: no es la verdad. ¿Que a esa no-verdad se la quiere llamar «verdad oficial»? Hágase en buena hora, pero reconózcase también que, con igual razón, se la podría llamar «verdad aparente» o «apariencia de verdad», y, por encima de una u otra expresión, que la protección legal a la confianza suscitada por ella –la fe pública registral– coincide en

---

gung oft verwechselt mit der rechtsbegründende (konstitutiven) Kraft, die manchen Eintragungen zukommt, añade inmediatamente en p. 277] y la simplemente generadora de fe pública registral– en las encontradas exigencias de la seguridad de los derechos y la seguridad del tráfico.

<sup>617</sup> Como sostiene OERTMANN: *op. cit.*, pp. 457-458, el concepto y la doctrina de la apariencia se construye rigurosamente sobre la base del Derecho positivo («[...] ein solch engerer Begriff scheint mir allerdings aus dem geltenden Recht –nicht freilich schon kraft einer unerfindlichen naturrechtlichen Notwendigkeit!– entnehmen zu lassen»), dando explicación a las soluciones que en él se sancionan [«Das Rechtsscheinproblem in diesem (engeren) Sinne hat es ausschließlich mit der Frage zu tun, ob und inwieweit gewisse Rechtswirkungen –Rechtserwerb, Schuldbefreiung usw.– durch Akte des geschäftlichen Verkehrs auch dann eintreten können, wenn in der Person des Geschäftsgegners nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind, von denen der Wirkungseintritt grundsätzlich abhängig sein würde, vielmehr nur der bloße Schein des Vorhandenseins dieser in Wahrheit fehlenden Voraussetzungen vorgelegen hatte»].

todo con la que, según la teoría de la apariencia, dispensa la ley a la que ponen los terceros en el *Tatabestand* conformador de la apariencia. La mayor elaboración técnica del mecanismo provocador de la apariencia registral «artificial» no saca a esta apariencia —como tampoco a las demás de su especie— del género común que las integra con las apariencias naturales o espontáneas en un mismo espacio sustancialmente unitario.

En definitiva, pues, y para terminar definitivamente: que cuando se acude a la doctrina de la protección de la apariencia jurídica para explicar la función y eficacia de la publicidad registral, no se afirma, en modo alguno, que el Registro de la Propiedad nazca para crear apariencias; esto es, para publicar simples verosimilitudes no contrastadas o, más llanamente, situaciones inmobiliarias falsas o irreales. El Registro nace con vocación publicadora de la realidad y para poner al alcance de todo interesado el conocimiento del verdadero estado de la propiedad y sus gravámenes<sup>618</sup>. Ahora bien, como en nuestro sistema registral —al igual que en los demás de desenvolvimiento técnico y publicidad positiva— es posible la divergencia entre lo que el Registro publica y lo que en la realidad se produce, y como, por otra parte, la publicidad se establece como imprescindible instrumento de seguridad en el tráfico inmobiliario, es perfectamente comprensible y resulta del todo justificado que cuando lo que el Registro publica no se corresponde con la realidad —¡cuando la publicidad se convierte en apariencia!— pero, por la oficialidad y fiabilidad del Registro, provoca la confianza del tercero que de buena fe lo toma como pauta de su actuación, dicha buena fe deba ser jurídicamente protegida, haciendo la ley que para tal tercero lo que es sólo apariencia funcione como si fuera la auténtica realidad de las cosas. Es ello lo que exige y basta a la seguridad del tráfico de buena fe<sup>619</sup>.

<sup>618</sup> La vocación publicadora de la realidad, propia del Registro, pero, al mismo tiempo, la necesidad de que la información por él facilitada valga para el tercero como realidad cuando efectivamente no lo es, aparece perfectamente formulada en la E. M. 1861, p. 228, al explicarse en qué consiste la publicidad: «Consiste ésta [...] 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, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el Registro de la Propiedad, en que el Registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que pueden corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes».

<sup>619</sup> Parece negarlo PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2211, invocando dos textos de EHRENBURG: «“El Registro adquiere todavía más fuerza, porque pone de manifiesto la existencia de un derecho por encima de cualquier duda”. Y escribe más adelante: “No puede ser considerado beneficioso un Registro que solamente tiene por efecto originar la buena fe de los

Por ello hemos mantenido<sup>620</sup>, y lo repetimos ahora para concluir, que nuestro Registro, sin necesidad de desintegrar la unidad de la inscripción haciéndola constitutiva en unos casos (las transmisiones negociales *inter vivos* y declarativa en las demás, antes al contrario, atribuyéndole en general un mismo carácter publicador (declarativo) y convirtiéndola siempre en seguro fundamento de la buena fe de los terceros, logra para nuestro ordenamiento jurídico una seguridad del tráfico inmobiliario inalcanzada en el sistema francés de inscripción declarativa (pero de publicidad negativa o preclusiva) y no inferior a la que, con tanta carga de innecesaria artificiosidad se obtiene en el sistema alemán de transmisión negocial abstracta e inscripción constitutiva. Es lástima que nuestra doctrina no haya valorado como se merece esta tan lograda y peculiar concepción de la inscripción en nuestro Derecho de la publicidad registral inmobiliaria.

---

terceros"». El primero de los textos, en EHRENBURG: cit., p. 275, dice literalmente así: «Indessen die Wirkung der Eintragung kann eine noch viel stärkere sein, es kann auch die Existenz des Rechts dadurch dargetan und sogar über jeden Zweifel erhoben werden». Y sigue como explicación: «Die Eintragung hat dann heilende Kraft, d.h. Mängel im Recht des Eingetragenen werden aufgehoben [...]»; el segundo, en p. 276, dice: «Nicht als heilend wirkt die Eintragung da, wo sie lediglich die Wirkung hat, dem gutgläubigen Dritten zu gute zu kommen», añadiendo: «dergestalt, daß dieser sich auf ihre Richtigkeit verlassen darf». Como puede verse, pues, los textos aducidos no niegan la suficiencia de un Registro provocador de la fe pública registral para la protección de la seguridad del tráfico. Lo que Ehrenberg plantea en estos párrafos, en sí mismos y debidamente situados en su contexto, es cómo la inscripción constitutiva, en cuanto suprimidora de los defectos del derecho inscrito, tiene eficacia sanante del mismo, en interés de la seguridad de los derechos, mientras que la que no sana tales defectos sino que, en favor del tercero de buena fe, se limita a provocar su confianza en la existencia y legitimidad del derecho inscrito, carece de tal eficacia sanante en interés de esa misma seguridad de los derechos; pero de ningún modo se dice que esta segunda forma de inscripción sea insuficiente para el otro y contrario aspecto de la seguridad jurídica: la seguridad del tráfico. En palabras de EHRENBURG (cit., p. 280), lo que como imprescindible exige la seguridad del tráfico («dies ist augenscheinlich ein dringendes Erfordernis der Verkehrssicherheit») es, exactamente, el efecto de la fe pública registral: «daß der Beabsichtigte Erwerb, und zwar so, wie er beabsichtigt war, gelingt und nicht, ganz oder teilweise, vereitelt wird durch Umstände, die ihm, dem Erwerber, unbekannt sind».

<sup>620</sup> En *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, cit., pp. 80-81.

# Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas \*

PEDRO DEL OLMO GARCÍA  
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción*.-1. Los casos principales de responsabilidad por informaciones falsas.-2. Delimitación del campo de estudio.-3. Líneas generales de Derecho Comparado.-3.1 El sistema alemán.-3.2 Portugal.-3.3 Sistemas de *Common Law*.-3.4 Francia.-3.5 Italia.-II. *El punto de partida: el funcionamiento de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual*.-1. La naturaleza de la responsabilidad en nuestro Derecho.-2. El problema de la responsabilidad excesiva.-2.1 La insuficiencia de la culpa.-2.2 Reacciones.-2.3 ¿No bastaría con un control a través de la causalidad?.-3 Características especiales del problema.-3.1 La información es especial.-3.2 El daño es puramente económico.-4. Ideas para una solución. 4.1 ¿Se exige en nuestro sistema la antijuridicidad del daño?.-4.2 El deber de cuidado en el *Common Law*.-4.3 El deber de cuidado en nuestro sistema.-4.4 El deber de cuidado en nuestro campo de estudio.-5. Dos alternativas no tan buenas.-5.1 La exigencia de la gravedad de la culpa.-5.2 La imputación objetiva: el fin de protección de la norma violada.-III. *La regla de fondo*.-1. Existencia y alcance del deber de cuidado en el *Common Law*.-1.1 Introducción histórica.-1.2 La regla operativa.-1.3 El ori-

---

\* El origen último de este artículo se encuentra en un cuestionario sobre la situación en España de la responsabilidad por daño puramente económico elaborado para el llamado *Common Core Project*. Tuve la oportunidad de participar en ese proyecto gracias al profesor Pantaleón, a cuya generosidad debo también la oportunidad de haber profundizado en este tema que estaba casi totalmente abandonado por nuestra doctrina. En la elaboración de este artículo también me he beneficiado de la generosa ayuda intelectual del profesor Basozabal, en Madrid, y de los profesores Salvador Coderch, Egea, Gómez-Pomar, Pintos Ager y demás participantes en el seminario del área de Derecho Civil de la *Universitat Pompeu Fabra*, en Barcelona. A todos ellos, en absoluto responsables de los fallos que subsistan, mi gratitud y mi reconocimiento. Por otro lado, la fase inicial de este trabajo fue realizada en la *Columbia University* con la ayuda de una beca del Programa de Formación de Personal Investigador en el Extranjero del (entonces) MEC. En esa fase, mi agradecimiento se extiende también a los profesores Pastor y Goldberg y a los doctores Bandrés y de la Morena.