

Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, 233 págs.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Consejero-Secretario de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Pocas veces se tiene la oportunidad de ser coetáneo a la aparición de una obra decisiva en el pensamiento jurídico. Pueden ser obras de envergadura, meros opúsculos o libros intermedios, pero tienen la característica común de que son publicaciones llamadas a ser referentes de la doctrina por muchos años y a ser valoradas como definitivas en la construcción dogmática. Es el caso del libro de Fernando MÉNDEZ, *De la publicidad contractual a la titulación registral*, con el que la Editorial Thomson-Reuters-Civitas nos ha sorprendido a finales del año 2008.

Tradicionalmente se han venido aceptando en el Derecho Inmobiliario Registral o Derecho Hipotecario determinados axiomas, sobre los que se ha asentado la construcción de esta disciplina, que transversalmente ataña a otras muchas (Derecho Civil, Administrativo, Mercantil, Procesal, Urbanístico). Ocurre así con los llamados «principios hipotecarios», precisamente desde que don Jerónimo GONZÁLEZ, a principios de siglo XX, los construyera y publicara —una obra también «revolucionaria»— que lleva el nombre de aquéllos.

Una de esas verdades oficiales, incontestadas, asumidas sin discusión, es el principio de publicidad, según el cual el Registro tiene como finalidad esencial la de publicar situaciones jurídico reales sobre bienes inmuebles con efectos frente a terceros. Partiría este principio de que la transmisión de la propiedad y demás derechos reales se produce al margen del Registro, conforme a la doctrina tradicional recogida con el nombre de «teoría del título y el modo», según la cual la transmisión tiene lugar en Derecho español en virtud de un contrato válido de finalidad traslativa seguido o acompañado de la tradición o entrega del bien. El Registro de la Propiedad se limitaría a hacer oponible a terceros esa relación jurídica.

F. MÉNDEZ desmonta valientemente esta premisa falsa, demostrando que la inscripción es mucho más que publicidad, y que tiene un valor esencial en el proceso transmisor. Lo hace con argumentación jurídica y económica —basada en la teoría de los juegos y en la aportación dentro de ella de las teorías de Douglas NORTH— que es indiscutible. El Registro de la Propiedad —defiende el autor— no está ligado con la idea de publicidad (ya que ni siquiera existe una

posibilidad de acceso indiscriminado a su contenido), sino con la de creación de titularidades inatacables, con la finalidad de facilitar el comercio de los derechos reales sobre inmuebles y su utilización como activos económicos.

El proceso de creación del Registro es la historia de la superación de las insuficiencias funcionales de la posesión y del Derecho común, pues el Estado moderno exige aumentar el grado de seguridad en relación al hecho de estar adquiriendo del *verus dominus*. La derogación del Derecho Común se realiza mediante el reforzamiento de la posición del adquirente a título oneroso y de buena fe, como medio de potenciación y reforzamiento de la seguridad del tráfico. Mientras que el Derecho Común se basa en que nadie puede transmitir más derechos de los que él mismo tiene —*nemo dat quod non habet*— y es propio de ámbitos en los que no se ha generalizado la economía de mercado, la Ley Hipotecaria —fundamentalmente tras la reforma de 1944— introduce un nuevo esquema o paradigma, basado en la inscripción como medio de desarrollo del mercado inmobiliario, y que no va dirigida a publicar una transmisión ni a dar plena eficacia al título contractual, sino a ser título adquisitivo mismo del derecho. La inscripción es de naturaleza inmunizadora y funcionalmente constitutiva.

Esta propiedad normativa derivada de lo que F. MÉNDEZ denomina «literalidad registral», encuentra su consagración en la denominada fe pública registral proclamada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y significa —en términos similares a la autonomía del derecho incorporado al título cambiario— que la posición jurídica del segundo y tercer adquirentes viene delimitada por el tenor literal de la inscripción, como si su adquisición fuera originaria, y sin subrogarse en la posición personal del transmitente. La inscripción determina que no sean oponibles al adquirente excepciones que un *tradens* anterior pudiera oponer a su propio *tradens*, y que sin embargo son eficaces entre partes, en virtud de lo que el autor denomina abstracción registral, similar a la abstracción cambiaria. A diferencia de la escritura pública, con valor probatorio *inter partes*, la inscripción en el Registro de la Propiedad diríme el conflicto de titularidades; por eso la inscripción no publica el derecho, sino que es el derecho mismo.

En la medida en que el ordenamiento jurídico admite excepciones al principio de fe pública registral, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral y aumentan las incertidumbres para adquirentes, propietarios y acreedores en el mercado inmobiliario. Y como señala MÉNDEZ, basándose en NORTH, cuanto mayor sea la incertidumbre del comprador menor será el valor del bien. Dentro de este contexto, este valor será menor cuando la estructura institucional permita que terceras personas influyan en el valor de los atributos del bien que son una función de utilidad para el comprador.

Destaca el autor la paradoja (que genera una ilusión óptica generadora de equívocos), de que este sistema transmisorivo nuevo instaurado por la legislación hipotecaria, basado en el Derecho de seguridad en el tráfico, está recogido en leyes especiales, mientras que el sistema residual, aplicable únicamente a la propiedad no inscrita, quede recogida en el cuerpo legal por excelencia del Derecho Privado que el Código Civil. Pero hoy en día, la plena aplicación de este sistema y de la virtualidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria ha sido sancionado por el Tribunal Supremo en las SSTS de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007.

En conclusión, se trata de una obra importante, original y de referencia futura, de fácil y ágil lectura, en la que se combinan argumentaciones jurídicas y económicas, así como sólidos conocimientos históricos y cuya aportación

fundamental es centrar adecuadamente un tema tradicionalmente desenfocado, situando el sistema registral como eje del proceso transmisivo de la propiedad y demás derechos reales.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan, y ATIENZA, Manuel, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 216 págs.

por
IGNACIO TORRES MURO

La Fundación Coloquio Jurídico Europeo, auspiciada por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, viene realizando una importante labor en la organización de debates sobre temas jurídicos, en los que han intervenido primeros espadas de la ciencia y la práctica del Derecho a nivel mundial. Completa esta dedicación, en los últimos tiempos, publicando los resultados de dichos encuentros (por ejemplo, el libro de Robert ALEXY y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007).

El volumen del que nos vamos a ocupar aquí es producto de una de esas sesiones, la que estuvo centrada en la obra de L. FERRAJOLI, uno de los juristas italianos más interesantes de los últimos tiempos, y que goza de una gran influencia en España, como lo demuestra la frecuente traducción de sus obras y la publicación de trabajos sobre el mismo. Estamos precisamente a la espera de que su último esfuerzo editorial de carácter enciclopédico (nos referimos al libro *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007) sea vertido al español, pero ya cabe avanzar que se trata de un trabajo ambicioso y muy completo, que probablemente suscite fuertes discusiones cuando sea definitivamente asimilado.

Ahora los lectores españoles tenemos, sin embargo, ya en nuestras manos un libro, mucho menos extenso, pero también muy interesante, en el que se apuntan algunas de las tesis de su obra magna. Es aquél al que vamos a dedicar esta noticia, en la que a las aportaciones de FERRAJOLI se unen las de otros filósofos del Derecho que reflexionan sobre las mismas, lo que añade calidad al volumen.

El mismo se abre con un trabajo introductorio de G. PISARELLO y R. GARCÍA MANRIQUE (*Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves de una pasión razonada*), en el que se resume el contenido del libro con una buena exposición de las principales tesis que allí desarrollan el autor italiano y sus comentaristas (MORESO y ATIENZA), para concluir resaltando que la tarea del jurista ferrajoliano debe (pág. 23), por un lado, mantener viva la crítica política, externa al Derecho, frente al positivismo ideológico, incluido el de cariz constitucionalista; y, por otro, mantener viva la crítica jurídica, interna, dentro del propio Derecho, frente a todos los tipos de positivismo legalista que ignoran o reducen el valor normativo de la Constitución. El adversario sería el poder que se quiere «salvaje» y absoluto, sin límites ni vínculo alguno. Los fines a los que se sirve la paz, la igualdad y la libertad de todos, comenzando por los más débiles. Por ello, el programa ilustrado de FERRAJOLI no es, para estos autores, un ejercicio analítico estéril, ni artificioso, sino, por el contrario, una pasión razonada con coherencia.