

La inscripción como título-valor o el valor de la inscripción como título

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN.
2. LA IMPOSICIÓN DE SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL COMO INSTRUMENTO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA CONFIANZA Y DE FACILITACIÓN DE LA COOPERACIÓN:
 - 2.1. ESPECIALIZACIÓN, INTERDEPENDENCIA Y COOPERACIÓN.
 - 2.2. LOS OBSTÁCULOS PARA CONTRATAR:
 - 2.2.1. *Obstáculos ex ante.*
 - 2.2.2. *Obstáculos ex post.*
 - 2.3. LA NECESIDAD DE INSTITUCIONES QUE FACILITEN EL INTERCAMBIO:
 - 2.3.1. *Planteamiento.*
 - 2.3.2. *Instituciones para facilitar la ejecución de contratos perfeccionados entre personas conocidas e instituciones para facilitar la celebración de contratos entre personas desconocidas.*
 - 2.3.3. *La simetría informativa funcional como tecnología jurídica dirigida a facilitar la contratación: los paradigmas de la letra de cambio y del Registro de la Propiedad.*
3. LA INSUFICIENCIA DEL RÉGIMEN CIVIL DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS COMO PARADIGMA DE LAS DIFICULTADES DEL DERECHO COMÚN PARA FOMENTAR LA CIRCULACIÓN Y EXPANSIÓN DEL CRÉDITO:
 - 3.1. EXPANSIÓN DEL COMERCIO Y *LEX MERCATORIA*.
 - 3.2. LOS RIESGOS DE LA TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO COMÚN.
 - 3.3. EL SISTEMA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS DEL DERECHO COMÚN GENERA DESCONFIANZA EN EL CESIONARIO Y DIFICULTA LA CIRCULACIÓN DE CRÉDITOS.

4. DERECHO DE LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO: LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL DOCUMENTO:
 - 4.1. LAS NECESIDADES DE LA CIRCULACIÓN DEL CRÉDITO.
 - 4.2. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL DOCUMENTO:
 - 4.2.1. *Incorporación y ejercicio del derecho.*
 - 4.2.2. *Incorporación y circulación del derecho.*
 - 4.2.3. *Incorporación y constitución del derecho.*
 - 4.2.4. *La incorporación como técnica de intensidad graduable.*
5. PROPIEDADES NORMATIVAS DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS O DE FE PÚBLICA:
 - 5.1. LEGITIMACIÓN:
 - 5.1.1. *En relación con el tenedor.*
 - 5.1.2. *En relación con el adquirente del título-valor.*
 - 5.2. LITERALIDAD Y ABSTRACCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-OBLIGACIONAL DEL CESIONARIO MEDIANTE LA EXCLUSIÓN DE EXCEPCIONES.
 - 5.3. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO INCORPORADO: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-REAL DEL CESIONARIO.
 - 5.4. A MODO DE CONCLUSIÓN.
6. LOS RIESGOS DE LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA:
 - 6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.
 - 6.2. LOS RIESGOS:
 - 6.2.1. *Dificultad de movilización.*
 - 6.2.2. *Riesgo de pertenencia.*
 - 6.2.3. *Riesgo de consistencia.*
 - 6.2.4. *Riesgo de pérdida del Derecho.*
 - 6.2.5. *Dificultad para probar la titularidad de su derecho por el propietario.*
 - 6.3. LA REFORMA DEL SISTEMA REGISTRAL COMO SOLUCIÓN: SU PARALELISMO CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS O DE FE PÚBLICA.
7. LA INTABULACIÓN O INCORPORACIÓN REGISTRAL: LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN:
 - 7.1. LEGITIMACIÓN REGISTRAL:
 - 7.1.1. *En relación con el titular registral.*
 - 7.1.2. *En relación con el tercer adquirente.*
 - 7.2. LA PRESUNCIÓN EN RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS:
 - 7.2.1. *La protección jurídico-obligacional del adquirente: la exclusión de excepciones.*
 - 7.2.2. *La protección jurídico-real del adquirente: la fe pública registral.*

8. LAS DEROGACIONES DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL POR LA DISCIPLINA DE LOS TÍTULOS-VALORES Y POR LA REGISTRAL: SU JUSTIFICACIÓN.
9. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN INCORPORADA AL TÍTULO VALOR:
 - 9.1. PLANTEAMIENTO.
 - 9.2. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA *INTER PARTES*: EL CONTRATO DE ENTREGA.
 - 9.3. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA *INTER TERTIOS*:
 - 9.3.1. *En los supuestos normales: el contrato de entrega.*
 - 9.3.2. *En las hipótesis patológicas: la teoría de la apariencia jurídica:*
 - 9.3.2.1. La apariencia jurídica como fundamento de la protección de la confianza *inter tertios*.
 - 9.3.2.2. Requisitos:
 - 9.3.2.2.1. La denominada situación objetiva de apariencia.
 - 9.3.2.2.2. Ha de mediar un negocio de tráfico.
 - 9.3.2.2.3. Ha de haber buena fe en la adquisición.
 - 9.3.2.2.4. La situación objetiva de apariencia ha de ser imputable al deudor.
10. LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO REGISTRAL: LA ABSTRACCIÓN REGISTRAL:
 - 10.1. FUNDAMENTO DE QUE EL *VERUS DOMINUS* PUEDA VERSE PRIVADO DE SU DERECHO SI NO INSCRIBE SU ADQUISICIÓN:
 - 10.1.1. *Fundamento.*
 - 10.1.2. *El supuesto sacrificio del principio de consentimiento.*
 - 10.1.3. *El derecho de la seguridad del tráfico: un juego de suma positiva.*
 - 10.2. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE QUIEN ADQUIERE DE BUENA FE DE UN TITULAR REGISTRAL QUE NO ES *VERUS DOMINUS*:
11. EMISIÓN CAMBIARIA *VERSUS* PROCEDIMIENTO REGISTRAL:
 - 11.1. LA EMISIÓN CAMBIARIA.
 - 11.2. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL:
 - 11.2.1. *Fundamento de la necesidad de un procedimiento registral:*
 - 11.2.1.1. La necesaria eficacia *erga omnes* del dominio y demás derechos reales.
 - 11.2.1.2. Los derechos de propiedad como consenso social acerca del aprovechamiento de los bienes. El procedimiento registral como garante del consenso.
 - 11.2.1.3. Los intereses concurrentes en el procedimiento registral.
 - 11.2.2. *La inscripción como derecho del adquirente:*
 - 11.2.2.1. El artículo 609 del Código Civil y el principio de eficacia relativa de los contratos.

- 11.2.2.2. El derecho de propiedad: su necesaria eficacia *erga omnes*.
- 11.2.2.3. La insuficiencia del sistema del artículo 609 del Código Civil en un entorno de alta transaccionalidad entre personas desconocidas.
- 11.2.2.4. Los registros de tráfico —o de derechos— como solución: la inscripción como título de eficacia *erga omnes*.

12. CONSIDERACIONES FINALES.

1. PRESENTACIÓN

Las asimetrías informativas presentes en el mercado son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar; por lo cual, para facilitar las transacciones se requieren instituciones que suministren a la parte peor informada —usualmente la interesada en adquirir— toda la información relevante, y que la parte mejor informada —usualmente la interesada en transmitir— le ocultaría si pudiera, en el caso de que esperase obtener de tal comportamiento mayores beneficios que del contrario, esto es, de la comunicación a la parte peor informada de toda la información relevante.

Pues bien, el objetivo de este trabajo consiste en poner de manifiesto que dos instituciones fundamentales de una economía de mercado, cuales son, por un lado, los títulos-valores cualificados y muy especialmente la letra de cambio y, por otro, el Registro de la Propiedad, singularmente en su estadio más desarrollado de Registro de derechos o de tráfico (1), son tecnologías insti-

(1) Una exposición de los diferentes tipos de sistemas registrales y de las diferentes cuestiones relacionadas con ellos puede verse en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica del sistema registral», en *RCDI*, núm. 671, págs. 871 y sigs., 2002. Asimismo en «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T. III, pág. 4037 y sigs., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. También *Los sistemas registrales como instrumentos reductores de los costes de información y de conservación*, presentado en el Workshop del WPLA sobre *Safety Mechanisms in the creation immovable Property Markets: Protecting Rights* celebrado en Madrid los días 28 y 29 de septiembre de 2000, organizado por UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad: un análisis de su racionalidad organizativa*. Ed. Palestra. Perú, 2004. PARDO NÚÑEZ, C. R., «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado». Puede verse en *La calificación registral*, T. I. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (coord.), Ed. Civitas, Madrid, 1996. COOTER, R. y ULLEN, Th., *Derecho y Economía*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

En realidad, los dos tipos básicos de sistemas registrales que se conocen —de documentos y de derechos— son dos respuestas a una misma pregunta: si alguien adquiere de buena fe de quien no es dueño, ¿a quién debe proteger la ley?, ¿al verdadero dueño?, ¿al adquirente de buena fe? Si se opta por la primera solución, estaremos ante un registro de documentos; si por la segunda, ante un registro de derechos. La primera es la respuesta

tucionales generadas por la humanidad que obedecen a la lógica expuesta, y para ello se basan en principios y se valen de técnicas jurídicas muy similares, hasta el punto de que puede afirmarse que la inscripción, en este tipo de registros, es un título-valor (2), o que la letra de cambio incorpora fe pública.

Los principios en los que se inspiran forman parte del conjunto que conforma el Derecho de la seguridad del tráfico —cuyos orígenes en Europa Occidental podemos encontrar, al menos, en la denominada *Lex Mercatoria* o *Merchant Law*— el cual permite un nivel más elevado y complejo de cooperación —y, por tanto de especialización— que el Derecho común —Derecho de la seguridad jurídica— al que viene a sustituir y el cual responde a un estadio de cooperación más rudimentario.

En este paradigma, frente a lo que se ha venido afirmando, ganan todos, no solamente unos a costa de otros. No salen ganando, como veremos, adquirentes y acreedores frente a propietarios; antes al contrario, adquirentes y acreedores ganan porque en el nuevo paradigma el propietario ve robustecida su posición y tanto más cuanto más intensamente actúen los principios del Derecho de la seguridad del tráfico.

Se trata de dos elegantes y sofisticadas soluciones institucionales, basadas en la misma técnica, para resolver el mismo problema en dos ámbitos diferentes: el de la circulación de los derechos de crédito en el caso de los títulos cambiarios; el de la movilización de los derechos de propiedad sobre inmuebles (3) como medio para convertirlos en activos económicos, en el caso del Registro de la Propiedad. Ambos surgen cuando la arquitectura institucional existente no da una respuesta satisfactoria a las nuevas necesidades que plantea incesantemente la lógica evolutiva del devenir humano.

típica de un sistema basado en la supuesta seguridad de los derechos o seguridad jurídica; la segunda es la propia de un sistema basado en la seguridad del tráfico, que, como veremos, también asegura, en mayor medida, los derechos, pese a las apariencias iniciales.

(2) Al utilizar la expresión título-valor referida a la inscripción, no queremos decir, obviamente, que los inmuebles tengan una especial vocación circulatoria —como sucede con la letra de cambio, por ejemplo—, sino que la inscripción registral es una técnica que facilita la transmisión de los derechos de propiedad sobre inmuebles mediante su protección, lo que aumenta su valor de cambio y su aptitud como garantía crediticia, recurriendo para ello a técnicas similares a las de la letra de cambio.

(3) Utilizamos aquí la expresión «derechos de propiedad» en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no sólo para referirnos a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en que se pueda aplicar la exclusión. Incluye, por tanto, no sólo la propiedad, tal y como la define el Código Civil, sino también el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo, hipotecas, patentes, etc. Por el contrario, los bienes considerados de «libre acceso» son aquellos sobre los que no se aplica exclusión alguna. Ahora bien, que un derecho sea exclusivo, no significa que no posea limitaciones, sino que tan sólo está limitado por aquellas restricciones explícitamente establecidas por la ley. Véase, al respecto, el excelente trabajo de SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, págs. 32 y sigs. Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

2. LA IMPOSICIÓN DE SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL COMO INSTRUMENTO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA CONFIANZA Y DE FACILITACIÓN DE LA COOPERACIÓN

2.1. ESPECIALIZACIÓN, INTERDEPENDENCIA Y COOPERACIÓN

La especialización —la división del trabajo— es la base del bienestar público. A mayor especialización, mayor productividad y, por tanto, mayor crecimiento y mayor bienestar.

Obviamente, la especialización implica interdependencia y ésta necesita intercambios voluntarios en beneficio recíproco, esto es, un comportamiento cooperativo.

Pero cooperar no es fácil, y, por lo tanto, no lo es intercambiar o contratar (4). El motivo estriba en que, al tener cada una de las partes sus propios intereses, pueden emplear el intercambio como instrumento para apropiarse de los frutos del esfuerzo del otro.

Esta lucha derrocha recursos de forma directa e indirecta. Directamente, porque requiere dedicar medios valiosos tanto para efectuar el fraude o engaño como para evitarlo. Indirectamente, porque al darse cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización (5).

Debido a esta posibilidad de conducta oportunista, para que sea viable la especialización, es necesario organizar los intercambios de tal modo que se armonicen los intereses potencialmente conflictivos de las partes.

2.2. LOS OBSTÁCULOS PARA CONTRATAR

Y, para ello, es preciso resolver dos tipos de problemas: unos *ex ante* y otros *ex post* al intercambio o, si se prefiere, al contrato.

2.2.1. Obstáculos *ex ante*

Entre los previos destacan la incomunicación y la desconfianza (6) o, si se prefiere, la desconfianza generada por el desconocimiento, sobre todo por

(4) Es clásico, al respecto, el trabajo de AXELROD, R., *La evolución de la cooperación —El dilema del prisionero y la teoría de los juegos—*. Versión española de L. BOU. Alianza Ed. Madrid, 1996. También POUNDSTONE, W., *El dilema del prisionero*. Alianza Ed. Madrid, 1992. KREPS, D. M., *Teoría de los juegos y modelación económica*. Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

(5) HIRSHLEIFER, J., «The Dark Side of the Force», *Economic Inquiry*, 32, 1994, citado por ARRUÑADA, B., «Límites institucionales al desarrollo de la empresa», en *Papeles de la Economía Española*, 78-79, 1999.

(6) WRIGHT, R., *Nadie pierde. La teoría de los juegos y la lógica del destino humano*, pág. 354. Ed. Tusquets, Barcelona, 2005.

parte del comprador, de atributos jurídica y económicamente relevantes del bien que desea adquirir, junto con la convicción de que el vendedor, conforme al modelo conductual del autointerés, los ocultará cuando de tal comportamiento espere unas condiciones de intercambio más ventajosas.

Esta *asimetría informativa*, junto con la convicción de que quien posee más información la utilizará conforme al modelo del autointerés, genera desconfianza; y conjuntamente se erigen en los grandes obstáculos *ex ante* para que la cooperación pueda tener lugar.

2.2.2. Obstáculos *ex post*

Las dificultades *ex post* se refieren a las existentes para el cumplimiento y control del contrato una vez celebrado. Entre ellas, destaca el oportunismo, expresión con la que se hace referencia a los que, en el marco de un contrato, tratan de aprovecharse de las dificultades de vigilancia que implica su aplicación para apropiarse del valor que, contractualmente, corresponde a la otra parte contratante (7).

Aunque el riesgo del oportunismo se da en todas las fases del *iter contractual*, cobra especial relieve en su fase de ejecución, dominada por una racionalidad meramente *individual* (8), caracterizada por un cálculo sobre los costes y beneficios que puede ocasionar el incumplimiento.

2.3. LA NECESIDAD DE INSTITUCIONES QUE FACILITEN EL INTERCAMBIO

2.3.1. Planteamiento

Pues bien, debido a que las partes invertirán en los costes necesarios para superar las dificultades expuestas *racionalmente*, y debido a que hay costes marginales crecientes, no sólo en la adopción de las medidas necesarias para disipar la desconfianza *ex ante*, sino también para medir y vigilar la ejecución del contrato, cada parte se detendrá, antes de disipar absolutamente su

(7) Sobre el oportunismo, véase WILLIAMSON, O., *Markets and Hierarchies*, The Free Press, 1975. Existe traducción española, *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991. Véase, también, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Los sistemas registrales como reductores de costes de información y de conservación*, trabajo presentado en el «workshop» del WPLA sobre *Safety Mechanisms in the creation of immovable Property Markets: Protecting Rights*, celebrada en Madrid los días 28 y 29 de septiembre de 2000, organizado por UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

(8) Véase NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, pág. 50 y sigs. Alianza. Ed. Madrid, 1994.

desconfianza, o de realizar una vigilancia perfecta, justo en el punto en el que los beneficios marginales igualen los costes marginales de tal actividad, por cuya razón no se puede dar por sentado el cumplimiento obligatorio, lo que ha constituido y constituye un obstáculo crítico para aumentar la especialización y división del trabajo, que requiere toda una larga y compleja cadena de contratos (9).

Por todo ello, sin instituciones que prevengan *ex ante* y/o que sancionen *ex post* estas conductas impulsadas por el autointerés, quedará excluido el intercambio complejo.

Estos *costes transaccionales* (10) reflejan las incertidumbres, pues incluyen un premio de riesgo, cuya magnitud traerá consigo la probabilidad de defección de la otra parte y el coste consiguiente para la primera. Y, a lo largo de la historia, el montante de esa suma ha evitado el intercambio complejo, y, por tanto, ha limitado las posibilidades de crecimiento económico.

(9) NORTH, D. C., *Ibíd.*

(10) Los costes de transacción son generalmente considerados como imperfecciones del mercado y permiten explicar la diferencia existente entre la asignación efectiva y potencial de los recursos, aun sabiendo que son inimaginables economías reales sin costes de transacción positivos.

La expresión *costes de transacción* fue utilizada por primera vez por R. H. COASE en su clásico artículo sobre el problema del coste social —«The problem of social cost», reimpreso en *The Journal of Law and Economics* 3, 1960: 1-44, por The University of Chicago Press—, al poner de manifiesto que, para llevar a cabo una transacción en el mercado, se hace necesario descubrir con quién se desea contratar, informar a las personas correspondientes de que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas, etc. Posteriormente DAHLMAN cristalizó el concepto de costes de transacción, descubriéndolos como costes de búsqueda e información, costes de arreglos y decisiones y costes de acción de policía —CARL y DAHLMAN, «The Problem of Externality», *The Journal of Law and Economics* 22, núm. 1, abril 1979, 148—. La teoría está inspirada en las contribuciones de STIGLER y otros a la economía de la información —STIGLER, J. G., «The Economics of Information», *Journal of Political Economy* 69, junio 1961—.

Desde una perspectiva muy general, puede decirse que los costes de transacción son los que surgen cuando los individuos intercambian derechos de propiedad sobre los activos económicos y ejercen sus derechos exclusivos, aunque muchos de sus aspectos estén todavía por perfilar con claridad —véase EGGERTSSON, T., *El comportamiento económico y las instituciones*, pág 18 y sigs., Alianza Ed. Madrid, 1995—.

La idea fundamental de los costes de transacción es que son los costes derivados de la suscripción *ex ante* de un contrato y de su control y cumplimiento *ex post*. El hecho de que realizar transacciones sea costoso, convierte en cuestiones esenciales —desde el punto de vista de la eficiencia y del crecimiento económicos— todas las relativas a la definición, asignación y protección de los derechos de propiedad.

La tardía incorporación de los costes de transacción a la teoría económica se debe al hecho de que, hasta muy recientemente, la mayoría de las teorías y de los modelos en economía partían de la hipótesis de la existencia de información completa y los costes de transacción están relacionados, de una forma u otra, con los costes de adquirir información sobre los intercambios.

Por todo ello, la humanidad, a lo largo de la historia, ha ido generando diversas tecnologías institucionales dirigidas a superar estos obstáculos y, de este modo, facilitar los intercambios.

2.3.2. *Instituciones para facilitar la ejecución del contrato perfeccionado entre personas conocidas e instituciones para facilitar la celebración de contratos entre personas desconocidas*

No resulta arriesgado suponer que en sociedades poco evolucionadas compuestas por un número reducido de miembros que, por ello, se conocen entre sí, los principales obstáculos para el intercambio se hallan relacionados con las conductas que hemos denominado *oportunistas*, esto es, relacionadas con la ejecución y cumplimiento de lo acordado. Las dificultades *ex ante* relacionadas con las asimetrías informativas entre vendedor y comprador no debían alcanzar el mismo nivel, al menos en lo referente a los intercambios inmobiliarios, ya que, presumiblemente, toda la información relevante al respecto era conocida por todos los miembros de la comunidad o la mayor parte. Este tipo de dificultades adquieren mayor relevancia en una sociedad más amplia y evolucionada, con intercambios numerosos entre personas que no se conocen entre sí.

Por ello, aunque la humanidad va generando a lo largo de la historia *tecnologías institucionales* dirigidas a superar las *dificultades para intercambiar*, genera en primer lugar o en mayor medida tecnologías dirigidas a asegurar el *cumplimiento de los contratos*, y, posteriormente, las dirigidas a facilitar la *celebración de contratos*, mediante la superación de la desconfianza propia de sociedades de gran tamaño, con un elevado volumen de intercambios, con la necesidad del recurso permanente al crédito, en las que los individuos no se conocen entre sí y en la que existe una gran desigualdad informativa entre ellos en relación a los atributos económicamente relevantes de los bienes objeto de intercambio.

Así, en la época de los liderazgos supraaldeanos, en sociedades que desconocían la escritura, existía una figura —denominada *hombre importante*— dotada de una memoria prodigiosa para las relaciones de parentesco y para las transacciones del pasado (11).

La invención de la *escritura* fue decisiva para contribuir a vencer estos obstáculos, ya que, si el acuerdo se hacía constar por escrito, resultaba más

(11) Véase JONSON, A. y EARLE, T., *The Evolution of Human Societies: from Foraging Group to Agrarian State*, Stanford U.P. 1987. Destacan cómo el *hombre importante* pone paz siempre que puede, concertando pagos compensatorios y multas para impedir que los grupos que se creen ofendidos cobren las deudas directa y violentamente, si bien cuando la negociación no resulta dirige a los suyos a la batalla.

difícil a ambas partes desconocer o negar lo pactado. Para hacernos una idea de la contribución de la escritura a la fundamentación de la confianza, baste pensar en lo que costaba a individuos de sociedades analfabetas grabar obligaciones financieras en la memoria pública (12).

Por ello, en la antigua Mesopotamia, el prestamista no temía que el prestatario le negase la recuperación del préstamo, ni el prestatario temía que el prestamista hinchase la deuda, porque había un registro —en el sentido de *archivo de contratos*— que atestiguaba y, por tanto, dificultaba el triunfo de tales comportamientos oportunistas.

Ahora bien, la escritura no fue lo único que contribuyó a solucionar el problema de la confianza en los antiguos estados de Asia, Oriente Próximo y Mesoamérica.

Otro medio —de suma importancia— fue la *sistematización de la justicia*: la seguridad de que los tramposos serían castigados. También la escritura era para ello un valor inestimable, ya que las normas tienen más precisión y autoridad cuando se graban en algo que fije su contenido de forma durable. Así, el Código de la ciudad mesopotámica de Eshnuna —escrito un siglo antes que el celeberrimo Código de Hammurabi— no deja dudas sobre lo que ocurría si pagábamos un siclo a un hombre para que nos segara el campo y el hombre no se presentaba: tendría que darnos diez siclos.

También en Mesopotamia, los funcionarios tenían unos sellos cilíndricos con adornos que, cuando se estampaban en una tablilla de arcilla, dejaban impresa una firma prestigiosa, de valor oficial, que reforzaba la confianza cuando se trataba de préstamos u otras transacciones (13).

La clave está en que las tecnologías —físicas e institucionales— de la información al abaratar el coste del transporte de datos, su conservación y su conocimiento, vencen la desinformación y, junto con la actuación compulsiva del Estado, fundamentan la confianza, por lo que facilitan la coordinación de los intereses comunes y, por tanto, la realización de los intercambios, base del crecimiento y del bienestar.

(12) Si la falta de información y, por tanto las dificultades para obtenerla, es uno de los obstáculos básicos para la cooperación, es obvio que las nuevas tecnologías de la información —cual es el caso de la escritura— facilitan la cooperación y por lo tanto los intercambios. La escritura, además, no sólo sirve para transmitir información, sino para generar confianza. De hecho, como pone de manifiesto WRIGHT, R., en *op. cit.*, pág. 107 y sigs., aunque la escritura ha sido y es instrumento de algunas de las más altas expresiones del espíritu humano —poesía, filosofía, ciencia— surgió como instrumento de lo más prosaico: la economía, la administración, la política. Es interesante reproducir aquí la siguiente cita que hace el *New York Times* de 11 de noviembre de 1997, citada por WRIGHT, R., que decía lo siguiente: «La referencia escrita más antigua que se conserva sobre el templo del rey Salomón es una inscripción en un pedazo de arcilla del siglo VII antes de Cristo. ¿Qué podría ser? ¿Versículos de una plegaria? ¿Un himno a la divinidad? No. Es un recibo. Un individuo donó tres siclos de plata al templo y el donativo quedó debidamente registrado».

(13) Puede verse todo ello en WRIGHT, R., *Op. cit.*, pág. 107 y sigs.

Obsérvese que las *tecnologías de la información*, al facilitar la obtención y difusión de la información requerida, lo que hacen en realidad es facilitar el cumplimiento de los contratos —ya que al impedir la negación de lo acordado generan confianza— y disminuir las asimetrías informativas entre los individuos, lo que facilita el comportamiento cooperativo.

2.3.3. *La simetría informativa funcional como tecnología jurídica dirigida a facilitar la contratación: los paradigmas de la letra de cambio y el Registro de la Propiedad*

La disminución de tales asimetrías se ha conseguido históricamente mediante la generación de instituciones que pongan a disposición del eventual comprador o adquirente la información jurídica y económicamente relevante para contratar —quién es el dueño, si puede disponer, qué derechos de terceros puede haber que se antepongan al suyo en el caso de que decida adquirir, etc.— y que, además, impidan al vendedor o transmitente —y, en general, a cualquiera— utilizar las *asimetrías informativas residuales* en beneficio propio y en perjuicio de quien adquiera mediante un *acto de tráfico*, es decir, a título oneroso y de buena fe, pues el mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe (14).

Esta *neutralización de los efectos* que podrían derivarse de las *asimetrías informativas residuales* hace que las partes, de hecho, se encuentren en una situación equivalente a la de igualdad o simetría informativa, lo cual garantiza al comprador que el vendedor no puede valerse de más información que la que él mismo tiene.

Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* —porque la imposición que hemos descrito genera una situación que funciona *como si* ambos tuviesen la misma información—, es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extraños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.

Pues bien, la letra de cambio, mediante la técnica de la *incorporación cambiaria*, en relación a los derechos de crédito y el Registro de la Propie-

(14) Como observó PAZ-ARES, C., desde la perspectiva de los costes, las reglas de seguridad del tráfico pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho. Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas de la seguridad jurídica, le harían perder el derecho que deseaba obtener, por lo que, según este autor, las reglas de la seguridad del tráfico tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes. PAZ-ARES C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, pág. 7.

dad, en su modalidad de Registro de derechos o de tráfico, mediante la técnica de la intabulación o *incorporación tabular*, en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, consiguen imponer una situación de *simetría informativa funcional* en sus respectivos ámbitos y, mediante ella, consiguen fomentar del comportamiento cooperativo y el crecimiento de los respectivos mercados, así como el del crédito hipotecario.

Pero todo ello es fruto de un proceso evolutivo en el que se han ido imponiendo, poco a poco y con muchas dificultades, aquellas soluciones que, en cada sociedad, han ido alumbrando la historia en función de las necesidades, de los intereses en juego y del nivel de eficiencia y de eficacia del mercado político de cada una de las sociedades en cada momento.

3. LA INSUFICIENCIA DEL RÉGIMEN CIVIL DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS COMO PARADIGMA DE LAS DIFICULTADES DEL DERECHO COMÚN PARA FOMENTAR LA CIRCULACIÓN Y EXPANSIÓN DEL CRÉDITO (15)

3.1. EXPANSIÓN DEL COMERCIO Y *LEX MERCATORIA*

La evolución del mercado en las postrimerías de la Edad Media se caracterizó, entre otros factores, por la ruptura del aislamiento de las ciudades y de los estados (16).

(15) Básicamente seguimos en este punto la estructura de exposición de GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., en *Derecho Cambiario*, pág. 16 y sigs. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, si bien ampliando y matizando contenidos. Para un estudio pormenorizado de la cesión de créditos, véase GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., *La cesión de créditos*, Ed. Tirant lo Blanch, 1993. PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pág. 1033 y sigs.; también en *Comentario del Código Civil*, T. II, pág. 1019 y sigs. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988. GARCÍA CANTERO, «Comentario a los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios al Cc y Cc Ff*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XIX, Madrid, 1980. GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», en *RDP*, 1963, pag. 38 y sigs. MADRIDEJOS SARASOLA, «La cesión de créditos», en *RDN*, 1961, pág. 383 y sigs.

(16) En contraste con el Imperio Romano, la economía occidental entre los siglos VI y X no se basó en miles de ciudades, sino si acaso, en unas cien mil aldeas y señoríos agrarios. En el año 1000 sólo unas dos docenas de ciudades en Europa occidental tenían más de algunos miles de habitantes y, probablemente, sólo Venecia y Londres tenían más de diez mil. Constantinopla, en cambio, tenía una población cercana al millón. Posteriormente, en los siglos XI y XII tuvieron lugar una rápida expansión de la producción agrícola y un asombroso aumento del tamaño y número de las ciudades. Al mismo tiempo, surgió una nueva clase de comerciantes profesionales, que efectuaban transacciones comerciales en gran escala, tanto en los campos como en las ciudades. Básicamente para satisfacer las necesidades de la nueva clase de comerciantes tuvo que desarrollarse un nuevo cuerpo de

Se celebraban ferias a las que concurrían mercaderes de las más diversas procedencias (17).

Las cruzadas y los movimientos de colonización —que constituyeron los programas militares y económicos de la revolución papal— favorecieron el comercio a larga distancia, tanto por tierra como por mar.

Se generalizaron nuevas formas de contratación como medio para incrementar las ventas —entre ellas, las ventas al fiado— y se abrieron las fronteras al comercio con el exterior progresivamente.

Ni el recién descubierto Derecho romano ni el Derecho consuetudinario romano, que apenas subsistía, incluyendo el *ius gentium*, se mostraban adecuados para resolver los tipos de dificultades comerciales —domésticas e internacionales— que surgieron en el occidente de Europa a fines del siglo XI y durante el siglo XII.

Como observa Berman, es concebible que los doctos romanistas de las universidades europeas de finales del siglo XI y de los siglos XII y XIII hubiesen podido crear un nuevo cuerpo de Derecho mercantil con base en los textos romanos, como, de hecho, crearon un nuevo *Corpus Iuris Civilis*.

Lo mismo podrían haber hecho los juristas canónicos de las mismas universidades, si consideramos que las corporaciones eclesiásticas se dedicaban intensamente a actividades comerciales.

Sin embargo, es característico de esa época el hecho de que el desarrollo inicial del Derecho mercantil fue dejado en gran parte —aunque no del todo— en manos de los propios mercaderes, quienes organizaban ferias internacionales y mercados, formaban tribunales mercantiles y establecían oficinas de comercio en las nuevas comunidades urbanas que brotaban por toda Europa Occidental.

Estas ferias y mercados eran organizaciones complejas que desarrollaron el concepto de un *Derecho mercantil especial*, que no sólo incluía el Derecho consuetudinario de las ferias y mercados, sino también costumbres marítimas relacionadas con el comercio y, por último, las leyes mercantiles de las pro-

Derecho Mercantil. Véase Berman, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, pág. 349. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

(17) El surgimiento de una clase mercante fue requisito indispensable para el desarrollo del nuevo Derecho Mercantil. Antes del siglo XI, el mercader había sido una figura relativamente aislada en Europa occidental, pero desde los siglos XI y XII se celebraron regularmente grandes ferias internacionales en veintenas de ciudades y pueblos por toda Europa. También eran comunes los mercados internacionales, sobre todo en las ciudades portueñas. Estas ferias y mercados eran organizaciones complejas, y con el desarrollo de los sistemas jurídicos, eclesiásticos o seculares, desarrollaron el concepto de un Derecho Mercantil especial, que no sólo incluía el Derecho consuetudinario de las ferias y mercados, sino también costumbres marítimas relacionadas con el comercio y, por último, las leyes mercantiles de las propias ciudades y pueblos. Las ciudades italianas fueron las primeras en recabar sistemáticamente y en aplicar reglas consuetudinarias que gobernaban la actividad comercial. Véase BERNAN, H. J., *op. cit.*, pág. 356 y sigs.

pías ciudades y pueblos. Las ciudades italianas fueron las primeras ciudades europeas en recabar sistemáticamente y en aplicar las reglas consuetudinarias que gobernaban la actividad comercial (18).

De la economía rural y del trueque se pasó a la profesionalización del comercio, en el que irrumpieron los bancos (19). Cobró auge una nueva clase social que, para enriquecerse, realizaba tareas de intermediación. Cuantas más veces vendían y compraban con éxito en mayor medida incrementaban su patrimonio o, dicho de otra forma, cuanto más dinero movían, más ganancia se les generaba.

Ahora bien, así como en la agricultura los ciclos de la naturaleza imponen su ley inexorable y, entre siembra y cosecha ha de transcurrir un cierto tiempo, en el mundo de los negocios nada impide alterarlos. Tratarán, en consecuencia, de acelerar las transacciones, de reducir los tiempos entre la perfección del contrato y la obtención del fruto esperado, pero sin olvidarse de rodearlas de todas las garantías posibles para dotarlas de la máxima seguridad.

A este conjunto de necesidades responde la denominada *Lex Mercatoria*, integrada por un conjunto de instituciones creadas a la sazón —créditos con garantía, títulos negociables, empresas conjuntas, etc.— y de otras adaptadas al efecto, que formaban un sistema distinto y coherente (20).

Entre los elementos que integraban el activo de los comerciantes se hallaban los créditos que los mismos ostentaban contra terceros. Poder disponer

(18) BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, pág. 356 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

(19) Los mercaderes italianos y los cambistas de las ferias de Champaña legaron el término *banco*, procedente del lugar en el que colocaban sus balanzas y monedas y desde el que dirigían sus negocios. Los bancos italianos del siglo XIII fueron pioneros en la financiación del comercio internacional y llegaron a monopolizar el negocio del dinero y el crédito, desde la Lombardía en el norte de Italia, a través de Brujas, en los Países Bajos y hasta la londinense Lombard Street. Véase JAY, P., *La riqueza del hombre. Una historia económica de la humanidad*, pág. 107. Ed. Crítica, Barcelona, 2002.

(20) El Derecho Mercantil occidental adquirió a fines del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del XIII el carácter de un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones comerciales llegarían a ser interpretados conscientemente como partes constitutivas de todo un cuerpo de Derecho, la *Lex Mercatoria*, la cual incluía, entre otras, las siguientes características: 1) la marcada separación entre el régimen jurídico de bienes muebles e inmuebles; 2) el reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles, de derechos superiores a los del *verus dominus*. Así, en los Derechos alemán y francés, el derecho del comprador —de buena fe— de bienes contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Muebles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés, la doctrina queda limitada a las transacciones en el *open market*; el desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés, y su transformación en los llamados contratos abstractos, en los que el documento no sólo era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba, o era, el contrato y se le podía demandar independientemente. Véase BERMAN, H. J., *op. cit.*, pág. 355 y sigs.

de ellos y transformarlos en dinero efectivo para reinvertirlo en nuevas operaciones, o pagar mediante su cesión a terceros, resultaba atrayente porque permitía optimizar los recursos.

En efecto, a través de tales procedimientos, podía obtenerse un rendimiento de parte del activo que, en otro caso, debería permanecer inmovilizado y estéril. Sin embargo, la operación no era tan rápida ni tan segura como sería de desear, ya que, como veremos, son muy pocas las seguridades que el Derecho común ofrecía a los interesados en adquirir tales activos, pues sus principios y sus soluciones, en materia de transmisión de bienes y derechos, eran fruto de una sociedad sin esas necesidades.

A efectos expositivos y dado que, en sus rasgos esenciales han subsistido hasta la actualidad, analizaremos las líneas maestras de la cesión de créditos en nuestro Derecho actual, centrándonos en la regulación contenida en el Código Civil, ya que el Código de Comercio tan sólo dedica a la misma dos preceptos.

3.2. LOS RIESGOS DE LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS DE CRÉDITOS EN EL DERECHO COMÚN

Bastará que, en un ejercicio de *ingeniería inversa* (21), los proyectemos hacia el pasado para que podamos constatar en sus exactas dimensiones la magnitud de los problemas a los que se tuvieron que enfrentar los mercaderes

(21) Término este acuñado por PINKER, S., Mientras en la *ingeniería proyectual* se diseña una máquina para hacer algo, para cumplir una función, la *ingeniería inversa* trata de averiguar la función para la que una máquina fue diseñada y, de ese modo, entender el diseño, tanto de la máquina en su conjunto, como el de cada uno de sus componentes. Pero la *ingeniería inversa*, según nos explica PINKER, sólo es posible cuando disponemos de una pista acerca de la función para la que fue concebido el aparato en cuestión. Véase PINKER, S., *Cómo funciona la mente*, págs. 39, 40, 66. Ed. Destino, Barcelona, 2000.

Quizá sea así, cuando hablamos de tecnología física, al menos en muchos casos, pero cuando hablamos de instituciones —de *tecnología institucional*— cabe recurrir a la *ingeniería inversa*, aun cuando no dispongamos de tales pistas, mediante el recurso de imaginar qué problemas tendría una sociedad sin esa institución concreta, deduciendo de ello la razón o razones de su creación, es decir, su función o finalidad.

Porque el método de *ingeniería inversa* es aplicable no sólo a los organismos en un sentido biológico, sino también a las herramientas o aparatos creados por el hombre, cual es el caso del registro o de los títulos-valores, a las instituciones conformadas a lo largo de la historia para cubrir ciertas necesidades ineludibles para la supervivencia y el progreso de la especie humana.

Si identificamos adecuadamente esas necesidades, podremos entender mejor la función, y si entendemos la función adecuadamente, podremos entender el diseño institucional ideado para desempeñarla, y entonces y sólo entonces, estaremos en las condiciones adecuadas para evaluar el grado de eficiencia y de eficacia, y de formular, en su caso, propuestas de mejora. En definitiva, la *ingeniería inversa* es la que nos permite hacer una buena *ingeniería proyectual* también en el ámbito institucional.

medievales y cómo trataron de superarlos con la técnica de lo que mucho tiempo después se denominarían títulos-valores, especialmente, la letra de cambio.

El tráfico jurídico-económico de derechos de crédito —y, en general, el tráfico jurídico— presenta riesgos de diversa naturaleza, si bien se centran principalmente en la posible divergencia que puede existir entre la realidad material y la realidad formal o documental, ya sea porque el transmitente no es, en realidad, el verdadero titular del derecho, o bien porque el derecho tiene un alcance o contenido distintos de los que aparecen en el título. En el caso de los derechos y, en particular, en el de los de crédito, su carácter *incorporal* o *invisible* hace que tales riesgos se acentúen. Todo ello supone incertidumbre para el adquirente.

La particular agilidad con la que ha de desarrollarse el tráfico mercantil, así como la necesidad de hacer frente a los riesgos inherentes al mismo, demandan documentos con una eficacia jurídica superior a la meramente probatoria.

En este sentido, una adecuada exposición del singular régimen de protección que dispensa el Derecho cartular aconseja considerar brevemente los riesgos inherentes a ese tráfico; riesgos que pueden resumirse en los siguientes (22):

1. *Riesgo de inexistencia*, consistente en la posibilidad de que el crédito no exista realmente, de modo que el adquirente no pueda reclamar del deudor su cumplimiento.

En efecto, a diferencia de las cosas materiales, cuya realidad se constata por los sentidos, los bienes incorporeales no pueden percibirse si no es intelectualmente. De ahí que el tercero pueda dudar de la propia existencia del derecho y, a la postre, erigir la desconfianza en un obstáculo para su transmisión (23).

(22) Seguimos en este punto a DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, pág. 143 y sigs., Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003, que, a su vez, sigue en este punto a PAZ-ARES, C./Alfaro, J., en *Manuscrito de un manual inconcluso de Derecho Mercantil*.

(23) Véase GIMENO-BAYÓN CABOS, R./GARRIDO ESPA, L., *op. cit.*, pág. 18. Como afirman estos autores, nadie en su sano juicio adquirirá algo que ni tan siquiera sabe si existe, a no ser en condiciones sumamente favorables para el comprador. Como observa GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., *La cesión de créditos*, pág. 30; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, la entrega del documento de crédito al cesionario no era un requisito para la transmisión del crédito, sino una obligación del cedente, cuyo cumplimiento permitía o facilitaba al cesionario el cobro del crédito. Era requisito para la producción del efecto traslativo cuando no había *cessio* expresa, es decir, declaración del cedente o acuerdo específico en transmitir.

La entrega del documento, sin embargo, no servía para acreditar, por sí sola, la existencia del crédito.

2. *Riesgo de consistencia*, consistente en que el crédito revista características distintas de aquéllas en las que el adquirente cree estar adquiriéndolo (v.gr.: por ser de importe inferior).

Admitida la existencia del crédito, la regla del Derecho común según la cual *nemo dat quod non habet*, determina que el crédito se transmita en las mismas condiciones en las que lo ostenta el transmitente, con independencia de que por el mismo se manifieste algo distinto. Por ello, el deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que tiene frente al cedente.

En nuestro Derecho positivo se encuentra una peculiar manifestación de este principio en el artículo 1.198 del Código Civil, cuya exégesis permite concluir que, pese a que para la transmisión de los créditos no es necesario el consentimiento del deudor, si se cede sin su consentimiento un crédito existente pero compensable, el cesionario no podrá evitar que se compense, como consecuencia de la regla *nemo dat quod non habet* (24).

3. *Riesgo de pertenencia*, consistente en que el crédito no pertenezca al cedente, de modo que, en realidad, el adquirente no esté adquiriendo nada, en virtud de la misma regla anterior (*nemo alii transferre potest plus iuris quam ipse habeat*).

4. *Riesgo de liberación*, consistente en que el deudor quede liberado en virtud de un pago realizado al cedente. En efecto, hay que tener en cuenta que en virtud del principio de que los contratos son *res inter alios acta* y que en relación a terceros *nec nocet nec prodest*, el deudor sólo queda liberado de su deuda si paga «a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirlo en su nombre» (art. 1.162 CC), por lo que el simple hecho de la transmisión de un crédito no impide al acreedor reclamar al deudor, ni a éste pagar con efectos solutorios al primitivo acreedor, aun cuando éste lo haya transmitido a un tercero. Por ello, el deudor queda liberado en virtud del pago hecho al cedente con anterioridad a haber tenido conocimiento de la cesión (art. 1.527 CC).

5. *Riesgo de prueba*, consistente en la dificultad de probar ante el deudor la condición de acreedor; y finalmente,

6. *Riesgo de insolvencia*, consistente en que el cesionario no pueda cobrar el crédito debido a la insolvencia del deudor.

Por todas estas razones, podía decir ASCARELLI, en expresión que ha devenido clásica, que quien adquiere un crédito, bajo la disciplina del Derecho común, adquiere, en cierto modo, una *caja de sorpresas* (25).

(24) Véase GIMENO-BAYÓN COBOS, R./GARRIDO ESPA, L., *op. cit.*, pág. 18.

(25) ASCARELLI, T., *Teoría general de los títulos de crédito*, pág. 7, traducción de CACHEAUX SANABRIA, R., Ed. Jus, México, 1947.

3.3. EL SISTEMA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS DEL DERECHO COMÚN GENERA DESCONFIANZA EN EL CESIONARIO Y DIFICULTA LA CIRCULACIÓN DE CRÉDITOS

Fijados los distintos riesgos que derivan del tráfico jurídico-económico sobre derechos de crédito, es preciso decidir a cargo de quién se ponen los mismos. Si se sitúan sobre el cesionario, se estará protegiendo fundamentalmente al deudor y, con ello, primando la seguridad jurídica: la cesión se produce entre terceros —*res inter alios acta*— y, por tanto la posición del deudor permanece inalterada. Si, por el contrario, se hacen pesar sobre el deudor, se estará favoreciendo la protección del tráfico, pues, en ese caso, serán los adquirentes quienes no se vean afectados por las circunstancias concernientes al derecho objeto de transmisión.

Pues bien, el Derecho común atiende a la seguridad jurídica —deudor—, en detrimento de la seguridad del tráfico —cesionarios—. Y, por ello, sus medidas no son suficientes para atajar los referidos riesgos en la circulación del crédito. En efecto:

- a) En cuanto al *riesgo de la existencia* del derecho, riesgo consustancial con la naturaleza incorporal del derecho de crédito (26) y en relación al *riesgo de consistencia* del mismo, las normas contenidas en los artículos 1.529 del Código Civil y 348 del Código de Comercio son claramente insuficientes.

En efecto, aunque el cedente responda de la existencia y contenido del crédito cedido, en la medida en que el mismo sea objeto de varias transmisiones y el adquirente no conozca al primitivo cedente, aumenta la desconfianza sobre la *existencia* —y, por tanto, *subsistencia* y *consistencia*— del crédito, lo cual se agrava porque, ante la eventual insolvencia del deudor cedido —probablemente desconocido para el cesionario—, el Derecho común no impone la responsabilidad de la misma al cedente que es con quien contrata y a quien conoce el cesionario. También es insuficiente la norma contenida en el artículo 1.198 del Código Civil, pues viene a establecer que si bien no es necesario el consentimiento del deudor, si se cede sin su consentimiento un crédito existente pero compensable, el cesionario no podrá evitar que el deudor lo compense, lo que es una consecuencia lógica de que *nemo dat quod non habet*. Y el cesionario carece

(26) GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., *Derecho Cambiario*, pág. 18. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Como afirman estos autores: «A diferencia de las cosas materiales cuya realidad se constata por los sentidos, los bienes incorporales no pueden percibirse si no es intelectualmente. De ahí que el tercero pueda dudar de la propia existencia del derecho y, a la postre, erigirse la desconfianza en obstáculo para su transmisión. Nadie en su sano juicio podría afirmarse, adquirirá algo que ni tan siquiera sabe si existe a no ser en condiciones sumamente favorables para el comprador».

de medios para saber si, en el momento de la cesión, existen tales créditos.

- b) En cuanto al riesgo de *falta de pertenencia*, la regla general del Derecho común es *nemo dat quod non habet*, por lo que el negocio es nulo, no hay adquisición, y ello determina toda una cadena de nulidades, sólo consolidables mediante su reconocimiento por el verdadero titular o sus causahabientes *mortis causa* o por prescripción adquisitiva.
- c) En cuanto al *riesgo de liberación*, es decir, en cuanto al riesgo de que el cedente, pese a la cesión del crédito, proceda a su cobro (27) válidamente y, por tanto, con efectos liberatorios para el deudor, el Código Civil, para evitar actuaciones de mala fe que en modo alguno pueden ser protegidas por el ordenamiento, matiza la regla del artículo 1.162 y en el artículo 1.164 dispone que «*el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor*» (28).

El problema está —como señalan GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA (29)— en que *la naturaleza inmaterial del crédito impide que sea poseído materialmente* —por más que en ocasiones la tenencia de cierta documentación relacionada con el negocio del que nace permita presumirla— de tal forma que, para evitar que el pago sea realizado eficazmente al primitivo acreedor, es preciso destruir su *apariencia de titularidad*, y el mecanismo previsto por el Derecho común es la notificación de la cesión (arts. 1.527 CC y 347.1 CdC).

Ahora bien, en unos tiempos en los que la lentitud de los medios de comunicación exigía en ocasiones el transcurso de un largo periodo de tiempo para notificar la cesión, o, mejor dicho, para la recepción de la notificación por el deudor, el crédito, de hecho, devenía indisponible, a no ser que el adquirente se arriesgase a que, en el ínterin, el transmitente se le adelantase a cobrar del deudor o transmitiese el crédito a otro cesionario más diligente y, a la postre, a encontrarse con que, en el momento de pretender el cobro del crédito adquirido, el deudor ya hubiese pagado lo debido.

- d) En cuanto al *riesgo de prueba*, el Derecho común no ofrece tampoco ninguna solución satisfactoria en la medida en que, como señalan GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA, la regla general es que los documen-

(27) También seguimos en este punto a GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO SPA, L., *ibíd.*

(28) Lo que, como sostienen GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA en *op. cit.*, pág. 20, interpretado *a contrario sensu*, permite sostener que el pago hecho de mala fe a quien no esté en posesión del crédito no liberará al deudor.

(29) GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., en *ibíd.*

tos privados no hacen prueba contra su autor si no son reconocidos, a lo que hay que añadir la exasperante lentitud de los procesos ordinarios (30).

- e) En cuanto al *riesgo de insolvencia del deudor*, a quien el cesionario puede no conocer puesto que él contrata con el cedente, la regla general del Derecho Civil es que el cedente no responde —«*a menos que fuese anterior y pública*» (art. 1.529 CC) o «*a no mediar pacto expreso que así lo declare*» (art. 348 CdC)—.

Las soluciones, pues, del Derecho común, no son las más idóneas para fomentar la circulación del crédito, porque apenas mitigan el riesgo para el adquirente.

En efecto (31), conforme a las reglas del Derecho común, la oferta del titular de un crédito que quiere enajenarlo para, con el efectivo percibido, seguir operando, es la siguiente (32): *a*) el derecho que pretende vender quizá no exista y, si existe nada garantiza que su contenido se ajuste necesariamente a lo que él indica, ya que, por ejemplo, puede compensar con deudas pre-existentes; *b*) si el deudor es insolvente, el adquirente no podrá reintegrarse de lo pagado para adquirir el crédito, ya que el transmitente no responde la solvencia de aquél; *c*) para que el deudor sólo pueda quedar liberado pagando al cesionario y nada más que a él, el cedente debe comunicarle la cesión, ya que, de no hacerlo, corre el riesgo de que si el deudor pague al transmitente y, a efectos del deudor, acreedor aparente, el pago tenga efectos liberatorios, y, por tanto, extintivos del crédito cedido; *d*) a estos inconvenientes hay que añadir una serie de factores procesales, entre los que cabe destacar: [1] los documentos privados no hacen prueba contra su autor si no son reconocidos, y [2] la exasperante lentitud de los procesos ordinarios.

Por ello, el deudor puede ignorar la cesión y oponer al cesionario todas las excepciones que pudiera tener contra el cedente, así como liberarse si, de buena fe, paga a este último antes de tener conocimiento de la cesión (art. 1.527 CC). Asimismo, si el cedente resulta no ser propietario del crédito, el cesionario no adquirirá nada, puesto que, con carácter general, no puede perfeccionar una adquisición *a non domino* (33).

(30) GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, *ibíd.*

(31) GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L., en *op. cit.*, pág. 21.

(32) GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L., *ibíd.*

(33) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, pág. 145. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

4. LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO: LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL DOCUMENTO

Obviamente, el sistema establecido por el Derecho común no es el más adecuado para la protección del tráfico jurídico-económico (34), y, por lo tanto, para facilitar los intercambios.

4.1. LAS NECESIDADES DE LA CIRCULACIÓN DE CRÉDITOS

En efecto, el fomento de la circulación del crédito —de los derechos de crédito— requiere limitar al máximo y con el menor coste posible los riesgos del adquirente —reducir al máximo las asimetrías informativas, con los menores costes posibles de información para el adquirente, al tiempo que de conservación de su derecho para el titular—, lo que requiere una solución técnico-jurídica que solucione eficientemente los problemas sustantivos enunciados y que, conforme a lo expuesto, debe conseguir (35):

- a) que exista algún elemento externo fácilmente identificable que cree la apariencia, *imputable al deudor* (36), de que el crédito existe;
- b) que, en *relación al adquirente* (37), su derecho de crédito se corresponda exactamente con lo que indica la apariencia, con independencia de los problemas subyacentes a la creación de la misma;
- c) que el transmitente responda de la solvencia del deudor;
- d) que se establezca algún mecanismo que sustituya eficazmente la notificación al deudor de la transmisión del crédito.

Para conseguir estos objetivos, nada mejor que: [1] incorporar el derecho de crédito a un documento que sea transmisible como una cosa mueble, que puede ser examinada por el adquirente en el momento de la entrega, técnica

(34) Sobre la cuestión de si un sistema que no protege el tráfico jurídico-económico no es ineficiente, sino que tales sistemas deben reservarse para los derechos que nacen con vocación circulatorio, la trataremos más adelante.

(35) GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L., *op. cit.*, pág. 22.

(36) Requisito que añadimos nosotros conforme a la moderna teoría general de la apariencia. Ver, para la teoría de la apariencia aplicada al ámbito cambiario, PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág.159 y sigs. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005. En el mismo sentido, ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles del Derecho cambiario*, pág. 80 y sigs. Ed. Comares, Granada, 2004.

(37) El requisito debe entenderse únicamente en relación con el adquirente, no en relación con la contraparte del contrato causal o subyacente o con la contraparte del *pactum cambii*, ya que no sería necesario para estimular el comercio y, por ello, no lo exige la teoría de la protección de la confianza mediante la protección de la apariencia jurídica.

mediante la cual se superan los problemas referidos a la existencia, pertenencia (38) y contenido del derecho; [2] modificar la regla sobre responsabilidad en caso de insolvencia del deudor, a fin de que en tal caso responda el cedente; [3] vincular el ejercicio del derecho a la posesión del documento, de tal forma que sólo se reconozca apariencia de acreedor a quien esté en posesión del mismo, con lo que queda eliminada la necesidad de notificaciones, y [4] en el ámbito procesal, establecer: *a)* que los documentos que reúnan ciertos requisitos inicialmente harán prueba contra su autor, y *b)* que los derechos a ellos incorporados se ejecutarán en un procedimiento rápido.

Evidentemente, con todas estas medidas se eliminan gran parte de los inconvenientes que hacen del crédito un activo patrimonial difícilmente transmisible y, por tanto, de escaso valor. Y eso es exactamente lo que se consigue mediante la construcción del expediente técnico de la letra de cambio en particular —sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XVI en que se introduce la cláusula de endoso que dota al endosatario de una posición jurídica distinta al endosante, inmune a las excepciones ajenas a él (39)— y de los títulos-valores —especialmente los denominados cualificados o de fe pública, cuyo paradigma es la letra de cambio— en general.

Así, puede afirmar con razón ASCARELLI (40) que el problema de los títulos de crédito es, más que cualquier otro, un problema de técnica jurídica,

(38) Incluimos la pertenencia, no mencionada por GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA. Ese es el sentido del artículo 464 del Código Civil, según la tesis germanista, del artículo 85 del Código de Comercio, etc., como veremos posteriormente.

(39) La aparición y evolución histórica de los diferentes documentos que fueron surgiendo para solventar los problemas del *cambio trayecticio* —contrato de cambio, pagaré cambiario, mandato de pago, cláusula de valor— y que, finalmente, desembocaron en la letra de cambio, son muy significativas a este respecto. Como observa EIZAGUIRRE, en todo este proceso, la introducción y difusión de la cláusula de endoso —en torno a la segunda mitad del siglo XVI— es considerado el acontecimiento más importante de la evolución histórica de la letra de cambio y reviste una consecuencia de orden económico de primera magnitud. En efecto, en virtud de la misma, el endosante sella con su firma una garantía más de que la letra será pagada; en tanto que el endosatario ostenta una posición jurídica diversa del endosante, *immune a las excepciones ajenas a él*. Hasta su aparición, la letra o carta de cambio era únicamente el instrumento del contrato de cambio, que permitía obtener el pago en un lugar distinto del de libramiento. A partir de la consolidación del empleo del endoso será, además, un *instrumento de crédito*. Asimismo, desde que la letra se sustrae del ámbito del contrato de cambio, transformándose en documento circulante, el centro de gravedad jurídico se desplaza del contrato originario a la propia letra. En lo sucesivo, la comprensión del mecanismo de la letra o sistema cambiario exigirá tomar como punto de referencia principal las relaciones *ex charta*, trayendo a colación solo excepcionalmente los fundamentos contractuales de las obligaciones expresadas en la letra de cambio. El Derecho cambiario asume de esta suerte la peculiar fisonomía cartular con que le conocemos ahora. Puede verse todo ello por extenso en EIZAGUIRRE, J. M., *Derecho de los títulos-valores*, pág. 79 y sigs. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

(40) ASCARELLI, T., *Op. cit.*, pág. 15.

que tiene su origen en el contraste entre las exigencias de la circulación y las reglas del Derecho común.

4.2. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL DOCUMENTO

Por ello, y para hacer frente a los riesgos inherentes al mismo, es por lo que el Derecho cartular se vale de la incorporación del Derecho al documento —*charta*—, lográndose así la aplicación de normas similares a las del Derecho de cosas o, más precisamente, aproximando, así, la circulación de un derecho de crédito a la de un derecho real sobre bien mueble.

La incorporación constituye un expediente teórico al que la doctrina cartular ha recurrido reiteradamente para explicar el régimen jurídico de los título-valor cualificados.

La incorporación, siguiendo a PAZ-ARES, implica que «*la constitución, la transmisión y el ejercicio del derecho sólo tienen lugar como consecuencia de la producción, de la tradición y de la presentación del título que lo documenta*» (41).

Como resalta el propio autor, dicha concepción sirve para poner de relieve que la condición de acreedor —la titularidad del crédito— está conectada a una determinada posición jurídico-real respecto del documento, en el sentido de que, de la propiedad de éste se deriva la titularidad de la pretensión frente al deudor, lo que equivale a decir que quien adquiere la propiedad del documento adquiere también la titularidad del crédito que el documento menciona o incorpora (42).

(41) PAZ-ARES, C., «La desincorporación de los títulos-valor», en *RDM*, 219 (1996), pág. 10.

(42) PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág. 169. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2005. Esta orientación, de origen alemán, es, como señala el autor, la mayoritaria. En nuestro Derecho, como observa, los argumentos fundamentales a favor de esta tesis los encontramos, por un lado, en el artículo 19-II de la LCCh, y, por otro, en los artículos 14.I y 17.I LCCh; el primero porque consagra un sistema de adquisición *a non domino* del crédito basado en la adquisición *a non domino* del título; los segundos porque, lógicamente interpretados, parecen indicar que la adquisición de la letra es un presupuesto, y no una consecuencia de la adquisición del crédito. Obviamente, la expresión «incorporación» tiene un valor instrumental, como señalan los diversos autores, por lo que no se le puede otorgar un valor absoluto. Entre las limitaciones más importantes señala PAZ-ARES, C., 1. La existencia del derecho de crédito no depende necesariamente de la existencia del título (art. 87-II LCCh). 2. La adquisición de la propiedad de la letra no trae consigo la adquisición del crédito incorporado cuando tal adquisición se produce en virtud de modos previstos en el Derecho común, extraños al fenómeno de la circulación (ocupación, hallazgo, etc.); 3. ¿Se puede ceder el derecho sin entregar el título? Según PAZ-ARES, es factible la transmisión meramente consensual del crédito cuando la transmisión se encauce a través de la cesión ordinaria del Derecho común. 4. El crédito se extingue por pago y no por la recuperación

De este modo, como observa BROSETA, la solución del Derecho Mercantil a la exigencia de que los derechos se transmitan de forma rápida y segura se logra mediante la técnica de la incorporación, porque, mediante ella, los derechos circulan eludiendo las reglas de la cesión de créditos, sometiéndose, en su lugar, a las reglas de transmisión de los bienes muebles.

El tráfico de derechos de crédito se convierte así, en cierto sentido, en un tráfico de derechos de propiedad sobre bienes muebles —protegido por el principio de tutela a la posesión de buena fe—, cuyo régimen jurídico contiene grandes ventajas (43), gracias a las cuales se dota de seguridad, facilidad y certeza a la transmisión de créditos.

4.2.1. *Incorporación y ejercicio del derecho* (44)

En primer lugar, la incorporación determina que el derecho no puede ser ejercitado sin la posesión del documento. Éste cobra, así, una especial trascendencia para que el acreedor y el deudor puedan, respectivamente, exigir y cumplir eficazmente la prestación, lo que permite conjurar el riesgo de liberación, lo cual se debe a que el documento viene a sustituir a la notificación de la cesión a que se refiere el artículo 1.527 del Código Civil.

Es más, la denominada cláusula de presentación necesaria despliega sus efectos, no sólo en relación con el acreedor, sino también en relación con el deudor.

En efecto, en relación con el acreedor no puede hacer valer su derecho sin presentar el documento al deudor, aunque aporte pruebas de su derecho; pero, a su vez, le confiere la tranquilidad de que, en tanto esté en posesión del documento, el deudor no podrá cumplir con efectos liberatorios a favor de ningún tercero.

En relación al deudor, la cláusula le facilita el examen de la legitimación, al poder limitarla a quien le presente el documento, con exclusión de cual-

material del título. Sucede, sin embargo, que para evitar la discordancia entre legitimación y titularidad, la ley atribuye al pago un efecto adquisitivo de la titularidad del documento, de modo que el pagador —como el cesionario— puede reivindicar el título de quien lo posea, a no ser que lo haya adquirido *a non domino*, conforme al artículo 19-II LCCh. *Ibidem* pág. 170 y sigs.

(43) BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, pág. 388. Entre otras: la posesión de buena fe equivale al título; el adquirente poseedor de buena fe obtiene la propiedad del documento, incluso aunque hubiera adquirido de un tercero que, a su vez, hubiera adquirido ilegítimamente el título (art. 464 CC); la propiedad del documento confiere la titularidad del derecho incorporado; la simple posesión del documento legitima al poseedor para exigir del deudor el cumplimiento del derecho incorporado. BROSETA, *ibíd.* Naturalmente con todas las excepciones expuestas en la nota anterior, entre otras.

(44) Seguimos en este punto a DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, pág. 147. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

quier otra persona, aunque ésta alegue, e, incluso, pruebe su extravío, sustracción o destrucción (45).

Pero, adicionalmente, la incorporación en sede de ejercicio determina que del documento se desprenda una apariencia de titularidad de la que deriva una eficacia legitimadora, cuya intensidad y características variará según el documento de que se trate y de la función que desempeñe en el tráfico. Se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum*. Ello, a su vez, minimiza el riesgo de prueba.

En todo caso, la legitimación, como afirma DE DIOS MARTÍNEZ (46) no implica *necesariamente* una titularidad material sobre el derecho, sino únicamente una apariencia de titularidad, cuya finalidad es la de simplificar la prueba del mismo, su ejercicio, y, eventualmente, su circulación: el documento se concentra, de este modo, en el desenvolvimiento de la relación cartular, pero, en modo alguno equivale, *necesariamente*, a la propiedad sobre el derecho cartularizado. Como veremos, dicha equivalencia funcional se establece y se protege porque habitualmente coinciden apariencia y titularidad material, y cuando excepcionalmente no coinciden por la necesaria protección de la confianza del adquirente fundada en la apariencia.

4.2.2. Incorporación y circulación del derecho (47)

En segundo lugar, la incorporación determina que la circulación del documento conlleva, a su vez, la del derecho. Dependiendo del documento objeto de consideración, esa circulación cartular puede conllevar, además, una especial protección de la posición de su adquirente, tanto en la esfera jurídico-obligacional, como en la jurídico-real, a las que nos referiremos posteriormente. Estas tutelas, por su parte, permiten neutralizar, respectivamente, los riesgos de consistencia y pertenencia.

4.2.3. Incorporación y constitución del derecho

Finalmente, en cuanto a la constitución, la incorporación puede determinar que el nacimiento del derecho no se produzca sin la creación del documento, lo que, a su vez, permite hacer frente al riesgo de inexistencia.

(45) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, págs. 147 y 176. Naturalmente, hay que tener en cuenta las excepciones o limitaciones señaladas por PAZ-ARES al principio de incorporación y que hemos expuesto en nota anterior.

(46) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 174. En el mismo sentido, PAZ-ARES, C., *Naturaleza...*, pág. 169.

(47) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 147.

Por lo que a la constitución del derecho se refiere, es ésta una materia que ha sido objeto de una destacable controversia doctrinal, referida, en síntesis, a si la obligación cartular es autónoma y, por tanto, distinta de la relación subyacente, o si, por el contrario se trata siempre de una misma obligación. De entre las orientaciones teóricas que se han ocupado del tema —causalista, mixta y cartular— es la cartular —esto es, la que atiende a la existencia de una obligación nueva y distinta— la que mayor aceptación parece tener (48).

La incorporación permite, pues, superar la mayoría de los riesgos anteriormente aludidos. Queda excluido el riesgo de insolvencia, pues éste no se ve conjurado por la incorporación del derecho en el documento, sino por la especial regulación de determinados tipos de títulos-valor que, como los cambiarios, permiten al acreedor ejercitar la acción de regreso contra tenedores anteriores (art. 50 Lcch).

4.2.4. *La incorporación como técnica de intensidad graduable*

Sin embargo, debe advertirse que ésta no se presenta siempre con todas las facetas a que se acaba de hacer referencia. Por el contrario, la incorporación es, como observa DE DIOS MARTÍNEZ (49), un fenómeno *escalable*, es decir, de *intensidad graduable*, en función de las necesidades de protección del tráfico a satisfacer y, en tal sentido, de la función propia de cada documento (50).

De este modo, en la medida en que los títulos-valor cualificados tienden a proteger tanto la circulación como el ejercicio del derecho documentado, alcanzan el más alto grado de incorporación. Dicha incorporación es característica de los denominados títulos-valor constitutivos.

Sin embargo, debe reconocerse que también en los títulos-valor declarativos concurre, en cierto modo, una incorporación en sede de constitución, por cuanto, como afirma PAZ-ARES: «la producción del documento surte...

(48) PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág. 50. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2005.

(49) DE DIOS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 148.

(50) Esta misma idea es la que vienen a expresar algunos autores partidarios de la concepción amplia de título-valor. Así, EIZAGUIRRE, J. M., distingue entre *títulos de literalidad completa* y *de literalidad incompleta*, según que la descripción del derecho contenida en el documento sea o no suficiente para delimitarlo en relación a los adquirentes mediante actos de tráfico. En el primer caso se situaría, v.gr., la letra de cambio, en el segundo las acciones de una sociedad anónima, ya que para conocer con exactitud la extensión del derecho que incorporan, es necesario consultar los correspondientes estatutos sociales. «La opción por el concepto amplio de título-valor», en *RDBB*, núm. 57, 1995, pág. 21. Esta idea es, como veremos después, sumamente importante para la caracterización de la inscripción como título-valor, y para el enfoque adecuado de las excepciones a la fe pública registral contenidas en la legislación vigente.

ciertos efectos sustantivos, al menos en el sentido de que modifica el régimen jurídico de los derechos mencionados» (51).

En los títulos-valor cualificados la incorporación es sumamente intensa. Como es sabido, en éstos, el derecho se transmite junto con el título y se aúnan la protección y la circulación junto con la del ejercicio.

5. PROPIEDADES NORMATIVAS DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS O DE FE PÚBLICA

Circunscribimos nuestro estudio a la eficacia legitimadora de los títulos-valores cualificados en relación con el tenedor y con el tercer adquirente, dejando de lado a la figura del deudor por no ser relevante a los efectos del presente trabajo (52).

5.1. LEGITIMACIÓN

5.1.1. *En relación al tenedor*

Cabe definir la legitimación aquí examinada, con EIZAGUIRRE, como la «presunción, salvo prueba en contrario, atribuida por el ordenamiento jurídico a la *tenencia* del título, conforme a su ley de circulación, de que la misma se corresponde con la titularidad real del derecho plasmado en el documento. La apariencia de titularidad se equipara, por tanto, en los títulos circulantes con la titularidad real, salvo prueba en contrario» (53).

Ello obedece a la apariencia de titularidad material con la que el documento inviste al tenedor. Sobre la base de esa apariencia, el legitimado con

(51) Véase PAZ-ARES, C., «La desincorporación del título-valor», en *RDM*, núm. 219, 1996, pág. 13 y sigs.

(52) No obstante, hay que dejar constancia de que la fuerte presunción de titularidad reconocida al tenedor de los títulos-valores cualificados —de la que deriva el carácter necesario y suficiente de estos títulos para el ejercicio del derecho documentado— repercute favorablemente en el deudor, normalmente emisor y suscriptor del documento en la medida en que simplifica considerablemente la labor de identificar al titular real del derecho, presupuesto de su liberación (art. 1.162 CC). A diferencia de lo que sucede en los títulos directos, el deudor puede confiar a este fin exclusivamente en el tenor literal del papel, salvo el complemento inexcusable del documento de identidad en los títulos a la orden. Por tanto, conforme a la norma del artículo 1.164 del Código Civil, la eficacia liberatoria a favor del deudor inherente a los títulos-valores cualificados estriba en que la diligencia desplegada por el mismo al examinar la legitimación del tenedor responda a los patrones de la buena fe (entendida como falta de dolo o culpa grave).

(53) EIZAGUIRRE, J. M.^a, *Derecho de los títulos-valores*, pág. 40, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

arreglo a la ley de circulación del documento (54) goza de la presunción de ser el titular real y efectivo del derecho incorporado, quedando, así, eximido de tener que aportar cualesquiera otros medios probatorios (55).

Por ello, como afirma EIZAGUIRRE, llegado el momento de hacer valer su pretensión, el tenedor queda dispensado del deber de acreditar su derecho con la amplitud que se desprende de la norma general sobre carga de la prueba del artículo 217 II LEC, sin tener que recurrir a la serie de medios de prueba previstos en el artículo 299 LEC, para lo que el título-valor cualificado —a diferencia del título-valor simple— sirve de instrumento único y suficiente (56).

De ello se desprende, como afirmaba GARRIGUES, que la posesión del título es equivalente a la posibilidad de ejercicio del derecho, por lo que el mismo será posible por quien no sea titular del derecho, con tal que sea poseedor del título (57). En efecto, como señalaba el ilustre maestro, «así como la posesión engendra apariencia de propiedad en las cosas, en los títulos-valores la posesión, sola o unida a ciertas cláusulas legitimadoras (58), engendra una apariencia de titularidad legítima a favor del poseedor del documento y esta apariencia es suficiente para el comercio jurídico» (59).

De hecho la posesión regular del título-valor cualificado produce tales efectos en favor del tenedor que para enervarlos —en caso de robo o extravío del título al portador— es necesario un complejo procedimiento edictal de

(54) Por tanto, en virtud de la mera posesión, en el caso de los títulos al portador, o bien, mediante la posesión más la designación al final de una cadena interrumpida de endosos, en el caso de los títulos a la orden. Véase, DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, pág. 186, nota 347. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

(55) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 186. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. Como afirma este autor, siguiendo a la generalidad de la doctrina, en el ámbito de los títulos-valores cualificados, el título se configura como un instrumento necesario, pero también, suficiente para el ejercicio del derecho, por cuanto, por sí solo, permite a su tenedor cualificado exigir del deudor la realización de la prestación cartularizada. De hecho, la intensidad de esa apariencia es de tal índole que se extiende incluso al tenedor que no es propietario ni del documento ni del derecho, tal y como ocurre, en nuestro Derecho, en los supuestos de endoso limitado, contemplados en los artículos 21 y 22 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCH).

(56) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 41. Afirma asimismo este autor que: «respecto de los títulos al portador, falta una base normativa clara en nuestro ordenamiento, dada la muy deficiente e incompleta regulación de esta clase de documentos por el Código de Comercio. La legitimación del portador hay que inferirla del artículo 545.f) 1.ª del Código de Comercio».

(57) GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 7.ª ed., pág. 724, Madrid, 1976.

(58) Como señala ASCARELLI, T., «La distinta forma de circulación del documento —al portador, a la orden, nominativo— determina una forma distinta de legitimación», ASCARELLI, T., *Teoría general de los títulos de crédito*, pág. 216, Ed. Jus, México, 1947.

(59) GARRIGUES, *op. cit.*

amortización regulado en los artículos 548 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 84 y siguientes de la LCCh (60).

5.1.2. *En relación al adquirente del título* (61)

La eficacia legitimadora de los títulos-valor cualificados se extiende también a su adquirente de buena fe. En primer lugar, la adquisición regular del documento le permite adquirir la apariencia de acreedor y, por tanto, beneficiarse de las ventajas que, en sede de ejercicio, acaban de ser expuestas.

Pero, más allá de esa fase, la legitimación cartular se manifiesta también con ocasión de la circulación del derecho incorporado. La apariencia de titularidad que va asociada a la posesión del documento y la correlativa legitimación que de la misma se desprende, permite al adquirente de buena fe confiar en que el tenedor es, efectivamente, el titular material del derecho y, por tanto, quien tiene facultades de disposición.

De este modo, la presunción que deriva del documento exime al adquirente de tener que realizar comprobaciones extracartulares sobre la titularidad del derecho. Es más, esa presunción es de tal naturaleza que incluso le permite consolidar una adquisición *a non domino* (ex. arts. 19.2 LCCh y 545 CdC).

Efectivamente, adquiriendo el título de quien se halla legitimado conforme a su ley de circulación, es posible adquirir también el derecho incorporado, incluso aunque el transmitente no sea, en realidad, su titular material.

Este último aspecto de la eficacia legitimadora de los títulos-valor cualificados se concreta en la tutela jurídico-real del adquirente de buena fe, a la que nos referiremos posteriormente con más detalle.

En suma, la eficacia legitimadora no sólo simplifica al adquirente de buena fe la carga de acreditar su condición de acreedor en el momento del ejercicio del derecho documentado, sino que, además, le facilita la apreciación de la facultad de disposición del transmitente, protegiéndole, en sede de circulación, frente a una eventual falta de titularidad material del derecho por parte de este último (62).

(60) BROSETA, M., *Manual de Derecho Mercantil*, T. II, pág. 391, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

(61) En este apartado transcribo en su práctica integridad lo expuesto por DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., en *op. cit.*, bajo el epígrafe «Legitimación a favor del adquirente del título» —págs. 187, 188—, con algunas matizaciones.

(62) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 188. Señala también que todo ello es, en definitiva, una consecuencia necesaria de la apariencia que genera el título: la protección de la buena fe de quien confía en la titularidad que resulta del documento. En su virtud el tenor del documento adquiere frente al tercero una presunción de veracidad de su contenido. A su vez, esto supone que el conflicto entre el titular del derecho documen-

5.2. LITERALIDAD Y ABSTRACCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-OBLIGACIONAL DEL CESIONARIO MEDIANTE LA EXCLUSIÓN DE EXCEPCIONES

La literalidad es la característica de los títulos-valores perfectos (denominados también completos, abstractos o de fe pública), o sea, aquellos en los que se verifica por completo la incorporación del derecho al título (63).

Viene a significar que la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho incorporado se delimitan exclusivamente por el tenor literal del documento. En su sentido absoluto, significa que las relaciones entre el deudor y el tenedor que ha adquirido documento conforme a su ley de circulación se han de regular, por lo que expresa el título mismo, cualquiera que fuese el contenido y el régimen del derecho incorporado según el negocio que lo hizo nacer, por lo que puede afirmarse que «lo que no está en el título no está en el mundo» (64).

La justificación de esta característica, como afirma DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. (65) es contribuir a la agilización de la circulación de los derechos incorporados mediante su protección, lo que constituye la función propia de los títulos-valores cualificados.

La literalidad supone una importante derogación del Derecho común de obligaciones en materia de excepciones y su sustitución por un sistema que, mediante la limitación de los medios de defensa del deudor, fortalece notablemente la posición del adquirente del título —arts. 20 y 67 LCCh y 56.2 LSA—.

Así, frente a la regla prevalente en el Derecho común de obligaciones, según la cual el deudor puede oponer al nuevo acreedor cuantas excepciones respecto al acreedor precedente se hallan fundadas al tiempo de la cesión —principio de *oponibilidad ilimitada*—, la disciplina específica de los títulos-valores cualificados se rige por el principio inverso de *oponibilidad limitada*, en cuya virtud el adquirente queda protegido frente a las excepciones

tado y el titular del documento se resuelve a favor de este último. Desarrollaremos más ampliamente esa cuestión al referirnos a la «literalidad», otra de las características definitorias de los títulos-valores cualificados.

(63) GARRIGUES, J., *op. cit.*, pág. 728.

(64) BROSETA, M., *op. cit.*, pág. 392. Como afirma GARRIGUES, J., *op. cit.*, pág. 729: «También se designan estos títulos con el nombre de *títulos de fe pública*. Con esta expresión se caracterizan aquellos títulos cuya expresión literal es la que sirve de norma a favor del adquirente de buena fe. Quien de buena fe adquiere el título sobre su expresión literal adquiere el derecho documentado precisamente como aparece en el título. La fe en la escritura opera aquí milagros: se adquiere del derecho derivado del título, aunque jamás hubiese correspondido al transmitente o aun cuando se hubiese extinguido en él. Esto es muy importante desde el punto de vista de las excepciones oponibles por el deudor al adquirente de buena fe».

(65) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 205, y EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 44.

fundadas en relaciones personales entre el deudor y el acreedor originario o, en su caso, otros adquirentes, así como frente a excepciones que no tengan su reflejo en el título (abstracción personal).

El adquirente queda así protegido frente a hechos o circunstancias que pudieran afectar al derecho incorporado y que le eran desconocidas en el momento de la adquisición. Con ello se le confiere inmunidad frente a buen número de excepciones a las que, en otro caso, quedaría expuesto.

Por tal razón, la propiedad normativa que desde el punto de vista del ejercicio del derecho caracteriza el régimen especial de los títulos-valores cualificados puede ser enunciada, desde el punto de vista del acreedor beneficiario, como la *exclusión de excepciones* (66), aunque la misma no sea total.

Como señala EIZAGUIRRE, J. M. (67) en el ámbito de aquellos títulos-valores que incorporan el derecho del tenedor al cobro de una suma de dinero —títulos cambiarios—, se puede distinguir entre *relaciones cartulares*, nacidas en virtud del negocio de entrega del título, y *relaciones extracartulares*, ajenas a la emisión del papel.

En el ámbito de las relaciones cartulares, la exclusión de excepciones se llega a explicar conforme al principio de apariencia jurídica, en cuya virtud sólo los hechos capaces de destruir la apariencia creada por el título-valor resultan oponibles al tercero de buena fe.

En el ámbito de las relaciones extracartulares, por el contrario, la exclusión de excepciones se justificaría, según el citado autor, en virtud de la relatividad o incomunicación de los contratos (art. 1.257-I CC), conforme a los límites establecidos en los arts. 7.º 1.º del Código Civil y 20 LCCh. Parece, sin embargo, que ofrece un fundamento más sólido para explicar esta situación el artículo 1.170 del Código Civil, en sus reglas segunda y tercera (68).

(66) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 44.

(67) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 44.

(68) En este sentido, PAZ-ARES, C., en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 199..., pág. 222. En el comentario al artículo 1.170, dice Paz-Ares, C.: «En su *función reguladora*, el artículo disciplina lo que en la dogmática cambiaria y de los títulos-valor acostumbra a denominarse *acción causal*, es decir, la acción o pretensión derivada de la obligación causal que coexiste con la obligación cambiaria. En particular el artículo 1.170 II y III contempla los límites que la existencia que un título cambiario impone al ejercicio de las acciones dimanantes del negocio causal, en cuya virtud se emitió o suscribió. Por medio de estos límites —que, en definitiva, se traducen en excepciones cambiarias frente a las acciones o pretensiones causales— el ordenamiento trata de coordinar la existencia y funcionamiento independientes de la obligación cambiaria (obligación *ex título*) y de la obligación subyacente (obligación *ex causa*). Cuatro son, en concreto, tales límites o excepciones: la excepción de entrega del título, el derecho a retener la prestación y a rescatar el título, la excepción de realización del título y la excepción de perjuicio del título».

Ahora bien, para que tal protección se produzca, es preciso que el título haya circulado efectivamente por medios cartulares y el tenedor lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe (69).

5.3. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO INCORPORADO: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-REAL DEL CESIONARIO

Como observa BROSETA, la autonomía del derecho incorporado es un complemento y, a la vez, consecuencia del principio de literalidad, a cuyo través se tutela al adquirente en el orden jurídico-real, frente al riesgo de que el transmitente no fuera titular o careciera de poder de disposición, posibilitando, en consecuencia, una adquisición *a non domino* (70).

Como sabemos, literalidad significa que la posición jurídica del segundo y terceros adquirentes viene delimitada por el *tenor literal* del título y no por las relaciones personales que ligaban al tercer poseedor con el deudor, lo que fundamenta la *autonomía del derecho incorporado*, en cuya virtud cada poseedor adquiere *ex novo*, como si lo fuera originariamente —y no a título derivativo—, el derecho incorporado al título, sin subrogarse en la posición personal de su transmitente (71).

Esta posición, de origen creacionista, sin embargo, no es compartida por los defensores de la teoría de la apariencia jurídica como fundamento de la obligación cambiaria, puesto que si el derecho se incorpora al título, no puede sostenerse seriamente que mientras el título se adquiere derivativamente —es decir, del tradens—, el derecho se adquiere originariamente —es decir, del primer deudor—.

Alegan que tal afirmación es contraria, en primer lugar, a las previsiones de las partes, para las cuales el objeto de la transacción es la transmisión del crédito —de hecho, el contenido de la declaración de voluntad del endoso y de la cesión ordinaria es exactamente el mismo— y, en segundo lugar, al artículo 17.I LCCh, según el cual «*el endoso transmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio*».

(69) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 206 y sigs.

(70) BROSETA PONT, M., *op. cit.*, pág. 393.

(71) Por lo que se refiere a esta propiedad normativa y al alcance de los términos «literalidad» y «autonomía», perfectamente distinguidos por la doctrina italiana, puede consultarse la amplia bibliografía citada por DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 145, con una especial reflexión sobre [1] la distinción entre la *literalidad completa* —o *perfecta o directa*— y *literalidad incompleta* —o *imperfecta o indirecta o por remisión*— para diferenciar aquellos títulos cuya literalidad es suficiente para delimitar el alcance del derecho incorporado de aquellos otros en los que no se da tal circunstancia y sobre [2] como una parte de nuestra doctrina ha hecho especial hincapié en explicar esta propiedad normativa a partir de las categorías de la teoría de la apariencia jurídica y de la abstracción.

Por estas razones, concluyen estos autores, debe concluirse que la adquisición del derecho cambiario es derivativa y que, en consecuencia, no existen muchos derechos cambiarios en un solo título, sino un solo derecho, que es objeto de transmisión con el propio título como consecuencia de la incorporación (arts. 14, 17, 19, 120, 123 y 125 LCCh) (72).

Esta característica también sirve para fundamentar, obviamente, la tutela jurídico-obligacional del adquirente.

La agilidad y seguridad del tráfico quedarían seriamente restringidas si el tercero no pudiera confiar en la eficacia del acto de transmisión, obligándole a realizar indagaciones más allá de lo que consta en el propio título o, de otro modo, exponiéndole al ejercicio de una acción reivindicatoria por parte del verdadero titular. La tutela jurídico-real se suma, así, a la jurídico-obligacional, cerrando el círculo de la protección del adquirente (73).

Ello significa que la disciplina especial de los títulos-valores cualificados contiene una derogación del Derecho común de cosas en materia de reivindicación (74).

Así, frente a la regla prevalente en Derecho común, según la cual el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado ilegalmente de ella, podrá reivindicarla de quien la posea —principio de la *reivindicabilidad ilimitada*, consagrado, en principio, por el art. 464-I frase 2.ª CC—, la disciplina específica de los títulos-valores cualificados se rige por el principio inverso de *irreivindicabilidad* a favor del tercer adquirente de buena fe —arts. 545 frase 2.ª CdC y 19-II LCCh) (75).

Aparte de otras cuestiones no menores, se plantea la de determinar quién es el adquirente que queda protegido por este principio de *irreivindicabilidad*.

Como explica EIZAGUIRRE, J. M. (76), el adquirente beneficiario de la protección que estamos considerando debe ser, por regla general, un tercero; ajeno, por tanto, a la relación o tracto entre el titular y el transmitente, en el

(72) Posteriormente nos referiremos a la teoría de la apariencia, especialmente desarrollada entre nosotros como fundamento de la obligación cambiaria por PAZ-ARES, C. Especialmente en *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág. 157 y sigs. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005. Véase, también, ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles de la obligación cambiaria*, pág. 80 y sigs. Ed. Comares, Granada, 2004.

(73) En este sentido, DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., en *op. cit.*, pág. 231.

(74) Seguimos en este punto a EIZAGUIRRE, J. M., en *op. cit.*, pág. 47 y sigs.

(75) Como señala el propio EIZAGUIRRE, en *op. cit.*, pág. 21, hay una fuerte discusión doctrinal en torno a la adecuada interpretación del artículo 464 del Código Civil. Y no cabe ocultar el avance de la llamada «tesis germanista en la jurisprudencia reciente, partidaria de deducir del citado precepto, por el contrario, un apoyo de la irreivindicabilidad a favor del tercer adquirente de buena fe. Y cita, en tal sentido, la STS de 15 de febrero de 1990 y la STS de 25 de febrero de 1992. Véase, en todo caso, una completa exposición de la cuestión a cargo de MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1991.

(76) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 49 y sigs., cuya exposición seguimos en este punto.

que se consuma la privación o del que deriva la desposesión voluntaria por el titular, que luego utiliza el transmitente en beneficio propio al contratar con el tercero.

Conforme a este supuesto de hecho, la protección cartular se circunscribe, *stricto sensu*, al tercero, al igual que la registral. Los terceros —los subadquirentes— serían, por tanto, los únicos beneficiarios de la apariencia generada por el Registro de la Propiedad (art. 34 LH), el endoso (art. 19-II LCCh), la posesión de los títulos al portador (art. 545-I, frase 2.^a del CdC) o los asientos del registro de anotaciones en cuenta (art. 9 LMV).

Sin embargo, acudiendo al principio de rango superior de la *apariencia jurídica*, que informa la institución de la adquisición *a non domino* en su conjunto, es preciso integrar la figura de la relación de representación. Así sucede en el Derecho Inmobiliario, como muestra la STS de 26 de mayo de 1994, que confirmó la válida adquisición de una vivienda por quien contrató con el *falsus procurator* del dueño de aquella y, por tanto, carecía de la condición de subadquirente; no obstante lo cual, el TS desestimó la reivindicación del dueño víctima de la privación. Sólo así pueden explicarse cabalmente, además, cuestiones como la de la desposesión voluntaria del *dominus*, cuyo alcance resultaría de otro modo incomprensible.

5.4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este conjunto de propiedades normativas permite que la letra se sustraiga del ámbito del contrato de cambio, transformándose en *documento circulante* y hacen que el centro de gravedad jurídica se desplace desde el contrato originario a la propia letra.

Estas propiedades normativas hacen que las relaciones *ex charta* se conviertan en la referencia principal y que las relaciones derivadas del contrato originario únicamente operen entre las mismas partes originarias, superponiéndose, incluso, a las cartulares en caso de coincidencia (es decir, entre librador y tomador).

Mediante estas propiedades normativas, se consigue una *simetría informativa funcional* entre endosante y endosatario, lo que fundamenta la confianza, dota de seguridad al derecho, facilita y agiliza la contratación y permite la conversión de la letra en instrumento de crédito.

Mediante estas propiedades, por último, el Derecho cambiario solventa los problemas a los que no daba una respuesta adecuada el régimen de la cesión de créditos propio del Derecho común.

El Derecho cambiario asume, de esta suerte, su peculiar fisonomía cartular (77).

(77) Véase EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 84.

6. LOS RIESGOS EN LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA

6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como todo tráfico jurídico-económico, también el inmobiliario comporta ciertos riesgos. Y, al igual que sucedía en materia de cesión de créditos, tampoco los principios del Derecho común eran los más adecuados para facilitar la circulación de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles; tampoco para habilitarlos como activos económicos —es decir, como garantía crediticia—; pero no porque el Derecho común protegiese excesivamente al propietario frente al adquirente o acreedor —como se ha afirmado—, sino precisamente porque se trataba de un sistema rudimentario que no protegía suficientemente, como veremos, ni al propietario vigente, ni al adquirente —nuevo propietario— ni al acreedor hipotecario —potencial propietario— ni, por tanto, al deudor —figura habitualmente coincidente con la del propietario de turno—, el cual, como consecuencia de la insuficiente protección del derecho, se veía obligado a soportar unos intereses que compensasen tal incertidumbre —*prima de riesgo*— al acreedor.

Los riesgos de la transmisión inmobiliaria no son, sin embargo, exactamente los mismos que afectan a la cesión de créditos, debido a la diferente naturaleza de los respectivos derechos.

Así, mientras la *invisibilidad* propia de los derechos de crédito propicia un especial *riesgo de inexistencia*, por el contrario, la *especial visibilidad e inamovilidad* de los inmuebles hacen que tal riesgo disminuya grandemente en el tráfico de los mismos.

Del mismo modo, mientras en el tráfico de los derechos de crédito —por definición *iura in personam*—, apenas se plantean problemas relacionados con terceros, sin embargo en el tráfico de derechos sobre bienes inmuebles —por definición *iura in rem*—, algunos de los principales problemas se plantean como consecuencia de la posible existencia de derechos confluyentes o contradictorios sobre el propio inmueble objeto de tráfico.

Hechas estas precisiones, podemos identificar los siguientes, como los principales riesgos de la transmisión inmobiliaria, bajo los postulados del Derecho común:

6.2. LOS RIESGOS

6.2.1. *Dificultad de movilización*

Gran parte de la propiedad estaba vinculada y en poder de las denominadas «manos muertas». Instituciones como el mayorazgo sustraían al mer-

cado las tierras sobre las que recaían. Todo el proceso de abolición de los señoríos jurisdiccionales y de desamortización suponen el desarme jurídico de la propiedad feudal y su conversión en propiedad libre apta para el mercado (78).

Este problema se solventa mediante el largo proceso de desamortización que, en un sentido amplio, se extiende desde 1795 a 1851, lo que no permite deducir que exista una relación de causalidad entre el proceso desamortizador y la génesis del sistema registral español. Nos inclinamos por creer que la verdadera relación se da con la necesidad de potenciar el crédito territorial, desde postulados esencialmente fisiocráticos, lo que exige una propiedad segura y fácilmente transmisible (79).

(78) Véase DE VICENTE ALGUERÓ, F. J., el capítulo correspondiente a «Agricultura y ganadería», en GONZÁLEZ ENCISO, A.; DE VICENTE ALGUERÓ, F. J.; FLORISTÁN IMÍZCOZ, A. y TORRES SÁNCHEZ, R., *Historia económica de la España moderna*, pág. 73 y sigs., Ed. Actas, Madrid, 1992. Una parte importante de la tierra es de las *manos muertas*, es decir, está vinculada a una determinada familia o institución, generalmente eclesiástica. Estas tierras vinculadas son privadas en cuanto a su titular, pero carecen de una característica fundamental del moderno concepto de propiedad privada: no pueden ser enajenadas total ni parcialmente, ni ser embargadas por deudas. La expansión del mayorazgo —convertido en institución del Derecho Civil castellano por las Leyes de Toro (1505)— es uno de los fenómenos más notables de la época moderna.

Además, sobre determinadas tierras —*señoríos*— puede haber dos derechos claramente diferenciados y con titulares distintos: el *dominio eminente* —cuyo titular es generalmente un *señor* laico o eclesiástico con poder jurisdiccional— y el *dominio útil*, cuyo titular suele ser un campesino. Estas formas de dominio dividido adoptan diferentes formas en las diferentes regiones, tales como *foros* en Galicia, Asturias o León, o *enfiteusis* en Cataluña y, en menor medida, en Valencia. En relación a la enfiteusis catalana, resulta fundamental la Sentencia Arbitral de Guadalupe —1486— que abolió la servidumbre personal de los payeses de *remenca*, otorgándoles el dominio útil perpetuo de sus tierras a cambio de indemnizar a sus señores, los cuales, además, seguirán percibiendo rentas de origen feudal —v.gr.: el *laudemio* o *lluisme*—.

Por otro lado, las clases ricas urbanas —caballeros, comerciantes, profesiones liberales, rentistas en general— adquirían tierras, sobre todo en las proximidades de las ciudades, para explotarlas predominantemente mediante su cesión en arrendamiento. Los campesinos ricos también adquirían tierras. Estas propiedades podían encontrarse tanto en tierras de realengo —bajo la jurisdicción directa de la Corona— como en tierras señoriales —bajo la jurisdicción directa de un señor—.

(79) En este sentido, GALLEGO DEL CAMPO, G., «Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX», en *RCDI*, mayo-junio de 1986, núm. 574, págs. 637-652, así como, del mismo autor, «Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad español», en *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX*, pág. 577 y sigs., Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. En su opinión, el establecimiento de los Registros de la Propiedad en España no dependió causalmente de la decisión política desamortizadora, ni fue concebido tampoco como específico instrumento de defensa de los adquirentes de bienes desamortizados (pág. 580). En el mismo sentido, PARDO NÚÑEZ, C. R., «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI*, núm. 614, pág. 112. Sostiene este autor que el proceso desamortizador no bastaba para atraer los capitales que la agricultura necesitaba, por lo que se precisaba algo más, lo que denomina el autor «una segunda desamortización, ahora de naturaleza estrictamente civil».

6.2.2. Riesgo de pertenencia

El sistema vigente no servía para asegurar al adquirente que estaba adquiriendo del *verus dominus*; en efecto, sin un sistema mínimamente efectivo de publicidad (80), por rudimentario que fuese, y con la facultad concedida al

Coincidimos plenamente con estas opiniones. En efecto, la Exposición de Motivos del proyecto de ley para la reforma de la legislación hipotecaria, de 11 de febrero de 1858, es de una claridad meridiana: «Cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas». Asimismo, la «Exposición de 6 de junio de 1860, de los motivos y fundamentos del proyecto de Ley Hipotecaria»: «...Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación... la reforma es urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados». Pone de manifiesto B. OLIVER que en aquella época (1855) el Gobierno dedicó todos sus esfuerzos «al estudio de los medios más conducentes y rápidos para atraer los capitales con que debían fomentarse las tres principales fuentes de la riqueza pública; la agricultura, el comercio y la industria. Y juzgando que los primeros y más fuertes obstáculos que se oponían... nacían de la legislación mercantil, en lo que toca al crédito comercial e industrial, y de la legislación civil, en lo que toca al crédito territorial y agrícola, acordó acometer simultáneamente la reforma de ambas legislaciones y llevarla a cabo en el más breve plazo posible».

Esta reforma simultánea de la legislación mercantil e hipotecaria con la finalidad de fomentar el crédito —comercial e hipotecario— apenas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina hipotecaria española. El estudio conjunto de ambas reformas hubiera facilitado grandemente la comprensión de la función y de la arquitectura registral que se introducía, como he puesto de manifiesto en otro lugar. Vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *El Registro como instrumento de intervención en el mercado*, Discurso de Clausura del II Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Santiago de Compostela, 24 de octubre de 2004.

En un sentido distinto, FIESTAS LOZA, A., «La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 53, 1963, pág. 333 y sigs.

(80) Para hacerse una idea de la absoluta ineffectividad de los diferentes sistemas de publicidad arbitrados históricamente, merece la pena transcribir la siguiente intervención del conde de Torrealaz en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1909:

«En 1539 se fijó naturalmente la fecha de la pragmática para que empezara a aplicarse el Registro. Después, una provisión del Consejo de Castilla de 1581 determinó que esa fecha de 1539 era la que debía seguir rigiendo al obligar a registrar... La jurisprudencia del Consejo, en un auto acordado de 1617, estableció ya otra regla, diciendo que la fecha inicial la del título de escribano del Registro de Censos... Más tarde se volvió a la... retroactividad... a partir de 1539... auto del Consejo de Castilla de 1713... Por último, en 1768 se estableció que el registro no obligaba más que para los títulos sucesivos, para los que se otorgasen con posterioridad a la pragmática y que respecto a los títulos antiguos, pudiesen inscribirse cuando fuese menester llevarlos a los Tribunales...

dominus de reivindicar su propiedad de quien quiera que la poseyese, incluso aun cuando hubiese adquirido de buena fe y a título oneroso, lejos de dotar de seguridad a las propiedades, hacían que ningún propietario —o ninguno que creyese serlo— pudiera estar mínimamente seguro.

El único indicio acerca de la propiedad era la posesión pública y pacífica. Como veremos, una de las principales armas que el ordenamiento concedía al propietario en defensa de su derecho —la posibilidad de reivindicarlo de quien lo poseyese, aun cuando lo hubiese adquirido a título oneroso y de buena fe— se convertía, paradójicamente, en el principal flanco vulnerable de su propio derecho. De hecho, la prueba de la propia propiedad, en tales condiciones, devenía una empresa casi imposible, una auténtica *probatio diabólica*; en consecuencia, la misma dificultad, al menos, acarreaba para un tercero que intentase estar seguro de que adquiría del *verus dominus*.

6.2.3. *Riesgo de consistencia*

Tal riesgo —hoy prácticamente olvidado gracias a nuestro moderno Registro de tráfico— consistía, esencialmente, en el denominado *crimen stellionatus*, esto es, en la ocultación por el vendedor al comprador del verdadero estado de cargas —«estado civil», lo llamaría después la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861—.

El hecho de que el adquirente no pudiese conocer con seguridad el verdadero estado de cargas, debiéndose fiar al efecto de las manifestaciones del transmitente y de sus propias averiguaciones, junto con la convicción de que —como expusimos al principio de este trabajo— el vendedor ajustaría —al igual que el propio comprador— su conducta a los postulados del autotinterés, eran una fuente de desconfianza difícilmente vencible, el mayor obstáculo para la contratación, muy especialmente entre extraños.

A todo ello, hay que añadir la notable cantidad de hipotecas generales y ocultas —y, en general, los *overriding interests*— que pesaban sobre la propiedad inmueble y cuya erradicación sería uno de los objetivos básicos de la Ley Hipotecaria de 1861.

Esto mismo fue reformado por el propio Consejo... en 1769 hizo obligatoria la inscripción siempre..., es decir, se vuelve otra vez a la retroactividad... Tan pronto se iba a una cosa como a otra. Esta era la legislación hasta 1861, si bien dándose prórrogas constantemente...: 10 de abril de 1872, 23 de agosto de 1784, 14 de mayo de 1787, 31 de julio de 1789, Circulares de 22 de enero de 1816 y 12 de julio de 1825, etc...».

Citado por PARDO NÚÑEZ en *op. cit.*, pág. 140. Destaca, citando a GALINDO y ESCOSURA, cómo todavía en 1869, la sentencia de 2 de abril de ese año, permite la subsanación mediante la inscripción en cualquier tiempo anterior a la presentación en juicio.

El sistema instaurado por la Pragmática de Carlos III había fracasado (81). El texto de la Pragmática de 31 de enero de 1768 —cuidadosamente preparado por CAMPOMANES y FLORIDABLANCA (82)—, comenzaba por reconocer el problema que intentaba atajar: en los juzgados y tribunales se admitían indistintamente escrituras registradas y no registradas, de lo que se seguían numerosos pleitos y perjuicios para los compradores e interesados en los bienes hipotecados «*por la ocultación y oscuridad de las cargas*». A fin de erradicar tal problema, la Pragmática ordenaba que ningún juez pudiese juzgar por instrumentos no registrados, organizando las Contadurías de modo que se asegurase la efectividad de la medida (83), si bien con escaso éxito,

(81) Sin embargo, como señala CONGOST, R., un estudio sobre los Oficios de Hipotecas debería tener en cuenta la distinta acogida y la importancia desigual de esta institución en las diferentes regiones españolas. Así, señala, con razón, que representaba una novedad en los territorios de la Corona de Aragón. Sin embargo, todo parece indicar que la reacción de los notarios de Cataluña ante la creación del Registro de Hipotecas fue más bien entusiasta. Enseguida, además, los Colegios Notariales de Barcelona y de Gerona presentaron a la Real Audiencia de Cataluña una serie de dudas al respecto, y el tribunal catalán pidió las respuestas pertinentes al Consejo de Castilla, que fueron recogidas en un nuevo decreto de la Audiencia Real de 1774.

Como señala esta autora, son precisamente estas disposiciones de 1774 las que convirtieron la experiencias del Oficio catalán en una experiencia única en España. En efecto, se disponía que se registrasen tanto los instrumentos que contuvieran «obligación especial de bienes» como «obligación general», lo que amplió notablemente la tipología documental registrada en los Oficios de Hipotecas catalanes y aumentó espectacularmente el volumen de los libros. Los escribanos habían insistido sobre todo en la necesidad de inscribir los capítulos matrimoniales —que incluían disposiciones sobre herencias—, así como los contratos de compraventa. La razón por la cual solicitaban la inscripción de todos los contratos de compraventa era muy práctica: era la mejor manera de *proteger los derechos de los compradores de bienes* —de hecho los hombres de la Real Audiencia habían escrito en 1769: «*Conviene que los contratantes, de manera mutua, conozcan o puedan conocer sus haberes, parece que todas las ventas de bienes inmuebles deberían ser registradas, sean o no gravados...*»—.

Este proceso se halla en íntima relación con el interés de los dueños directos en ejercer un control más rígido sobre los movimientos de sus enfiteutas, si bien la complicidad entre éstos y los escribanos impidió que ese control fuera total (por ejemplo, las firmas de los señores directos y la clausura de las escrituras por parte de los escribanos no fueron estimadas como indispensables para la inscripción de actas notariales en los libros del Registro de Hipotecas). CONGOST, R., *Tierra, Leyes, Historia —Estudios sobre la gran obra de la propiedad—*, pág. 172 y sigs.

(82) CONGOST, R., *Tierra, Leyes, Historia —Estudios sobre la gran obra de la propiedad—*, pág. 170 y sigs. Ed. Crítica, Barcelona, 2007.

(83) Como señala CONGOST, R., *ibíd.* Campomanes y Floridablanca parecían haber reflexionado sobre las razones del mal funcionamiento de experiencias anteriores y habían propuesto un plan muy detallado para hacerles frente. Así, los Oficios estarían situados en las cabezas de partido; dispondrían de un libro o de varios libros —uno para cada pueblo—, distribuyendo los asuntos por años «*para que fácilmente puedan hallarse las noticias de las cargas*». En estos libros se «*tomaría razón*» de «*todos los instrumentos de imposiciones, ventas de bienes raíces, o considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escri-*

como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (84).

turas de mayorazgos ú obra pía, y generalmente todos los que tengan expresa hipoteca ó gravamen, con expresión de ellos, ó su liberación y redención». El instrumento que se mostraría sería la primera copia que el escribano habría entregado; en caso de perderse se sacaría una copia con la autoridad del juez competente.

En la «*toma de razón*» se deberían hacer constar los nombres de los contratantes, su vecindad, la calidad del contrato y los bienes raíces gravados, dejando claro que por bienes raíces se entendían también censos, oficios y otros derechos perpetuos que pudieran constituir hipotecas. Una vez registrada la escritura, el escribano encargado de la Contaduría —el más antiguo del distrito— anotaría en ella lo siguiente: «*Tomada la razón en el Oficio de Hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el día de hoy*». El interesado podía mostrarla luego al escribano para que hiciera constar en el protocolo la toma de razón. En caso de que se presentase la redención de un censo o se liberase una hipoteca, se haría constar al margen si la escritura estaba registrada; si no lo estaba, se tomaría razón de la escritura de redención o liberación en el libro de registro.

El otorgante debería presentar la escritura en el Oficio en el plazo de seis días, si había sido expedida por un escribano de la misma capital; un mes si se trataba de una escribanía de un pueblo del partido. También se estipulaba el tiempo máximo para llevar a cabo la inscripción: veinticuatro horas si la escritura era nueva, tres días su era antigua. El responsable del Oficio tendría que confeccionar un libro índice o repertorio general de las escrituras, en el cual figurarían, ordenados alfabéticamente, los nombres de los diferentes firmantes.

Se preveía, además, un control efectivo sobre el proceso de inscripción: los notarios debían enviar al corregidor o alcalde mayor una relación de los instrumentos de que constaba el protocolo de aquel año; así, el escribano que regentaba el Oficio de Hipotecas podría comprobar si había alguna omisión en el registro de algún instrumento. Teóricamente, las consecuencias de la aplicación de la Pragmática serían drásticas para las escrituras no registradas: «ningún juez podrá juzgar por tales instrumentos».

(84) Baste recordar, al respecto, el tan citado pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861:

«No necesita la Comisión examinar los vicios de nuestro actual sistema hipotecario. El digno antecesor de V.E que aconsejó a S.M el Real decreto de 8 de agosto de 1855, expuso su insuficiencia y la necesidad apremiante de la reforma. Con sobrado motivo decía que nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre estas garantía prestan sus capitales. En esta situación añadía el Gobierno que la reforma era urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados. Nada añade la comisión por su parte: bástale decir que en sentir del Gobierno está definitivamente juzgada nuestra actual legislación hipotecaria, y que exige reformas radicales para que pueda satisfacer las condiciones que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestros días».

En *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T. I, Vol. I, pág. 223. Ed. Castalia. Madrid, 1989.

6.2.4. Riesgo de pérdida del derecho

En efecto, en el Derecho común rigen, entre otros, dos principios esenciales. A saber: [1] el principio según el cual *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet* —donde encuentra su fundamento la esencial regla *ubi rem meam invenio ibi vendico*—, y [2] el principio de *relatividad contractual* o de eficacia relativa del contrato, que consagra el artículo 1.257 del Código Civil, según el cual: *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*.

Como consecuencia del primer principio, el adquirente puede verse privado de su derecho: a) si su transmitente ha incumplido —en todo o en parte— las obligaciones derivadas del contrato en virtud del cual adquirió el derecho —principio de oponibilidad de excepciones, derivado del más amplio *nemo plus iura*—; b) si su transmitente no era el *verus dominus*, pues el principio *nemo plus iura* —y su consecuencia necesaria *ubi rem meam invenio...*— habilita a éste para reiperseguirlo incluso aun cuando se halle en poder de un tercero que lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe.

Como consecuencia del segundo principio, el adquirente no puede estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, por el mero hecho de que su transmitente le haya exhibido el contrato del que derive su adquisición, pues, en virtud del principio de *eficacia relativa*, todo contrato, respecto de terceros, *nec nocet neque prodest* porque es *res inter alios acta*; lo que significa que el contrato, por sí solo, carece de capacidad para suministrar un título esgrimible frente a terceros —y mal puede alguien proclamarse propietario sin un título que le habilita para defender su propiedad frente a todos y, por tanto, para *conservarla*—.

En consecuencia, en tal situación, ningún propietario podía estar seguro de su derecho: en cualquier momento podía ser víctima de cualquier reclamación de procedencia insospechada. De hecho, el único signo fiable de que su transmitente era *verus dominus* era, además del contrato del que derivaba su adquisición, el hecho de que viniera disfrutando de una pública y pacífica posesión en concepto de dueño.

6.2.5. Dificultad para probar la titularidad de su derecho por el propietario

Lo cual se deduce de todo lo expuesto. De hecho, el único modo que quedaba a su alcance era obtener una sentencia firme de adquisición por usucapión.

Todo ello configuraba un estado de cosas bien descrito por PARDO: todo lo referente al derecho de propiedad inmobiliaria se hallaba sumido en la más

exasperante confusión. Hipotecas generales o tácitas, acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias o de nulidad, todas ocultas, lastraban la tierra de modo que convertían el tráfico de inmuebles en un juego de azar (85).

Por todo ello, puede decirse —como decía ASCARELLI del régimen civil de la cesión de créditos— que quien adquiría una propiedad inmueble en tales condiciones adquiría, en cierto modo, una *caja de sorpresas* (86).

6.3. LA REFORMA DEL SISTEMA REGISTRAL COMO SOLUCIÓN: SU PARALELISMO CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS O DE FE PÚBLICA

La legislación registral intenta resolver estos problemas en el ámbito inmobiliario utilizando la misma arquitectura jurídica de los títulos-valores cualificados —singularmente la de la letra de cambio— en relación a los derechos de crédito, si bien adaptándola, como es inevitable, a las *exigencias estructurales* derivadas de la distinta naturaleza de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. En efecto, frente a los derechos de crédito, que son *iura in personam*, el derecho de propiedad y demás derechos sobre las cosas son *iura in rem*, de donde derivan, como veremos, consecuencias de largo alcance.

Las siguientes páginas están destinadas a demostrar esta tesis. Por ello, no me resisto a transcribir, antes de comenzarlas, el siguiente fragmento de la intervención del senador señor ARRAZOLA, antiguo Ministro de Justicia, tras la Constitución de 1837, durante la discusión en el Senado del proyecto de Ley Hipotecaria de 1861 (87):

«...eso es lo que había de hacer la nueva ley hipotecaria; dar ensanche a la propiedad, convertirla en moneda territorial que pueda pasar de mano en mano como pasa un pagaré o una letra...» (88).

(85) PARDO NÚÑEZ, C. R., «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI*, núm. 614, pág. 112.

(86) ASCARELLI, T., *op. cit.*, pág. 7.

(87) En *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T. I, vol. II, pág. 80. Ed. Castalia, Madrid, 1989.

(88) Hay que considerar que el Código de Comercio de 1829 había optado en esta materia por el modelo más prestigioso, el *Code de Commerce* de 1807, separándose así de la regulación contenida en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 —más centrada en los aspectos cartulares de la letra de cambio que en los del contrato del mismo nombre—. Así, los artículos 426 y siguientes de aquel se insertan bajo el título *Del contrato y letras de cambio*. De este modo se importó la disciplina francesa de la letra de cambio y del pagaré que permanecería sustancialmente vigente hasta 1986, toda vez que el posterior Código de Comercio de 1885 reiteraría dicha normativa en sus artículos 443 y siguientes. Puede afirmarse, por ello, que la modernidad de la regulación bilbaína no fue óbice para su absoluta esterilidad científica, lo que frustró las bases para la construcción de un Derecho cambiario autóctono. EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 92.

Este objetivo no se consigue hasta 1944 y aun con muchas dificultades —a pesar de ser el objetivo de la Ley de 1861—, debido a la pesada resistencia de las inercias y de los intereses sectoriales afectados por las reformas que probablemente no supieron apreciar las ventajas que para sus derechos representaba el nuevo régimen que el Registro pretendía introducir. Por el contrario, cundió la convicción de que la nueva ley era buena para los futuros propietarios y, sobre todo, para los acreedores hipotecarios, hasta el punto de hacer más segura la inversión hipotecaria que la compra directa —lo cual era cierto— pero no para los propietarios vigentes —lo que podía no ser tan cierto—, y sus presiones motivaron que la *fe pública registral* nunca llegará a entrar en vigor, hasta que fue sustituida por el procedimiento o expediente de *liberación de cargas y gravámenes* en 1869, no volviendo a aparecer hasta 1944, año que supone, asimismo, la consagración del *principio de legitimación*, antecedente y fundamento necesario de la fe pública registral.

No es objetivo de este trabajo la descripción de este proceso —que ha sido objeto de excelentes análisis (89)—, sino el expuesto anteriormente: demostrar cómo el sistema registral que, finalmente, consagra la Ley Hipotecaria de 1944, es una *tecnología institucional* similar a la de los títulos-valores cualificados, especialmente la letra de cambio, porque persigue, en el ámbito inmobiliario, los mismos objetivos que aquella en el ámbito de los derechos de crédito: facilitar su circulación mediante la seguridad del adquirente —y, como veremos, del dueño— habilitando así a los inmuebles como activos económicos.

Desde luego, no puede considerarse casual que sea la Ley Hipotecaria de 1944 la que introduzca los principios que consoliden la inscripción como título-valor —nos referimos al de legitimación (que implica sendas presunciones *iuris tantum* de exactitud e integridad) y al de fe pública registral—.

Dejando de lado la necesidad de potenciar los efectos de la inscripción, por las razones que aduce la propia Exposición de Motivos, referentes a que más del 60 por 100 de la propiedad se desenvolvía todavía fuera del régimen registral (90), llama la atención su paralelismo temporal con la recepción en nuestro país de la teoría general de los títulos-valores.

(89) Muy especialmente PARDO NÚÑEZ, C. R., «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI*, núm. 614, pág. 111 y sigs.

(90) Dice la EM de la LH de 1944: «A los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra patria una de las leyes “más científicas entre las nacionales”». Como medio para conseguir esta finalidad, se propone que el Registro: «...ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro y liberar a éste de las innúmeras

En efecto, como observa EIZAGUIRRE, es durante los años treinta del pasado siglo (91), cuando nuestra literatura científica comienza a *asimilar* o *recibir* los principios básicos de la concepción unitaria de los títulos-valores gestada fuera de nuestras fronteras (92).

Tales tecnologías institucionales —inscripción y letra de cambio— están basadas en los siguientes postulados esenciales: [1] Disminución de asimetrías informativas entre transmitente y adquirente; [2] Neutralización *inter tertios* y *sólo en relación a los actos de tráfico* de los efectos de las asimetrías informativas residuales, impidiendo que los transmitentes anteriores, así como, en su caso, el llamado *verus dominus*, puedan utilizarlas en su propio beneficio y en perjuicio de adquirentes posteriores. Ambas imponen la *simetría informativa funcional* como instrumento para activar la circulación de los derechos.

7. LA INTABULACIÓN O INCORPORACIÓN REGISTRAL. LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN

Decíamos que el Derecho cartular desarrolla estos postulados mediante el expediente técnico de la *incorporación* del derecho al documento. Algo parecido podemos decir del Derecho registral: desarrolla estos postulados mediante la técnica de la *incorporación registral*, que podemos denominar *intabulación*, y que, al igual que la incorporación en relación a los títulos-valores cualificados —especialmente la letra de cambio— implica la atribución a la inscripción del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles —y de los *iura in re aliena*— de las siguientes *propiedades normativas* —que son esencialmente las mismas que el derecho cartular atribuye a los títulos-valores cualificados o de fe pública, y, particularmente, a su paradigma, la letra de cambio—.

cargas prescritas que abrumen sus libros. Ello contribuirá a definir y aclarar de modo diáfano la realidad jurídica de muchas fincas y derechos reales; concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos, e insensiblemente fomentará la inscripción de no pocos inmuebles hasta el presente alejados de la vida registral».

(91) Cita en concreto EIZAGUIRRE, las siguientes obras: a) DALMASES, *El usufructo de derechos (inclusive de títulos-valores)*, 1932; b) VICENTE Y GELLA, *Los títulos de crédito*, 1933; c) GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 1936. EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 12.

(92) Como observa EIZAGUIRRE, el Código de Comercio de 1885, hasta su reforma en la penúltima década del siglo XX, contenía la regulación de la letra de cambio (arts. 443-530), de las libranzas, vales o pagarés a la orden (arts. 531-533), del cheque (arts. 534-543), así como de los títulos («efectos») al portador (arts. 544-566). Se trataba de una legislación sectorial que regulaba de modo disperso los diferentes títulos-valores, de modo similar a lo que ocurría en el resto de ordenamientos europeos del siglo XIX. No obstante, la impronta puramente instrumental de la regulación de los contratos que les sirven de origen, conforme al modelo francés, privaba a dicha normativa de las bases de Derecho material indispensables para la inducción de una doctrina general de los títulos-valores, de la que, sin embargo, dispusieron alemanes e italianos. EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, págs. 11-13.

7.1.1. Legitimación registral (93) (94)

Al igual que hemos hecho al tratar de la eficacia legitimadora de los títulos-valoros cualificados o de fe pública, en donde hemos distinguido dicha efi-

(93) Como observan LACRUZ Y SANCHO —LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 166 y sigs., Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1976—, pese a lo lógico que resulta la presunción de pertenencia del derecho inscrito al titular inscrito, sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1861 no hizo la menor mención a ella, porque estaba presidida por la idea de la protección del tercer adquirente de buena fe contra las cargas ocultas, las dobles enajenaciones, etc.

Esta situación del titular registral, que en el momento de adquirir obtiene la máxima protección contra la falta de titularidad de su transmitente, pero que en lo sucesivo no puede servir de los libros para acreditar su derecho sobre la finca, era ilógica y provocó la reacción de la Ley de 1909, cuyo artículo 41 —ley refundida— establecía que «quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido código a favor del propietario y del poseedor de buena fe». El precepto autorizaba, además, al titular registral a recuperar la posesión por un procedimiento rapidísimo —el del título XIV, libro 3.º de la LEC—, según especificó el artículo 100 del RH de 1915.

Con semejante redacción, la ley seguía sin atribuir una presunción de pertenencia del derecho inscrito; en su lugar se establecía una presunción posesoria, lo que resultaba absurdo: la inscripción permitía presumir no la titularidad que proclamaba, sino la posesión que, por un lado, podía o no corresponderle y, por otro, era irrelevante a efectos legitimadores. Consecuencia de esta posesión presunta era la posibilidad de recuperar la posesión del bien de un modo fulminante, mediante el procedimiento del artículo 2.056 y siguientes de la LEC. En consecuencia, tratándose de fincas inmatriculadas, la posesión de inmuebles desaparecía prácticamente del campo del Derecho, siendo sustituida por la inscripción. «Desde ese momento —decía Jerónimo GONZÁLEZ, citado por LACRUZ— la lucha entablada por las familias labradoras, por el agricultor secular, el pueblo castellano, contra la propiedad procedente de antiguos señoríos, de organizaciones sociales caducadas o de estados jurisdiccionales abolidos, se hallaba irremisiblemente perdida. Los títulos comprensivos de grandes extensiones territoriales encontraban fácil acceso al Registro y adquirían nuevas fuerzas vitales en los pronunciamientos del artículo 41».

Fue la misma energía del precepto la que obligó a yugularlo, continúan LACRUZ y SANCHO. El uso del procedimiento para adquirir la posesión por parte de titulares inscritos cuya propiedad era discutible, o cuyo derecho de desahucio no estaba plenamente comprobado, contra quienes cultivaban la tierra desde tiempo inmemorial, determinó, primero alteraciones del orden público y, finalmente, la modificación del artículo 41, mediante un Decreto-Ley de 1927, que convertía en *iuris tantum* la presunción posesoria, permitiendo oponerse al lanzamiento a los poseedores actuales, que fácilmente podían oponerse al lanzamiento a los poseedores actuales, que fácilmente podían evitarlo demostrando su posesión.

Por último, como afirma ROCA-SASTRE, la reforma de 1944 ha cerrado en forma más técnica el proceso evolutivo del principio de legitimación registral en nuestro ordenamiento hipotecario. Ha proclamado explícita y adecuadamente el principio de legitimación a base de la presunción de existencia del derecho inscrito, ha facilitado el procedimiento para la efectividad posesoria del titular inscrito y ha conservado los avances logrados por la reforma de 1909 en punto a ciertas aplicaciones procesales del referido principio.

(94) Respecto al tratamiento jurisprudencial del principio de legitimación registral, tras su introducción por la Ley Hipotecaria de 1944, véase, HERNANDO COLLAZOS, I., *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

cacia en relación al tenedor, por un lado, y en relación al tercer adquirente, por otro, trataremos de la legitimación registral en relación con el titular registral, en primer lugar, y en relación con los terceros adquirentes en segundo lugar.

7.1.2. En relación con el titular registral

Con carácter general, dicho principio, conocido también como *principio de presunción de exactitud registral*, viene recogido esencialmente en los artículos 38, 97, 1-III y, a nuestro juicio, también 32 (95) de la Ley Hipote-

(95) En efecto, los artículos 38, 97 y 32 LH fijan respectivamente el contenido —art. 38 LH— y los contornos —arts. 97 y 32 LH— de la presunción de legitimación. En realidad puede sostenerse que los artículos 97 y 32 LH —también el art. 38 LH— obedecen a la misma *ratio legis* y son una consecuencia necesaria de lo dispuesto por el artículo 38 LH. En efecto, si según el inciso primero del párrafo primero del artículo 38 LH: «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo», lo que constituye la máxima protección posible de la apariencia en un sistema causal como el nuestro, su corolario lógico es que «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera» (art. 97 LH), así como que «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero» (art. 32 LH), o dicho de otra manera, que tales títulos, a efectos de tercero, se presume que no existen, es como si no existieran, que es exactamente lo que exige la protección de la confianza mediante la protección de la apariencia; y esto es lo que quiere decir el artículo 32, si bien mediante una fórmula más elegante, como debería ser propio de todo texto legal.

En este mismo sentido, GARCÍA GARCÍA, J. M., para quien el juego de los artículos 97 LH y 32 LH permiten afirmar que en nuestro sistema la presunción de *exactitud* incorpora también la de *integridad* —GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, págs. 682 y sigs., Ed. Civitas, Madrid, 1988—.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, no deja la menor duda al respecto:

«El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y pertenece al titular. De este modo la presunción *iuris tantum* de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Únicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria, sin repercusión procesal».

El artículo 32 LH no es, pues, una formulación negativa del principio de fe pública registral (art. 34 LH) como sostienen algunos autores. El artículo 34 LH tampoco es una consecuencia necesaria de lo dispuesto por el artículo 38 LH, sino una modulación de sus efectos, en relación a los adquirentes, para acomodarlos a los exigidos por el mercado, porque el registro es un instrumento para el desarrollo del mercado, y éste, el mercado, no protege la mala fe —por el contrario, presume la buena fe— y desconoce los actos a título gratuito. Tal modulación consiste, por un lado, en reforzar la presunción del artículo 38 LH, elevándola a *iuris et de iure* y, por otro, limitarla a los subadquirentes que cumplen las condiciones que el propio artículo 34 LH especifica.

caria, si bien a efectos de este trabajo vamos a centrarnos en el análisis del artículo 38 LH —que, en su formulación actual no fue introducido hasta 1944—, especialmente de su primer párrafo, a cuyo tenor:

«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

Como expuso SANZ FERNÁNDEZ, este precepto incorpora una presunción *iuris tantum* de veracidad, como consecuencia de la cual, la inscripción legitima las situaciones jurídicas en cuanto atañe a la propia fuerza y existencia de los derechos reales, la que les da el Registro con su *presunción legitimadora* (96) o, como prefiere denominarla PEÑA, *eficacia legitimadora* (97).

Por ello se afirma que este precepto incorpora el principio de *presunción de exactitud* del Registro o de *legitimación registral*. GARCÍA GARCÍA lo de-

Con tales formulaciones, nuestro sistema, tras la reforma de 1944-1946 llega al *nivel máximo posible de protección de la confianza mediante la protección de la apariencia en un sistema causal* como el nuestro. Como dice SANZ FERNÁNDEZ: «resulta difícil presumir en nuestro Derecho la existencia del Derecho inscrito sin más, esto es, con independencia de los presupuestos causales a los que debe su existencia. La inscripción o la cancelación deben legitimar su propio contenido. El contenido de las mismas es que en virtud de un negocio jurídico determinado... (...) ... se ha constituido o extinguido un derecho real que se inscribe o cancela». SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 188 y sigs., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945.

Todo ello, sin entrar en la polémica sobre si el tercero del artículo 32 y del artículo 34 son el mismo o no, y sin negar otros posibles significados diacrónicos del artículo 32 LH, como qué significa la consagración del principio de inoponibilidad, propio de los sistemas registrales documentales.

(96) SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 181. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945. Argumenta SANZ FERNÁNDEZ que esta presunción no es otra cosa que la energía legitimadora de la antigua *Gewere*, aplicada a las declaraciones del Registro de la Propiedad, produciendo como ella importantes consecuencias en un doble sentido: 1.º Procesalmente, exonerando al titular inscrito de la carga de la prueba, lo mismo cuando demanda que cuando es demandado —efectos ofensivos y defensivos de la *gewere*— y cargando a quien se oponga con la prueba de la inexactitud registral. 2.º En el orden sustantivo, permitiendo al titular comportarse como legítimo dueño o titular de los derechos y atribuyéndole, muy especialmente, la facultad de disponer con plena eficacia jurídica. En este mismo sentido —conexión de la presunción de exactitud con la institución germánica de la *gewere*—, ROCA SASTRE: «Creado el Registro de la Propiedad, en él se produce una vida abstracta de titularidades, a la que es lógico dotar de una presunción *iuris tantum* de exactitud, de manera que los mismos efectos legitimadores de la *Gewere* o de la posesión de bienes muebles tienen, naturalmente, que ser atribuidos a los asientos del registro, los cuales (...) están ungidos por la calificación de un organismo público, cual es el Registro de la Propiedad». ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, T. I, 8.ª ed., pág. 520. Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

(97) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, pág. 590. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Madrid. 2.ª ed., Madrid, 1986.

fine como el principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces y, como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal titular, es decir, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, y en la forma que el propio asiento determina (98).

En cuanto al ámbito o alcance de la presunción se extiende, como afirma Díez-PICAZO (99) a la existencia y titularidad de los derechos reales inscritos, además en la *forma* determinada por el asiento respectivo.

En virtud de ello, la inscripción ofrece al titular registral, como afirma JEREZ DELGADO, las mejores garantías de una protección eficaz frente a terceros (100) (101).

En cuanto a la *existencia* de los derechos reales inscritos, coincidimos con PEÑA cuando afirma que la presunción hay que entenderla circunscrita a las situaciones jurídico-reales sobre la finca, y no a cualesquiera otras circunstancias distintas que puedan relatar los asientos registrales. La presunción sólo alcanzará, pues, los datos sobre derechos de crédito —garantizados con condición resolutoria explícita (art. 11 LH), anotación preventiva, hipoteca—, sobre circunstancias del sujeto o sobre circunstancias de hecho de la finca en cuanto sean determinantes del contenido o alcance que por ellos tengan los derechos reales inscritos (102).

(98) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, pág. 673 y sigs., Ed. Civitas, Madrid, 1988. Como señala este autor, en esta definición aparecen los dos aspectos que explican la doble terminología utilizada a propósito de este principio, pues se trata, por una parte, de una *presunción de exactitud*, pero al mismo tiempo de una *legitimación* del titular registral.

(99) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, pág. 358, Ed. Tecnos, Madrid, 1978.

(100) JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, pág. 282. Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 2004. En virtud de los artículos 38 y 319 de la LH. Como señala la misma autora y veremos más adelante, la inscripción también potencia la protección *erga omnes* del propio derecho (art. 32 LH), aún a costa de despojar en ocasiones al verdadero propietario —no inscrito— de su derecho cuando el titular inscrito reúne las condiciones mínimas para que el sistema se incline por su protección —arts. 34 y 37 y 1.473 CC—.

(101) Aparte de la citada obra de JEREZ DELGADO, C., puede verse para el tratamiento jurisprudencial de la legitimación registral, HERNANDO COLLAZOS, I., *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

(102) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 577. Sostiene también PEÑA que en cuanto a la finca inmatriculada no sólo goza de presunción de exactitud, sino también de integridad. Según Díez-PICAZO, L. —*op. cit.*, pág. 358—, la presunción no incluye la finca. Tampoco, según él, al título, aunque matiza: «En la medida en que el Derecho es una consecuencia del título o negocio jurídico real, sin embargo, la presunción de la existencia del derecho parece que es, por lo menos indirectamente, una presunción de la existencia y de la eficacia del título constitutivo del derecho y de la supervivencia de tal eficacia» (*ibidem*). Merece destacar, en este sentido, la posición de SANZ FERNÁNDEZ, A.: «...resulta difícil presumir en nuestro Derecho la existencia del derecho inscrito sin más, esto es, con independencia de los presupuestos causales a que debe su existencia. La inscripción o la cancelación debe legitimar su propio contenido. El contenido de las

En cuanto a la *titularidad o pertenencia*, el principio de legitimación significa la presunción *iuris tantum* de que la titularidad real se corresponde con la titularidad registral del derecho plasmada en el asiento correspondiente. La apariencia registral de titularidad se equipara, por tanto, con la titularidad real, salvo prueba en contrario.

Ello es una consecuencia de la apariencia de titularidad material con la que el asiento registral inviste al titular inscrito. Con base en esa apariencia, el titular registral goza de la presunción de ser el titular real y efectivo del derecho inscrito, quedando así eximido de tener que aportar cualesquiera otros medios probatorios —como resulta, entre otros, de los párrafos segundo y siguientes del propio art. 38 de la LH—.

Con ello, como afirma PEÑA, el ordenamiento no trata de proteger otro interés que el del verdadero titular del derecho real, ya que el titular registral es, generalmente, el titular real, y, si no lo es, es por decisión propia de no inscribir, asumiendo los riesgos correspondientes (103), añadimos nosotros.

Por ello, el penúltimo párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria dispone que «la acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real del que se derive». Por ello, la situación registral, en nuestro sistema, no es disponible con independencia del derecho real que refleja, pues no se admite el consentimiento formal (104).

La presunción de titularidad legitima al titular registral para actuar con tal carácter, atribuyéndole en principio el ejercicio de las facultades emanadas del derecho inscrito (105).

Se trata de una *legitimación extraordinaria* —también denominada *registral*—, esto es, de una legitimación que confiere la ley al *titular registral* por

mismas es que en virtud de un negocio jurídico determinado —título en sentido material según la terminología ordinaria—, formalizado en un documento auténtico —título en sentido formal— se ha constituido o extinguido un derecho real que se inscribe o se cancela. Por consiguiente, la legitimación debe tener el siguiente alcance: se presume que el derecho inscrito nació y existe o se extinguió con arreglo al título y que, según éste, el titular es el que como tal figura en el Registro. La presunción más que de existencia del derecho es, por tanto, de existencia y validez del título», *op. cit.*, pág. 189. Véase también GÓMEZ PERALS, M., *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, pág. 38 y sigs. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. Cita abundante jurisprudencia y doctrina a favor de la extensión de esta presunción *iuris tantum*, en relación con los datos descriptivos de las fincas.

(103) Ver MENDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Seguridad de los derechos versus seguridad del tráfico: un falso dilema...* En efecto, en nuestro sistema no cabe que el sistema registral imponga al *verus dominus* una privación inconsentida de su derecho. Si se produce es porque ha preferido no asumir la carga de conservación del derecho que el mismo le impone, muy inferior a las que resultan en un sistema de seguridad jurídica, como veremos más adelante.

(104) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 585.

(105) SANZ FERNÁNDEZ, A., la «legitimación encuentra su precedente y apoyo en la calificación registral: la función calificadoradora practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título, y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo». *Op. cit.*, pág. 186.

el hecho de tener la inscripción a su favor, como consecuencia de la *presunción de exactitud* que la ley asigna al asiento (106).

Es también una presunción en relación a la *extensión* de los derechos reales inscritos —«*en la forma determinada por el asiento respectivo*»—; a ella nos referiremos enseguida, si bien podemos adelantar que, a nuestro juicio, tiene un valor y desempeña una función equivalente al principio de *literalidad* en el ámbito de los títulos-valores cualificados, al que nos hemos referido anteriormente.

Es también, por último una *presunción posesoria* —«*De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos*»—.

Estamos de acuerdo con PEÑA en que la posesión a la que se refiere el precepto no es sólo el *ius possidendi* —para lo que no haría falta ningún precepto especial, pues como facultad integrante del dominio o derecho real inscrito se entiende presumida con el derecho mismo—, sino, específicamente, que el titular registral tiene el *ius possessionis* y que, por tanto, tiene las facultades de dominación inmediata que caracterizan este derecho. La posesión que se presume es, pues, la posesión en concepto de dueño, de modo que a la fuerza legitimadora del Registro se agrega, por vía de la presunción, la fuerza legitimadora de la posesión en concepto de titular del derecho real correspondiente (107). Por otro lado, dado que la posesión ha quedado excluida del Registro (art. 5 LH) la prueba en contrario no está condicionada por la necesidad de una previa toma de razón o inscripción de una rectificación, al contrario de lo que sucede cuando se pretende impugnar el dominio o derechos reales inscritos.

(106) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, pág. 274. Ed. Civitas, Madrid, 1988, el cual cita a LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona, 1952, pág. 39 y sigs.

(107) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 584. En este mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., en *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 184. Ed. Bosch, Barcelona, 1977. También Díez PICAZO, L., en *op. cit.*, pág. 359. Puntualiza este autor que aunque, literalmente, la presunción posesoria favorece no sólo al titular inscrito del dominio, sino también a los titulares de derechos reales *in re aliena*, la expresión legal debe entenderse, sin embargo, limitada a aquellos derechos reales que llevan aparejada posesión —usufructo, servidumbre—, quedando excluidos aquellos que carecen de contacto posesorio —ejemplo: hipoteca—. Según ROCA-SASTRE, L., «la presunción que el artículo 38, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria sienta a favor del titular registral de que éste tiene, a todos los efectos legales, la posesión inherente al dominio o derecho real inscrito a su nombre, implica la presunción de que éste es un propietario-poseedor, o un titular del dominio o derecho real completo en el sentido de hallarse en su ejercicio, si bien a los solos fines legitimadores, esto es, al único objeto de que sea tratado como propietario poseedor, en tanto no se demuestre oportuna e idóneamente que el Registro es inexacto respecto de la existencia y titularidad del dominio o derecho real inscrito, de cuya posesión se trate» (*op. cit.*, pág. 573).

7.1.2. En relación al tercer adquirente

Como sostiene PEÑA, en orden a la disposición de los bienes o derechos inscritos, el principio de legitimación tiene como consecuencia más radical que quien adquiere, en determinadas condiciones, de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir, tiene, respecto del verdadero dueño o titular de un derecho real, una posición inatacable.

Lo que, como observa, es un supuesto excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no sólo de la fuerza del Registro, sino también de la buena fe del adquirente (108), basada en la apariencia jurídica, que debe ser protegida. En tales circunstancias, y en relación al tráfico jurídico, el titular registral es tratado como verdadero titular.

7.2. LA PRESUNCIÓN EN RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS

7.2.1. Protección jurídico-obligacional del adquirente: la exclusión de excepciones

«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».

Lo que quiere decir, según Díez-PICAZO (109), que se presume que el derecho existe con el contenido y con la configuración —facultades, limitaciones, condiciones— que el asiento le atribuye. O, en palabras de ROCA SASTRE, que lo que el Registro expresa acerca de la *extensión* del derecho real inscrito se presume exacto (110).

(108) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 590. Sostiene PEÑA que, desde el punto de vista de estos efectos, puede sostenerse que el titular registral está legitimado para disponer en cuanto que su inscripción constituye un signo suficiente que, en determinadas circunstancias, le habilita como titular a los efectos dispositivos, lo cual no quiere decir que el titular registral tenga la facultad de disponer —que sólo corresponde al verdadero dueño—. Desde esta perspectiva el acto dispositivo es ineficaz por faltar el *ius disponendi* y puede ser, incluso, un acto ilícito —sancionado civil y penalmente—. Si la adquisición se mantiene es a pesar de que el que transmite no tiene facultad de disponer y por virtud de la eficacia legitimadora del Registro —juntamente con otras circunstancias—. El acto traslativo realizado por el no dueño es, en cuanto tal, nulo. No produce, en principio, ningún efecto, ni entre las partes ni en cuanto a terceros. La sola inscripción ulterior «no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH). Esta nulidad —como en general la nulidad de los negocios jurídicos determina una cadena de nulidades: la de todos los negocios ulteriores que partan de la validez de un negocio que es nulo—. La posición inatacable de la que, en determinadas condiciones, goza el tercer adquirente —y sus causahabientes— es un supuesto *excepcional* de eficacia de los actos nulos, en razón no sólo de la fuerza del registro, sino también de la buena fe del adquirente». *Ibidem*.

(109) Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 359.

(110) ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 543.

Y en relación a la *extensión* del derecho inscrito (111), dispone el artículo 9-2 de la LH que toda inscripción que se haga en el Registro expresará necesariamente «la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título». Y el artículo 51 del RH dispone en su regla sexta que «para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

A veces la extensión la determina la naturaleza del derecho que se inscriba, cuya constancia en el registro obliga el artículo 9 LH, por lo que la regla 5.^a del artículo 51 RH prescribe que la naturaleza del derecho se expresará con el nombre que se dé en el título, salvo que no se le diere ninguno. También complementa la extensión del derecho la expresión de las cargas y limitaciones que afecten al dominio de la finca o al derecho inscrito.

En consecuencia, *el dominio o derecho real inmobiliario inscrito debe reputarse existente y perteneciente al titular inscrito con la extensión que resulte del Registro y afecto a las cargas, condiciones y limitaciones que lo graven* (112).

Pues bien, así entendida o modalizada esta faceta del principio de presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, podemos afirmar que desempeña la misma función que el *principio de literalidad* de los títulos-valores cualificados o de fe pública, a saber, posibilitar la tutela jurídico obligacional del tercer adquirente y fundamentar la *autonomía del derecho inscrito* en relación al título que le sirve de base y en relación a terceros adquirentes, posibilitando así su tutela jurídico real.

Es muy elocuente, a este respecto, el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

(111) Seguimos, en este punto, a ROCA SASTRE, R y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en *ibíd.*

(112) Esta es la opinión de ROCA SASTRE en *op. cit.*, pág. 544, coincidente con la generalidad de la doctrina. No es, sin embargo, la opinión de SANZ FERNÁNDEZ, para quien, dado que en nuestro sistema los derechos se crean fuera del Registro, y únicamente pueden acceder al mismo a través de documentación auténtica, el artículo 38, al subordinar la presunción «a la forma determinada por el asiento respectivo», quiere decir lo siguiente: a) Existe y es válido el título en virtud del cual tuvo lugar la inscripción o cancelación; b) el contenido del título, en cuanto a los efectos reales se refiere, es el que determina el asiento; c) no existe en el título más contenido real que el que el Registro proclama. Pero, sin embargo, frente a la opinión de SANZ, para quien la presunción más que de existencia del derecho es de existencia del título, se alza el artículo 38, que establece una presunción relativa al dominio y derechos reales inscritos. Cuestión distinta es que el vehículo formal a cuyo través acceden al registro sean documentos auténticos, a cuya existencia y contenido, sin embargo, no se extiende la presunción porque la misma operaría, incluso, en caso de error del Registrador.

«La naturaleza, condiciones y efectos de los derechos que sirven de base al procedimiento, aparecen claramente definidos en los asientos registrales que, por ministerio de la ley, deben ser considerados exactos e íntegros, mientras no se decida lo contrario».

Decisión que debe ser adoptada en sede judicial (art. 1-3 LH), pues, como dice la citada Exposición de Motivos: *«no puede darse a la inscripción, prima facie, un valor inferior al de cosa juzgada».*

En efecto, la presunción de exactitud registral, al igual que el principio de literalidad, vendría a significar que la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho inscrito se delimitan exclusivamente por el *tenor literal* del asiento registral. En su sentido absoluto significa que las relaciones entre el *verus dominus* —o el *tradens* de su *tradens* registral— y el *tercer adquirente* que inscribe su derecho se rigen por lo que expresa la inscripción misma, cualquiera que fuesen el contenido y el régimen del derecho inscrito según el negocio que lo hizo nacer.

Es una consecuencia necesaria de la protección de la apariencia que genera la inscripción que exige proteger la buena fe de quien adquiere confiando en el tenor literal del contenido del registro.

En su virtud, el tenor literal de la inscripción adquiere, frente al tercero, una presunción de veracidad de su contenido, en cuya virtud, el eventual conflicto entre el titular del derecho y el titular de la inscripción se resuelve a favor de este último, del mismo modo que, en el ámbito de los títulos-valores, el conflicto entre el titular del derecho documentado y el titular del documento se resuelve a favor de este último.

Esta característica se justifica por la necesidad de contribuir a la agilización del tráfico del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, mediante la protección del tercer adquirente, y de este modo facilitar la creación y expansión de los mercados de crédito hipotecario, finalidad básica perseguida por nuestros legisladores hipotecarios.

La presunción de exactitud así entendida —subordinada a la *«forma determinada por el asiento respectivo»*—, supone, al igual que el principio de literalidad de los títulos-valores, una importante derogación del Derecho común de obligaciones en materia de excepciones y su sustitución por un sistema que fortalece notablemente la posición del tercer adquirente.

El adquirente queda así protegido frente a hechos o circunstancias que pueden afectar al derecho inscrito y que le eran desconocidas en el momento de la adquisición. Con ello, se le confiere inmunidad frente a buen número de excepciones a las que, de otro modo, quedaría expuesto (113).

(113) En particular, como señala DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., en *op. cit.*, pág. 204, en relación a los títulos-valores, el adquirente queda protegido frente a las excepciones fundadas en relaciones personales entre el deudor y el acreedor originario o, en su caso, otros adquirentes, así como frente a excepciones que no tengan su reflejo en el título.

De hecho, al igual sucede en el ámbito de los títulos-valores, la tutela jurídico-obligacional es uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta la función registral —o mejor la protección registral o tabular—. Difícilmente se podría hablar de protección de la circulación de los derechos reales inscritos si el adquirente de buena fe no quedase a salvo de aquellas circunstancias.

Ciertamente, esta protección como toda la especificidad de la regulación registral, se conecta a la eficacia jurídico-real de la inscripción, a la que nos referiremos posteriormente, pero en lo referente a la inoponibilidad tiene raíces estrictamente obligatorias (114).

Paralelamente a lo que sucede en el ámbito de los títulos-valores (115), el Derecho Registral es un ordenamiento particular que madura históricamente para facilitar la creación y expansión del crédito hipotecario —tarea esta que el Derecho común no estaba ni está en condiciones de realizar eficientemente, debido a la gran cantidad de riesgos que pone a cargo del adquirente—. Por esta razón, se nos presenta como un Derecho construido sobre los principios de seguridad del tráfico, que tiende a tutelar el interés del acreedor hipotecario de no ver frustradas sus expectativas de realización del crédito por la concurrencia de circunstancias que le resultaron desconocidas al hipotecante en el momento de la adquisición del derecho real inmobiliario que ofreció en garantía. Sólo fortaleciendo la posición del adquirente —a costa, incluso en su caso, del *verus dominus*, y del *tradens* de su *tradens*— es posible fortalecer la posición del acreedor hipotecario y de ese modo estimular la creación y expansión del crédito hipotecario (116).

Así se explica el principio de *inoponibilidad de excepciones* que deriva de la literalidad o presunción de exactitud del derecho inscrito, por lo que, teniendo en cuenta la función que la justifica, sólo opera cuando el derecho ha circulado y la relación obligatoria se ha establecido *inter tertios*, al igual que sucede en el ámbito del Derecho cambiario. Y al igual que sucede en el Derecho cambiario, cuando el derecho no ha circulado, la disciplina de la relación registral *inter partes* coincide con la propia de la relación contractual o causal.

De manera que (117) la existencia, consistencia, modalidades y vicisitudes de la relación causal se proyectan directamente sobre la relación registral, generando los mismos efectos, por lo que puede ser modificada o extinguida

(114) EIZAGUIRRE, J. M., en *op. cit.*, pág. 44, siguiendo a PAZ-ARES, C., en relación a los títulos-valores y más específicamente a la letra de cambio.

(115) Véase PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, págs. 14 y 140 y sigs., Ed. Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

(116) Obviamente, el fortalecimiento de la posición del adquirente, en sí mismo, favorece también la circulación de los derechos de propiedad, con ello la especialización, el crecimiento y el bienestar.

(117) Seguimos a PAZ-ARES en *op. cit.*, págs. 15 y 16, trasvasando su exposición al ámbito registral.

por hechos que se manifiesten en el plano subyacente. En lo sustancial e *inter partes* coinciden, pues, las disciplinas de uno y otro plano (118).

Imaginemos que la relación subyacente —compraventa, por ejemplo— se anula por dolo del vendedor *Secundus* o que la cosa entregada es de una calidad inferior a la pactada. En tales casos es evidente que si *Secundus* reclama de *Primus* el pago del precio, éste puede negarse alegando que el contrato es nulo o puede, en el caso de que ejercite la acción *quantum minoris* por vicios ocultos, exigir una rebaja del precio.

Cuando, en cambio, el derecho inscrito ha sido transmitido y la relación registral se deduce *inter tertios*, ha de admitirse que la misma no produce, o mejor, no tiene necesariamente que producir los mismos efectos que la relación causal. Ahora es cuando la presunción de exactitud —literalidad, apariencia jurídica— de los asientos registrales producirá todos sus efectos con *independencia* de lo que sucede en el plano causal.

Imaginemos la misma situación anterior, pero con la salvedad de que sea *Tertius*, la entidad acreedora, quien reclame de *Primus* el crédito garantizado con hipoteca sobre la finca que adquirió de *Secundus*. *Primus* debe pagar inexcusablemente a *Tertius* sin que de ello le pueda relevar la nulidad del contrato de compraventa celebrado con *Secundus* o el cumplimiento defectuoso de este último.

7.2.2. Protección jurídico-real del adquirente: la fe pública registral

Cabe dar por reproducido en este apartado todo lo expuesto al tratar de la protección jurídico-real del adquirente en el ámbito de los títulos-valores.

Es una consecuencia del principio de legitimación, exactitud o literalidad registral —como se prefiera—, fundados en la necesidad de proteger la confianza que deriva de la apariencia jurídica para, de ese modo, facilitar el tráfico y así la expansión del crédito territorial. Supone la derogación del

(118) Como sabemos, en el ámbito cambiario, la protección especial del adquirente desaparece y el derecho común recobra su vigencia cuando la letra no circula —*Secundus* reclama a *Primus*— o cuando la circulación no afecta a la relación que se deduce —lo que sucede si *Tertius* reclama a *Secundus* en vía de regreso— o cuando habiendo circulado retrocede a la situación primitiva —*Secundus* que pagó en vía de regreso a *Tertius* recupera la letra y con ella se dirige a *Primus*— (vid. PAZ-ARES, C., *ibid*). Ello plantea la interesante cuestión de si sucedería lo mismo en el ámbito inmobiliario registral. Supongamos que B —titular inscrito— vende a C, que inscribe, y éste a D, que inscribe. Evidentemente D queda protegido por el Registro en relación a las eventuales reclamaciones que puedan hacerle todos los transmitentes anteriores al suyo derivadas de la relación subyacente, en virtud de la autonomía del derecho inscrito. Supongamos que a continuación D transmite a B que inscribe. ¿Podría A accionar contra B basándose en la relación subyacente entre ambos? La respuesta debe ser positiva, porque, en este caso, no habría razones de mercado —es decir, razones basadas en la necesidad de proteger el tráfico, que justificaran la alteración de las reglas del Derecho Civil—.

Derecho común mediante el reforzamiento de la posición del adquirente (a título oneroso y de buena fe), como siempre que se trata de reforzar la seguridad del tráfico.

Este principio —denominado de fe pública registral (119)— encuentra su fundamento en el principio de exactitud y viene establecido principalmente (120) por el artículo 34 de la LH, a cuyo tenor:

(119) Este principio fe recogido por la Ley Hipotecaria de 1861, precisamente en su artículo 34, a cuyo tenor:

«No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.»

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse, en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después de que empiece a regir la presente ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título».

Como señala GARCÍA GARCÍA, J. M. —*op. cit.*, T. II, pág. 239—, la protección que el precepto dispensaba al tercero era bastante limitada, pues no quedaba protegido frente a un título inscrito con anterioridad, aunque no constase en el Registro la causa de nulidad o de resolución y, por supuesto, tampoco quedaba protegido frente a las causas de nulidad o de resolución que resultasen claramente del Registro, como resulta lógico —esto último— y sucede en la legislación vigente.

Aún así, la reacción de los propietarios fue tal que, en realidad, esta norma nunca llegó a entrar en vigor, al prorrogarse sucesivamente su entrada en vigor. La primera de las prórrogas fue adoptada por el Gobierno, bajo su responsabilidad, sin necesidad de refrendo legislativo alguno —y con aplauso general, según OLIVER— mediante Real Decreto de 31 de diciembre de 1863. Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno prorrogó de nuevo y por tiempo indefinido las normas transitorias «hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente», mediante Real Decreto de 19 de diciembre de 1865.

Sin embargo, dada la necesidad de activar el crédito territorial, y dado el fracaso del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda toma la iniciativa y, a través de un Decreto de 5 de febrero de 1869 intenta, por un lado, acabar con el inacabable periodo transitorio y, por otro, reforzar la seguridad del tráfico potenciando la fe pública registral, cuya formulación se recoge en el artículo 11: «Las fincas hipotecadas a las instituciones de crédito territorial legalmente constituidas no responderán de ninguna obligación o carga no inscrita anteriormente en el Registro de la Propiedad sobre las mismas fincas mientras que dichas instituciones no estén satisfechas de su crédito». Según PARDO el régimen especial del tercero acreedor hipotecario se inicia aquí y éste es el origen de la dualidad de terceros hipotecarios que nuestro sistema admite.

Sin embargo, el Ministerio de Justicia cuando reforme unos meses después la Ley Hipotecaria no seguirá este camino, sino el del Anteproyecto de Ley de Bases del año anterior, reabriendo el periodo transitorio en el que la clandestinidad sigue imponiéndose, se reclama la ayuda de una purga renovada y se reduce la fe pública del Registrador a su mínima expresión.

PARDO NÚÑEZ, C. R., «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI*, núm. 614, pág. 150, nota 86 y pág. 155 y sigs.

(120) Como señala GARCÍA GARCÍA, J. M., hay otros preceptos concordantes, tales como los artículos 31, 40, apartados *c*) y *d*), 220, 69, 28 y 207, y 33, todos ellos de la vigente Ley Hipotecaria. *Op. cit.* T. II, pág. 228.

«El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se prueba que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

«La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar, por sí sola, el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles».

No se trata ahora de analizar cuestiones tales como quién es el tercero de este artículo (121), qué condiciones debe reunir para poder beneficiarse de la protección que el mismo ofrece (122), cuestiones todas ellas exhaustivamente

(121) Cuestión esta que no ofrece la menor duda al legislador hipotecario de 1944, cuya EM dispone:

«Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero, han sido allanadas al precisar su concepto en su artículo 34. A los efectos de la fides publica, no se entenderá por tercero el penitus extraneus, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra tercero por la de adquirente; pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo».

(122) También se refiere a ello con meridiana claridad la Exposición de Motivos:

«La inscripción solamente protege con carácter iuris et de iure a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.

La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en los que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario».

Es necesario resaltar —aunque no lo exprese el art. 34 LH, quizá por obvio— que el negocio en cuya virtud adquiere el tercero ha de ser válido. Como dice GARCÍA GARCÍA, J. M., «Ha de ser un negocio válido entre el transmitente según el Registro y el tercer adquirente, pues, como sabemos, la inscripción no convalida el acto o contrato nulo (art. 33 LH). El artículo 34 LH parte de la existencia de una nulidad o resolución, pero se refiere a las que afectan al negocio antecedente ya inscrito y no al negocio subsiguiente en el que interviene el tercero, pues éste es efectivamente tercero respecto a las causas de

analizadas por la doctrina (123). A los efectos de nuestro estudio nos interesa saber, especialmente, en qué consiste la protección jurídico-real que el mismo establece y en qué medida deroga el Derecho común.

Seguimos a Díez-PICAZO (124), la situación de protección del tercero es inatacable frente a cualquier acción ejercitada por el *verus dominus* extraño a las inscripciones registrales antecedentes. En este sentido, el artículo 34 LH permite al tercero protegido la acción reivindicatoria, la acción confesoria y cualquier otra acción real.

Además, protege al tercer adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo, nacida de un titular registral anterior que pretenda la anulación o resolución del derecho del transferente. Por ejemplo, si Ticio fue un titular registral que transmitió en un momento dado a Cayo y éste más tarde a Sempronio, cuando Sempronio reúne las condiciones de protección del artículo 34 LH —buena fe, título oneroso e inscripción—, Ticio no puede pretender frente a Sempronio la anulación o la resolución del derecho de Cayo y, consiguientemente, del negocio dispositivo a favor de Sempronio. El artículo 34 de la LH dice claramente que el mantenimiento del tercero en su adquisición se produce aunque después «*se anule o resuelva el derecho del otorgante*».

Como señala GARCÍA GARCÍA, la protección que ofrece la *fe pública registral* se sitúa en el campo de la nulidad, en la resolución de efectos reales y en la inexistencia del negocio jurídico (125).

En virtud de la presunción de exactitud, este enervamiento del ataque de un antecesor registral, a través de acciones de anulación o de resolución, se produce siempre que las causas de las mismas no consten en el propio Registro (*simetría informativa funcional*). Si constaban, el tercero no puede merecer la confianza ni resultar protegido, pues el Registro publicaba tales causas.

Ciertamente la fe pública registral encuentra su fundamento en la presunción de exactitud e integridad (arts. 1-3, 38, 32 y 97 LH, esencialmente), a la cual modaliza: *a*) por un lado convierte dicha presunción en *iuris et de iure*, *b*) pero sólo cuando se trata de un adquirente a título oneroso y de buena fe, que cumple, también, con los demás requisitos del artículo 34 LH. En relación a éste convierte las declaraciones del Registro en *incontrovertibles*, por las razones que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 y que transcribimos anteriormente.

nulidad o resolución que afectan al *negocio precedente* en el que no fue parte». GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, T. II, pág. 388. Como dice la STS de 22 de junio de 2001: «...la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no los del propio título adquisitivo del tercero». Citada por JEREZ DELGADO, C., en *op. cit.*, pág. 288.

(123) Por todos, véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, pág. 227 y sigs. Ed. Civitas, Madrid, 1993.

(124) Seguimos a Díez-PICAZO, L., en este punto. *Op. cit.*, pág. 386 y sigs.

(125) GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, T. II, pág. 230.

A pesar de la dicción literal, hay que entender incluidas en el precepto también las causas de nulidad, según la generalidad de la doctrina (126), pues de lo contrario, el artículo 34 LH no podría cumplir su función.

En cuanto a la resolución del derecho del otorgante, también debe ser interpretada extensivamente de modo que permita incluir toda una serie de hipótesis que suponen la extinción o la ineficacia sobrevenida del negocio adquisitivo del transmitente —interpretación que, además, permite el art. 37 LH, que habla de «*acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias*»— (127).

El artículo 34 LH desempeña, pues, una eficacia similar a la del artículo 545 del Código de Comercio, artículo 19-II de la LCCh y, para quienes siguen la tesis germanista, artículo 464 del Código Civil (128), u 85 del Código de Comercio para las mercaderías (129).

(126) Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, pág. 230, y Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, T. II, pág. 387.

(127) ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., sostienen que el legislador ha seguido, hasta cierto punto, la tradición iniciada por la Ley Hipotecaria de 1861, de formulación del principio en varios preceptos. Así, aunque hay una formulación general en el artículo 34 LH, la Ley Hipotecaria hace numerosas aplicaciones concretas del precepto; así, en el artículo 32 LH y sus concordantes, los artículos 13, 15, 69, 76 y 144 de la misma y, sobre todo, el artículo 40, así como, además, los artículos 31, 220 y 37 de la misma; aparte del caso previsto en la parte final del artículo 34, párrafo 1.º de la ley, unido al artículo 37 de la misma, dada su amplitud, y con referencia exclusiva al supuesto de derechos claudicantes. Todas estas aplicaciones del principio de fe pública registral plasmado en el artículo 34, párrafo 1.º, en su inicio, prevén los varios supuestos de *inexactitud registral* objeto de tales aplicaciones, en cada uno de los cuales consta la causa originadora de la inexactitud del Registro. *Derecho Hipotecario*, T. II, págs. 172 a 174. Ed. Bosch, Barcelona, 1995. Sin duda, sería mucho más conveniente que el principio hubiese sido formulado en un solo artículo y de un modo mucho más general, al estilo de lo dispuesto por el artículo 89-1.º del BGB, a cuyo tenor: «*En beneficio de aquel que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha inexactitud se haya practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente*». O por el artículo 973 del Código Civil suizo, según el cual: «*El que adquiera la propiedad u otros derechos reales fundándose de buena fe en una inscripción del Registro Inmobiliario, es mantenido en su adquisición*». Tomados de ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en *op. cit.*, pág. 162.

(128) En este sentido, SANZ FERNÁNDEZ, A. Para quien el efecto del artículo 34 LH es paralelo al que para los bienes muebles tiene la posesión según el artículo 464 del Código Civil, *op. cit.*, pág. 239.

(129) Y cuyos precedentes remotos pueden encontrarse en determinadas normas de la *Lex Mercatoria* —un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos al servicio de las relaciones comerciales que se fragua en Europa desde fines del siglo XI hasta principios del siglo XIII—, tales como:

a) El reconocimiento de derechos en el comprador de buena fe, de muebles, de derechos superiores a los del verdadero propietario. En los Derechos alemán y francés, el derecho del comprador —de buena fe— de bienes contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Muebles n'ont pas de suite*. Sin embargo, en el Derecho inglés, la doctrina queda limitada a las transacciones en el *open market*.

Como hemos expuesto al tratar de la eficacia jurídico-real que confiere al cesionario el régimen de los títulos-valores, un sector doctrinal la explica basándose en el hecho de que la literalidad confiere autonomía al Derecho incorporado.

Decíamos que literalidad significa que la posición jurídica del segundo y terceros adquirentes viene delimitada por el *tenor literal* del título y no por las relaciones personales que ligaban al tercer poseedor con el deudor, lo que fundamenta la *autonomía del derecho incorporado*, en cuya virtud cada poseedor adquiere *ex novo*, como si lo fuera originariamente —y no a título derivativo—, el derecho incorporado al título, sin subrogarse en la posición personal de su transmitente (130). Esta característica también sirve para fundamentar, obviamente, la tutela jurídico-obligacional del adquirente.

En este mismo sentido, como afirma GARCÍA GARCÍA (131), se ha discutido en nuestra doctrina si la adquisición por el tercero protegido por el artículo 34 LH es originaria o derivativa. Ciertamente sector doctrinal piensa que es originaria porque no deriva de ninguna otra anterior: se apoya en la Ley y en el Registro, pero no en el derecho del transferente, respecto de quien, en definitiva, se rompe el principio del Derecho común: *nemo dat quod non habet*.

Ciertamente, la posición mayoritaria de nuestra doctrina sostiene que el artículo 34 de la LH consagra una adquisición *a non domino* en el supuesto de que el titular registral no sea el *verus dominus* (132) y el adquirente reúna todos los requisitos que para su protección exige el artículo 34 LH y, en este sentido, sí puede considerarse que el artículo 34 LH consagra un modo de adquisición de la propiedad, que *funciona como si* el tercero adquiriese el derecho de *un titular originario*, ya que nada de lo sucedido anteriormente

b) El desarrollo de títulos comerciales como letras de cambio y pagarés, y su transformación en los llamados contratos abstractos, en los que el documento representativo no sólo es prueba de un contrato subyacente, sino que a su vez encarnaba o era el contrato y se le podía demandar independientemente.

Véase BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, pág. 355 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

(130) Por lo que se refiere a esta propiedad normativa y al alcance de los términos «literalidad» y «autonomía», perfectamente distinguidos por la doctrina italiana, puede consultarse la amplia bibliografía citada por DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., en *op. cit.*, pág. 145, con una especial reflexión sobre [1] la distinción entre la *literalidad completa* —o *perfecta o directa*— y *literalidad incompleta* —o *imperfecta o indirecta o por remisión*— para diferenciar aquellos títulos cuya literalidad es suficiente para delimitar el alcance del derecho incorporado de aquellos otros en los que no se da tal circunstancia y sobre [2] como una parte de nuestra doctrina ha hecho especial hincapié en explicar esta propiedad normativa a partir de las categorías de la teoría de la apariencia jurídica y de la abstracción.

(131) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, pág. 367 y sigs. El autor hace una detallada exposición de las diferentes posiciones doctrinales al respecto a la que me remito.

(132) Véase la exhaustiva exposición de ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en *op. cit.*, T. II, pág. 458 y sigs.

le pueda afectar, lo que es una consecuencia de la autonomía del derecho inscrito, consecuencia, por un lado, del principio de literalidad o presunción de exactitud del Registro, que independiza *inter tertios* al derecho inscrito de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente de la que deriven y, por otro, de la necesidad de proteger la confianza fundada en la apariencia generada por el Registro.

Como sostiene PEÑA (133), si la adquisición se mantiene es a pesar de que el que transmite no tiene facultad de disponer y por virtud de *la eficacia legitimadora del Registro* (juntamente con otras circunstancias). En este sentido, puede afirmarse que, en relación a un tercer adquirente protegido por el artículo 34 LH, el titular inscrito del que adquiere *equivale a* un titular originario, por lo que el derecho que adquiere de él queda independizado de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal o relaciones causales subyacentes de las que él no ha sido parte. Sobre ello volveremos posteriormente.

Esta idea se deduce claramente de la sentencia del Tribunal Constitucional 87/1997, de 24 de abril (134) —Fundamento quinto—, la cual dice lo siguiente:

«En efecto, en un sistema de registro de inscripción, y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera

(133) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 590. Próxima a esta opinión está la de NÚÑEZ LAGOS que considera que el artículo 34 LH consagra la inscripción como un verdadero modo de adquirir la propiedad. Ver NÚÑEZ LAGOS, «Realidad y Registro», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, I, pág. 424 y sigs., y *Problemas fundamentales del Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1973, pág. 44. Citado por ROCA SASTRE en *op. cit.*, T. II, pág. 458. No coincidimos con la opinión de Díez-PICAZO y LACRUZ Y SANCHO en el sentido de que el derecho adquirido por el tercero deriva del titular material, real o extrarregistral, a través del medio instrumental del titular registral o aparente, por lo que, mediante el efecto convalidante del artículo 34 LH, el derecho se consolida en el tercero con la extensión y con los límites con los que aparezca publicado en el Registro. Díez PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 386; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., en *op. cit.*, pág. 258. Nos parece plenamente acertada la crítica que dirige a esta posición ROCA SASTRE, según el cual: «Esta tesis de LACRUZ es inadmisibles, al menos en nuestro sistema inmobiliario registral, pues en éste el caso de doble venta constituye uno de los varios supuestos posibles de inexactitud registral de la que la fe pública del Registro preserva al tercero hipotecario... (...) ...quiere aportar una teoría más a las múltiples entre las que se debaten la doctrina científica y la jurisprudencial italiana sobre el artículo 2.644 del Código Civil de Italia y es, por tanto, una aportación completamente estéril para nuestro régimen, al fundarse en la idea de que el tercero, en principio, no verifica ninguna adquisición *a non dominio* sino *a domino*, que es el aspecto más vulnerable de este esfuerzo de LACRUZ, con pleno olvido del verdadero alcance de nuestro artículo 34, párrafo primero de la Ley Hipotecaria». ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, T. II, pág. 463.

(134) Esta sentencia del Alto Tribunal fue dictada en el conflicto positivo de competencia 1080/1990 promovida por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con la expresión «en lengua castellana» contenida en el artículo 36.1 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

en España, los documentos “en virtud de los que se practican los asientos”, en expresión reiterada del Reglamento del Registro Mercantil, agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.).

...y, por fin, lo que es más relevante, aún en los (escasos) casos en que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación, no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento. En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la inscripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce efectos relativamente autónomos».

Obviamente, tales efectos adquieren mayores dimensiones en el ámbito del Registro de la Propiedad, cuyos efectos externos —efectos sobre terceros— son más enérgicos, por regla general, que los propios del Registro Mercantil.

Los efectos de los asientos registrales sólo son «*relativamente autónomos*», como dice el Alto Tribunal, porque, en efecto, sólo son autónomos *inter tertios*; sin embargo, *inter partes*, rige el contrato o negocio causal; o, si se prefiere, la inscripción sólo produce efectos entre aquellos, gobernando las relaciones entre los segundos el correspondiente acto o negocio jurídico.

Así, respecto del tercero, la inscripción independiza al derecho de las vicisitudes que afecten al negocio causal del que deriva, convirtiéndolo, en este sentido, en abstracto: lo mismo que sucede con el derecho incorporado a la letra respecto del endosatario.

En efecto, la letra *incorpora* el derecho de crédito y lo *independiza*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten al negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido, en *abstracto* —abstracción personal—. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor —adquirente cambiario de buena fe— sólo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.

El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes registrá el contrato, pero una vez inscrito el

derecho resultante del mismo, esto es, una vez *incorporado* el contenido de tal derecho —*intabulado*, si se prefiere— al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto *fe pública* impone que al adquirente —a título oneroso y de buena fe— le afecte únicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste.

Por ello, en la medida en que el ordenamiento jurídico admita excepciones al principio de *fe pública registral* (135) —esencialmente en forma de *overriding interests* o cargas ocultas—, en beneficio de personas, grupos o instituciones determinadas —en esa misma medida—, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral (136) —*intabulación*— y en esa misma medida aumentan las incertidumbres para *adquirentes*, *propietarios* y *acreedores* en el mercado inmobiliario, por lo que, también en esa misma medida disminuye la contratación y se encarece el crédito (137).

De todos modos, al estar formulado el principio de *fe pública registral* en una *ley formal*, las excepciones a dicho principio también deben ser formuladas en una norma con el mismo rango, lo que permite que el adquirente —el mercado— pueda tener conocimiento *ex ante* de las excepciones que le afectan o pueden llegar a afectarle: las sorpresas posibles quedan limitadas y pueden ser conocidas. Ahora bien, llegar a conocerlas implica mayores costes de información y la imposibilidad de quedar inmunizado frente a la incertidumbre de que las mismas se hagan efectivas y afecten al derecho adquirido. Tan sólo cabrá, una vez que la excepción ha impedido la protección del derecho mediante una regla de propiedad, recurrir a su aseguramiento en aquellos aspectos potencialmente afectados por las excepciones legalmente establecidas al juego de la *fe pública registral*.

(135) Un estudio exhaustivo de las excepciones al principio de *fe pública registral* en nuestro sistema puede encontrarse en GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, pág. 411 y sigs.

(136) Como expusimos al principio del trabajo, la incorporación es una propiedad de intensidad graduable. Evidentemente, la *fe pública registral* no opera en relación a los datos de hecho de la finca por la sencilla razón de que sería absurdo, pero sí opera el principio de presunción de exactitud del Registro como sostiene PEÑA. Ver al respecto la nota 102.

(137) En efecto, beneficiar a unos pocos puede perjudicar a muchos. Las excepciones son, por ello, en principio, una solución de suma negativa, que deben ser erradicadas, salvo en aquellos casos, si es que existen, en los que se demuestre que son soluciones de suma positiva. El legislador de 1861 hizo un loable esfuerzo por erradicar algunos de los más importantes privilegios tradicionalmente incrustados en nuestro Derecho, sin conseguirlo plenamente. Evidentemente, los intereses sectoriales no cesan en su constante intento de *capturar* al regulador, con la finalidad de obtener regulaciones que, con perjuicio del interés general, satisfagan sus expectativas de búsqueda de rentas.

9. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN INCORPORADA EN EL TÍTULO-VALOR

9.1. PLANTEAMIENTO

Como afirma EIZAGUIRRE, el emisor de un título-valor cualificado se sitúa en una posición más compleja y, sobre todo, más onerosa, que quien expide un título-valor simple o directo, ya que este último sólo resulta obligado frente a quien lo está ya contractualmente; y sólo mediante el mecanismo de la cesión puede verse obligado frente a un tercero, preservando plenamente su posición inicial.

En cambio, quien emite un título al portador o a la orden, debe contar como circunstancia natural y no excepcional, con que el documento vaya a parar a manos de un tercero distinto a la contraparte contractual inicial. Este último resultará normalmente un titular legítimo, pero no se puede excluir que, en ocasiones, llegue a ser ilegítimo, debido a la vocación circulatoria de estos títulos-valores (138).

Ello ha motivado que la doctrina —especialmente la extranjera— haya buscado expedientes teóricos que permitiesen una explicación omnicomprendensiva del fenómeno cambiario.

No nos detendremos en la exposición de las diferentes posiciones teóricas al respecto, por ser ello ajeno a la finalidad del presente trabajo (139).

Partiremos de la posición doctrinal ampliamente mayoritaria en la actualidad desarrollada entre nosotros, esencialmente, por PAZ-ARES (140).

Parte PAZ-ARES de que la válida constitución de una obligación cambiaria necesita en todo caso —tanto *inter partes* como *inter tertios*— un título íntegramente formalizado; es decir, un documento en el que se hayan conseguido todos los requisitos exigidos por el artículo 1 en relación con el artículo 2, ambos de la LCCh. Sólo cuando tales condiciones de forma se han cumplido puede nacer una obligación cambiaria.

9.2. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA *INTER PARTES*: EL CONTRATO DE ENTREGA

La perfección del vínculo cambiario *inter partes* requiere no sólo que el deudor firme el título sino que además lo entregue al acreedor o, desde una

(138) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 63.

(139) Para una completa exposición crítica de las mismas, véase PAZ-ARES, C., *Naturalaleza jurídica de la letra de cambio*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. También EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 63 y sigs., y ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles del Derecho cambiario*, pág. 10 y sigs. Ed. Comares, 2004.

(140) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 140 y sigs.

perspectiva más general, en palabras de EIZAGUIRRE, la obligación cartular surge de la *válida suscripción del documento, unida a la entrega del mismo al acreedor* (141).

Es en este segundo momento cuando se produce el acuerdo contractual a través del cual se constituye la relación obligatoria. El deudor, entregando el título, realiza una verdadera declaración de voluntad por la que manifiesta su intención definitiva de obligarse (142).

Esta construcción teórica presenta algunas ventajas, entre las que cabe destacar, en primer lugar, que posibilita una inserción congruente de la obligación cambiaria —y, en general, cartular— en la sistemática de nuestro derecho de obligaciones, gobernado por el principio contractual, según el cual la principal fuente de obligaciones nacidas de la voluntad es el contrato (143); y, en segundo lugar, es la que se adapta en mayor medida a la realidad del tráfico jurídico.

(141) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 66.

(142) Según PAZ-ARES esta declaración debe construirse como una declaración de oferta contractual. Recibiendo el título el acreedor realiza otra declaración de voluntad por medio de la cual patentiza la aceptación de la promesa del deudor. De esta manera se perfecciona el contrato de entrega. *Op. cit.*, pág. 141. Por ello, según este autor —pág. 145— la entrega en el contrato cambiario, y en lo que hace a su dimensión estrictamente obligatoria, no debe configurarse como un presupuesto o elemento autónomo del contrato, sino más bien como la forma —«forma esencial»— de exteriorizar la voluntad de obligarse del suscriptor.

Para PAZ-ARES, el contrato de entrega es de naturaleza real y tiene un contenido obligatorio —porque constituye la obligación cambiaria a cargo del deudor que entrega la letra— y dispositivo —porque transmite la propiedad de la letra y los derechos derivados de ella— (véase *op. cit.*, pág. 143 y sigs.). No está de acuerdo con esta opinión EIZAGUIRRE, para quien la naturaleza del contrato de entrega depende del tipo de derecho que se trata de constituir mediante el mismo. Así, si se trata de la emisión de obligaciones de una sociedad anónima, la entrega del papel presenta tanto carácter *obligatorio* —crea la obligación— como *dispositivo*, es decir, transmite la propiedad del documento. En tanto que la entrega de la letra de cambio tras su aceptación, sólo genera la obligación, puesto que la propiedad del papel pertenecía ya al acreedor. Por ello, sólo en el primer caso puede afirmarse sin vacilación, que el contrato de entrega tiene carácter *real* sometido para su perfección al requisito de la tradición (arts. 609 y 1.095 CC); toda vez que, si se persigue simplemente el efecto obligatorio, la entrega del papel es ajena a dichos efectos de publicidad posesoria.

EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, págs. 66 y 67.

(143) EIZAGUIRRE, J. M. —*op. cit.*, pág. 66— pone de manifiesto cómo en nuestro Derecho la preponderancia del contrato como fuente de las obligaciones nacidas de la voluntad no resulta de una manera tan nítida de la enumeración contenida en el artículo 1.089 del Código Civil como de la regla del parágrafo 305 BGB alemán. Por ello, se precisa en nuestra doctrina una contemplación sistemática del Código Civil. En el mismo sentido, PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 147 y sigs.

9.3. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA *INTER TERTIOS*

9.3.1. *En los supuestos normales: el contrato de entrega*

Como sostiene PAZ-ARES (144), la obligación del deudor en la relación cartular *inter tertios* tiene el mismo fundamento *en los supuestos normales* que la obligación del deudor en la relación *inter partes*, es decir, el contrato de entrega.

En efecto, si Primus —emisor aceptante de la letra— la entrega a Secundus —acreedor tomador—, la entrega es el fundamento de la obligación cartular de Primus frente a Secundus; si Secundus la entrega a Tertius, por la misma razón Secundus responderá frente a Tertius.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de la pretensión de Tertius frente a Primus? La respuesta, sostiene PAZ-ARES, es el contrato de entrega entre Primus y Secundus, seguido del contrato de entrega entre Secundus y Tertius.

Con esta obviedad se pretende decir que *normalmente* —es decir, siempre que sea válido el contrato en virtud del cual se obligó el deudor— el fundamento de la obligación cambiaria —y, en general cartular— es el mismo *inter tertios* que *inter partes* (145).

9.3.2. *En las hipótesis patológicas: la teoría de la apariencia jurídica*

9.3.2.1. La apariencia jurídica como fundamento de la protección de la confianza del tercero

Los problemas se plantean en las *hipótesis patológicas*, es decir, en las hipótesis en las que el contrato de entrega adolece de alguna causa de ineficacia, en cuyo caso, si bien Primus puede excepcionar frente a Secundus con base en la misma, sin embargo no puede hacerlo frente a Tertius (principio de oponibilidad limitada o de limitación de excepciones) (146), como conse-

(144) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 154.

(145) De este modo, como sostiene el propio PAZ-ARES en *ibíd.*, se separa de las viejas teorías dualistas a tenor de las cuales el fundamento de la obligación cambiaria frente a terceros es siempre distinto del de la obligación cambiaria entre partes: en el primer caso, la declaración unilateral de voluntad que se expresa en la suscripción del documento y en el segundo, el contrato, cayendo en el error de postular la existencia de dos obligaciones. En efecto, de ese modo, si bien se explica por qué Tertius es inmune a las excepciones que Primus puede oponer a Secundus —son *exceptiones ex iure tertii*—, sin embargo, no se puede explicar por qué Tertius ha de sufrirlas si las conoce —es decir, si es de mala fe—, pues las *exceptiones* siguen siendo *ex iure tertii*.

(146) Si la transmisión cambiaria de Primus a Secundus adolece de alguna causa de ineficacia, en el caso de que Secundus accione frente a Primus, éste puede oponérsela, por

cuencia de las exigencias derivadas de la seguridad del tráfico, que exigen la protección del tercero, pues de lo contrario se estaría dañando gravemente el volumen y ritmo de la circulación de los créditos. Y el Derecho cambiario surge, precisamente, para fomentar la circulación crediticia mediante la protección del adquirente, como vimos.

Es en estos supuestos cuando la *teoría de la apariencia jurídica* se muestra, en palabras de EIZAGUIRRE (147) como el complemento natural de la *teoría del contrato de entrega*, a fin de explicar en su conjunto el fundamento de la responsabilidad del suscriptor de un título-valor cualificado.

Hay acuerdo general en atribuir a BRUNNER, en su obra *Wertpapiere* el mérito de haber recurrido a la teoría de la apariencia para explicar, en el ámbito del Derecho cambiario, lo que no podía explicar la teoría contractualista: por qué se respondía en ocasiones sin que hubiera contrato.

Pues bien, como observa PAZ-ARES (148), lo que hizo BRUNNER fue aplicar a la letra de cambio y otros títulos-valores el *principio registral de fe pública del Derecho alemán*, lo que le permitió afirmar que el tercero, al adquirir la letra de buena fe, era protegido por el ordenamiento, porque confiaba en que el contenido de la obligación era el reflejado en el papel (149). Pero fue JACOBI el primero en desarrollarla (150).

En España se hablaba del principio de apariencia como un principio presente en el Derecho cambiario, de forma que si bien el fundamento de la obligación cambiaria se situaba en la ley, la apariencia era la razón final: «*el fundamento del fundamento*», en palabras de GARRIGUES (151). La apariencia se utilizaba más como recurso explicativo o expresivo que propiamente constructivo.

Corresponde a PAZ-ARES el mérito de haber utilizado el principio de la apariencia para fundamentar la obligación del deudor cambiario en las relaciones *inter tertios* en los supuestos patológicos, tal y como hemos expuesto anteriormente. Su postura puede considerarse hoy la más aceptada en nuestra doctrina (152).

Sostiene PAZ-ARES (153) que la doctrina de la apariencia se basa en el pensamiento de que el obligado cambiario suscribiendo el título crea una realidad visible sobre la que puede confiar el tercero de buena fe. Se basa, por tanto, en la conexión del *principio de publicidad* y el *principio de impu-*

muy legitimado que esté formalmente Secundus, pero si éste transmite a Tertius y éste acciona frente a Primus, éste ha de allanarse frente a tal pretensión (arts. 12 y 19.II LCCh).

(147) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 67.

(148) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 157.

(149) Tomado de ZURIMENDI ISLA, A., en *op. cit.*, pág. 81.

(150) Véase PAZ-ARES y ZURIMENDI ISLA en *ibíd.*

(151) Seguimos en este punto a ZURIMENDI ISLA, A., en *op. cit.*, pág. 81 y sigs.

(152) Véase ZURIMENDI ISLA, A., en *op. cit.*, pág. 82.

(153) Seguimos su exposición en *op. cit.*, pág. 159 y sigs.

tación: el documento suscrito genera la apariencia jurídica de que el derecho incorporado ha surgido libre de defectos y por tal apariencia ha de responder el suscriptor en la medida en que la haya causado de una manera imputable, en razón del elevado riesgo asumido frente al tráfico por la expedición de un documento particularmente avocado a la circulación (154).

Esta perspectiva permite ilustrar los principios subyacentes a gran parte de las normas arbitradas por el Derecho común para la seguridad del tráfico, en torno a las cuales se ha ido construyendo la teoría de la apariencia, lo que permite subrayar la *homogeneidad intrasistemática* entre el Derecho cambiario y el Derecho común allí donde éste consagra la responsabilidad por la creación de la apariencia.

La apariencia jurídica, en opinión de ZURIMENDI, no es más que una manifestación específica del más amplio principio de la *responsabilidad por confianza*, principio que atraviesa todo el Derecho privado y que tiene dos manifestaciones o vertientes: una negativa, en la que la violación de la confianza da lugar únicamente a una indemnización por daños y perjuicios, y otra positiva, en la que la confianza generada fundamenta una pretensión específica, siendo la apariencia jurídica una manifestación de esta vertiente positiva de la responsabilidad por confianza, en cuya virtud ciertas situaciones aparentes se tienen en ciertos casos como reales, y que opera no sólo en el ámbito de los títulos-valores sino en otras muchas materias, como en la representación (arts. 1.734 y 1.738 CC y art. 286 CdC), en el Derecho Registral (art. 21 CdC, art. 34 LH), en el Derecho de Familia (art. 79 CC), en el Derecho de Sociedades (art. 147 CdC) e, incluso, en el Derecho del Trabajo (155).

9.3.2.2. Requisitos

El supuesto de hecho de la obligación cambiaria *inter tertios* es, pues, un supuesto de hecho apariencial y, como tal, requiere la concurrencia de una serie de elementos que son los que conforman la *species facti* en Derecho común. Si falta alguno de esos elementos, no se conforma correctamente el supuesto de hecho y, por tanto, no se constituye a favor de tercero la obligación cambiaria. Tales elementos son (156):

(154) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 68.

(155) Según CANARIS, para el Derecho alemán, citado por ZURIMENDI ISLA en *op. cit.*, pág. 83.

(156) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 160 y sigs.

9.3.2.2.1. La denominada *situación objetiva de apariencia*

La apariencia ha de referirse necesariamente a una situación objetiva cuya presencia externa tiene tal fuerza en relación al tercero que el Derecho permite a éste fiarse de ella sin necesidad de una investigación exhaustiva.

Este elemento viene dado en materia cambiaria por la propia *letra de cambio* que *literaliza* el contenido de un derecho de crédito.

Pero no basta con que del documento se desprenda la existencia del derecho, sino que, además de él, también debe desprenderse que se ha adquirido del legítimo titular (157). Naturalmente, no es necesario que el título haya sido transmitido por su auténtico propietario o por quien tuviera realmente legitimidad para transmitirlo, sino que basta con que de las circunstancias del caso el *tradens* parezca que lo es o que parezca que tenga legitimidad para transmitirlo (arts. 19, 126 y 127 LCCh). El *accipiens* en estos casos adquiere el título de buena fe, y para ello se requerirá en los títulos a la orden la regularidad formal de la cadena de endosos. Esto es, el *accipiens* no debe comprobar la autenticidad de las firmas, sino solo que formalmente la cadena de endosos no ha sido interrumpida; para los títulos al portador, basta con la mera posesión.

9.3.2.2. Ha de mediar un *negocio de tráfico*

La apariencia, en tanto que *instrumento al servicio del mercado*, sólo actúa a favor del *tercero cambiario*, no de cualquier tercero. Es decir, a favor del tercero que haya adquirido la letra —o título cualificado— en virtud de un *negocio de tráfico*, entendiendo por tal el que sirve por separado el interés económico, tanto del *tradens* —lo que excluye los negocios gratuitos— como del *accipiens* —lo que excluye las transmisiones realizadas en interés exclusivo del *tradens*, como v.gr.: endoso fiduciario de cobranza—.

El requisito de la onerosidad del negocio no lo exigen expresamente los artículos 19 y 125 de la LCCc. Sin embargo, como sostiene ZURIMENDI (158), debe llegarse a esta conclusión mediante la aplicación analógica del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que regula un supuesto similar, y de la ponderación de los intereses en juego. Partiendo de que la protección de la confianza generada por la apariencia es un instrumento de mercado, la debida ponderación de los intereses en juego exige proteger al confiante para que no sufra un daño patrimonial, en perjuicio del deudor que ha generado la situación aparente.

(157) Seguimos en este punto a ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 87.

(158) ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, págs. 89-90, que cita abundante bibliografía en apoyo de esta tesis.

Sin embargo, si el confiante recibe el título-valor a título gratuito, no sufre ningún perjuicio si no se le protege, pero sí el deudor, y, conforme al principio *qui certat de damno evitando antependendus est qui certat de lucro captando*, ha de preferirse a aquél que trata de evitar un daño —el deudor— frente a quien trata de conseguir un lucro —el adquirente a título lucrativo—, consideración esta a la que hay que añadir la débil protección que el legislador dispensa a las transmisiones gratuitas.

9.3.2.3. Ha de haber *buena fe* en la adquisición

El tercero debe ignorar los vicios del contrato de entrega entre el deudor y su transmitente, pues el ordenamiento sólo protege a quien de buena fe confía en la apariencia y no a quien se vale de ella de mala fe. De esta manera se reducen los *costes de información* que dificultan el intercambio y se facilita la circulación. Pero si el tercero es de mala fe, es decir, conoce las circunstancias que pueden frustrar sus expectativas, o incurre en culpa grave, es decir, podía haberlas conocido fácilmente, incurriendo en un mínimo coste (159), entonces, conforme a lo expuesto, no está justificado sacrificar el interés del deudor.

La buena fe del adquirente debe existir en el momento de la adquisición del título —arts. 12, 19 II, 119 y 127 LCCh—, siendo irrelevante a estos efectos el conocimiento posterior de la realidad —*mala fides superveniens non nocet* (160)—. De lo contrario, se perjudicaría la circulación del título, pues nadie se arriesgaría a adquirirlo por temor a conocer posteriormente sus vicios.

9.3.2.2.4. La situación objetiva de apariencia ha de ser *imputable al deudor*

Obviamente, el deudor sólo responde si la creación de la apariencia en la que confió el tercero le es imputable conforme a un criterio objetivo, que, en materia cambiaria, es la firma o suscripción del documento, entendida la firma no tanto como una declaración de voluntad negocial, cuanto como un acto jurídico en sentido estricto y, por tanto, un acto imputable.

Es este un aspecto en el que insiste muy especialmente PAZ-ARES: según este autor, a quien estamos siguiendo en esta materia, no se puede confundir

(159) Los artículos 12, 119 LCCh y 545 CdC demuestran que el nivel de diligencia exigibles es realmente mínimo.

(160) De lo contrario, se perjudicaría la circulabilidad del título, porque nadie se arriesgaría a adquirirlo por temor a conocer posteriormente sus vicios. En todo caso, el conocimiento posterior facultará al acreedor a optar, en función de sus intereses, entre invocar la situación real o la aparente. ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 91.

el requisito de la imputabilidad propio de la doctrina de la apariencia —que sólo exige el impulso volitivo o *Willenimpuls*—, con el requisito de la voluntad propio de la doctrina del negocio jurídico —que exige también el contenido volitivo o *Willensinhalt*—. Son magnitudes diversas gobernadas por principios distintos. En el primer caso, opera el principio de protección de la seguridad del tráfico, y en el segundo el principio de protección de la seguridad jurídica —autonomía de la voluntad—, por lo que no cabe la aplicación analógica de la disciplina negocial a situaciones aparienciales. En efecto, lo específico de la protección del tráfico que realiza el Derecho cambiario es que, por medio de la apariencia, se conectan efectos semejantes a los negociales a un comportamiento no negocial (161).

Cuando concurren estos cuatro requisitos conjuntamente surge el supuesto de hecho apariencial y con él se constituye la obligación cambiaria frente a terceros a cargo del suscriptor.

Considerando que la protección de la apariencia opera a favor y no en contra del tercero, si éste descubre, una vez adquirido el título, que la situación real le es más favorable, puede invocar ésta, pues no está obligado a autolimitarse a la situación aparente, ya que sería contradictorio que un principio concebido para la protección del tercero de buena fe, acabe perjudicándole, al restringir sus derechos respecto de los que tendría en la situación real (162).

(161) Como observa ZURIMENDI ISLA —*op. cit.*, págs. 92-93— ello no obsta a que a veces sean de aplicación analógica las reglas del negocio jurídico, como por ejemplo los preceptos sobre la capacidad, y en algunos casos, incluso algunos referidos a los vicios de la voluntad... (...) ...Por eso, en los casos de falta de consciencia, como cuando se cree que se está firmando un autógrafo y no un título, no hay imputación y el vicio de la voluntad es oponible *erga omnes*... (...) ...Tampoco en los casos de violencia o intimidación absoluta puede considerarse al suscriptor auténtico autor de la firma, porque no ha actuado libremente, sino obligado por las circunstancias, por lo que estamos también aquí ante un excepcional supuesto de oposición *erga omnes* de un vicio de la voluntad. Otros supuestos en los que falta el nexo de autoría son los de falsedad —arts. 8 y 116 LCCh— y falta de representación —ex arts. 8, 10, 116 y 117 LCCh—.

(162) Ver ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 95. Destaca este autor que más discutida es la cuestión del plazo de ejercicio del derecho, para lo que deben tenerse en cuenta las exigencias derivadas del principio de buena fe. Cuestión distinta —y de gran interés— es la planteada por PAZ-ARES en *op. cit.*, pág. 65: «¿Puede afirmarse que la apariencia también opera resucitando un derecho que habiendo sido normalmente constituido se ha extinguido por cualquiera de las causas del artículo 1.156 del Código Civil? La respuesta ha de ser, asimismo, afirmativa. Sólo que en este caso la imputación de la apariencia al deudor no proviene tanto de haber firmado la letra cuanto de no haberla rescatado —a lo que tiene derecho cualquier deudor cuyo crédito se extinga: véase art. 45.I LC—. Opinión esta con la que coincidimos plenamente: es la falta de diligencia del deudor la que fundamenta esta consecuencia.

10. LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO REGISTRAL: LA ABSTRACCIÓN REGISTRAL

En el ámbito registral, las cosas se desarrollan de un modo sustancialmente idéntico, tal y como hemos explicado anteriormente.

En efecto, si Primus vende a Secundus un inmueble, las relaciones entre ambos se rigen por el contrato —que en nuestro sistema es siempre causal (163)— celebrado entre ambos. Si Secundus vende a Tertius, las relaciones entre ellos se rigen por el contrato celebrado entre ambos; pero, en ausencia de Registro, Tertius queda expuesto a buen número de acciones personales y a todas las reales que Primus pueda dirigir contra Secundus. Ahora bien, en presencia de Registro, si la circulación del derecho ha sido registral (es decir, Primus es un titular inscrito del que adquiere Secundus, que inscribe su derecho, y vende a Tertius, que también inscribe), articulada mediante negocios de tráfico, y Tertius ha actuado de buena fe, entonces, si bien las relaciones *inter partes* se siguen rigiendo por los correspondientes contratos, sin que en ese ámbito la inscripción produzca la menor alteración —y ese es el sentido del art. 33 LH— sin embargo, las relaciones *inter tertios* se rigen exclusivamente por lo que resulte del *tenor literal* del Registro (164), como hemos expuesto, de donde resulta que la inscripción, en tales condiciones, del derecho a favor de Tertius, independiza tal derecho de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente entre Primus y Secundus, y, en este sentido, la *inscripción produce una abstracción del derecho en las relaciones inter tertios*, en el sentido de que, en ese ámbito, no son oponibles las excepciones causales *inter partes*.

Lo mismo sucede en el ámbito del Derecho cambiario: la relación cambiaria es causal *inter partes* —por lo que son oponibles las excepciones causales que consagran los arts. 20 y 67 de la LCCh— y goza de abstracción personal *inter tertios* (165) porque en ese ámbito no son oponibles tales excepciones (166).

(163) Como observa DE CASTRO, en nuestro sistema, la exigencia de la causa es un requisito para que haya contrato —arts. 1.261, 1.262 y 1.275 CC—, lo que constituye un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 del Código Civil. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, pág. 297. Ed. Civitas, 1985, Madrid.

(164) Naturalmente con las excepciones al efecto de fe pública registral formuladas por normas de rango legal. Pero, cumplidas las condiciones del artículo 34, la posición del adquirente no es atacable con fundamento en actos o negocios jurídicos previos a su adquisición. En este sentido, puede afirmarse que la literalidad de la inscripción es completa.

(165) Vid. PAZ-ARES, C., *op. cit.*

(166) En su acepción más habitual entre nosotros, la expresión «abstracción cambiaria» se debe a que, antes de la entrada en vigor de la LCCh, el artículo 480 del Código de Comercio prohibía que el aceptante invocara la falta de provisión de fondos, aunque

En ambos casos (167), si los vicios y vicisitudes de la relación causal no reflejados en el título-valor cualificado o en la inscripción, carecen de eficacia frente a tercero, no es porque el ordenamiento considere irrelevante la causa dentro de la estructura del negocio —*abstracción material*—, sino porque en tales hipótesis la causa constituye para el tercero una circunstancia *externa* al negocio fundamental en virtud del cual ha adquirido su derecho —*abstracción personal*—. Por ello, la *abstracción personal* puede concebirse como una adaptación del principio causalista a la estructura de una operación compleja, en la que por lo menos se concatenan dos operaciones simples u operaciones *inter partes* que son necesariamente causales.

ZURIMENDI prefiere que no se utilice el término «abstracción», aunque se matice con los calificativos de «personal», «funcional» o «procesal» para explicar la inoponibilidad *inter tertios* de excepciones derivadas de las relaciones causales subyacentes previas, porque puede inducir a error, ya que en nuestro sistema, a diferencia del alemán, no se admite el negocio abstracto —para cuyo supuesto PAZ-ARES reserva la expresión «abstracción material»—, ni la doctrina alemana recurre a la abstracción para explicar el fenómeno.

En su lugar, propone concebir la obligación cambiaria como causal y explicar que las excepciones derivadas de la relación o contrato subyacente no serán oponibles a terceros de buena fe que adquieren sólo la obligación cambiaria y no la causal, y que, al ser ajenos a ella, no le son oponibles, en virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 CC) (168).

Parece una argumentación convincente y plenamente aplicable al ámbito registral. La inoponibilidad de excepciones *inter tertios* puede explicarse en este ámbito porque el tercero no adquiere el derecho tal y como ha sido perfilado por el contrato en virtud del cual adquirió su *tradens*, sino tal y como quedó configurado en la inscripción resultante de aquel negocio adquisitivo. En el ámbito registral se adquiere el derecho según el Registro (arts. 32 y 34 LH), por lo que todo lo que, constando en el negocio jurídico subyacente previo, no haya accedido al Registro, respecto de tercero de buena fe es *res inter alios acta*.

No parece, sin embargo, que haya ningún inconveniente para que se pueda denominar a este fenómeno «*abstracción registral*». Es precisamente

tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaban restrictivamente el precepto, permitiendo que *inter partes* se opusiera tal excepción y no frente a terceros. Se decía por eso que la obligación cambiaria era causal *inter partes* y abstracta frente a *terceros*. Con el término «abstracción» se hacía por tanto referencia a la imposibilidad de que en principio se pudieran alegar contra terceros las excepciones derivadas de la relación casual. ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 324.

(167) Hacemos extensiva la posición de PAZ-ARES en el ámbito cambiario al ámbito registral. PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 214 y sigs.

(168) ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 322 y sigs. En realidad su discrepancia con PAZ-ARES, C., es más terminológica que de fondo.

esta *abstracción registral* la que posibilita la *simetría informativa funcional* entre quien transmite y quien adquiere mediante un acto de tráfico.

Ello nos obliga a plantearnos las siguientes cuestiones, a saber: así como en sede cambiaria hemos abordado la cuestión de cuál es el fundamento de la obligación asumida por el deudor cambiario, tanto *inter partes* como *inter tertios*, en el ámbito registral lo pertinente es plantearse, por un lado, cuál es el fundamento de que el *verus dominus* pueda verse privado de su derecho si no inscribe su adquisición y, por otro, cuál es el fundamento de la protección de quien adquiere de buena fe de un titular registral que no es *verus dominus*.

10.1. FUNDAMENTO DE QUE EL *VERUS DOMINUS* PUEDA VERSE PRIVADO DE SU DERECHO SI NO INSCRIBE SU ADQUISICIÓN

10.1.1. *Fundamento*

Conforme a lo que llevamos expuesto, resulta claro que el ordenamiento registral protege la seguridad del tráfico, mediante la protección del tercero que adquiere de buena fe de un titular inscrito, mediante un *acto de tráfico* (art. 34 LH), lo que supone una modulación de las consecuencias de lo dispuesto por el artículo 38 LH (169). En un doble sentido: 1. Por un lado, las limita a los adquirentes a título oneroso y de buena fe, porque el Registro es un instrumento para el mercado (que presupone la buena fe y desconoce los actos a título gratuito) (170). 2. Por otro, la presunción *iuris tantum* de

(169) Obviamente, también el artículo 32 protege al tercero, al consagrar la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros. En la medida en que, en nuestra opinión, el fundamento de la consecuencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es el principio de exactitud, creemos que el artículo 32 LH —como el art. 97 LH— define uno de los contornos de dicha protección.

(170) Esta idea aparece claramente recogida en la EM de la LH 1944: «Objeto de particular estudio ha sido el principio de la fe pública registral, elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles.

Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que, en orden a la aplicación del predicho principio, rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege, con carácter *iuris et de iure*, a los que contraten a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de los que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente. *La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario*».

exactitud ex artículo 38 LH a favor del titular registral deviene en una pre-sunción *iuris et de iure* a favor del tercer adquirente ex artículo 34 LH (171).

Ello supone situar los riesgos sobre el *verus dominus* que no ha inscrito su derecho o, si se prefiere, sobre el tercer adquirente —y presumible *verus dominus*— que, reuniendo las circunstancias del artículo 34 LH, no inscribe su adquisición, lo que le puede suponer la pérdida del derecho adquirido.

En el ámbito registral, el *verus dominus* que adquiere de titular inscrito pero no inscribe, es responsable de la situación objetiva de apariencia de titularidad que proclama el Registro a favor de su transmitente, y que fundamenta la confianza, que merece ser protegida, de quienes, de buena fe y a título oneroso, están interesados en adquirir el derecho, porque, conforme a la situación objetiva de apariencia —que el *verus dominus* ha preferido no alterar— creen estar adquiriendo del *verdadero dueño*.

10.1.2. *El supuesto sacrificio del principio del consentimiento*

Dicho de otro modo, la disminución de costes de información que se consigue gracias a la arquitectura jurídica diseñada para conseguir la seguridad del tráfico —y con ello una mayor circulabilidad y, por tanto, un mayor volumen de circulación de los derechos— puede implicar la imposición de una transacción forzosa a su titular, que, precisamente por serlo, es ineficiente (172).

Así, se afirma, en el *modelo* (173) perfectamente competitivo, sólo el intercambio voluntario asegura un resultado eficiente, por lo que la libertad contractual se erige en presupuesto básico de la eficiencia económica.

Siendo ello así, se afirma (174), la reducción de costes transaccionales no debería articularse como una finalidad en sí misma, sino como un medio para

(171) En este sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 371. Ed. Tecnos, Madrid, 1978.

(172) En este sentido, PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 1987, págs. 21-23, afirma que «la reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita a través de la imposición forzosa de la transacción a su titular. Por lo tanto, no basta reducir los costes para justificar esas reglas, sino que es necesario reducirlos precisamente respecto de aquéllas y sólo de aquellas transacciones típicamente eficientes», es decir, las voluntarias.

(173) En el *modelo* neoclásico de mercado perfectamente competitivo, se parte de la hipótesis de plena información y, en consecuencia, de ausencia completa de costes transaccionales, y, por tanto, también de información y/o de vigilancia. Pero, como sabemos, conforme al teorema de Coase, en el *modelo* la eficiencia económica es independiente de la estructura de los derechos de propiedad. Resulta irrelevante, por tanto, cualquier tipo de arreglo institucional dirigido a la reducción de unos costes inexistentes, por definición. Ver MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, T. III, pág. 4050.

(174) PARDO NÚÑEZ, C. R., «Seguridad del tráfico y circulación de capital», en *RCDI*, 623, 1994, págs. 1522-1561.

facilitar que los bienes sean asignados a quien los use de manera más eficiente, algo que no garantiza la seguridad del tráfico, que puede decretar transacciones inconsistentes y, por tanto, ineficientes, en supuestos excepcionales.

En realidad, estas posiciones tienen su origen en EHRENBURG, según el cual:

«La seguridad jurídica —en el sentido estricto de la expresión— consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ésta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona» (175).

Como observa PAU —en su estudio introductorio a la traducción que realiza de la obra de EHRENBURG—, en la mayor parte de los casos, las referencias posteriores no han pasado de la cita del título y del empleo de las dos expresiones que aparecen en él, con la excepción del trabajo de PAZ-ARES al que posteriormente nos referiremos (176).

El propio EHRENBURG precisa:

«Sólo en el momento de tensión en el cual una de las partes ve el peligro de perder contra su voluntad un derecho y la otra parte percibe a su vez el peligro de no poder adquirir un derecho o no poder desligarse de una obligación, sólo en ese instante es cuando entran en conflicto la seguridad jurídica y la seguridad del derecho» (177).

En otro pasaje de la misma obra afirma:

«Si el ordenamiento jurídico permite que la inscripción sea invocada, no sólo por el inscrito sino también por un tercero, en-

(175) EHRENBURG, V., *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, pág. 36. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2003. Se trata de una excelente traducción de A. PAU PEDRÓN, precedida de una no menos excelente introducción del mismo autor. En ella pone de manifiesto que los primeros ecos de las ideas de EHRENBURG en España aparecen en artículos de VALLET DE GOYTISOLO —a partir de la «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión», en *RDP*, junio de 1953— que las recoge indirectamente a través de la doctrina italiana, especialmente de CARNELUTTI y su *Teoría general del tráfico*, publicado en Padua en 1933. También LACRUZ introduce las ideas de EHRENBURG en España, en la segunda edición de sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* de 1957, si bien en este caso, como resalta PAU, LACRUZ sí trae las ideas de EHRENBURG del propio original.

(176) PAU PEDRÓN, A., En la *Introducción* de la traducción a la que nos referimos en la nota anterior (págs. 10-11).

(177) EHRENBURG, V., *op. cit.*, pág. 35.

tonces, una misma institución jurídica, que... protege de manera principal la seguridad jurídica, está favoreciendo la seguridad del tráfico jurídico a costa de la seguridad jurídica» (178).

A esta idea central de EHRENBURG, la ha denominado PAZ-ARES, *hipótesis de la repelencia*, con cuya expresión quiere significar que la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico constituyen la expresión doctrinal de valores normativos que se repelen mutuamente y que, por consiguiente, conviven dentro del Derecho Privado en conflicto y tensión permanentes (179).

Corresponde a PAZ-ARES el mérito de haber detectado que EHRENBURG, junto a esta idea central, desliza otra hipótesis en forma de sugerencia, a la que PAZ-ARES denomina *hipótesis de atracción*. Según esta segunda hipótesis, la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico deben ser contempladas, más que como categorías antagónicas, como piezas distintas de un idéntico mecanismo; como el anverso y el reverso de un mismo fenómeno, que no es otro que el de la facilitación al titular originario —y no al tercer adquirente— del aprovechamiento del valor económico de su derecho subjetivo (180).

Desde esta perspectiva argumenta PAZ-ARES del siguiente modo: la seguridad del tráfico no sería más que una modalidad de actuación de la seguridad jurídica subjetiva y, por consiguiente, con su misma finalidad: garantizar al titular el disfrute —la extracción del valor de uso y del valor de cambio— de su derecho, por cuya razón no se entiende por qué, en el límite, se va a preferir al adquirente frente al titular, cuando éste no ha transmitido voluntariamente, sabiendo como sabemos que las distribuciones de recursos óptimas desde el punto de vista de la eficiencia son precisamente aquéllas cuya alteración no es posible voluntariamente —*óptimo de Pareto*—.

En la medida en que las normas de seguridad del tráfico reducen costes transaccionales y facilitan las transacciones voluntarias estarían justificadas. Ahora bien, a cambio de este ahorro, aumentan los costes en los que deben incurrir los titulares originarios para reducir el riesgo —abierto por la seguridad del tráfico— de que sus bienes sean objeto de transferencias o perturbaciones no consentidas, pues la reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita cabalmente a través de la imposición forzosa de la transacción a su titular.

(178) EHRENBURG, V., *op. cit.*, pág. 39.

(179) PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, pág. 8.

(180) PAZ-ARES, C., *Seguridad jurídica...*, pág. 8. Destaca el autor que lo más significativo de este segundo planteamiento es que el interés del adquirente desaparece de escena: la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, dos vasallos distintos, sirven ahora a un mismo señor, el titular del derecho.

10.1.2. *El derecho de la seguridad del tráfico: un juego de suma positiva*

Es aquí donde discrepamos de la opinión del ilustre profesor, al menos en el ámbito inmobiliario y en relación a la arquitectura jurídica de los registros de derechos o de tráfico. Éstos, en la medida en que consiguen aumentar la seguridad del tráfico, aumentan también la seguridad jurídica —y, por consiguiente, disminuyen los costes de vigilancia o conservación del derecho para el titular originario— y viceversa. No aumenta una a costa de la otra, no se consigue la seguridad del tráfico a costa de privar al *verus dominus* de su derecho *sin su consentimiento*; por el contrario, tal privación únicamente puede producirse porque el *verus dominus* no asuma la carga que le impone el sistema registral para conservar su derecho —la inscripción de su adquisición— en todo caso de coste muy inferior a las medidas de conservación que debería adoptar en ausencia de sistema registral de derechos y, por tanto, en un sistema jurídico, gobernado por los principios *nemo dat quod non habet* y *ubi rem meam invenio ibi vindico*, entre otros.

En efecto, si por transacción incontestada o forzosa entendemos la impuesta por el sistema legal al propietario contra su voluntad, sin que pueda impedirlo, hay que afirmar que el sistema no *impone* tales transacciones, ya que el propietario puede evitarlas asumiendo los costes de vigilancia o conservación del derecho —básicamente, los costes necesarios para poder inscribir— requeridos por el sistema, que ofrece sustituir *autovigilancia* por *heteroprotección*. A cambio de asumir los costes de *heteroprotección*, el propietario se ahorra los de *autovigilancia*, e invertirá en tales costes racionalmente, es decir, hasta el límite de la utilidad marginal, como en todos los demás casos.

Por otro lado, en todas las economías reales, los derechos de propiedad requieren unos costes de conservación, protección o vigilancia. Se trata, por tanto, de saber si la introducción de sistemas registrales —que, como sabemos, disminuyen extraordinariamente los costes de información— incrementa o disminuye los costes de vigilancia. Si los disminuye, habrá que admitir, además, que, en presencia de tales sistemas, el número de transacciones incontestadas será menor que en ausencia de los mismos.

Dado, además, que no todos los sistemas registrales disminuyen en igual medida los costes de información, conviene saber si aquellos que los disminuyen en mayor medida son también los que ahorran más costes de vigilancia.

Pues bien, tanto la experiencia histórica como el análisis interinstitucional, como la propia doctrina económica (181), nos llevan a la conclusión de

(181) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, pág. 4050 y sigs. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

que los costes de información disminuyen en presencia de sistemas registrales de seguridad del tráfico y que, además, también disminuyen los de vigilancia. Es más, los sistemas registrales de seguridad del tráfico son los que más costes alternativos ahorran, ya que, por sí solos, son los que más seguridad *ex contractu* proporcionan al adquirente, al no ser oponibles a éste las excepciones personales derivadas de contratos precedentes, ni las cargas de origen negocial que no consten en la inscripción, por lo que no es necesario ningún seguro para cubrirse frente a ellas —mecanismo que, por otro lado, no impediría el siniestro, sino que, simplemente, lo indemnizaría—.

Precisamente por ello, la arquitectura jurídica de la seguridad del tráfico *facilita la contratación entre extraños* —sin duda una de las funciones principales del Estado— y, por tanto, el crecimiento y la expansión de los mercados, y, en consecuencia, los intercambios, la especialización, el crecimiento y el bienestar.

En el ámbito inmobiliario aumenta, en consecuencia, la aptitud de los bienes como soporte del crédito (182), y la mayor protección que dispensa a los derechos facilita las inversiones a largo plazo en los mismos.

Dicho de otro modo, el Derecho de la seguridad del tráfico inmobiliario —necesario en un entorno de alta transaccionalidad entre desconocidos—, es una solución tecnológica de suma positiva en la que ganan todos y no solamente unos a costa de otros, pues todos mejoran su situación en relación a la que tenían en el Derecho de la seguridad jurídica —propio de un contexto de baja transaccionalidad entre individuos conocidos o fácilmente cognoscibles—. Ganan todos porque incorpora una tecnología jurídica más elaborada: el progreso evolutivo consiste en un creciente grado de complejidad en la colaboración que reclama una tecnología jurídica progresivamente sofisticada; a su vez, la solución tecnológica, una vez operativa, permite y potencia una colaboración crecientemente compleja.

En efecto, veamos. Conforme a lo expuesto, ¿quién gana y quién pierde en la nueva situación? Como hemos visto, suele afirmarse que en el Derecho común, gobernado por el principio de la seguridad jurídica, se protege, sobre todo, al propietario, en perjuicio de adquirentes y acreedores; tal afirmación se basa en que, en él, el propietario que ha sido privado de su derecho sin su consentimiento puede reivindicarlo de quien lo posea —*ubi rem meam inveni ibi vindico*— incluso aunque sea un tercer adquirente de buena fe y a

(182) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», en *RCDI*, núm. 700, especialmente pág. 596 y sigs., en donde se aportan, además, evidencias empíricas sobre la relación existente entre sistemas registrales y mercado hipotecario, concluyendo que en los países con registros de tráfico, hay más volumen de crédito hipotecario en relación al PIB, los tipos de intereses son más bajos y los periodos de ejecución de la hipoteca menores que en los países con registros de documentos.

título oneroso. En cambio, en el Derecho presidido por la seguridad del tráfico, se afirma, se protege a adquirentes y acreedores, pero a costa de sacrificar, en el límite, los derechos del propietario, que puede verse privado de su derecho sin su consentimiento, por lo que, en el nuevo paradigma, disminuye la seguridad de su derecho de propiedad.

Pero, a poco que reflexionemos, incluso aunque concentremos nuestro análisis en un nivel estrictamente jurídico, caeremos en la cuenta de que, en el ámbito inmobiliario (183), eso es pura apariencia, una ilusión del sentido común.

En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho común —por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios *nemo dat quod non habet, res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest, ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc.— desde una perspectiva dinámica, esto es, en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido de alguien; y en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños —incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño— y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, *paradójicamente*, lo que los dueños consideran su *principal arma de defensa* —la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe— se convierte en su *principal flanco vulnerable* —pues tal norma actúa *bidireccionalmente*— sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la *irrevindicabilidad ilimitada* impide al Derecho común no sólo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garantice la irrevindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente. En esa misma vulnerabilidad se subroga el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan sólo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no sólo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

Pero si esa sociedad que hemos detenido imaginariamente se halla gobernada por el Derecho de la seguridad del tráfico, el dueño que sea privado de su derecho de propiedad sin su consentimiento ciertamente no puede reivin-

(183) En sede de cesión de créditos, con la introducción del régimen cambiario, ciertamente el deudor pierde el derecho de compensación, pero a cambio obtiene más crédito y en mejores condiciones. En todo caso, sin su consentimiento, la deuda no nace ni puede convertirse en cambiaria.

dicarlo de quien lo ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien creía dueño y, además, ha inscrito su derecho; pero este flanco aparentemente débil del *verus dominus* es, sin embargo, su principal punto fuerte, porque si él es dueño porque ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, queda inmunizado frente a las eventuales reclamaciones del hipotético *verus dominus*, mediante la inscripción, la cual también impide que pueda surgir un tercero protegido, salvo con su consentimiento.

De hecho, la inscripción es la única carga que ha de asumir para asegurarse la conservación de su derecho y representa el único coste de conservación del mismo.

Las inscripciones registrales informan así a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad dispositiva y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así eliminar, idealmente, las asimetrías informativas de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz (184).

Es, además, el que corresponde con una economía de mercado, es decir, con una sociedad en la que los principios que gobiernan el mercado se han erigido en los principios básicos de organización económica y social.

Por todo ello, puede sostenerse que —como afirma PAZ-ARES— la seguridad del tráfico no es más que una modalidad de actuación de la seguridad jurídica subjetiva y, por consiguiente, con su misma finalidad: garantizar al

(184) Es ésta una cuestión clave, dado el efecto potencialmente expropiatorio de la inscripción en caso de error registral. En efecto, el Registro de Derechos o de Tráfico crea y extingue derechos con efectos *erga omnes*. Y este efecto se produce tanto cuando funciona correcta como incorrectamente. En este último caso, el efecto lo consigue a costa de expropiar al *verus dominus* o titular registral sin su consentimiento, pues en el límite, el efecto fe pública impone la protección del adquirente frente a los mismos. Naturalmente este efecto puede preverlo la ley a condición de que no suponga una expropiación nunca o casi nunca (salvo que se deba a que el *verus dominus* no quiso inscribir su adquisición y, por tanto, aceptó los posibles riesgos derivados), pues, en caso contrario, el sistema se colapsaría, ya que los propietarios, en ese caso, en vez de sentirse protegidos por el Registro, se sentirían amenazados por el mismo. Ello exige que el procedimiento registral ofrezca garantías suficientes para que tales errores no se produzcan, comenzando porque el encargado de autorizar la inscripción se halle en posición objetiva de neutralidad en relación a los diferentes intereses confluyentes en el procedimiento registral, lo que exige su independencia y responsabilidad efectiva y con fuertes incentivos para ser estricto. Además, en una economía de mercado con un Registro de Derechos, éste suministra al mercado los derechos con los que opera, y debe hacerlo no sólo con la seguridad, sino también con la velocidad exigida por el mercado. Ambas exigencias hacen que todas las cuestiones referentes a la organización y gestión de tales registros sean capitales.

titular el disfrute —la extracción del valor de uso y del valor de cambio— de su derecho.

El Registro de la Propiedad español es, sin duda, una institución inspirada en los principios de la seguridad del tráfico. Sin embargo, en sentido estricto, no puede decirse que en el límite, provoque transacciones forzosas —y, por tanto, ineficientes—. Tales transacciones sólo son posibles si el *verus dominus* no asume el único coste de conservación de su derecho que le impone el sistema: la inscripción de su adquisición, coste muy inferior a los necesarios en ausencia de Registro de derechos. Si no lo asume, está pues asumiendo el riesgo —y en este sentido, consintiendo— que tales transacciones puedan producirse, en cuyo caso, además, el sistema no le desprotege. Simplemente, según la terminología acuñada por CALABRESI y MELAMED, deja de protegerlo con una regla de propiedad para protegerlo con otra de responsabilidad (185), o, según la terminología más usual entre nosotros, deja de protegerlo con una regla de naturaleza real, para protegerlo con otra de naturaleza indemnizatoria.

Por todo ello, tampoco puede afirmarse que el Registro de la Propiedad reduzca costes transaccionales y facilite las transacciones voluntarias a cambio de aumentar los costes en los que deben incurrir los titulares originarios para reducir el riesgo —abierto por la seguridad del tráfico— de que sus bienes sean objeto de transferencias o perturbaciones no consentidas; por el contrario, disminuye drásticamente los costes en los que es necesario incurrir para reducir tales riesgos: tan sólo la inscripción de la adquisición, lo que, a su vez, justifica la protección de los derechos inscritos mediante reglas de propiedad.

10.2. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE BUENA FE DE UN TITULAR REGISTRAL QUE NO ES *VERUS DOMINUS*

El fundamento es el mismo que el de la obligación asumida por el deudor cambiario en relación al tercer adquirente de la letra por endoso. En los supuestos normales, decíamos, el fundamento es el contrato de entrega; en los patológicos, la protección que merece la confianza fundada en la apariencia.

Pues bien, en el ámbito registral, podemos afirmar lo mismo: en los supuestos normales, el contrato, acto o negocio entre Secundus y Tertius, precedido de una cadena regular de transmisiones; en los patológicos —cuando Secundus, titular inscrito, no adquirió del verdadero dueño, porque Primus, su transmitente, había vendido previamente a Aulo Agerio, que no inscribió, y, a pesar de haberle vendido, también vendió a Secundus, que inscribió, y Tertius adquirió de Secundus a título oneroso y de buena fe— es

(185) CALABRESI, G. y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 85, 1972, págs. 1089-1120.

también la protección que merece la confianza fundada en la apariencia. Nos remitimos, pues, a todo lo expuesto sobre la teoría de la apariencia en el ámbito cambiario.

En el ámbito registral, el *verus dominus* es responsable de la situación objetiva de apariencia que ha merecido la confianza del tercer adquirente, porque, al no haber inscrito su adquisición, ha permitido que aparezca como titular quien, tras su adquisición, ya no lo es, debiendo sufrir las consecuencias de su negligencia, «*pero solo —como dice la EM de la LH 1944— cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente*».

Ahora bien, puede sostenerse que, en el ámbito registral inmobiliario, la presunción de que la situación apariencial —la mostrada por el Registro— se corresponde con la realidad, aparece reforzada en relación con la situación objetiva de apariencia generada por el deudor cambiario, pues, en la creación de la primera han intervenido normalmente un notario (o bien otro funcionario público o un juez) y un registrador (186), quedando bajo la exclusiva

(186) Como consecuencia de lo establecido por el artículo 3 LH, que consagra la regla general de la exigencia de documentación pública para que los derechos inscribibles puedan acceder al Registro; en el ámbito de la contratación privada, normalmente interviene un notario, aunque también puede tratarse de un documento judicial; excepcionalmente puede tratarse de un documento privado, con firmas legitimadas o ratificadas ante el Registrador.

Por esta razón, decía SANZ, al fundamentar el artículo 38 LH, fundamento, a su vez, del artículo 34 LH: «...Se ha tratado de fundamentar la legitimación en la credibilidad, naturalmente impuesta por el Estado a sus órganos de autenticación y registración, en la presunción de veracidad de que a *prima facie* inviste la Ley a la documentación auténtica, con la cual se simplifica la prueba de las situaciones jurídicas y se simplifica la vida del Derecho. Este punto de vista es exacto: el fundamento de la legitimación concedida a los asientos del Registro es idéntico al de la concedida a otras formas de autenticación, como la documentación notarial. La diversidad de efectos de una y otra se explican por su diferente finalidad y fundamento. De esta manera la legitimación encuentra su precedente y apoyo en la *calificación registral*: la función calificadora practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, *presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título, y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo*». SANZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, págs. 186-187.

Conviene observar que los efectos del endoso de una letra de cambio se producen sin necesidad de la intervención de ningún fedatario. Para practicar la inscripción se requiere ordinariamente, sin embargo, documento público, documento que en el ámbito contractual privado suele ser notarial. El notario, con su intervención, acredita cuatro extremos que requieren presencia física: identidad, capacidad natural, consentimiento libre, que lo manifestado es lo que consta en el documento. Al ser un experto, su intervención permite albergar la confianza de que el documento no adolezca de defectos triviales. Naturalmente debe abstenerse de autorizar el documento si, a su juicio, lo que las partes pretenden es contrario a la ley (véase art. 17 bis de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862). Además, custodia el documento otorgado por las partes, velando por su conservación e integridad y actúa como abogado de las partes ante el Registro. La calificación registral, desde una posición de neutralidad posibilitada por la independencia y la competencia

responsabilidad del adquirente adoptar las medidas necesarias para que el «derecho adquirido no sea ilusorio» (187), esto es, solicitar y obtener la inscripción, si se supera el procedimiento registral correspondiente.

11. EMISIÓN CAMBIARIA *VERSUS* PROCEDIMIENTO REGISTRAL

11.1. LA EMISIÓN CAMBIARIA

Como afirma EIZAGUIRRE (188), el *libramiento* de la letra de cambio constituye el hecho jurídico en virtud del cual un documento resulta legalmente configurado como tal letra de cambio y entregado a la persona a quien se ha de hacer el pago. Al referido acto lo denomina la LCCh *emisión*, apartándose así de la denominación tradicional de *libramiento*. Ambas expresiones deben entenderse, así pues, sinónimas.

Mediante el libramiento tiene lugar la *constitución* del derecho cambiario a favor del acreedor —tomador— y a cargo del deudor —librador— en tanto que *derechos y obligaciones sometidos a reglas jurídicas distintas a las que ambos ligaban su relación precedente* (189) (relación subyacente o fundamental).

En el mismo sentido, PAZ-ARES sostiene (190) que la perfección del vínculo —cambiario, obviamente— requiere no sólo que el deudor firme el título

territorial del registrador, vela por los intereses del titular registral y de los terceros —especialmente de los desconocidos— y, por tanto, debe asegurarse de que las partes o el autorizante no han violado en el diseño negocial normas imperativas. Esta calificación es imprescindible para poder autorizar la inscripción con todos sus efectos (véanse el art. 18 y concordantes de la LH y del RH). El Registrador, además, custodia las inscripciones y los historiales registrales y facilita la información registral necesaria para la contratación, al tiempo que vela porque se respeten los datos protegidos por la ley. Estas garantías —lógicas, tratándose de un procedimiento en cuya virtud se pretende adquirir un derecho de eficacia *erga omnes*— son fundamentos, más que suficientes para robustecer los efectos de la inscripción, facilitando así las transacciones y aumentando el valor de los inmuebles como activos económicos.

(187) Esta expresión —de una enorme importancia— aparece en la EM de la LH de 1944, a cuyo tenor: «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».

(188) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 129.

(189) Véase PAZ-ARES, C., «La desincorporación de los títulos-valor», en *RDM*, núm. 219, pág. 13, 1996.

(190) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 141. De este modo —sostiene el autor— el deudor, entregando el título, realiza una verdadera declaración de voluntad por la que manifiesta su intención definitiva de obligarse. Esta declaración debe construirse como una declaración de oferta contractual. Recibiendo el título, el acreedor realiza otra declaración de

—firma que configura como un acto preparatorio— sino que, además, lo entregue al acreedor, siendo en este segundo momento cuando se produce el acuerdo contractual, a través del cual se constituye la relación obligatoria cambiaria.

Es necesario, pues, un *acuerdo contractual* entre acreedor y deudor para que su relación subyacente se convierta en cambiaria. Por un lado, no basta con la sola voluntad del acreedor o del deudor, siendo necesarias ambas; por otro, no es necesaria ninguna voluntad más.

11.2. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

En el ámbito registral inmobiliario, sin embargo, la cuestión se nos presenta con un cariz sustancialmente diferente.

En efecto, por un lado, la pretensión de inscripción se articula como un *derecho* del adquirente (191), sin que sea necesario, para poder deducir tal pretensión, ningún acuerdo contractual con el transmitente; por otro lado, no basta la sola voluntad del solicitante para que el derecho quede, por ese solo hecho, inscrito; se requiere superar, previamente, un procedimiento, y, como tal, sometido al derecho público, cual es el *procedimiento registral*.

¿Cuál es el fundamento de tan sustanciales diferencias? Vayamos por partes. En primer lugar, examinaremos el fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral*. En segundo lugar, examinaremos la razón por la cual la inscripción se configura como un *derecho* del adquirente —no solamente de él, aunque centraremos nuestro análisis, para simplificar, en su figura—.

11.2.1. Fundamento de la necesidad de un procedimiento registral

11.2.1.1. La necesaria eficacia *erga omnes* del dominio y demás derechos reales

En cuanto al fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral* se encuentra en el hecho de que el documento cambiario incorpora un derecho personal, en tanto que la inscripción registral incorpora el dominio u otro derecho real. Y la naturaleza de ambos derechos es sustancialmente diferente.

voluntad por medio de la cual patentiza la aceptación de la promesa del deudor. De esta manera se perfecciona el contrato de entrega.

(191) No sólo del adquirente, pues el artículo 7 LH también se lo reconoce al transmitente, a quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir, así como al representante de cualquiera de ellos. A efectos expositivos, nos centraremos en la figura del adquirente. Además, el artículo 312 RH reconoce al titular de un derecho real impuesto sobre fincas no inscritas el derecho a instar la inscripción del dominio sobre las mismas, con sujeción a las reglas que el citado precepto establece.

Así, como afirma PEÑA (192), el derecho personal atribuye un señorío que, aunque se refiera a cosas —por ejemplo, el derecho de crédito que adquiere un comprador— no tiene como objeto directo la cosa sino la *conducta de una determinada persona* (el deudor), es decir, el comportamiento exigible del deudor o prestación (en el ejemplo, sería un *dare* del vendedor). El derecho real, en cambio, tiene como objeto directo *la misma cosa*, sin la mediación de persona alguna. El derecho real atribuye, por tanto: *a*) un poder o señorío *inmediato* sobre una cosa, *b*) protegido *frente a todos* (*erga omnes*) (193).

En efecto, las facultades que integran el contenido de los derechos reales se ejercen *inmediatamente* sin la mediación de la conducta ajena. La cosa, objeto del derecho real, aparece en la medida de cada derecho, integrando directamente el patrimonio del titular. En cambio, los derechos de obligación implican la existencia de dos sujetos —acreedor y deudor— porque el objeto del derecho no es *directamente* la cosa sino la conducta del deudor; la *cosa*, cuando a ella se refiere el derecho de obligación, está fuera del patrimonio del acreedor.

La *protectio* del derecho real se organiza frente a todos, y son características propias del derecho real, derivadas de que el mismo es inherente a la cosa, la *preferencia* y la *reipersecutoriedad*. En efecto, la colisión entre derechos reales se resuelve mediante el principio *prior in tempore potior est jure* —principio sustantivo en materia de derechos reales, que ni se crea ni se desenvuelve con exclusividad en la Ley Hipotecaria, v.gr.: arts. 445, 1.473, 1.927-2 CC—; en cambio, en los derechos de crédito, en *caso de colisión*, en *principio hay concurrencia* (art. 1.925 CC). La defensa en los derechos reales es *erga omnes*, es decir, frente a *cualquiera* que lo perturbe, incluso frente a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso en el régimen extra-registral, lo que no sucede con los derechos de crédito (194). Ambos, por

(192) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, págs. 14-16, a quien seguimos en este punto. En gran parte, PEÑA sigue, a su vez, a DE CASTRO.

(193) Ciertamente esta concepción —hegemónica entre los civilistas— se adecua muy bien al paradigma de la propiedad, pero no tanto a todos los *iura in re aliena*. En efecto, como observa Díez-PICAZO —*op. cit.*, Tomo I, pág. 56 y sigs.—, los llamados derechos reales de garantía no generan un deber universal de respeto distinto del que genera el derecho de crédito al que sirven de seguridad. No se comprende, por ello, como puede ser lesionado o violado por una tercera persona. En realidad, tampoco puede ser violado por un tercero el derecho del titular de una servidumbre predial, pues el tercero que impide al titular del derecho el paso a través del fundo sirviente, en realidad no viola su derecho, sino su libertad personal.

Inversamente —continúa— el deber general de respeto al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito como en general en todos los derechos subjetivos.

(194) En efecto, en el régimen del Código Civil los derechos de crédito no están protegidos frente a terceros de buena fe, especialmente si son adquirentes a título oneroso (cf. arts. 1.111, 1.291-3.º, 1.295-II y 1.297, 1.124, 1.473, 643, 506 y 1.029 CC). Además, los terceros, aunque conozcan la existencia de las obligaciones, no serán nunca afectados

último, en cuanto bienes integrantes de un patrimonio, están protegidos, *frente a todos*, por el artículo 1.902 del Código Civil.

Todo ello pone de manifiesto que, mientras el derecho personal es, en principio, un asunto que afecta a dos sujetos, los derechos reales, y especialmente su paradigma, el derecho de propiedad, son un asunto que afecta a todos, por lo que nada que afecte al derecho de propiedad puede ser considerado un exclusivo asunto entre partes. Tampoco, obviamente, los mecanismos jurídicos a través de los cuales una persona adquiere el derecho de ser reconocida como dueña por todos.

11.2.1.2. Los derechos de propiedad como consenso social acerca del aprovechamiento de los bienes. El procedimiento registral como garante del consenso

En este sentido, resulta oportuno destacar que (195) los derechos de propiedad —especialmente sobre inmuebles— no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado —mediante la ley— que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta, mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier forma en la corriente de beneficios procedentes del bien. Se trata, por tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y excluyente de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho. Y los recursos, como sabemos, son escasos por definición. Y su adjudicación, en régimen de monopolio, sólo es tolerable si tal monopolio se ha adquirido mediante el libre juego de la autonomía privada y con pleno respeto a las normas imperativas que la enmarcan. Si no es así, existe el riesgo —gravísimo— de que se quiebre el consenso acerca de cómo los recursos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que define la esencia del derecho de propiedad (196).

Por ello, el Estado, antes de comprometer el uso de su fuerza coercitiva en el caso de que el derecho adquirido sea perturbado, debe asegurarse que la adquisición del derecho no ha sido fruto de un comportamiento contrario a una norma imperativa.

por aquellas que, de tener eficacia real, quedarían infringidas las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes: ejemplo, prohibición de disponer establecida en contrato oneroso (arg. art. 27 LH).

(195) SJAASTAD, E. y BEOMLEY, E. D., «The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes». *Development Policy Review*, 18 (4): 365-89.

(196) DE SOTO, H., *El misterio del capital*, pág. 184. Ed. Península. Barcelona, 2001. La idea de la propiedad como consenso es esencial en el pensamiento de DE SOTO.

Y eso es precisamente lo que justifica *la existencia del procedimiento registral* y lo que justifican *sus exigencias de unas garantías mínimas inderogables*: la necesidad de comprobar que la configuración del derecho adquirido, así como su mecanismo de adquisición no violan norma imperativa alguna —que, precisamente por serlo, configura derechos a favor de los demás—, antes de conceder al adquirente un documento —*la inscripción registral*— del que deriva una intensa protección jurídico-obligacional y jurídico-real frente a las pretensiones de terceros y el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho adquirido frente a cualquiera que lo perturbe (arts. 1-3, 38 y 41 LH).

11.2.1.3. Los intereses concurrentes en el procedimiento registral

Todo lo expuesto hasta el momento, pone de manifiesto cuáles son *los intereses* que se ventilan en *el procedimiento registral* (197).

En primer lugar, el *interés del titular registral* —que, en las hipótesis normales coincidirá con el verdadero titular, porque el comportamiento racional impone asumir la carga de la inscripción, como mejor medio de defender el derecho adquirido—, cuya tutela corresponde al Registro, lo que exige rechazar cualquier acto o negocio de transmisión —y, en general, de naturaleza real— referente a *su derecho*, si no media su consentimiento prestado directamente, o a través de representante con facultades suficientes (198).

En segundo lugar, el *interés del adquirente* en inscribir su derecho, interés que se explica por la protección jurídico-obligacional y jurídico-real que la inscripción despliega a su favor. Este interés puede ser defendido ante el Registro por el propio adquirente, su abogado, o su notario que, a estos efectos es, además de su fedatario, su abogado ante el Registro (199).

(197) Durante los últimos tiempos ha surgido una importante producción bibliográfica sobre el procedimiento registral. Pueden verse, entre otros: BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La protección de los interesados en los procedimientos registrales*. Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2005. GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Director), *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*. Dos tomos. Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2005. Con carácter más general, MENÉNDEZ REXACH, A.; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO y CHINCHILLA PEINADO, J. A., *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*. Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2005.

(198) A no ser que medie sentencia firme que le prive del derecho, obviamente (art. 82 LH), en cuyo caso no será necesario su consentimiento, sino el del nuevo titular proclamado por la sentencia. Este es el sentido de lo dispuesto por los artículos 20 —tracto sucesivo— y 17 —prioridad— de la LH.

(199) Esta es la razón por la que esta figura, en algunos países, recibe el nombre de *solicitor*.

En tercer lugar, el *interés de los terceros*, es decir, de todos los que no han formado parte del acto o negocio del cual deriva la adquisición, en que la misma no se haya realizado violando ninguna norma imperativa, que, por ser tal, establece derechos a su favor, que deben ser respetados en el proceso de configuración y adquisición del derecho. Estos terceros pueden ser personas físicas o jurídicas concretas cuya identificación resulta del propio procedimiento o terceros genéricos. La defensa de los intereses de los terceros corresponde también al Registro, aunque con un grado diferente de intensidad. En efecto, en relación a los primeros, debe limitarse a notificarles y recabar su presencia en el procedimiento, a fin de que hagan valer sus derechos si lo consideran oportuno —este es el sentido de lo dispuesto por el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, plenamente aplicable al procedimiento registral (200)—. En relación a los segundos es, en palabras de Jerónimo GONZÁLEZ, el «fiscal que representa a los ausentes» (201).

Estos intereses no son coincidentes, sino divergentes y hasta antagónicos, especialmente, una vez celebrado el acto o negocio jurídico, los intereses del adquirente y de los terceros son inevitablemente antagónicos: el primero tiene interés en eludir las restricciones conductuales derivadas de las normas imperativas; los segundos en que no se sobrepasen los límites marcados por las mismas (202).

(200) Este precepto, de enorme trascendencia, es plenamente aplicable al procedimiento registral, un procedimiento de naturaleza administrativa, según opinión de la mayoría de la doctrina, dado lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 1 y 3 de la LRJAPPAC, precepto este que desarrolla lo dispuesto por el artículo 105.c) de la Constitución, a cuyo tenor: «La ley regulará... c) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado». Y el artículo 34 de la LRJAPPAC regula cuándo procede la audiencia de los interesados en los procedimientos administrativos, incluido, por tanto, el registral. De lo contrario, se podría alegar indefensión, prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución.

(201) GONZÁLEZ JERÓNIMO, *Principios hipotecarios*, pág. 274. Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931.

(202) Esta idea aparece perfectamente recogida en el preámbulo del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención del Registrador sustituto: «La razón de esta tensión entre la agilidad y la seguridad, que son los dos principios que han de presidir el tráfico inmobiliario y mercantil, obedece a la existencia de intereses distintos, incluso antagónicos, entre las partes que intervienen en los negocios jurídicos y los terceros que pueden verse afectados —y perjudicados— por ellos cuando a su través se crean, declaran, reconocen, modifican o extinguen derechos reales inmobiliarios que, por definición, afectan a toda la comunidad.

El primero de ellos está representado por el de quienes directamente los otorgan. Confiados en el asesoramiento de que han sido objeto, ya sea por los servicios jurídicos que han contratado, ya por el notario, al que, de común acuerdo han decidido encomendar esta función, su único interés se centra en obtener cuanto antes la protección jurídica que el Registro le confiere a través de las presunciones de legalidad, de legitimación y de fe pública registral, entre otras, que proporcionan los pronunciamientos registrales.

11.2.2. *La inscripción como derecho del adquirente. Su fundamento*

En cuanto a que la *pretensión de inscripción* se articule como un *derecho* del adquirente, sin que sea necesario ningún acuerdo contractual con el transmitente, para poder deducir tal pretensión, se impone realizar las siguientes reflexiones.

11.2.2.1. El artículo 609 del Código Civil y el principio de eficacia relativa de los contratos

En primer lugar, ciertamente, el Código Civil regula los modos de adquisición del dominio, con carácter general, en el artículo 609, a cuyo tenor:

«La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

Para simplificar, vamos a ceñirnos al mecanismo de adquisición consistente en contrato seguido de tradición y, concretamente, al supuesto del contrato de compraventa, paradigma del contrato.

Celebrado un contrato válido y eficaz de compraventa entre A y B, una vez que A entregue la cosa a B (203), éste deviene dueño, según el Código

El segundo grupo de intereses potencialmente afectados por la realización de un negocio jurídico inmobiliario o mercantil es el de los denominados terceros, pues, a través de los asientos registrales, se impone a la comunidad entera un determinado statu quo jurídico-real inmobiliario. Por ello, bajo esta expresión se engloba con carácter general a toda la comunidad. Además, no en vano, el incumplimiento por las partes de una norma, ya sea una disposición legal o reglamentaria, ya una ordenanza municipal o cualquier otra de carácter vinculante, perjudica a todos y, con carácter específico, a los terceros, que son aquellas personas, muchas veces desconocidas e indeterminadas, que como acreedoras, titulares de derechos, inscritos o no, o de expectativas sobre ellos están interesadas en la suerte de tales derechos. Si las partes consiguiesen eludir normas imperativas con éxito, obtendrían ventaja competitiva sobre el resto, lo que incrementaría los costes transaccionales y la ineficiencia del sistema económico».

(203) Como es sabido, antes de la entrega, el comprador sólo tiene un derecho personal, conforme al artículo 1.095 del Código Civil: *«El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que no le haya sido entregada»*. Ambos preceptos, 609 del Código Civil y 1.095 ponen de manifiesto que nuestro Código Civil sigue, en este punto, la denominada teoría del título y del modo.

Civil o, al menos, según la opinión dominante, discusión ésta que no introducimos en nuestro análisis por ser irrelevante a nuestros efectos (204).

Evidentemente, eso es cierto, a condición de que el vendedor sea dueño en el momento de la venta o, más exactamente, en el de la entrega, hipótesis fáctica no explicitada de la que parte el Código Civil, porque da por supuesta la condición de dueño del vendedor. Y, en efecto, si el vendedor es dueño en ese instante, el contrato de compraventa seguido de la entrega transmite el dominio al adquirente.

Por ello, como afirma Miquel GONZÁLEZ, la compraventa no es más que una parte del supuesto de hecho adquisitivo, del que forma parte la propiedad del transmitente como elemento independiente, o como presupuesto de eficacia de la tradición que es el modo de adquirir. Para que la tradición transmita la propiedad es preciso, además, que el *tradens* sea propietario o goce de una *legitimación especial para disponer* —precisamos nosotros—, lo que es un requisito para la *eficacia de la tradición*, pero no para la validez ni para la eficacia del contrato, por lo que el contrato de compraventa de cosa ajena es eficaz en cuanto contrato obligatorio y en cuanto contribuye como título de la usucapión a la adquisición del dominio (205).

En definitiva, lo que el Código Civil regula es el mecanismo —contrato seguido de tradición— que ha de seguir el dueño para transmitir su propiedad a quien desea adquirirla.

Si el vendedor no es dueño, el comprador no adquiere la propiedad, porque rige el principio *nemo dat quod non habet*. Si el comprador ha recibido la posesión de un vendedor no dueño, únicamente puede consolidar la adquisición del dominio por usucapión (206).

(204) Parece necesario, sin embargo, formular dos precisiones al respecto: 1) La tradición no se regula por el Código Civil como modo de transmitir en ningún lugar, porque la regulación que hace en el contrato de compraventa de la entrega se refiere obviamente al cumplimiento de la obligación del vendedor, regulación que puede ser la misma cualquiera que sea el sistema de transmisión, como así era en el proyecto de 1851, en el que la tradición no era modo de adquisición. 2) Parece claro que nuestro Código Civil no exige, para celebrar un contrato de compraventa, ser propietario del objeto vendido —STS 5-V-1983—, porque para contraer obligaciones en nombre propio no se precisa una especial legitimación. Véase MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en *Comentario del Código Civil*, T. I, pág. 1546 y sigs., Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

(205) MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en *op. cit.*, pág. 1548.

(206) Como observa MIQUEL GONZÁLEZ —en *op. cit.*, pág. 1547 y sigs.— toda la jurisprudencia que declara nula la compraventa de cosa ajena se basa en una confusión total entre el derecho de obligaciones y los derechos reales, confusión que viene propiciada por la doctrina que se empeña en situar en el contrato obligatorio toda la energía traslativa, jugando con las palabras del artículo 609 del Código Civil, y deduciendo de ellas, de modo erróneo, que es el contrato el que genera los efectos reales. Si esto fuera así, sería imprescindible exigir al vendedor poder de disposición para que la venta fuera válida, lo que no hace el Código Civil ni la jurisprudencia dominante ni la doctrina. El poder de disposición debe exigirse para que la tradición produzca su efecto como modo de adquirir la propiedad.

11.2.2.2. El derecho de propiedad: su necesaria eficacia *erga omnes*

En segundo lugar, conforme expusimos anteriormente, el derecho de propiedad, paradigma del derecho real, para ser tal, debe atribuir a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, esgrimible *erga omnes*. En efecto, o se es dueño *erga omnes*, o no se es dueño. No se puede ser dueño en relación a Ticio, pero no en relación a Cayo. Pero, sin embargo, el derecho contractual se halla gobernado por el principio de *eficacia relativa*, consagrado en nuestro sistema por el artículo 1.257 del Código Civil, y, en consecuencia, los contratos únicamente producen efectos *inter partes*, no en relación a terceros; respecto de éstos, el contrato es *res inter alios acta*, por lo que a ellos, *nec nocet nec prodest*.

En consecuencia, el contrato no es, *por sí solo*, un título que permita esgrimir al comprador el derecho supuestamente adquirido frente a todos, ni aunque vaya seguido de entrega; tan sólo le permite esgrimir el título de su transmitente, si es que gozaba de un título esgrimible *erga omnes*, pues el contrato es únicamente un mecanismo de *sucesión* o de subrogación del comprador (o adquirente) en la posición jurídica del vendedor (o transmitente) en relación al bien, y, *en cuanto tal* contrato, es un título únicamente esgrimible frente al propio vendedor y a sus causahabientes, pero frente a nadie más.

Nos encontramos, pues, con el hecho de que el principio de eficacia relativa del contrato veda que el mismo pueda, por sí solo, constituir un título del que resulte un derecho oponible *erga omnes*. Y sin un título esgrimible *erga omnes* difícilmente puede sostenerse que se tiene un derecho de propiedad; en el mejor de los casos, sólo se disfrutará de la posesión del bien a título de dueño, y dicha posesión puede fundamentar la adquisición de la propiedad por usucapión y, de ese modo, obtener una sentencia, esto es, un título oponible *erga omnes*.

La única alternativa, en el ámbito del Derecho común, pasa por probar que el transmitente es verdadero dueño, lo que exige probar que lo era su transmitente, y así sucesivamente hasta completar, sin interrupción, el tiempo necesario para usucapir, algo tan complejo que, con toda razón, nuestros clásicos le reservaron la denominación de *probatio diabólica*.

El caos reinante en esta materia tiene como consecuencia la desaparición del saneamiento por evicción de los repertorios de jurisprudencia, el desconocimiento de la eficacia relativa de los contratos a las partes que los celebran y sus causahabientes, la posibilidad de desvincularse, el propio vendedor, de obligaciones alegando falta de poder de disposición, la ignorancia total de que nadie puede alegar la propia torpeza, o, más simplemente, que el que está obligado por la evicción no puede provocarla, y se está abriendo el camino para que desaparezca la usucapión ordinaria por la lamentable confusión entre título y titularidad y por la falta de comprensión de que el título haya de ser verdadero y válido para que proceda la usucapión ordinaria.

En este sistema la posición del adquirente es siempre vulnerable, como hemos expuesto repetidamente a lo largo de este trabajo.

No obstante, probablemente no se requiera más en el ámbito de una economía de subsistencia, en la que no se produce para acumular y comerciar, sino para subsistir —autoconsumo—; en la que el principal componente del valor de los bienes —especialmente de los inmuebles— no es su aptitud para el intercambio —valor de cambio— sino su utilidad para el consumo o autoabastecimiento —valor de uso—; en la que, por tanto, el volumen de los intercambios —especialmente el de los inmobiliarios— es muy escaso e, incluso, estos últimos apenas gozan de aceptación social (207); en la que las comunidades humanas son pequeñas y compuestas por individuos que se *conocen entre sí*; en la que, en definitiva, todos saben quién es el dueño de cada porción de terreno del área habitada por la comunidad.

En este contexto, el problema fundamental no consiste en saber *quién* es el dueño, sino *cómo* puede transmitir el dueño su derecho a quién desea adquirirlo. Este es el problema que solventa el artículo 609 del Código Civil. Y este es el estado de cosas al que responde el Derecho Civil patrimonial común, basado en los principios de la *seguridad jurídica*, lejos de los principios de la *seguridad del tráfico*, principios del todo innecesarios en una sociedad de *tráfico escaso* y, además, entre *personas conocidas*.

11.2.2.3. Las insuficiencias del sistema del artículo 609 del Código Civil en un entorno de alta transaccionalidad entre personas desconocidas

Ahora bien, este sistema únicamente se muestra adecuado en el entorno descrito de intercambios escasos y circunscritos a círculos básicamente locales de amigos y conocidos. Pero muestra todas sus insuficiencias cuando el volumen de intercambios se incrementa y, además, los mismos tienen lugar entre personas que no se conocen entre sí, es decir, entre *extraños*.

En este nuevo entorno, lejos de predominar la confianza derivada del mutuo conocimiento, predomina la desconfianza derivada del desconocimiento, desconfianza fundada en la convicción de cada parte contractual de que la otra parte ajustará su conducta al modelo que maximiza su interés

(207) En las comunidades rurales los bienes inmuebles tenían la consideración de bienes familiares, que debían permanecer durante generaciones en el seno de la familia —integrando, sin duda, una categoría similar a la de las *res mancipi* del Derecho Romano—. En estas comunidades, el conocimiento mutuo hacía que el engaño —v.gr.: hacerse pasar por dueño sin serlo— sufriera una severa sanción social, consistente en la pérdida del *credere*. La necesidad de preservar el propio activo reputacional se erigía así en un valioso procedimiento de salvaguardia contractual. Por ello, la posición del adquirente, si bien era vulnerable desde una perspectiva jurídico-conceptual, no lo era tanto en la realidad.

y, por lo tanto, ocultará información relevante, si con ello espera obtener mayor beneficio que haciendo saber dicha información a la contraparte contractual.

En este nuevo estado de cosas —y una vez establecida por el Derecho común la mecánica de la transmisión del derecho de propiedad por el dueño a quien desea serlo—, para que los intercambios puedan tener lugar —esto es, puedan tener lugar transmisiones de derechos de propiedad por vía contractual— es preciso que la técnica jurídica suministre soluciones que disipen la desconfianza, basada en el desconocimiento, y, por lo tanto, faciliten la contratación (208). Para ello es necesario idear instrumentos que suministren al comprador toda la información que necesita conocer para decidir si adquiere o no, en qué condiciones y por qué precio y que, en su opinión, el vendedor le ocultaría si pudiera, con el fin de obtener condiciones más ventajosas. Así, si el transmitente no es dueño, se lo ocultaría, si pudiera, pues, de conocer esa circunstancia, el adquirente probablemente no compraría; si pesan cargas preferentes sobre el inmueble, también se lo ocultaría, pues el adquirente rebajaría el precio, o no adquiriría; lo mismo sucedería, si carece de poder de disposición.

En definitiva, en este contexto, el problema esencial no consiste ya en saber *cómo* puede transmitir la propiedad el dueño a quien desea serlo, sino en saber *quién* es el dueño, si tiene poder de disposición y si existen cargas preferentes. Para simplificar, ceñiremos nuestro análisis al primer extremo: saber quién es el dueño.

11.2.2.4. Los registros de tráfico —o de derechos— como solución: la inscripción como título de eficacia *erga omnes*

Solamente quien puede exhibir un título que acredite tal extremo con eficacia *erga omnes* —esto es, que garantice la actuación compulsiva del Estado en el caso de que cualquiera lo discuta o perturbe su ejercicio— *será aceptado como dueño por los extraños*, es decir, por el mercado. Y ya hemos visto que el contrato no puede suministrar por sí solo, ni aún seguido de tradición, semejante título, pues el principio de *eficacia relativa* del contrato lo impide. Y la adquisición por usucapión, proclamada en una sentencia firme, no es un procedimiento precisamente compatible con las exigencias del mercado.

Se hace preciso, pues, que el Derecho suministre soluciones que fundamenten la confianza, suministrando a quien desea adquirir la seguridad que necesita y con la agilidad que reclama: el interesado en adquirir necesita

(208) Véase lo expuesto anteriormente en 2.3.2.

saber quién es el dueño, si puede transmitir, cuáles son las cargas preferentes. Idealmente necesitaría saberlo con la seguridad que proporciona una sentencia firme, con efectos *erga omnes* y obtenida en un plazo y con un coste compatible con las exigencias del mercado. Pero las garantías mínimas exigidas por el procedimiento necesario para obtener una sentencia de estas características hace inviable esta solución. Se hace necesario, pues, buscar una solución institucional que proporcione el nivel de seguridad más próximo posible a una sentencia firme con el coste explícito —dinero— e implícito —tiempo— compatible con las exigencias del mercado, suministrando al propio mercado la solución de compromiso entre ambas exigencias que éste considere óptima: a ese problema es al que responde el Registro de la Propiedad, en su modalidad de *Registro de derechos o Registro de tráfico*.

En nuestro sistema viene a ser la institución del Estado que, en nombre del mismo en tanto que tutor de los derechos de todos, reconoce al adquirente como dueño en relación a terceros tras la superación, en su caso, del procedimiento correspondiente; por ello sus pronunciamientos tienen efectos *erga omnes* y se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.3 LH).

En este registro, la inscripción produce a favor de su titular toda la eficacia jurídico-obligacional y jurídico-real que hemos descrito en apartados anteriores. Y dado que el contrato —y su paradigma, la compraventa— seguido de la entrega, únicamente subrogan al adquirente en la posición jurídica del transmitente en relación al bien, la adquisición de un *titular registral* mediante un *acto de tráfico*, subroga al adquirente en la posición jurídica del titular registral —y, por tanto, lo inmuniza frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores e incluso de quien se postule como *verus dominus*—, excepto en un aspecto: mientras el adquirente no inscriba, el transmitente y todavía titular registral sigue conservando, en relación a terceros de buena fe, la *legitimación para* disponer; para privarle de ella y quedar *totalmente subrogado en su* posición, es necesario que el adquirente *inscriba* el derecho adquirido a su nombre; hasta ese momento no queda *completamente* subrogado en la posición jurídica de su transmitente, ni ha adquirido, por tanto, todos los atributos del derecho de propiedad.

Por esta razón, los terceros, es decir, el mercado —con toda la razón— no lo consideraran *verus dominus* hasta que no *inscriba su derecho*.

Por esta razón, puede afirmarse también que una vez que un derecho inmobiliario ha ingresado en el Registro, el régimen registral al que queda sometido implica también una modificación del régimen jurídico de adquisición de la propiedad: para adquirir de un titular inscrito, no basta con el contrato seguido de la entrega; es necesario, además, inscribir, pues hasta ese momento el adquirente no queda totalmente subrogado en la posición jurídica de su transmitente, por lo que la inscripción, en sede registral, forma parte del proceso ad-

quisitivo (209). Por esta razón, el mercado, hasta ese momento, con toda razón, no considerará al adquirente *verus dominus* ni lo tratará como tal.

Por estas razones, puede afirmarse que la inscripción es de *naturaleza inmunizadora y funcionalmente constitutiva*. En efecto, la inscripción del derecho a favor del transmitente, junto con la posterior inscripción a favor del adquirente, inmuniza a éste frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores y aún frente a las que pueda formular quien se postule como *verus dominus*.

Así pues, en las relaciones *inter tertios* derivadas de *actos de tráfico* —esto es, a título oneroso y de buena fe—, la inscripción es el título. Dicho de otro modo, no es tanto un instrumento de publicación del título, cuanto el título mismo, como lo demuestra el hecho de que, en caso de conflicto entre el titular del derecho y el titular de la inscripción, predomina este último.

Al igual que en sede cambiaria, para que operen todas las consecuencias derivadas del régimen cambiario es preciso que haya habido circulación cambiaria (endoso o entrega del documento), en sede registral, para que operen todas las consecuencias derivadas de su régimen es necesaria *la circulación tabular* (lo que podríamos denominar entrega de la inscripción, previa superación del procedimiento registral, a quien ha adquirido el derecho inscrito mediante un acto de tráfico).

(209) A una conclusión parecida llega GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. III, pág. 253 y sigs. Ed. Civitas, Madrid, 2002, con su concepción de la *inscripción conformadora*. Expone lo siguiente:

«La pregunta es ésta: ¿Qué valor tiene la inscripción en nuestro sistema respecto a la adquisición del derecho real inmobiliario cuando no estamos ante un caso de inscripción constitutiva propiamente dicha?

Descartada la tesis de la inscripción meramente declarativa por constituir un concepto negativo, vacío de contenido y sin efecto alguno, y relegados los conceptos de “inscripción convalidante” y de “inscripción legitimadora” a los ámbitos no menos importantes, pero distintos del principio de inscripción que ahora estudiamos, pues la inscripción convalidante se refiere al principio de fe pública registral, y la inscripción legitimadora al principio de legitimación, 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” es ser precisamente una “inscripción que configura o conforma plenamente el derecho real como tal, con su nota de absolutividad o eficacia ega omnes total”*.

Desde esta perspectiva la inscripción no es constitutiva —a salvo los casos de excepción ya vistos, pues el Derecho nace antes de la inscripción. Pero antes de la inscripción, el derecho real, relativo, ya que puede hacerse valer contra cualquier persona sólo cuando se trate de propiedad no inscrita en el Registro. En cambio, cuando se trate de finca inmatriculada en el Registro, el titular del derecho real no inscrito no lo puede hacer valer frente al que inscribió su título sin contar para nada con ese otro derecho real no inscrito. El artículo 32 LH es terminante... El artículo 606 del Código Civil tiene el mismo texto.

En base a estos preceptos y otros más que luego veremos, mantenemos que, aunque la inscripción en nuestro sistema no es constitutiva por regla general, viene a ser *constitutiva respecto de terceros, en el sentido de que para tales terceros tiene un efecto de constitutividad si han inscrito su título, y, correlativamente, para los terceros que no han inscrito el derecho real, no está perfecta y plenamente constituido*».

Estas son las razones por las que la pretensión de inscripción se configura como un derecho del adquirente sin necesidad del consentimiento de su transmitente y, en general, sin necesidad de acuerdo contractual alguno, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los derechos de crédito para conseguir su incorporación cambiaria.

12. CONSIDERACIONES FINALES

Decíamos al principio de nuestro estudio que las asimetrías informativas presentes en el mercado son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar. En efecto, el desigual grado de conocimiento sobre los atributos jurídica y económicamente relevantes acerca del bien que se desea intercambiar, junto con la certeza de que ambas partes ajustarán su conducta a las exigencias del autointerés, generan la seguridad de que la parte mejor informada —usualmente la interesada en transmitir— ocultará a la parte peor informada —usualmente la interesada en adquirir— aquella información de cuya ocultación espere obtener mayores beneficios que de su revelación, todo lo cual genera desconfianza.

Para vencerla y posibilitar que las partes puedan coordinar sus intereses se requieren, pues, instituciones que garanticen simetría informativa entre los contratantes.

Decíamos también que dos instituciones fundamentales de una economía de mercado cuales son el Registro de la Propiedad —especialmente en su modalidad más evolucionada de Registro de Derechos o de Tráfico— y los denominados títulos-valores cualificados, especialmente la letra de cambio, son tecnologías institucionales generadas por la humanidad que obedecen a la lógica expuesta y que ambas se basan en principios y se valen de técnicas muy similares.

Tales principios y técnicas forman parte del conjunto que conforma el denominado Derecho de la seguridad del tráfico, el cual permite un grado de cooperación —y, por tanto, de especialización— mayor que el Derecho común, que corresponde a un estadio de cooperación más rudimentario, básicamente entre personas conocidas. El tránsito del primero al segundo se va produciendo paulatinamente, conforme se incrementa el ritmo y volumen de las transacciones, éstas tienen lugar necesariamente entre desconocidos y los principios que gobiernan la economía de mercado se extienden progresivamente desde los mercaderes, en cuyo ámbito surgen las primeras instituciones del Derecho de la seguridad del tráfico —*Lex Mercatoria*— a toda la sociedad.

Tales tecnologías institucionales —inscripción y letra de cambio— están basadas en los siguientes postulados esenciales: [1] Disminución de asimetrías informativas entre transmitente y adquirente, mediante la puesta a disposición

del eventual comprador o adquirente de la información jurídica y económicamente relevante para contratar; [2] Neutralización *inter tertios* y sólo en relación a los actos de tráfico de los efectos de las asimetrías informativas residuales, impidiendo que los transmitentes anteriores, así como, en su caso, el llamado *verus dominus*, puedan utilizarlas en su propio beneficio y en perjuicio de adquirentes posteriores. Ambas imponen la *simetría informativa funcional* como instrumento para activar la circulación de los derechos.

Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* —porque la imposición que hemos descrito genera una situación que funciona *como si* ambos tuviesen la misma información—, es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extraños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.

Pues bien, la letra de cambio, mediante la técnica de la *incorporación cambiaria*, en relación a los derechos de crédito y el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de Derechos o de Tráfico, mediante la técnica de la intabulación o *incorporación tabular*, en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, consiguen imponer una situación de *simetría informativa funcional* en sus respectivos ámbitos y, mediante ella fomentar el comportamiento cooperativo y el crecimiento de los respectivos mercados, así como el del crédito hipotecario.

La incorporación dota a los derechos incorporados de unas determinadas propiedades normativas, a las que nos hemos ido refiriendo a lo largo de este trabajo.

En virtud de tales propiedades letra de cambio e inscripción registral independizan al derecho incorporado de las vicisitudes que afecten al negocio causal del que deriva, convirtiéndolo, en este sentido, en abstracto.

En efecto, la letra *incorpora* el derecho de crédito y lo *independiza*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten al negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido, en *abstracto* —abstracción personal—. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor —adquirente cambiario de buena fe— sólo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.

El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes registrá el contrato, pero una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez *incorporado* el contenido de tal derecho —*intabulado*, si se prefiere— al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente —a título oneroso y de buena fe— le afecte únicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste.

Como hemos argumentado a lo largo de este trabajo, la teoría de la protección de la confianza fundada en la apariencia —en que la apariencia coincide con la realidad— posibilita tal solución en los supuestos patológicos —aquellos en los que no se da tal coincidencia—, lo cual es imprescindible para dotar al tráfico de la seguridad necesaria para que pueda desarrollarse.

Por ello, en la medida en la que el ordenamiento jurídico admita excepciones al principio de *fe pública registral* —esencialmente en forma de *overriding interests* o cargas ocultas—, en beneficio de personas, grupos o instituciones determinadas —en esa misma medida—, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral —intabulación— y en esa misma medida aumentan las incertidumbres para *adquirentes, propietarios y acreedores* en el mercado inmobiliario, por lo que, también en esa misma medida, disminuye la contratación y se encarece el crédito.

Ahora bien, mientras en el ámbito de los derechos de crédito se requiere un acuerdo contractual entre acreedor y deudor para que su relación subyacente se convierta en cambiaria, en el ámbito registral inmobiliario, sin embargo, la cuestión se nos presenta con un cariz sustancialmente diferente.

En efecto, por un lado, la pretensión de inscripción se articula como un *derecho* del adquirente, sin que sea necesario, para poder deducir tal pretensión, ningún acuerdo contractual con el transmitente; por otro lado, no basta la sola voluntad del solicitante para que el derecho quede, por ese solo hecho, inscrito; se requiere superar, previamente, un procedimiento, y, como tal, sometido al Derecho público, cual es el *procedimiento registral*.

En cuanto al fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral* se encuentra en el hecho de que el documento cambiario incorpora un derecho personal, en tanto que la inscripción registral incorpora el dominio u otro derecho real. Y la naturaleza de ambos derechos es sustancialmente diferente.

En este sentido, resulta oportuno destacar que los derechos de propiedad —especialmente sobre inmuebles— no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado —mediante la ley— que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta, mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier forma en la corriente de beneficios procedentes del bien. Se trata, por tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y excluyente de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho. Y los recursos, como sabemos, son escasos por definición. Y su adjudicación, en régimen de monopolio, sólo es tolerable si tal monopolio se ha adquirido mediante el libre juego de la autonomía privada y con pleno respeto a las normas imperativas que la enmarcan. Si no es así, existe el riesgo —gravísimo— de que se quiebre el consenso acerca de cómo los recursos deben ser

poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que define la esencia del derecho de propiedad.

Por ello, el Estado, antes de comprometer el uso de su fuerza coercitiva en el caso de que el derecho adquirido sea perturbado, debe asegurarse que la adquisición del derecho no ha sido fruto de un comportamiento contrario a una norma imperativa.

Y eso es precisamente lo que justifica *la existencia del procedimiento registral* y lo que justifica *sus exigencias de unas garantías mínimas inderogables*: la necesidad de comprobar que la configuración del derecho adquirido, así como su mecanismo de adquisición no violan norma imperativa alguna —que, precisamente por serlo, configura derechos a favor de los demás—, antes de conceder al adquirente un documento —*la inscripción registral*— del que deriva una intensa protección jurídico-obligacional y jurídico-real frente a las pretensiones de terceros y el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho adquirido frente a cualquiera que lo perturbe (arts. 1-3, 38 y 41 LH).

En cuanto al hecho de que la incorporación registral se configure como un derecho del adquirente —aunque no únicamente de él— es necesario considerar que el derecho de propiedad, paradigma del derecho real, para ser tal, debe atribuir a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, esgrimible *erga omnes*.

Nos encontramos, pues, con el hecho de que el principio de eficacia relativa del contrato veda que el mismo pueda, por sí solo, constituir un título del que resulte un derecho oponible *erga omnes*. Y sin un título esgrimible *erga omnes* difícilmente puede sostenerse que se tiene un derecho de propiedad; en el mejor de los casos sólo se disfrutará de la posesión del bien a título de dueño, y dicha posesión puede fundamentar la adquisición de la propiedad por usucapión, y, de ese modo, obtener una sentencia, esto es, un título oponible *erga omnes*.

La única alternativa, en el ámbito del Derecho común, pasa por probar que el transmitente es verdadero dueño, lo que exige probar que lo era su transmitente, y así sucesivamente hasta completar, sin interrupción, el tiempo necesario para usucapir, algo tan complejo que, con toda razón, nuestros clásicos le reservaron la denominación de *probatio diabólica*.

En este sistema la posición del adquirente es siempre vulnerable, como hemos expuesto repetidamente a lo largo de este trabajo.

No obstante, probablemente no se requiera más en el ámbito de una economía de subsistencia, en la que no se produce para acumular y comerciar, sino para subsistir —autoconsumo—; en la que el principal componente del valor de los bienes —especialmente de los inmuebles— no es su aptitud para el intercambio —valor de cambio— sino su utilidad para el consumo o autoabastecimiento —valor de uso—; en la que, por tanto, el volumen de los

intercambios —especialmente inmobiliarios— es muy escaso e, incluso, apenas gozan de aceptación social (210); en la que las comunidades humanas son pequeñas y compuestas por individuos que se *conocen entre sí*; en la que, en definitiva, todos saben quién es el dueño de cada porción de terreno del área habitada por la comunidad.

En este contexto, el problema fundamental no consiste en saber *quién* es el dueño, sino *cómo* puede transmitir el dueño su derecho a quien desea adquirirlo. Este es el problema que solventa el artículo 609 del Código Civil. Y este es el estado de cosas al que responde el Derecho Civil patrimonial común, basado en los principios de la *seguridad jurídica*, lejos de los principios de la *seguridad del tráfico*, principios innecesarios en una sociedad de *tráfico escaso* y, además, entre *personas conocidas*.

Ahora bien, este sistema únicamente se muestra adecuado en el entorno descrito, de intercambios escasos y circunscritos a círculos básicamente locales de amigos y conocidos. Pero muestra todas sus insuficiencias cuando el volumen de intercambios se incrementa y, además, los mismos tienen lugar entre personas que no se conocen entre sí, es decir, entre *extraños*.

En este nuevo contexto, el problema esencial no consiste en saber *cómo* puede transmitir la propiedad el dueño a quien desea serlo, sino en saber *quién* es el dueño, si tiene poder de disposición y si existen cargas preferentes.

Solamente quien puede exhibir un título que acredite tal extremo con eficacia *erga omnes* —esto es, que garantice la actuación compulsiva del Estado en el caso de que cualquiera lo discuta o perturbe su ejercicio— *será aceptado como dueño por los extraños*, es decir, por el mercado. Y ya hemos visto que el contrato no puede suministrar por sí solo, ni aún seguido de tradición, semejante título, pues el principio de *eficacia relativa* del contrato lo impide. Y la adquisición por usucapión, proclamada en una sentencia firme, no es un procedimiento precisamente compatible con las exigencias del mercado.

Se hace preciso, pues, que el Derecho suministre soluciones que fundamenten la confianza, suministrando al adquirente la seguridad que necesita y con la agilidad que reclama: el adquirente necesita saber quién es el dueño, si puede transmitir, cuáles son las cargas preferentes. Idealmente necesitaría saberlo con la seguridad que proporciona una sentencia firme, con efectos *erga omnes*

(210) En las comunidades rurales los bienes inmuebles tenían la consideración de bienes familiares, que debían permanecer durante generaciones en el seno de la familia —integrando, sin duda, una categoría similar a la de las *res mancipi* del Derecho Romano—. En estas comunidades, el conocimiento mutuo hacía que el engaño —v.gr.: hacerse pasar por dueño sin serlo— sufriera una severa sanción social, consistente en la pérdida del *credere*. La necesidad de preservar el propio activo reputacional se erigía así en un valioso procedimiento de salvaguardia contractual. Por ello, la posición del adquirente, si bien era vulnerable desde una perspectiva jurídico-conceptual, no lo era tanto en la realidad.

y obtenida en un plazo y con un coste compatible con las exigencias del mercado. Pero las garantías mínimas exigidas por el procedimiento necesario para obtener una sentencia de estas características hace inviable esta solución. Se hace necesario, pues, buscar una solución institucional que proporcione el nivel de seguridad más próximo posible a una sentencia firme con el coste explícito —dinero— e implícito —tiempo— compatible con las exigencias del mercado, suministrando al propio mercado la solución de compromiso entre ambos extremos que éste considere óptima: a ese problema es al que responde el Registro de la Propiedad, en su modalidad de *Registro de Derechos o Registro de Tráfico*.

En este Registro, la inscripción produce a favor de su titular toda la eficacia jurídico-obligacional y jurídico-real que hemos descrito en apartados anteriores. Y dado que el contrato —y su paradigma, la compraventa— seguido de la entrega, únicamente subrogan al adquirente en la posición jurídica del transmitente en relación al bien, la adquisición de un *titular registral* mediante un *acto de tráfico*, subroga al adquirente en la posición jurídica del titular registral —y, por tanto, lo inmuniza frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores e incluso de quien se postule como *verus dominus*—, excepto en un aspecto: mientras el adquirente no inscriba, el transmitente y todavía titular registral sigue conservando, en relación a terceros de buena fe, la *legitimación para* disponer; para privarle de ella y quedar *totalmente subrogado en su posición*, es necesario que el adquirente *inscriba* el derecho adquirido a su nombre; hasta ese momento no queda *completamente* subrogado en la posición jurídica de su transmitente, ni ha adquirido, por tanto, todos los atributos del derecho de propiedad. Por ello, en nuestro sistema, la inscripción es de *naturaleza inmunizadora y funcionalmente constitutiva*, lo cual configura el auténtico valor de la inscripción como título de eficacia *erga omnes*.

Por todo ello, se configura la inscripción como un derecho del adquirente

En este nuevo paradigma —cambiario y registral— ganan todos, no solamente unos a costa de otros. En el ámbito cambiario gana tanto el acreedor-endosatario —porque su posición es mucho más segura que la del cesionario— como el deudor-librador —porque puede obtener crédito en mejores condiciones—. En el ámbito registral no solamente salen ganando adquirentes y acreedores frente a propietarios; antes al contrario, adquirentes y acreedores ganan porque en el nuevo paradigma el propietario ve robustecida su posición y tanto más cuanto más intensamente actúen los principios del Derecho de la seguridad del tráfico. Ciertamente pierde la facultad de reivindicar la cosa de un tercer adquirente a título oneroso de buena fe, pero, a cambio, puede evitar que surja tal tercero —algo que no puede evitar en el Derecho común— simplemente inscribiendo su adquisición, único coste en el que debe incurrir, asimismo, para la protección de su derecho, a diferencia

de lo que sucede en el Derecho común, en donde todo adquirente está expuesto a posibles reivindicaciones de eventuales dueños precedentes.

Todo ello a condición de que el Registro de derechos o de tráfico no cometa errores de trascendencia expropiatoria. En efecto, debido al efecto fe pública, característico de este tipo de registros, los asientos registrales crean y extinguen derechos con efectos *erga omnes* tanto si funcionan correcta como incorrectamente.

Naturalmente, el *efecto fe pública* puede mantenerse a condición de que *el efecto expropiatorio* no se produzca nunca o casi nunca, pues, en caso contrario, el sistema se colapsaría, ya que los propietarios, en ese caso, en vez de sentirse protegidos por el Registro se sentirían amenazados por el mismo. Ello exige que el procedimiento registral ofrezca todas las garantías necesarias, empezando por la neutralidad del encargado de autorizar las inscripciones en relación a los diferentes intereses que confluyen en el procedimiento registral (211).

Estos registros, además, suministran al mercado los derechos con los que éste opera y debe hacerlo no sólo con seguridad sino con la velocidad necesaria.

Todo lo cual hace que las cuestiones relativas a procedimiento, organización y gestión de tales sistemas devengan capitales.

RESUMEN

PUBLICIDAD REGISTRAL

El intercambio posibilita la especialización y ésta el crecimiento y el bienestar. Pero intercambiar es costoso. Las razones: la desconfianza generada por el desconocimiento junto con la mutua convicción de que la otra parte ajustará su conducta a los dictados del autointerés y, por tanto, ocultará información relevante cuando los beneficios esperados de esa conducta sean superiores a los de cualquier otra alternativa.

Las asimetrías informativas presentes en el mercado son, pues, la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar.

ABSTRACT

REGISTRATION DISCLOSURE

Exchange makes specialisation possible, and specialisation makes growth and well-being possible. But exchange is costly. The reasons: the mistrust born of lack of information, combined with the mutual conviction that the other party will conduct himself according to the dictates of self-interest and therefore will conceal relevant information when the benefits to be expected from doing so are greater than those of any other alternative.

The information asymmetries besetting the market are, then, the main difficulty in coordinating the parties' interests and therefore concluding a contract.

(211) Sobre este punto esencial, más extensamente MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica del sistema registral», en *RCDI*, núm. 671, págs. 871 y sigs., 2002.

Pues bien, el objetivo de este trabajo consiste en poner de manifiesto que dos instituciones fundamentales de una economía de mercado, cuales son, por un lado, los títulos-valores cualificados y muy especialmente la letra de cambio y, por otro, el Registro de la Propiedad, singularmente en su estadio más desarrollado de Registro de derechos o de tráfico, son tecnologías institucionales generadas por la humanidad dirigidas a evitar tales asimetrías. Para conseguirlo se basan en principios y se valen de técnicas similares.

Ponen a disposición de la parte peor informada —usualmente el adquirente— la información jurídicamente relevante para contratar e impiden a la parte mejor informada —usualmente la transmitente— la utilización en su propio beneficio de la asimetría informativa residual, creando de este modo lo que denominamos una situación de simetría informativa funcional, porque neutraliza los efectos de las asimetrías informativas residuales.

Consiguen este efecto mediante la técnica de la incorporación del derecho al documento —a la que denominamos cambiaria, en el caso de la letra, y registral o intabulación, en el caso de la inscripción—, a cuyo través letra de cambio e inscripción adquieren propiedades normativas muy similares. En este sentido puede afirmarse que la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito en la forma determinada por el asiento respectivo, fundamento de la legitimación reconocida al titular registral para disponer (art. 38 LH) y del efecto fe pública (art. 34 LH), propio de los registros de tráfico, guardan una semejanza esencial con el principio de literalidad cambiario y con la protección que nuestro sistema dispensa al endosatario. En ambos casos deben haber mediado actos de tráfico y haberse establecido, a su través, relaciones inter tertios, único

The objective of this paper is to show that two fundamental institutions of market economies —i.e., first, qualified securities and most especially bills of exchange, and second, the property registration system, particularly in its most-developed state wherein rights and trade are subject to registration— are institutional technologies generated by mankind to avoid such asymmetries. To achieve that end, said institutions are based upon similar principles and use similar techniques.

They make available to the less-well-informed party (usually the buyer) the information that is legally relevant to the contract, and they prevent the better-informed party (usually the seller) from twisting the residual informative asymmetry to his own benefit. Thus, they create what is termed «a situation of functional information symmetry», because the situation neutralises the effects of residual information asymmetries.

The institutions in question achieve this effect through the technique of incorporating the right at issue in a document (termed «the exchange technique» in the case of bills and «the registration technique» in registration), through which technique the bill of exchange and registration acquire very similar legal properties. The presumption of existence and ownership of a registered right as stated in the right's registration entry (the foundation of the legitimate standing for a registered owner's recognised power of disposal under article 38 of the Mortgage Act and the foundation of the effect of conclusive title under article 38 of the Mortgage Act, which trait is characteristic of trade registries) may be affirmed to be in essence similar to the rule of literal exchange and to the protection our system affords to endorsees. In both cases, acts of trade must have occurred, and through said acts relations inter tertios must have

ámbito en el que operan tanto las relaciones cambiarias como las registrales. En este ámbito, la incorporación determina la abstracción de los derechos incorporados respecto a las relaciones jurídicas subyacentes de las que derivan.

Pero mientras en el ámbito cambiario la incorporación requiere un acuerdo contractual entre acreedor y deudor, en el ámbito registral es un derecho del adquirente que requiere superar un procedimiento. La razón: la distinta naturaleza de los derechos: de crédito, en el caso cambiario; de propiedad, en el caso registral. Estos últimos reflejan un consenso social acerca de cómo los bienes y sus flujos de renta pueden adquirirse, utilizarse y poseerse y, en ese juego, las reglas deben respetarse exquisitamente, so pena de que el consenso básico se rompa. Además, para ser tales derechos de propiedad, se requiere que se puedan imponer a terceros y el principio de relatividad contractual lo impide, pues mediante el contrato el adquirente únicamente se subroga en los derechos del transmitente y con exclusiva eficacia inter partes. La prueba del dominio se convertiría así en una probatio diabólica; la única alternativa disponible, en el ámbito del Derecho común, sería la adquisición por usucapión reconocida en una sentencia firme, lo que es incompatible con las exigencias del mercado: ello hace preciso buscar otras soluciones que faciliten el tráfico. El Registro es la institución que, en nombre de todos, reconoce al adquirente como dueño, lo inmuniza frente a posibles excepciones personales derivadas de contratos anteriores e, incluso, frente a quien se postule como verus dominus. Puede afirmarse así que, en nuestro sistema, la inscripción tiene una eficacia inmunizadora y funcionalmente constitutiva. Por ello, mientras el adquirente no consigue inscribir el derecho adquirido, no es reconocido por el mercado como auténtico

been established, said relations being the only environment where exchange relations as well as registration relations operate. In this sphere, incorporation entails the abstraction of the incorporated rights with respect to the underlying legal relationships from which they stem.

But while in the exchange environment incorporation requires a contractual agreement between creditor and debtor, in the registration environment incorporation is a right of the purchaser that requires performance of a procedure. The reason: the difference between the nature of credit rights in the case of exchange and property rights in the case of registration. Property rights reflect a social consensus about how assets and their revenue flows can be acquired, used and possessed, and in that game the rules must be respected with exquisite care, else the basic consensus will be shattered. In addition, in order for this to be so, property rights are required to be enforceable with respect to third parties, and the rule of contractual relativity prevents this, for, by means of the contract, the purchaser only takes the seller's place in rights, effective exclusively inter partes. Proof of ownership would thus be converted into a probatio diabólica; the only alternative available in the sphere of common law would be acquisition by usucaption recognised in a final ruling, and that solution is incompatible with market requirements. Other solutions must therefore be sought to facilitate trade. Registration is the institution that, in the name of all, recognises the purchaser as the owner and immunises the purchaser from possible personal exceptions stemming from prior contracts and even immunises him from anyone postulating himself as the verus dominus. Our registration system, then, may be affirmed to have immunising and functionally constitutive efficacy. That is why, until the purchaser has successfully re-

dueño. Esta es la razón por la cual, en relación al mercado, la inscripción es el título.

Los principios en los que se inspiran forman parte del conjunto que conforma el Derecho de la seguridad del tráfico —cuyos orígenes en Europa Occidental podemos encontrar, al menos, en la denominada *Lex Mercatoria* o *Merchant Law*— el cual permite un nivel más elevado y complejo de cooperación —y, por tanto de especialización— que el Derecho común —Derecho de la seguridad jurídica— al que viene a sustituir y el cual responde a un estadio de cooperación más rudimentario.

En este paradigma, frente a lo que se ha venido afirmando, ganan todos, no solamente unos a costa de otros. No salen ganando adquirentes y acreedores frente a propietarios; antes al contrario, adquirentes y acreedores ganan porque en el nuevo paradigma el propietario ve robustecida su posición y tanto más cuanto más intensamente actúen los principios del Derecho de la seguridad del tráfico.

Se trata de dos elegantes y sofisticadas soluciones institucionales, basadas en la misma técnica, para resolver el mismo problema en dos ámbitos diferentes: el de la circulación de los derechos de crédito y su conversión en activos en el caso de los títulos cambiarios; el de la movilización de los derechos de propiedad sobre inmuebles como medio para convertirlos en activos económicos en el caso del Registro de la Propiedad.

gistered the right he has acquired, he is not recognised by the market as the true owner. This is the reason why, as far as the market is concerned, registration is title.

The inspiring principles form part of the body of law on security in trade whose origins in western Europe at least may be found in what was termed *lex mercatoria* or *merchant law*. Said body of law permits a higher, more complex level of cooperation (and therefore of specialisation) than does the common law (the law of legal certainty) it replaced, which responded to a more rudimentary state of cooperation.

In this paradigm, as opposed to the one depicted above, everyone wins, not just some at the cost of others. Purchasers and creditors do not win out over owners; on the contrary, purchasers and creditors win precisely because in the new paradigm the owner's position is made more robust, and the more intensely the principles of the law of legal certainty operate, the more robust is that position.

These are two elegant, sophisticated institutional solutions based on the same technique to solve the same problem in two different spheres: the sphere of the circulation of credit rights and the conversion of those rights into assets in the case of bills of exchange; the sphere of the mobilisation of property rights in immovable property as a means of converting said property into economic assets in the case of property registration.

(Trabajo recibido el 16-7-2007 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)