

Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRINCIPALES POSICIONES SOBRE EL CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN.—III. INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA EN POTENCIA —VIRTUALMENTE CONSTITUTIVA—.IV. POSIBLES OBJECCIONES A ESTA POSICIÓN: 1. LA BUENA FE. 2. LA ADQUISICIÓN A TÍTULO ONEROSO. 3. LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE: A) *La fe pública registral y la inscripción previa del transmitente*. B) *La tesis dualista del tercero y la inscripción a favor del transmitente*. C) *Momento en que debe de constar en el Registro la inscripción a favor del transferente*. D) *La consulta del Registro por el adquirente*. 4. LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL ADQUIRENTE.—V. ¿DEBE ADOPTARSE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA?

I. INTRODUCCIÓN

Aunque hay textos legales de casi dos milenios antes de J.C., no obstante, en la segunda mitad del siglo XVIII, decía MANUEL KANT: «todavía buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho».

En menor escala, algo parecido sucede con el carácter o naturaleza de la inscripción en nuestro Derecho. Si bien nuestra primera Ley Hipotecaria es de 8 de febrero de 1861, todavía se sigue discutiendo si la inscripción es declarativa, constitutiva, cuasiconstitutiva, convalidante o **conformadora** de la eficacia del derecho real. En esta frase ya hemos resumido las principales posturas de la doctrina. Puede haber algo de certero en todas ellas. Como dice don CAMILO JOSÉ CELA en la «carta responsorial», que consta en el prólogo de los Estudios de Derecho Hipotecario, de CHICO ORTIZ —para un supuesto muy concreto, que **generalizamos**— «no parece que sea bueno eso de que alguien, a veces, pueda tener toda la razón. Es más prudente que cada cual tenga su pequeña parte de razón, aunque no le sirva de mucho, porque eso le ayuda a seguir viviendo y soñando».

Lo que pretendemos ahora es enfocar la cuestión desde un nuevo punto de vista, teniendo en cuenta aquellas distintas posturas, que conviene exa-

minar, aunque sea brevemente, puesto que, en todas ellas puede haber algo o mucho de verdad. Y es posible que aquí suceda lo mismo que cuando varias personas contemplan algo, sea un objeto, un ser, etc.: los que lo vieron solamente de frente nos darán una descripción completamente distinta —salvo los casos de *simetría*— de la que nos darán los que lo contemplaron únicamente de perfil. Y esto porque unos y otros lo han visto sólo en dos dimensiones. Un tercer grupo que lo examine en perspectiva —es decir, en tres **dimensiones**—, obtendrá una síntesis de las dos anteriores visiones —y aquí se reproduce, en cierta manera, el «mito de la caverna», de *Platón*—. Pero, con sólo aquellas **tres** dimensiones, el objeto o ser no puede tener existencia real, pues aparte de ellas tiene que haber una determinada proyección temporal. ¿Puede, acaso, existir un edificio instantáneo, o sea, un edificio que sólo exista durante una fracción de microsegundo?

Por ello, nosotros intentaremos averiguar el carácter o naturaleza de la inscripción en nuestro Derecho, considerándola en su proyección temporal, es decir, teniendo en cuenta el momento en que se practica la inscripción y aquel otro en que ocurre alguno de los supuestos, que hace pensar, a un gran sector de la doctrina, que la inscripción es constitutiva. En efecto, hay autores que, atendiendo al instante en que se practica la inscripción y con cierta razón, dicen que es declarativa. Otros, fijándose en el momento en que, en virtud de la inscripción, se ha producido un determinado resultado —que al que inscribió no le ha perjudicado lo no inscrito, que ha sido mantenido en su adquisición, que es el que ha adquirido la propiedad por ser el que inscribió antes, etc.— nos hablan, también con bastante razón, de inscripción constitutiva.

Pretendemos, pues, contemplar la inscripción en su integridad temporal y podemos anticipar que consideramos que aquélla es declarativa «en acto», o sea, inicialmente, pero también, desde ese mismo momento, es constitutiva «en potencia», es decir, **potencialmente** —o **virtualmente**— constitutiva. Y aquí tenemos que hacer una advertencia previa: que muchas cuestiones serán examinadas muy someramente y otras quedarán —como se dice con **frecuencia**— «en el aire», pues, en caso contrario, el tema sería demasiado extenso. Y ahora veamos las

II. PRINCIPALES POSICIONES SOBRE EL CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN

Prescindimos de las expresiones inscripción confortativa e inscripción inmunizante. La primera fue utilizada por *Cossio*. Conforme a su significado sería una inscripción que reforzase el título inscrito, lo cual es muy vago. También *PELAYO HORE* y, si mal no recordamos, *IGNACIO DE CASSO*, emplea-

ron dicha expresión. Por su parte, LA RICA nos habló de los efectos defensivos e inmunizantes de la inscripción, de forma que, para adjetivar a ésta en nuestro sistema, habría que hablar, no de inscripción declarativa o constitutiva, sino de inscripción inmunizante. Pero con esta expresión parece que la inscripción está relacionada con algo patológico. Nos interesa más la otra postura de LA RICA, que luego veremos.

1. **Inscripción declarativa.**—Esta es la posición de una parte de la doctrina, cuyo principal baluarte es ROCA SASTRE.

Este autor —a quien consideramos un gran maestro, aunque discrepemos de él—, en su obra *Derecho Hipotecario*, 1954 —que en su día hemos estudiado con verdadero ahínco (1958-1962)— distinguía entre inscripciones constitutivas y **declarativas**. Es constitutiva la inscripción cuando la misma es requisito necesario o *sine qua non* para que la transmisión del dominio de inmuebles o la constitución o transmisión de un derecho real inmobiliario se produzca. Es declarativa la inscripción cuando la misma no es necesaria para que la transmisión o constitución se opere, pues se limita a publicar una transmisión o constitución que ya ha tenido lugar con anterioridad.

En su reciente obra —*Derecho Hipotecario*, 1995— ROCA-SASTRE MUNCUNILL hace la misma distinción, variando, tal vez ligeramente, sus términos. «La inscripción es declarativa cuando la mutación jurídico-real inmobiliaria se opera independientemente del Registro, y es constitutiva *cuando además el Registro interviene como factor o elemento, unido a otros, para que tal modificación se produzca*».

La primera tiene función rectificadora del contenido inexacto del Registro, porque, como la modificación jurídico-real ya ha surgido antes, su inscripción pone en armonía el Registro con la realidad jurídica **extrarregistral**; en cambio, la segunda, como la modificación real surge con la inscripción, ésta no rectifica inexactitud registral alguna y, por tanto, tiene virtud transformadora de la realidad jurídica en general».

Señala que en nuestro sistema inmobiliario la regla es la inscripción declarativa y la excepción la constitutiva —ésta tiene lugar en la hipoteca, el derecho de superficie, los actos y contratos referentes al dominio y derechos reales sobre inmuebles en zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de **extranjeros**—.

Examina lo que él denomina «desviaciones al llamado principio de inscripción» y que coinciden, más o menos, con las posiciones que examinaremos en breve, hace la crítica de las mismas, y trata *de lege ferenda* la cuestión de si la inscripción debe ser constitutiva, lo cual veremos en otro epígrafe.

Creemos que, tal vez en principio, puede hablarse de inscripción declarativa. Pero esta expresión no penetra en la entraña o en la mismidad

—como diría ORTEGA Y GASSET— de lo que la inscripción supone. Esta implica la creación y publicación de una apariencia —en su caso—, que puede tener gran trascendencia jurídica —como luego veremos—. Y esto se da en relación a todas las inscripciones. Por tanto, también respecto a las inscripciones de inmatriculación. Y es aquí cuando el Registrador puede incurrir en responsabilidad, en el supuesto de que aquella apariencia publicada no concuerde con el título —que se ha tenido en cuenta para producirla— o el mismo no sea idóneo para practicar la inscripción, por adolecer de defectos. Por eso, aquella posible trascendencia hace que el principio de legalidad, que se hace efectivo mediante la titulación pública y la calificación registral, tenga una gran importancia en nuestro sistema.

Pero también creemos que no es admisible hablar de inscripción «meramente», «simplemente» o «puramente declarativa». Los solos efectos que produce la inscripción, en virtud del llamado principio de legitimación, hace que esos términos deban ser descartados de una forma fulminante. La inscripción no es «pura» ni «meramente» declarativa. Si ello fuera cierto, la inscripción no produciría otro efecto distinto que el de declarar o publicar «meramente», es decir, su finalidad sería meramente publicitaria. Y entonces no tendría razón de ser el principio de legalidad.

Pero esto no es así. Es suficiente leer el artículo 1, párrafo final y 38-1.º, ambos de la LH. Según este último: «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...» Aquí hay base también para pensar que el nuestro es un Registro de derechos reales, pero esto no lo vamos a tocar. Lo cierto es que los asientos respectivos están «bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud». Y estos efectos se producen desde que la inscripción se practica, sea una primera o posterior inscripción. La única excepción la constituyen, con toda verosimilitud, aquellas inscripciones que están pendientes de que se acredite la publicación de edictos. Por consiguiente, es inadecuado utilizar la expresión de inscripción «meramente» declarativa u otra similar.

En este mismo sentido, con toda la razón, dice GARCÍA GARCÍA, «que resulta sorprendente que se pueda hablar de inscripción meramente declarativa sin asignar ningún efecto ni papel a la misma, como si ésta fuera entonces negativa en sus efectos».

Ahora bien, todos los autores, que le atribuyen a la inscripción carácter declarativo, saben perfectamente los importantes efectos que ésta produce. Creemos que lo que quieren decir es que la inscripción en nuestro Derecho no es constitutiva, y al no ser constitutiva —según la terminología ya clásica— tiene que ser declarativa.

Sucede aquí lo mismo que con otros conceptos, como, por ejemplo, el de tercer poseedor, que, a pesar de ser impropio, está abonado por una fuerte tradición legal, jurisprudencial y doctrinal. Esto mismo ocurre respecto a la «inscripción declarativa», cuyo concepto se ha consagrado por la doctrina y la jurisprudencia, sin que ello signifique que se desconozcan los efectos que produce tal inscripción declarativa. A la inscripción declarativa se refieren las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944, que posteriormente veremos.

Podemos, pues, aceptar que la inscripción es declarativa, pero matizando: es decir, la inscripción es declarativa «en acto», pero constitutiva en potencia, lo cual examinaremos luego más extensamente. Es declarativa la inscripción porque en nuestro Derecho rige la teoría del título y el modo en cuanto a la transmisión del dominio y demás derechos reales, consagrada en los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, pero también en los artículos 433 —este *cum expresis verbis*—, 1.462 y 1.473, entre otros.

2. Inscripción **legitimadora**.—Según leímos en la excelente obra de GARCÍA GARCÍA, este es un término que le propuso TOMÁS ZUMALACÁRREGUI y que, aunque lo consideró interesante, le pareció más propio de los efectos del principio de legitimación que de los efectos del principio de inscripción.

Pero es indudable que el término «legitimadora», referido a la inscripción, es más expresivo que el de «declarativa». Este último, como agudamente observa GARCÍA GARCÍA, no expresa nada. Se trata de un concepto vacío, aunque esté aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. Nosotros lo seguiremos utilizando con las reservas que hemos expuesto. En cambio, el término legitimadora, al menos ya nos da idea de algo, de algo que puede producir la inscripción.

3. Inscripción **convalidante**.—Es la postura mantenida por SANZ FERNÁNDEZ.

Según este autor: «Inscripción convalidante es aquella que, siendo en principio de simple eficacia declarativa, tiene en cierto aspecto valor para dar vida al derecho real. En esta forma de inscripción se parte, como en la declarativa, de la constitución **extrarregistral** de los derechos, y se da **INICIALMENTE** a la inscripción este último carácter. Pero no se limita el Registro a los fines de mera publicidad, sino que, adentrándose en el problema mismo de la existencia del derecho real, se exige la validez del mismo para sujetarle al régimen del Registro (calificación), se presume que el derecho es tal como el Registro lo manifiesta (legitimación) y se le dota de eficacia real, en ciertos supuestos, aunque en sí mismo careciera de ella».

«Las leyes hipotecarias de 1944 y 1946, restableciendo y aún reforzando el sistema de 1861, dan plena consagración al sistema de inscripción convalidante, DE TIPO INTERMEDIO, que presta a las inscripciones normal-

mente un valor declarativo y en algunos supuestos constitutivo del derecho real».

Y dice que la inscripción puede ser:

- a) Declarativa en todos los supuestos que el Registro es exacto y se corresponde a la realidad jurídica. También es declarativa —aún existiendo alguna *inexactitud*—: 1.º Cuando se trata de relaciones entre partes, esto es, entre el adquirente y su causante inmediato; 2.º Cuando se trate de adquisiciones en virtud de título distinto del contrato (ley, sentencia judicial, resolución administrativa y sucesión *mortis causa*); 3.º Cuando se trate de adquirentes por donación, y 4.º Cuando, aún tratándose de adquirentes por contrato y a título oneroso, no tenga aplicación la fe pública registral, bien por mala fe del adquirente, bien por tratarse de inscripciones cuyos efectos están suspendidos por la Ley.
- b) Inscripción **constitutiva**.—Tiene este valor la inscripción en nuestro sistema, con carácter general, en el caso de que sea preciso proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante, teniendo para ello carácter constitutivo la inscripción, o más exactamente, carácter convalidante.

«Este carácter constitutivo de la inscripción, derivado de la función convalidante de la misma, es completamente distinto del concepto de la inscripción constitutiva al modo alemán y suizo. Debe tenerse en cuenta la separación de ambos conceptos, ya que de otro modo se puede incurrir en equivocaciones. Por no hacerse cargo de la distinción, incurre precisamente en esta confusión ROÁN MARTÍNEZ, en "Texto refundido de la Ley Hipotecaria", en *Revista de Derecho Privado*, 1946».

Esta posición de SANZ fue criticada, fundamentalmente por utilizar el término convalidante.

Se dijo que, dentro de nuestro sistema, no se puede hablar de inscripciones convalidantes, porque en el caso de que el titular registral —que resulta **transmitente**— lo fuese en virtud de un título ineficaz e inoperante por carecer del derecho que pretendía tener, y a base del cual logró inscribir la finca correspondiente, transmitiéndola luego a un tercero, los artículos 32 y 34 LH, no convalidarán esta transmisión, caso de que el tercero adquirente reuniera los requisitos que para su protección exige dicho artículo 34; y no la convalidarán porque el negocio jurídico era, como tal, **PLENAMENTE VALIDO**, y lo único que le faltaba al transmitente era el derecho objeto del mismo y que, por obra de tales preceptos, llegó a adquirir efectivamente el tercero **protegido**.

Estas críticas no nos parecen justas. SANZ sabía perfectamente lo que significa la convalidación de los actos o negocios jurídicos. Tratándose de inscripciones, ya aclaró antes, según quedó dicho, lo que él entendía por inscripción convalidante. La idea de SANZ era buena —lo cual nos parece que no se tuvo en cuenta—, si bien el término empleado «convalidante» podía prestarse a confusiones. Nos parece que los que lo critican, no han leído lo que él entendía por inscripción convalidante.

Lo que no sabemos es por qué empleó esta palabra. No lo hizo en vista del artículo 33 LH, interpretado *a contrario sensu*. En la LH de 1861 los artículos 33 y 34 estaban muy relacionados, de modo que el artículo 34 parecía una excepción a lo dispuesto en el artículo 33. Así el artículo 34 comenzaba diciendo: «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*...» Pero SANZ entiende que estos dos artículos se refieren a supuestos diferentes. En el caso de una venta, el artículo 33 se aplica al supuesto de venta nula de cosa propia y el artículo 34 se aplica al de venta válida de cosa ajena. Tal vez tuvo en cuenta aquella expresión «invalidar» del artículo 34, que parece contraria a «convalidar».

Lo cierto es que SANZ no empleó de una forma clara y terminante el término «constitutiva», referido a la inscripción —habla del carácter constitutivo de la inscripción derivado de la función convalidante de la misma—, tal vez porque en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 se dijo: «No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva... Pero, ... de ningún modo puede ser aceptado el referido principio». Y más adelante: «La inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de *efectos declarativos*...»

SANZ es uno de los redactores de la reforma de 1944-46, y procuró adaptar sus conclusiones a la terminología legal. Un ejemplo: no nos habla de registración, como hace ROCA —lo cual en modo alguno es criticable—, sino de «toma de razón», expresión utilizada en el artículo 313 de la Ley Hipotecaria. Por el mismo motivo cree que la inscripción no es constitutiva en las hipotecas, ya que según el artículo 140 LH: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse *en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria*...» Por su parte, el artículo 145 LH establece que: «Para que las hipotecas queden válidamente *establecidas* se establece: 1.º Que se *hayan constituido* en escritura pública...»

SANZ, como redactor de la Ley —y teniendo en cuenta su Exposición de Motivos— no podía decimos, de una forma demasiado clara y terminante que la inscripción en general, en determinados casos, fuese constitutiva. Pero resulta evidente que, en aquellos supuestos, consideraba que la inscrip-

ción, en nuestro Derecho, producía los efectos de una inscripción constitutiva.

Esto consta en sus Instituciones de Derecho Hipotecario, tomo I, páginas 244 a 248, cuyo texto debería ser nuevamente leído por los que lo critican.

En nuestra opinión ÁNGEL SANZ tiene un mérito indudable. Se da cuenta de que la inscripción inicialmente es declarativa, pero que —esto no lo dice expresamente, salvo por lo que se refiere al 34 LH— puede ser constitutiva o, como él dice, «convalidante».

4. Inscripción **cuasiconstitutiva**.—Es decir, la inscripción es casi constitutiva. Este término podía ser aceptable, pero lleva consigo una cierta indeterminación, pues no revela con exactitud el ser de la inscripción. No nos dice en qué consiste el «casi».

5. Inscripción **constitutiva**.—Esta posición tiene dos variantes:

I. La inscripción es constitutiva en cuanto a **tercero**.—Es la postura de VILLARES PICO y MANUEL GÓMEZ GÓMEZ.

Tal vez no haya mejores términos, para explicar esta postura, que las palabras de la Exposición de Motivos de la LH de 1861, que, a pesar de haber transcurrido más de *ciento treinta y cuatro años* desde que se escribieron, todavía resultan aplicables a la época actual:

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

II. La inscripción es constitutiva tratándose de la propiedad **inscrita**.—Es la posición de LA RICA Y ARENAL, el cual dice que «tratándose de fincas ya inscritas, ¿es que con el título y el modo, o sea, con el contrato y la tradición, real o presunta, puede afirmarse que el derecho real sobre las mismas ha quedado constituido mientras no se **inscribe**?... Supongamos un censo o un usufructo que se establezcan sobre una finca inscrita, mediante título válido y tradición o cuasitradición, pero sin que se inscriban en el Registro. ¿Puede afirmarse que ya, con sólo eso, han quedado constituidos el derecho real de censo o el usufructo *erga omnes*, con eficacia frente a todos? La respuesta nos la da el artículo 32 de la vigente LH... «la inscrip-

ción es constitutiva, ya que con el título y el modo no será suficiente para que la modificación **jurídico-real**, que afecta a una finca, tenga eficacia *erga omnes*, porque «si la finca la adquiere un tercero que inscribe su título, para este tercero carecen de existencia los derechos que no se inscribieron, conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria».

LACRUZ —*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957— cree que esto es confundir la inscripción constitutiva con un efecto de la publicidad, cual es de la protección al adquirente de buena fe que inscribe su título. En el momento en que la propiedad se transmite por el contrato y la tradición, o en el momento en que se constituyen el censo o el usufructo mediante título y tradición o cuasitradicción, se opera un cambio real frente a cualquier persona: por tanto, no sólo respecto al transmitente, sino respecto a todos los demás. El hecho de que, eventualmente, el nuevo titular pierda su derecho en beneficio de otro adquirente posterior que se apresura a inscribir, no significa que la inscripción de cualquier cambio real por negocio jurídico sea constitutiva: por el contrario, la transmisión al primer adquirente es, en sí, perfecta desde que existen el título y el modo, y la prueba está en que puede oponerse entonces a cualesquiera personas; sólo en un momento posterior, el que adquirió plenamente y es propietario, titular del censo, del usufructo, etc., deja de serlo para hacer honor a la protección del Registro en favor del que —reuniendo además otras condiciones— inscribió. Se podrá decir, en todo caso, *que es constitutiva esta inscripción del segundo adquirente que primero lleva al Registro su derecho*, pero no que falte algún requisito en la adquisición de quien no inscribió. Esta frase subrayada nos dio mucho que pensar hace bastantes años, de forma que no podemos dejar de tenerla en cuenta ahora.

Es cierto que este autor, a lo largo de su obra, considera que la inscripción es declarativa, pero, en aquel fragmento, que hemos destacado, viene a reconocer —**aunque incidentalmente**— que la inscripción es constitutiva, al menos en determinados supuestos. No pensamos que LACRUZ haya tenido un lapsus, ya que era profundamente reflexivo —lo conocimos porque fue profesor nuestro en la Universidad de Santiago—. Tal vez tenía en el subconsciente la idea de la inscripción constitutiva, porque realmente resulta difícil pensar que, en nuestro Derecho, la inscripción sea meramente declarativa.

Aunque LACRUZ empieza diciendo que LA RICA confunde la inscripción constitutiva con un efecto de la publicidad, al final, en el párrafo subrayado, parece llegar a una conclusión idéntica. Por ello, lo que parecía una crítica termina siendo casi una confirmación. Y decimos casi, porque estamos de acuerdo con LACRUZ respecto a que, para la transmisión del dominio o constitución del derecho real —con eficacia *erga omnes*—, es suficiente con el título y el modo.

Pero en definitiva, la clarividencia de LA RICA y la profundidad de LACRUZ vienen a coincidir. LA RICA examina la cuestión *a priori*, inicialmente, cuando existe título y tradición, pero no inscripción: el derecho real no está —entiende él— plenamente constituido. Este es el pequeño fallo de su postura y que revela LACRUZ. El Código Civil sólo exige el título y la tradición y está plenamente vigente. Ahora bien, la segunda parte de LA RICA es, evidentemente, muy cierta: Si surge un tercero que inscribe su adquisición, a éste no le afecta lo que no esté inscrito. Y aquí tenemos la coincidencia con la posición de LACRUZ, que admite que, en este caso, puede decirse que la inscripción es constitutiva para este tercero.

6. Inscripción conformadora de la eficacia del derecho real.—Esta es la posición de GARCÍA GARCÍA.

En síntesis, este autor nos dice que la inscripción representa algo en la conformación o configuración plena del derecho real como tal. Que este «algo» es precisamente el ser una inscripción que configura o conforma plenamente el derecho real como tal, en su nota de absolutividad o eficacia *erga omnes* total. La inscripción conformadora o configuradora no es un elemento necesario para el nacimiento del derecho real, pero sí para «que tenga plenitud de efectos respecto a terceros, de tal manera que, mientras no se inscribe el derecho real, no afecta a otros titulares que inscribieron antes, y cuando se inscribe tiene plena eficacia *erga omnes* sin limitación alguna. Se trata, en definitiva, de «la inscripción constitutiva respecto a terceros».

PAU PEDRÓN dice que se inspiró en la opinión de LA RICA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL lo incluye también en la misma «línea» de LA RICA.

Pero ROCA-SASTRE no nos da una argumentación sólida en contra de la opinión de GARCÍA GARCÍA, y por tanto, de la tesis de los que defienden que la inscripción es constitutiva respecto a terceros. El argumento fundamental de ROCA es que tales criterios implican una lamentable confusión, al involucrar, en el ámbito de las inscripciones constitutivas, unos principios que son privativos del principio de fe pública registral y en cierto modo del principio de legitimación registral. Es decir, la inscripción es declarativa —salvo los casos contados de la hipoteca, el derecho de superficie, etc.— y el artículo 34 LH —complementado por otros, entre ellos, el art. 32— es expresión de la fe pública registral, protegiéndose al adquirente cuando concurren los requisitos que dicho precepto establece.

Esta crítica de ROCA no nos parece muy acertada. No se puede separar la inscripción, por un lado, y la fe pública registral, por otro, ya que la segunda es consecuencia de la primera y, por tanto, no hay ninguna involucración, según veremos, aunque sea muy brevemente.

Nosotros consideramos que la posición de GARCÍA GARCÍA, por una parte, es más amplia que la de LA RICA, porque este último sólo considera cons-

titutiva la inscripción tratándose de la propiedad «ya» inscrita y GARCÍA GARCÍA se refiere también al inmatriculante —cuya protección deriva del art. 32 LH—, si bien ambos se apoyan en la tesis de la inscripción constitutiva respecto de tercero; y por otra parte, es más restringida, porque parece que LA RICA se refiere a la inscripción constitutiva en general —tratándose de la propiedad inscrita—, y GARCÍA GARCÍA a la inscripción constitutiva respecto de tercero.

En realidad, a la tesis de GARCÍA GARCÍA sólo se le puede objetar algo análogo a lo que hace LACRUZ respecto de LA RICA.

En nuestro Derecho rige la teoría del título y el modo, como hemos visto. Por consiguiente, tal vez no sea muy exacto afirmar que la inscripción es conformadora de la eficacia real, puesto que el título y el modo tienen energía bastante para configurar un derecho real. Y este derecho real, por el hecho de serlo, tiene una eficacia *erga omnes*, porque si no fuese así, no sería tal derecho real —véase el art. 609 del Código Civil: «La propiedad y los demás *derechos sobre los bienes* (derechos reales) se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición»—. La adquisición realizada fuera del Registro —mediante el contrato y la tradición— es siempre válida *erga omnes*, con algunas excepciones, ya que el adquirente extrarregistral no puede hipotecar y puede ser vencido, no por cualquier adquirente, sino por el protegido por la LH. El adquirente, en virtud del título y la tradición, que pierde su derecho en beneficio del protegido por la inscripción, ha sido titular del mismo, con plenitud y *erga omnes* hasta el momento de perder su titularidad.

De todos modos, hemos de hacer constar que las posiciones de VILLARES PICÓ, GÓMEZ GÓMEZ, LA RICA y GARCÍA GARCÍA tienen a su favor un argumento histórico fundamental. Tal es el fragmento —que hemos transcrito antes— de la exposición de motivos de nuestra vieja y querida LH de 1861, al cual parece que ROCA nunca le concedió la suficiente importancia. Pero es que, además, el precepto de la LH de 1861, donde se recogía con más claridad, aquel pasaje expositivo, era el artículo 23 —equivalente al actual 32—: «Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º —títulos traslativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos— que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero». Y es este precepto el que, con toda su pureza, se integra en el Código Civil —art. 606—, con la siguiente redacción: «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».

Pero aún podemos señalar otra razón a favor de la posición de aquellos autores: que el legislador de 1861 tuvo en cuenta la teoría del título y el modo, y, a pesar de ello, dijo, a propósito de la compraventa: «si no se

inscribe, aunque —**el comprador**— obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». Es decir, que —**adelantándose** a las doctrinas **italianas**— se admitió una especie de propiedad «relativa», o una eficacia relativa de la misma. El comprador con título y tradición es dueño respecto al vendedor, pero no con relación a otros —**los terceros**— que han inscrito, lo cual dice mucho en favor de la tesis examinada y en contra de la de ROCA.

Creemos que terminará imponiéndose el criterio de la inscripción constitutiva, ya sea respecto de terceros —**inscripción** relativamente constitutiva—, ya sea la **virtualmente** constitutiva, que proponemos nosotros. Lo mismo opinamos respecto a la tesis dualista del tercero.

7. **Inscripción sustantiva.**—Es la que opera el cambio real, sin necesidad de ningún otro elemento. La verdad registral es, entonces, la verdad real, no pudiendo haber discrepancias entre el Registro y la realidad. Por la misma razón, no puede hablarse de apariencia, ni de buena fe en el **adquirente**, pues la verdad que publica el Registro es la única posible.

Esta inscripción sólo ha existido en algunas legislaciones alemanas, antes de la promulgación del BGB: Sajonia, Hamburgo, Mecklemburgo. En la actualidad el sistema australiano tiene cierto parentesco con la misma.

La inscripción sustantiva puede llamarse inscripción «absolutamente constitutiva». NÚÑEZ LAGOS nos dice que es la inscripción «propriadamente» constitutiva.

III. INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA EN POTENCIA —VIRTUALMENTE CONSTITUTIVA—

Hemos recorrido, peldaño a peldaño, los distintos conceptos que, en nuestro Derecho, se formulan acerca del carácter o naturaleza de la inscripción —**el último** no se **admite**— y teniendo en cuenta la intensidad de los efectos de la misma, de menor a mayor. Pero en casi todos nos hemos encontrado con la teoría del título y el modo —o lo que es lo mismo, el contrato y la tradición (arts. 609 y 1.095 del Código Civil, entre otros)—, la cual supone un serio inconveniente, de forma que la misma parece desbaratar las distintas posiciones examinadas, constituyendo, no obstante, el principal apoyo de la teoría de ROCA.

También, con lo dicho anteriormente, se observa que hay como un esfuerzo de la doctrina por buscar una tercera vía para catalogar la inscripción en nuestro Derecho. Los autores citados (a excepción de ROCA) columbraron —**usando** la palabra de la E. de M. de 1944— la constitutividad de

la inscripción, pero quizá les faltó explicar y relacionar aquella constitutividad con la teoría del título y el modo.

Para intentar ese logro, vamos a partir —de forma similar a LA RICA— de la posición del adquirente cuando existe título, tradición e inscripción, y nos preguntamos por el carácter o naturaleza que tiene esta inscripción. En principio o inicialmente —como dijo SANZ FERNÁNDEZ— es declarativa —entendido este término en el sentido de que de la inscripción se derivan efectos protectores en favor del titular inscrito y no como un concepto vacío—. En este momento no puede decirse que tal inscripción sea constitutiva, porque normalmente la modificación jurídico-real ya se había producido antes de la inscripción, y —como indica LACRUZ— frente a todos. El ciclo transmisivo es completo, sin que la inscripción sea constitutiva.

Pero el titular registral —que resulta de dicha inscripción— puede ser un adquirente que inscribió su adquisición, en perjuicio de un adquirente anterior que no inscribió, y ya hemos visto la coincidencia de criterio entre LA RICA y LACRUZ BERDEJO en este supuesto. La inscripción es aquí constitutiva, pues en virtud de ella, se produjo la adquisición a favor del llamado «adquirente posterior» —éste, antes de la inscripción, no había adquirido nada, conforme a los axiomas *nemo dat quod non habet*, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*—, pues antes de tal inscripción el *verus dominus* —que no había inscrito— conservaba su derecho y seguía siendo su titular. Refiriéndonos concretamente al derecho de propiedad, es un imposible metafísico, que haya simultáneamente dos propietarios y, por tanto, dos adquirentes —fuera de los casos de comunidad o proindivisión— de la totalidad de un mismo inmueble, pues la adquisición eficaz de uno excluye necesariamente la del otro. Si el *verus dominus* —que no inscribió— conserva el derecho o es titular del mismo hasta el momento de la inscripción del adquirente posterior, es de una lógica rigurosa pensar que esta inscripción es la que determina la adquisición de tal adquirente posterior y la pérdida de su derecho por el *verus dominus*. Y con ello viene a resultar que *el Registro interviene como factor o elemento, unido a otros, para que la modificación (jurídico-real) —en este caso la adquisición— se produzca*. Y esto coincide, exactamente, con la definición que nos da ROCA de la inscripción constitutiva, que antes y ahora hemos destacado.

Al supuesto examinado se pueden asimilar otros:

- Cuando se anule o resuelva el derecho del transmitente en virtud de causas que no consten en el Registro —art. 34 LH—. En este supuesto, ya se entendió, hace tiempo, por autores como SANZ FERNÁNDEZ, HERMIDA LINARES y GARCÍA GARCÍA —obra citada, tomo II, pág. 296— que la inscripción opera aquí como un supuesto de inscripción constitutiva.

- Cuando se ejerciten acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias en virtud de causas que no consten en el Registro —art. 37 LH—.
- Cuando se declare la nulidad de una inscripción anterior —art. 31 LH—, o la inexactitud del Registro —art. 40 LH— o se rectifique éste —art. 220 LH—.
- Cuando se dé el supuesto de doble venta del artículo 1.473 del Código Civil, que el TS ha extendido a todo contrato de finalidad traslativa a título oneroso —Sentencia de 17 de diciembre de 1984—. En este caso, CANO TELLO —*Manual de Derecho Hipotecario*— sostiene que la inscripción tiene carácter declarativo si el primero que inscribe es el primer comprador; pero si el que inscribe primero es el segundo comprador, la inscripción tiene carácter constitutivo, pues entonces hay tradición —modo—, pero no título en sentido material, es decir, no hay título legalmente válido, pues el segundo contrato de compraventa es nulo por falta de objeto o, mejor, inexistente. La inscripción basta por sí sola para determinar la adquisición de la propiedad por ministerio de la Ley. Esta opinión es muy sugestiva, pero discutible, lo mismo que las de PAU PEDRÓN y GARCÍA GARCÍA, que, por diferentes vías, sostienen que el segundo adquirente que inscribe adquiere del verdadero dueño. Pero no podemos detenernos en el examen de esta cuestión, ya que sería demasiado extensa para unas simples notas en torno a un tema muy concreto. CANO TELLO dice que también es necesario que el vendedor sea titular registral —ésta también es la tesis de ROCA— ya que lo reconoce implícitamente el artículo 1.473 del Código Civil, pues de no ser así no podría practicarse la inscripción por impedirlo la actuación negativa del principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH. Esto último es difícilmente admisible. El artículo 1.473 del Código Civil sólo nos habla del «adquirente que *antes* la haya inscrito en el Registro». Por tanto, el titular registral, que *inmatricula*, goza de la protección del precepto, que no distingue entre primeras y posteriores inscripciones.

Esta última opinión ya fue sostenida por VILLARES PICO, ALONSO FERNÁNDEZ, MOLINA RAVELLO y DEL HOYO. Actualmente la sostienen GARCÍA GARCÍA, inspirándose en la doctrina italiana y en el principio de inoponibilidad de lo no inscrito —art. 32 LH— y PAU PEDRÓN —que en su momento desarrollará la idea de la adquisición a *vero domino*—.

Por cierto, que ROCA dijo que, en rigor, sobraba el término «antes» del artículo 1.473 del Código Civil —*Derecho Hipotecario*, 1954: Tomo I, pág. 767—, que hemos subrayado. Esto era discutible. Pero la sentencia del

TS de 12 de mayo de 1983, que abordó un supuesto de doble **inmatriculación**, atribuyó la propiedad al adquirente que «antes» inscribió su derecho en el Registro.

Volviendo al carácter constitutivo de la inscripción, en los supuestos enumerados, tenemos que hacer una observación. El adquirente a cuyo favor se **inscribe** —salvo mala **fe**— y, por supuesto, **el Registrador** que practica la inscripción, no saben si ésta va a ser constitutiva, porque sólo es constitutiva en los supuestos expresados. Dicho con otras palabras: en el momento de practicar la inscripción, ésta puede considerarse como declarativa, pero si después se anula o resuelve el derecho del transmitente, se declara la nulidad o inexactitud de la inscripción del transmitente, se había vendido antes la finca, etc., la inscripción es constitutiva. Con lo cual no se aclara el carácter que, en principio, tiene la inscripción. Creemos que este es el punto clave de la cuestión.

Pensamos que es inconcebible que, en circunstancias normales, la inscripción sea declarativa y que, cuando sobreviene alguno de los eventos enumerados, sea o se convierta en constitutiva. Esto sería inexplicable, salvo que se admita que la inscripción, desde un principio, *ab initio*, lleve consigo el germen de la «**constitutividad**». Y esto sólo es posible si se considera que la inscripción, desde el principio, es constitutiva en potencia, potencial o **virtualmente** constitutiva —o **conformadora**—, que cualquiera de estas expresiones puede servir.

Esta terminología no es nueva en nuestra doctrina. De constitutivas hablan los procesalistas respecto a determinadas sentencias. Y de constitutivas hablaron los tratadistas respecto a determinadas inscripciones, y a la inscripción en general. La expresión «en potencia» también ha sido utilizada con anterioridad. Se dijo que el embargo y la hipoteca implicaban una enajenación en potencia. Por tanto, lo único nuevo es la conjunción del término «constitutiva» con la expresión «en **potencia**»: inscripción constitutiva en potencia o virtualmente constitutiva.

Los casos, antes citados, de destrucción o derrumbamiento de la titularidad del transmitente o de la doble venta, no son frecuentes. Afortunadamente son rarísimos y ello quizá sea debido, precisamente, a la existencia del Registro, con todas sus consecuencias —la LH no sólo soluciona conflictos, sino que también tiende a evitarlos, principalmente a través del principio de **publicidad**—. Ahora bien, el hecho de que aquellos casos sean insólitos, no quiere decir que no sean posibles. Por tanto, en tales casos, la inscripción **devino** constitutiva o es constitutiva —según parte de los autores citados—. Y es aquí donde nosotros hablamos de inscripción constitutiva, pero en potencia —o virtualmente **constitutiva**—, refiriéndonos al momento inicial en que se practicó la inscripción, en el cual aún no se había producido aquel derrumbamiento de la titularidad del **transferente**, o no se

conocía al **adquirente** anterior que no inscribió. Dicho en otras palabras: en el momento de practicarse la inscripción, es una incógnita lo que puede suceder con la titularidad del transferente —**tenga** o no inscrito su derecho, según los **casos**—, y lo es, asimismo, **el** que no hayan tenido acceso al Registro determinados títulos que, tal vez, impedirían la práctica de aquella inscripción. Por ello, en términos generales, decimos que la inscripción es constitutiva en potencia. Posteriormente, si se produce alguno de los supuestos indicados y el adquirente que inscribió «es mantenido en su adquisición» o «no pueden perjudicarle los títulos no inscritos», aquella potencialidad despliega su energía latente y hace que la inscripción devenga constitutiva.

Esta concepción de la inscripción como «constitutiva en potencia» no tropieza con la teoría del título y el modo, como vamos a ver. Para ello volvemos a partir del supuesto de una transmisión, en la que concurren el título, el modo y la inscripción. Con el título y el modo se opera el cambio real *erga omnes*. La inscripción no interviene en tal cambio porque sólo es potencialmente constitutiva. Los efectos que la inscripción produce entonces no interfieren el cambio real producido, a saber: la publicación de una titularidad —**al menos, aparente**—, reforzada con las presunciones del artículo 38 LH —**principio de legitimación**—; el cierre registral, en su caso, conforme al artículo 17; los efectos que derivan del artículo 20, así como la posibilidad de hipotecar la finca, etc. Si el transmitente era el *verus dominus* —**que es el caso normal**— no se planteará ningún problema al adquirente, ya que la inscripción no produce —**ni es necesario que produzca**— más efecto que los señalados. Pero *en el caso de que no lo sea*, entonces tiene razón LA RICA, ya que con el título y el modo, *per se*, no hay adquisición alguna —*nemo dat quod non habet*— y es en este supuesto cuando la inscripción, que desde el principio era potencialmente constitutiva, despliega —**como antes dijimos**— esa eficacia constitutiva y se presenta como elemento determinante de la adquisición, conforme a los preceptos de la LH.

Podemos hacer una última observación. Nosotros hablamos de la inscripción **virtualmente** constitutiva o potencialmente constitutiva, ya que virtual y potencial son términos sinónimos, porque virtual significa «que tiene la posibilidad de ser, que es en potencia». Puede haber otros términos para indicar, poco más o menos, lo mismo que hemos expresado. Pero nos parece que los que utilizamos nosotros tal vez son los más adecuados.

CONSECUENCIAS de considerar que la **inscripción** es constitutiva en potencia:

Desde el punto de vista del Derecho positivo no se produce ninguna. Es el examen de los preceptos legales y su aplicación práctica lo que nos llevó

a considerar la inscripción **como** constitutiva en potencia —o **virtualmente constitutiva**—, y no a la inversa, es decir, que tal consideración no nos lleva a una interpretación distinta de tales preceptos.

Desde el punto de vista doctrinal tenemos que constatar que no ha sido nuestro propósito llegar a una posición conciliadora de las diversas opiniones. Pero lo cierto es que, con nuestro criterio —que tiene poco o casi nada de nuevo, ya que nos inspiramos en posturas ya **existentes**—, es más explicable que mentes tan brillantes y preclaras como LA RICA, **SANZ**, ROCA, NÚÑEZ LAGOS, GARCÍA GARCÍA, y muchos más, sostengan posiciones tan distantes, al menos teóricamente.

Hemos hablado de la inscripción en general. En algunos supuestos concretos como la hipoteca, el derecho de superficie, la anotación preventiva de embargo, la mayoría de los autores consideran que la inscripción es constitutiva, ya inicialmente. Esto es aceptable, a pesar de las opiniones de NÚÑEZ LAGOS y SANZ FERNÁNDEZ, cuyos respectivos trabajos, en otros aspectos, suponen una aportación muy brillante y valiosa. No obstante, tratándose de la anotación preventiva de embargo pueden surgir dudas. Pero esto sería objeto de un examen distinto.

IV. POSIBLES OBJECIONES A ESTA POSICIÓN

La fundamental es la de ROCA-SASTRE MUNCUNILL, referida a la inscripción constitutiva. En su reciente obra —Tomo III, pág. 33— la plantea de esta forma:

«No cabe sostener que el hecho de la inscripción de su adquisición por el tercero protegido atribuya a tal adquisición valor *convalidante* o *sanante* de su título de adquisición, porque por la misma razón serían convalidantes o sanantes los otros tres requisitos que debe reunir conjuntamente dicho tercero para su protección, como son el haber adquirido del titular registral, a título oneroso y con buena fe».

Vamos a referirnos muy brevemente a estos requisitos, y solamente en lo que respecta a su relación con el tema de que tratamos, es decir, su posible constitutividad.

1. LA BUENA FE

La primitiva LH de 1861 y las posteriores no hablaban de este requisito, tal vez porque se consideraba que era lógico que se exigiese, como veremos enseguida.

Lo cierto es que don JERÓNIMO GONZÁLEZ, inspirándose —según NÚÑEZ LAGOS— en el BGB y recogiendo frases dispersas de la Exposición de Motivos de la LH de 1861, de la propia Ley y de la jurisprudencia del TS, construyó una teoría hipertrofiada de la buena fe, ampliando su concepto al igual que se hizo en Alemania, a manera de correctivo de la rigidez del negocio real abstracto, cosa que en España no era necesaria, ya que el título tiene espiritualidad bastante para evitar los excesos del negocio abstracto, que, de todas formas, no está acogido en nuestro Derecho.

Por su parte, el Tribunal Supremo exigió la **buena fe**, desde el principio, en jurisprudencia reiterada, y mantuvo con firmeza este criterio, no obstante, las violentas críticas de parte de la doctrina y a pesar del silencio de la Ley de 1909.

La posición del Tribunal Supremo era completamente lógica. La buena fe es algo que debe inspirar todo ordenamiento jurídico, que se tenga por civilizado. Por consiguiente, debe inspirar el Derecho civil, que es el Derecho civilizado por excelencia. A este respecto, se puede leer en SANZ —obra citada, Tomo I, pág. 451—: «Es principio fundamental de todos los ordenamientos jurídicos, a poco adelantados que sean, que la buena fe ha de regir las actuaciones humanas en la vida del Derecho... Esta repercusión fue aceptada ampliamente por el Derecho romano, con alguna mayor limitación por el germánico, y extraordinariamente extendida por el Derecho canónico. Las legislaciones modernas recogen el requisito de la buena fe, como fundamental en el desarrollo de las relaciones jurídicas, bien en forma general, como hace el Código suizo, bien haciendo constantes referencias a ella, como hace nuestro Código Civil».

JORDANO BAREA, en su trabajo «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros» —*Anuario de Derecho civil*, 1950—, nos dice que la buena fe no puede ser un elemento determinante porque si fuera un *requisito constitutivo* de la adquisición lógicamente correspondería la prueba al tercero y la ley no sentaría la presunción *iuris tantum* en favor de ella; y concluye diciendo que el tercero sólo será mantenido en su adquisición una vez que haya cumplido el último requisito del artículo 34, o sea, la inscripción de su derecho, pues *hasta entonces el titular verdadero no pierde su acción ni su derecho, ni tampoco lo adquiere el tercero*.

Entendemos, por tanto, que el artículo 34 LH recoge el requisito de la buena fe, no como un requisito específico de la adquisición del tercero, sino como algo concordante con nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual se evitaban dudas y discusiones, aunque éstas no tuviesen razón de ser. No hacía falta su inclusión en el artículo 34, pero lo cierto es que tal inclusión se hizo.

Pero, por eso mismo, entendemos que es injusta la crítica que se hace a la LH por tener un método analítico, detallista y fragmentario. El legis-

lador hizo bien empleando ese método, por lo menos, para evitar aquella y otras discusiones.

En definitiva, la buena fe es un requisito exigido, por lo que ROCA denomina Derecho Institucional, y no un requisito específico para la protección del tercero. No es un principio hipotecario, sino un principio que debe inspirar cualquier ordenamiento jurídico. Por ello es aplicable no sólo en los casos del artículo 34 LH, sino también en los del artículo 32 —precepto más general que el anterior, según la tesis *dualista*— y en el supuesto de artículo 1.473 del Código Civil.

GARCÍA GARCÍA distingue la *buena fe objetiva*, o sea, «la resultante de los datos del asiento registral, como principio o idea tenidos en cuenta por el legislador para regular y fundamentar los resultados del principio de fe pública registral», y la *buena fe subjetiva*, que tiene múltiples formulaciones y que es la que presume el artículo 34 LH. No sabemos si esta distinción —que tiene sus precedentes romanos y que recogen muchos *autores*— puede prosperar tratándose del artículo 34 LH. Más que de buena fe objetiva, podría hablarse de circunstancias objetivas que sirven para apreciar la buena fe, la cual tiene un marcado carácter subjetivo. Lo cierto es que este autor, con análogo criterio que JORDANO BAREA entiende que si la buena fe subjetiva se presume y no se tiene que demostrar, mal puede fundarse el principio de fe pública registral en un *requisito no probado sino presumido*.

En el mismo sentido, ya mucho antes, GONZÁLEZ PALOMINO había entendido que la buena fe no era un requisito positivo de la protección del tercero, sino una causa de privación de protección —cuando no había buena fe—.

Pero como de lo que tratamos ahora es de la objeción de ROCA sobre la constitutividad de la buena fe, admitimos, precisamente, el concepto de este último autor, que considera que la buena fe es algo puramente subjetivo, un estado psicológico e intelectual, en el que se dan los dos aspectos tradicionales, positivo y negativo —cfr. arts. 433 y 1.950 del Código Civil—. Incluso admite la buena fe contra los pronunciamientos del Registro —al comentar el art. 36 LH—, lo cual es más que discutible, porque si no se protege al tercero del artículo 34 —que tuvo *medios racionales y motivos suficientes* para conocer... que la finca o derecho estaba poseída... por persona distinta de su *transmitente*—, aplicando una especie de justicia distributiva —que sería como la Ley del Talión, pero muy *mejorada*—, lo mismo habría que exigirle al usucapiente contra el Registro y éste actuaría siempre de mala fe, ya que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer la titularidad (registral) de los inmuebles. Porque una cosa es el adquirente de buena fe y otra distinta el ignorante —cuya ignorancia puede ser *inexcusable*—, del que se quiere predicar la buena fe, cuando en realidad lo único que quizá se demuestre es su absoluta falta de diligencia. Y es que hay situaciones objetivas muy relevantes —entre ellas, la publi-

ciudad **regstral**— para apreciar la buena fe subjetiva. Esto es lo que, con distintas palabras, sostuvieron PORCIOLES y AZPIAZU. Según ellos, quien prescribe un derecho inscrito debe ser considerado de mala fe, a no ser que por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas, o de que se ha operado una usucapión anterior. Esta posición nos parece muy razonable.

Pero aceptando el concepto de ROCA sobre la buena fe resulta que ésta no se exterioriza ni en el título ni en la inscripción, ya que es algo inmaterial, subjetivo y psicológico. Pero, como tal estado psíquico, *sólo puede existir en la mente del adquirente*, y esto, aunque puede ser determinante de la adquisición, nunca puede ser considerado como elemento constitutivo de la misma. La buena y la mala fe pueden tener sus reflejos —**circunstancias** objetivas para apreciar una y **otra**— pero, en sí, son inmateriales, y no constan ni en el título ni en la inscripción, como acabamos de decir. Solamente tratándose de una sentencia, en ella podría constatarse la existencia —**por apreciación**, como resultado de una **demonstración**— de la buena o mala fe. Por tanto, la buena fe sólo cabe presumirla —**como hace el legislador**— o apreciar su existencia —**lo que corresponde a los Tribunales**—.

Cuestión distinta es lo que debe entenderse por buena fe a los efectos de la protección del titular, que dimana de la inscripción, así como el momento en que la misma debe ser exigida, y quién debe tenerla —**representante o representado**—. Pero tal examen rebasa la pretensión de estas «notas».

2. LA ADQUISICIÓN A TÍTULO ONEROSO

Este requisito no lo exigió la LH de 1861. Fue la Ley de reforma de 17 de julio de 1877 la que lo recogió, modificando al artículo 34 LH, sustituyendo en él la expresión «en cuanto a tercero» por la de «en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso...»

Por cierto, que en esta ocasión se introdujo una modificación sin que se diese ninguna explicación y hubo que esperar *sesenta y siete años* para que el legislador lo hiciese. En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 nos dice:

«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**».

Según ROCA, este requisito estaba implícito en la legislación anterior. Pero si esto fuera así —y lo era, al menos, a partir de 1877—, en verdad sobraba una explicación tan tardía.

Por tanto, son razones de equidad, de política legislativa, las que imponen este requisito. Pero no son razones que impidiesen, institucionalmente, la protección del **adquirente** a título gratuito.

En cuanto al tercero del artículo 32, este precepto no exige la onerosidad, al menos expresamente. Tal vez, por una especie de «agravio comparativo», puede pensarse que también debe ser exigida, ya que eso es lo que hace el artículo 34. No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 32 contiene un precepto más general que el artículo 34, si bien la protección que dispensa este último es más contundente. Por ello estimamos razonable la posición —AMORÓS GUARDIOLA y CHICO ORTIZ— que en el supuesto de colisión de dos títulos gratuitos considera aplicable el artículo 32 y, por tanto, se protege al que inscribe. Ahora bien, entendemos, en términos generales, que si la colisión se da entre un título gratuito inscrito y un título oneroso no inscrito, los Tribunales —que son los que, en definitiva, **deciden**— probablemente van a pronunciarse por la protección del adquirente a título oneroso, aunque sólo sea por razones de equidad.

3. LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE

Esto se exige en el artículo 34 LH cuando dice: «el tercero... que adquiera... algún derecho de persona que en el Registro *aparezca* con facultades para transmitirlo». Esta exigencia tendría relación con la previa inscripción, a que se refiere el llamado principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH. Pero ello se discute, como luego veremos.

VALLET negó a la inscripción del transferente la fuerza motriz o energía dinámica de la fe pública, puesto que dicha inscripción no concede poder dispositivo alguno y sólo es un dato material, una apariencia legitimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe, siendo ésta la que tiene eficacia de creación jurídica. Estamos de acuerdo con la primera parte, pero no con lo último, como veremos.

De todas formas, esta cuestión está íntimamente relacionada con otras que vamos a examinar muy esquemáticamente.

A) *La fe pública registral y la inscripción previa del transmitente*

Se dijo que, en nuestro Derecho, los derechos reales —salvo la hipoteca— nacen fuera del Registro de la Propiedad. La inscripción es declara-

tiva. Ahora bien, los derechos reales inscritos gozan de una fuerte protección: a los asientos **registrales** se les dota de una presunción *iuris tantum* de exactitud y veracidad que opera mientras no se demuestre la inexactitud **registral**: principio de legitimación.

Pero cuando un tercer adquirente que reúne los requisitos preceptuados por la Ley inscribe su adquisición, es mantenido en ella, no pudiendo perjudicarle la inexactitud registral. Por tanto, según ROCA, «el contenido del Registro, en beneficio del tercero, se presume verdadero, con presunción *iuris et de iure* o se finge por la ley irrefragablemente exacto». A este drástico efecto de la inscripción se la ha denominado tradicionalmente principio de la FE PÚBLICA REGISTRAL.

Corresponde a NÚÑEZ LAGOS el mérito de hacer notar que esta expresión no es muy correcta cuando se aplica a nuestro Derecho, ya que responde a una concepción germánica, muy diferente a la nuestra, en cuanto a su gestación.

En el Derecho alemán, la verdad del Registro es sólo una verdad presunta *erga omnes*; pero cuando entra en juego un adquirente del titular registral, al asiento del **transmitente** se le dota de fe pública, convirtiéndolo en documento íntegro y exacto en beneficio del tercero. Procede este juego del sistema del principio de inscripción: *Eintragungsprinzip*, llamado también sistema del libro registro: *Grundbuchssystem*.

En el Derecho español, el asiento del transmitente puede desaparecer por nulidad de forma —art. 30 LH—, o por nulidad de fondo —art. 33— (esta expresión es incorrecta, como expuso SANZ) o, en general, por ser declarado inexacto —art. 40—. Por consiguiente, en nuestro Derecho el asiento anterior inválido nunca se convalida, sino que debe ser cancelado o rectificado. Lo que sucede es que esta cancelación o rectificación no perjudica al tercero. Por lo tanto, no puede haber una fe pública sin texto, sin documento —se refiere a la inscripción del **transmitente**—. Y es que nuestro sistema registral pertenece al grupo de los que la técnica germánica denomina del «Principio de **publicidad**»: *Publicitatsprinzip*, o de la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de tercero: *Dritwirkung*.

Este argumento, según ROCA-SASTRE MUNCUNILL —DH II, págs. 164 y 165— no convence, si se tiene en cuenta:

1.º «Que no es extraña a nuestro sistema la presunción de exactitud del contenido del Registro en virtud del principio de legitimación consagrado en nuestro artículo 38 de la LH». Esto de la presunción del artículo 38 es obvio, y lo tuvo en cuenta NÚÑEZ LAGOS. Pero lo que dice ROCA no desvirtúa en nada lo que dice NÚÑEZ LAGOS, por lo que luego veremos.

2.º «El razonamiento de NÚÑEZ LAGOS de que en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del alemán, se cancela el asiento cuyo título objeto del

mismo sea declarado nulo, *no es del todo exacto*, pues, aparte de ser cierto, que no lo es, resultaría prácticamente algo circunstancial, hay que tener en cuenta que en caso de nulidad se llega a igual resultado en Alemania, por bien que por un nuevo asiento logrado en virtud de una pretensión personal de rectificación».

No obstante, nos convence más la postura de NÚÑEZ LAGOS. No vamos a traer a colación lo que sucede en el Derecho alemán. Solamente decir que, en este derecho, la inscripción a favor del adquirente implica la adquisición de la propiedad —en su caso—, y el transmitente tiene una acción personal del mismo o análogo carácter que la *conditio* romana —acción de carácter abstracto, de derecho estricto, en terminología de ALVARO D'ORS—, de naturaleza personal, para obligar al adquirente a retransmitirle la propiedad, si ello es posible. En cambio, en nuestro Derecho, el *verus dominus* puede ejercitar la acción reivindicatoria. Y esto implica una *gran diferencia*, al menos teóricamente.

Luego nos habla ROCA de la Sentencia del TS de 26 de febrero de 1949, que niega la procedencia de la cancelación de la inscripción del transmitente. Pero es que esta sentencia partió de la base de que la cancelación era inútil, ya que la inscripción a cancelar aparece extinguida por la inscripción de transferencia a favor del tercero. Se tuvo en cuenta, pues, el artículo 76 LH, que hace una especie de equiparación entre la cancelación y la inscripción de transferencia, a efectos de la extinción de las inscripciones. Pero de todos son sabidas las críticas de que fue objeto este artículo, fundamentalmente por el mismo ROCA.

Pero tal vez NÚÑEZ LAGOS no quiso llevar su idea hasta las últimas consecuencias. Para nosotros la fe pública registral es un efecto de la inscripción, y precisamente de la inscripción del adquirente, dados determinados presupuestos. Ya LACRUZ había tenido en cuenta este efecto que puede producir la inscripción, considerándolo como uno de los efectos «ofensivos» de la misma. Lo mismo ocurre con LA RICA, que nos habla del drástico efecto que puede producir la inscripción.

Y aquí haremos dos puntualizaciones:

1.^a En la misma doctrina alemana se discute también el papel que juega la inscripción respecto a la adquisición del dominio y derechos reales, pudiéndose dibujar dos tendencias:

- Los que consideran que el acuerdo real abstracto de transmisión es ya un contrato perfecto, si bien sometido a la *condictio iuris* de la inscripción: FUCHS y PLANCK, entre otros.
- Los que entienden que el acuerdo real no es un contrato, porque no produce directamente efectos jurídicos, los cuales sólo se dan cuando

se practica la inscripción, recayendo en ésta el centro de gravedad:
WOLFF y ROSENBERG.

2.^a La inscripción, en el Derecho alemán, es plenamente eficaz con relación a cualquier **adquirente** de buena fe. Aunque luego resulte que no coincide con la realidad jurídica, el adquirente de quien está legitimado para transmitir, según el Registro, deviene verdadero titular.

Por consiguiente, en el Derecho alemán entran en juego: la inscripción a favor del **transferente**, la inscripción a favor del adquirente y la buena fe de éste. Y si nuestra doctrina es unánime en considerar que la inscripción en el sistema alemán es constitutiva —la del **adquirente**— ¿por qué en nuestro sistema se atribuye a la buena fe eficacia de creación jurídica o valor «sanante» a la inscripción del transmitente?

Pero veamos los preceptos legales —del Derecho alemán y del español— y que el lector juzgue:

El párrafo 892-1.º del BGB establece que: «en beneficio de aquél 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 exactitud se haya practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente».

Hay aquí, si no una presunción *iuris et de iure*, al menos una auténtica ficción, pues el BGB dice que el Registro «vale como exacto» —**aunque** no lo sea— en beneficio del adquirente. No dice que el Registro se presume que es exacto: hay en el párrafo 892 una afirmación contundente, lo que no ocurre en nuestro Derecho, como vamos a ver.

El artículo 34 de nuestra LH dice: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho *de persona que en el Registro APAREZCA con facultades para transmitirlo*, será mantenido en su adquisición...»

La casi totalidad de los autores entiende que la presunción *iuris tantum* en favor del transmitente, se convierte en presunción *iuris et de iure* respecto del adquirente. La E. de M. de la Ley de reforma de 1944 parece darles la razón, pues nos dice: «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 —**entendemos** que es la del **adquirente**— solamente protege con carácter *iuris et de jure* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe...»

Nuestra opinión puede parecer completamente herética, pero no vemos en el artículo 34 LH presunción alguna, ni siquiera creemos que la misma haga falta. Ciertamente existe la presunción *iuris tantum* de que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, pero esto es porque lo dicen los artículos 1.º-3 y 38 LH, no porque lo diga el artículo 34.

Una cosa es lo que el legislador tal vez quiso decir —E. de M.— y otra lo que realmente dijo —art. 34—.

Este último precepto sólo exige que se adquiera de persona que en el Registro «aparezca» con facultades para transmitir el derecho, pero sin sentar ninguna presunción —tenemos que distinguir entre el *dicere* y el *praesumere*, como hace ROCA respecto al art. 35 LH—. Es suficiente la simple apariencia y esto es lo que realmente concuerda con la terminología del legislador. Este protege al adquirente, *una vez que haya inscrito su derecho*, dados los presupuestos que el mismo establece. Ni siquiera el tercer adquirente tuvo que haber consultado el Registro, ni mucho menos probar que lo hizo. Basta con que la persona —de la que el tercero, de buena fe, adquiera el **derecho**— sea la que en el Registro *aparezca* con facultades para transmitirlo. En este mismo sentido LACRUZ dice que el tercer adquirente será protegido si «ha confiado en la existencia de una situación como la que configura el Registro» —aunque no se haya consultado éste—.

Pero este mismo autor ya había apuntado que al artículo 34 —al igual que a **otros**— se le quiere hacer decir algo distinto de lo que dice, y que estaba redactado en forma hipotética.

GARCÍA GARCÍA, por su parte, nos habla de la «confianza en la apariencia registral», derivada del principio de legitimación —esto sería aplicable a la LH actual, pero no a la de 1861—. De todas formas este autor, concretamente en el tema de la fe pública, no nos habla de presunciones. Sólo resulta implícita la del artículo 38-1 LH.

Por lo demás, cuando el legislador establece determinadas presunciones, normalmente lo suele hacer con mucha claridad.

En cuanto a la frase «será mantenido en su adquisición», ésta coincide con el artículo 973 del Código Civil suizo, que dice: «El que adquiera la propiedad u otros derechos reales *fundándose* de buena fe en una inscripción del Registro, *será mantenido en su adquisición*» —traducción de ROCA— o «debe ser protegido en su adquisición» —traducción de GARCÍA GARCÍA—. Como el Código Civil suizo es anterior a la reforma de 1944, hemos de pensar que la LH tomó la frase de aquél —según la traducción de ROCA—, lo cual no es criticable.

Podrá discutirse, pues, el fundamento o naturaleza de la protección que resulta de la inscripción del adquirente, en el supuesto del artículo 34 LH,

pero no se pueden ver presunciones donde no las hay —la instaurada en el art. 38 LH actual, no se contenía en la primitiva LH, en la que, en cambio, se recogía el art. 34—. Nosotros creemos que se trata de una adquisición *ex lege*, porque el artículo 34 la establece, y de una verdadera adquisición *a non domino* porque el mismo artículo nos habla de adquisición: no se trata, pues, de un supuesto de *irreivindicabilidad*, como sostuvo NÚÑEZ LAGOS.

Finalmente, es cierto que la expresión fe pública registral ha tomado carta de naturaleza entre nosotros —Exposición de motivos de la Ley de Reforma de 1944, opiniones de la doctrina y *jurisprudencia*—, lo cual aceptamos, pero en el sentido que dijimos, o sea: la fe pública es un efecto del Registro, y más concretamente de la inscripción —tal vez el más importante—. En caso contrario, quizá se podría hablar de fe pública, de la clase que fuese, pero no precisamente «registral». Y dentro de la inscripción, la fe pública protege el derecho del adquirente, basándose en la inscripción de éste, que es el fundamento inmediato de tal protección. La apariencia, que publica la inscripción del transferente, vendría a ser el fundamento mediato —es decir, el *antecedente*— de la protección.

B) *La tesis dualista del tercero y la inscripción a favor del transmitente*

El concepto, que del tercero se tenga, depende de la posición doctrinal que se admita. Nosotros somos partidarios de la tesis dualista —con independencia del número de los que la defiendan y del carácter que tenga la inscripción—, porque es la que más nos convence, teniendo en cuenta los precedentes históricos —cfr. DÍEZ PICAZO—, la estructura de la LH, tanto la de 1861, como la de la actual, lo dispuesto en el artículo 606 del Código Civil, así como otras razones que exponen los partidarios de la tesis dualista —particularmente GARCÍA GARCÍA— y que, para abreviar, omitimos.

Solamente recordaremos que el precedente inmediato del artículo 32 es el artículo 3 del anteproyecto del Ministerio, cuyo texto fue simplificado en las redacciones posteriores y en la Ley, que dice que «los títulos que NO estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a terceros». NÚÑEZ LAGOS llamó a esta regla «la protagonista de la Ley» y el ministro de Gracia y Justicia, al defender el proyecto ante el Congreso de los Diputados, dijo que *CONTENÍA EN SI TODA LA LEY*. Precisamente es una de las cuatro reglas hipotecarias que más tarde se consignarán en el Código Civil. No obstante, si conforme al artículo 32 —antes 23— el título inscrito no podía ser atacado por otro no inscrito, se corría el peligro de que los títulos inscritos fueran inexpugnables ante títulos anteriores no inscritos ni de

posible inscripción por el artículo 17, y vendría a resultar, entonces, que la inscripción convalidaba títulos inválidos frente a acciones de nulidad derivadas de títulos anteriores no inscritos. Por eso se puso un límite o tope al artículo 23 —**actual 32**—, aclarando en el artículo 33 que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes». Ahora bien, «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se 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 del título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro...» —**sigue la redacción del art. 34 LH de 1861**—.

Este punto de vista, que tuvo sus precedentes en los autores que defendieron el valor ofensivo del asiento de inmatriculación —**VILLARES PICÓ, ALONSO FERNÁNDEZ, DEL HOYO, etc.**— fue seguido por **BALLARÍN, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, HERMIDA, NART** y otros.

Por tanto, según **NÚÑEZ LAGOS**, conforme al artículo 32 LH, *al adquirente le basta con inscribir, **sin jugar para nada la inscripción a favor del transferente***—nosotros añadimos siempre que tal adquirente sea de buena fe—: «En el Registro hay un derecho de asilo; frente a las embestidas de los derechos **extrarregionales**, la inscripción, como ha dicho **GONZÁLEZ PALOMINO**, es un burladero» —**en términos taurinos**—. La defensa del titular inscrito contra los ataques **extrarregionales** no precisa una inscripción antecedente.

C) *Momento en que debe constar en el Registro la inscripción a favor del transferente*

A pesar de lo que llevamos dicho —**que se opone a la constitutividad de la inscripción del transferente**—, examinamos esta cuestión, porque si se acepta determinada posición, la inscripción del transferente puede tener cierta relevancia, aunque sin llegar a los límites de la constitutividad.

El artículo 34 LH nos habla de «el tercero que adquiera... de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo» —**el derecho**—. Pero la interpretación de esta expresión no es pacífica. Vamos a distinguir un supuesto general y otro especial:

— SUPUESTO GENERAL:

GARCÍA GARCÍA nos dice que el TS viene interpretando el requisito de la previa inscripción en sentido bastante riguroso, referido al momento de la adquisición, sin que baste tenerlo en el momento de la inscripción.

En la doctrina hay autores que interpretan el requisito de la previa inscripción en el sentido señalado por la jurisprudencia: VILLARES, PICÓ y ROCA. Concretamente este último, cambiando de opinión, entiende que «el requisito de la previa inscripción debe darse en el momento de la celebración del contrato» y que «el esfuerzo de VALLET —en sentido contrario y que él había admitido **antes**— descansa en la base falsa de equiparar el requisito de figurar inscrito el derecho del **transferente**, que exige el artículo 34 LH con la previa inscripción requerida por el artículo 20 de la misma, equiparación que carece de consistencia a estos efectos».

Otros autores como MOLINA RAVELLO y SANZ FERNÁNDEZ, le dan otra interpretación al requisito de la previa inscripción del transferente. Según SANZ, el mismo «no debe ser interpretado en el sentido de que el transferente del derecho ha de tener el suyo inscrito en el momento de realizar el acto o contrato de transmisión, cosa que literalmente parece exigir el artículo 34 LH. Basta que el disponente sea titular inscrito en el momento en que el acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el artículo 20... Cuando el que dispone de un derecho real es ya titular inscrito tiene plenas facultades para disponer hipotecariamente; cuando en el momento de realizar el acto de disposición no ha inscrito aún su derecho, si bien carece de estas facultades entonces, las adquiere (luego), convalidando retroactivamente las disposiciones realizadas en el momento que inscriba su derecho en el Registro. Es, pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente».

GARCÍA GARCÍA entiende que SANZ confunde la previa inscripción del artículo 34 LH y la del artículo 20 de la misma. Pero, en favor de la opinión de SANZ, tenemos que hacer determinadas consideraciones, que posteriormente examinaremos. Antes tenemos que ver ciertos casos que surgen en la práctica, a saber:

1. Cuando los herederos —**no voluntarios**— del titular registral venden una finca a cualquier persona —**previa** la correspondiente adjudicación en la misma **escritura**—.
2. Cuando se presentan simultáneamente dos escrituras de venta, una del titular registral A, que transmite a B, y otra en que B transmite a C, y ambas escrituras llegan a inscribirse.
3. Cuando el comprador de una finca paga el precio con el dinero que obtiene, mediante un préstamo garantizado con hipoteca, que se «establece» en la misma escritura de venta o en otra otorgada inmediatamente después de aquélla.

Los dos primeros casos pueden ser conflictivos, pero no el tercero si se admite que la inscripción de la hipoteca es constitutiva. Todo ello lo examinaremos brevemente:

GARCÍA GARCÍA entiende que en los dos primeros supuestos, los respectivos adquirentes del dominio —o de un derecho *real*— NO están protegidos por el artículo 34 LH, pero SI por el artículo 32, conforme a la tesis dualista. Cosa distinta es que esté presentado en el Registro el título intermedio —antes de que el adquirente, según el mismo, *transmita*— y que tal título llegue a inscribirse, pues entonces entra en juego el artículo 24 LH y la adquisición posterior derivaría de un titular registral, en cuyo caso tendría lugar la protección del artículo 34 LH.

Según la tesis monista, en los dos primeros supuestos, el tercer adquirente no estaría protegido, ni por el artículo 34, ni por el artículo 32. Por tanto, la posición de este tercer adquirente sería como la del *inmatriculante*, aunque sin necesidad de publicación de edictos y sin que se produzca la suspensión de efectos del artículo 207 LH, con lo cual los efectos de la inscripción serían bastante raquíticos y, a esta postura, podía denominársele «tesis minimalista». Pero ROCA-SASTRE, que es uno de los defensores de la tesis monista, dándose cuenta de ello, trae a colación el artículo 105 RH, como vamos a ver:

— SUPUESTO ESPECIAL DEL ARTICULO 105 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO:

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en su *Derecho Hipotecario* II, págs. 435 y 436, nos dice:

«Este precepto está dictado para resolver un problema de tracto sucesivo, pero, por repercusión, puede resolver una cuestión de protección del tercero hipotecario por la fe pública registral, en conexión con la prioridad registral».

«Si la finca se halla inmatriculada e inscrita a nombre del causante del actual transferente, el tercero adquirente de éste, en el caso de que así se alegue y se acredite, quedará protegido por la fe pública registral, siempre que llegue a inscribirse debidamente el título de dicho transferente, así como el del adquirente, durante la vigencia del asiento de presentación del título del tercero y, en su caso, de la prórroga o prolongación que del mismo supone la anotación preventiva de suspensión practicada al amparo del artículo 105, *in fine*, del RH».

Nos remite luego a las páginas 247 y 248 del mismo *Derecho Hipotecario* II, en que, en el supuesto de doble venta, nos dice:

«Si el título presentado es el del segundo comprador y se subsana el defecto aquí subsanable de la falta de la inscripción intermedia durante la

vigencia de tales asientos —el de presentación y el de anotación preventiva, en su caso, o la prórroga de ésta—, el mismo será protegido, si reúne las demás condiciones de la fe pública registral.

En definitiva y como resumen, en caso de doble venta, el segundo comprador compra de un *non dominus*, que, no obstante, en el momento de vender tiene inscritos la finca o derecho vendidos a su favor —aunque sea por dicho art. 105 del RH—, en cuyo contenido registral confía aquél».

Esto puede ser incierto, incongruente e inadmisibile.

Puede ser incierto, porque se intenta hacer decir al artículo 105 RH lo que éste no dice ni quiere decir. El artículo 105 es un precepto reglamentario —no se olvide esto— que no puede desvirtuar lo dispuesto en el artículo 34 LH. El artículo 105 sólo nos dice que se podrá tomar anotación preventiva, en caso de que resulte que el transmitente es causahabiente del titular registral. Pero este precepto no va más allá. No considera que está inscrito lo que no lo está. Esta es una cuestión que abordó exhaustivamente GARCÍA GARCÍA —al tratar del tema de la prioridad—, al cual nos remitimos y que tal vez, en su momento, examinemos.

Puede resultar incongruente con el artículo 34 LH, el cual exige para la protección que «el tercero ADQUIERA... algún derecho de persona que EN EL REGISTRO APAREZCA con facultades para transmitirlo». Y en el caso del artículo 105 RH no se cumple esto. Por tanto, una de tres: o se admiten los criterios de MOLINA RAVELLO y SANZ FERNÁNDEZ; o se admite la tesis dualista, o se considera que el adquirente no está protegido por los artículos 34 y 32 LH (tesis minimalista, como hemos dicho). Lo que no se puede hacer es considerar —por una aplicación indebida del artículo 105 RH— que está inscrito un título que puede que ni siquiera esté presentado.

Puede resultar inadmisibile, pues parece que el adquirente que anota preventivamente su derecho es de mejor condición que aquél que inscribe su título, en el que se realiza la transmisión anterior, o que, a su título, acompaña el de la transmisión anterior, inscribiéndose ambos. Creemos que ROCA entiende que la protección del artículo 34 actúa en los casos señalados, aunque en ellos no sea aplicable propiamente el artículo 105 del RH, pero entonces se sitúa en una posición muy parecida a la de SANZ y MOLINA RAVELLO.

Nosotros descartamos las opiniones de estos dos últimos autores —aunque haya argumentos en su favor como veremos—, y aceptamos el criterio de GARCÍA GARCÍA —de conformidad con la jurisprudencia del TS—, aunque parezca formalista y en cierto modo no concordante con el carácter *espiritualista* de nuestro Derecho, y aunque presente, además, otro inconveniente, ya que aún está por ver si los Tribunales reconocerán la protección del artículo 32 LH, de conformidad con la tesis dualista del tercero —la Sentencia del TS de 4 de marzo de 1988 parece que admite tal protec-

ción—. Pero, a pesar de ello, su criterio es el que más concuerda con el texto del artículo 34 LH. Para comprobar aquel carácter formalista volvemos a traer a colación alguno de los casos antes expuestos y haremos algunas consideraciones:

- Si la previa adjudicación a favor de los herederos —no voluntarios— y la subsiguiente venta se hace en la misma escritura, el comprador no resulta protegido por el artículo 34 —aunque sí por el 32—. Ahora bien, si se otorga la escritura de adjudicación previa, que se presenta inmediatamente en el Registro, y un segundo después de dicha presentación, se otorga la escritura de venta, el comprador resulta protegido por el artículo 34 LH. Esto mismo sería aplicable al supuesto de ventas sucesivas.
- En el caso de venta y préstamo hipotecario hecho al comprador, aquella exigencia de que se presente en el Registro la escritura de venta, y luego se otorgue la de préstamo, para que el acreedor —normalmente una entidad bancaria— quede protegido por el artículo 34, también implicaría un formalismo, que incluso podría dificultar bastante el tráfico jurídico, si se admitiese la tesis de los que consideran que la inscripción de la hipoteca no es constitutiva.

Por todo ello, en favor de las opiniones de SANZ y MOLINA RAVELLO, pueden hacerse determinadas consideraciones:

- En el supuesto del artículo 34 LH, el momento determinante de la adquisición es el de la inscripción a favor del adquirente, pues es a partir de entonces cuando el *verus dominus* deja de serlo. La expresión del texto es clara. La Ley, al decir «será mantenido en su adquisición» se refiere a que el tercero inscriba antes de que se anule o resuelva el derecho del otorgante. Y tal criterio podría aplicarse al momento en que el transmitente debería tener inscrito su derecho. No obstante, también resulta claro que el artículo 34, al hablar de adquisición, se refiere a una adquisición realizada conforme a la doctrina del título y el modo, sin que la inscripción supla a la tradición —y por consiguiente, tal adquisición debe ser posterior a la inscripción del transmitente—. Solamente *en el singular caso de la hipoteca* la inscripción ha venido a sustituir a la tradición y, por tanto, al ser la tradición un elemento constitutivo de la transmisión, la inscripción de la hipoteca es constitutiva —ROCA—. En los otros supuestos también puede pensarse que «la persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo» —el derecho— es no sólo el titular registral, sino también su representante —esto es indiscutible— o su causahabiente o causahabientes: tratándose de herederos,

éstos **subentran** en la posición del causante y, si no son voluntarios, no entra en juego la limitación del artículo 28 LH.

- ROCA, en varias ocasiones, habló de que había que estimar que la «intención del legislador había sido otra» —art. 36-1.º a) LH—; que al legislador «se le había ido la mano» —art. 41 LH respecto a la relación jurídica «directa» y artículo 86 respecto a la prórroga de las **anotaciones**—, del extraño precepto del artículo 83 LSA, etc. Y esto mismo podía pensarse en aquellos supuestos de aplicación del artículo 34 LH.
- Por lo que se refiere a la jurisprudencia, no hay que olvidar que ésta atiende a las particularísimas circunstancias de cada caso muy concreto para resolverlo, y esta resolución, que puede estar basada en la interpretación más o menos certera de unos textos legales, intenta, más que nada, procurar la realización de la justicia en aquel caso concreto. Por eso la jurisprudencia puede variar, al menos de forma aparente. Como dijo un profesor nuestro: «la jurisprudencia es voluble como la mujer. Por eso tiene nombre femenino».

Pero lo cierto es que la postura del TS y la de GARCÍA GARCÍA —a pesar de su carácter **formalista**— son las que realmente se acomodan al texto del artículo 34 LH, y a este texto es al que hay que estar. Sólo cabe el supuesto del artículo 24 LH —antes indicado—, pero no el del artículo 105 RH, ya que si este último se admite, queda involucrada una cuestión de tracto sucesivo, al fin y al cabo, muy parecida a las de SANZ y MOLINA RAVELLO, como hemos visto antes.

De todas formas, la posición de ROCA nos favorecería —si la admitiésemos—, en cuanto que el requisito de la inscripción a favor del transmitente, con su criterio, aparecería muy debilitado. Y tan debilitado quedaría, que el mismo no sería necesario, al menos en el momento de la adquisición del tercero, siempre que pudiera cumplirse lo dispuesto en el artículo 105 RH.

Finalmente, tratándose de hipotecas, para que los futuros titulares de ellas estén protegidos por el artículo 34 LH, no es necesario que, antes de otorgarse las respectivas escrituras de hipoteca, consten las previas inscripciones a favor de los correspondientes hipotecantes, considerando que la hipoteca se adquiere cuando se inscribe, por la razón que hemos visto.

D) *La consulta del Registro por el adquirente*

Nos dice ROCA-SASTRE que: «conforme expresa VALLET, en la fe pública registral el elemento material es la inscripción a favor del transferente;

y el psicológico es la buena fe del adquirente. La presunción *iuris tantum* existente a favor del **transferente** se transforma, más que en presunción *iuris et de iure*, en palpitante realidad a favor del adquirente». Nos parece que esto no se deduce de los textos legales, según hemos examinado antes, al tratar de la fe pública. No hay transformación de la presunción. Para ello el artículo 34 tenía que estar redactado de otro modo, como vimos antes. Y respecto a la «palpitante realidad», es lo cierto que la inmensa mayoría de los presuntos adquirentes no consultaban el Registro antes de otorgar el correspondiente título, con lo cual malamente podían confiar en él. Pero es que el artículo 34 no exige esta consulta previa, ni tampoco la exige la jurisprudencia. La consulta previa puede ser un indicio para apreciar que el adquirente obró de buena fe, o que no obró de mala fe; pero tal indicio no es suficiente, puesto que si el tercer adquirente conocía la situación real, la consulta del Registro no le confiere la buena fe —según la jurisprudencia reiterada—.

Y no confundimos la publicidad con la buena fe. El Registro publica una apariencia, que tiene a su favor la presunción *iuris tantum* del artículo 38 LH. Pero, aparte de esta apariencia publicada, se requiere la buena fe del adquirente —según el mismo texto del art. 34 LH—.

ROCA-SASTRE se da cuenta de ello —de que muchas veces no se consultaba el Registro— y nos dice lo siguiente —que también transcribe GARCÍA GARCÍA en su obra—: «hay que contestar con la simple remisión al valor de la publicidad registral como instrumento de cognoscencia legal, como subrogado del conocimiento efectivo del Registro, sin lo cual estarían condenados al fracaso los sistemas inmobiliarios registrales en general» —*Derecho Hipotecario* II, pág. 431—. Luego nos remite a la página 119 del I, en que dice: «La publicidad registral, como instrumento de cognoscibilidad legal supone que las funciones de legitimación, protección y afección del Registro de la Propiedad serían insuficientes para desplegar su total energía o eficacia sin su auxilio, ya que la denominada cognoscibilidad legal implica que el contenido registral es conocido por todos sin que se pueda alegar su desconocimiento».

No existe precepto alguno en nuestra legislación inmobiliaria registral que de un modo expreso consagre esta cognoscibilidad legal, pero la necesidad de la misma es tan evidente que ha de considerarse proclamada por una norma implícita en dicha legislación».

Aceptamos esto último con algunas reservas, puesto que el legislador nos manda hacer determinadas notificaciones —arts. 1.453 y 1.492 LEC—. También podría discutirse la publicación de los edictos conforme al artículo 205 LH. Claro que aquí tendríamos que distinguir entre publicidad, publicación y notificación, lo cual examinan con detalle los autores italianos, cuestión esta que parece que les apasiona.

Pero después ROCA nos dice —*Derecho Hipotecario* II, pág. 572—, a propósito del usucapiente contra el Registro: que la usucapición ha de regirse por el Derecho civil puro, que exige una buena fe simple «o a secas», «porque, aún cuando el principio de publicidad impone *de lege* la cognoscibilidad del contenido del Registro, esta cognoscibilidad legal, *no confirmada por la consulta material de los libros registrales* (?), no sitúa al tercer adquirente por negocio jurídico *en mala fe*...» Nos remite luego a las páginas 348 y siguientes, y en éstas nos remite a la 119 del I, ya vista.

Creemos, sencillamente, que la publicidad registral no supone el conocimiento efectivo de la situación registral, sino la posibilidad de aquel conocimiento, el cual está o debe de estar al alcance de todos, de forma que nunca se podrá alegar la ignorancia de la situación registral. La función primigenia del Registro fue la de la publicidad —con algunas excepciones como la Pragmática de 1539, que era muy restrictiva—. Por tanto, en nuestro Derecho, la *iusta opinio quaestio dominii* no puede adquirirse «sin tener en cuenta» el contenido de los libros registrales. Y hablamos de «tener en cuenta», con independencia de la consulta del Registro.

Actualmente tal consulta ha sido potenciada por el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre. Entre otras disposiciones, se da nueva redacción al artículo 175 del Reglamento Notarial, que en su número 1 dispone: «El Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada...»

Esta disposición no implica que antes de haberse dictado la misma, se pudiese alegar la ignorancia del estado registral. Lo que quiere esta disposición es que «realmente» se consulte el Registro.

Y con lo dicho concluimos la cuestión de la inscripción a favor del transferente. Precisamente, se habla de que la inscripción a favor del adquirente tiene eficacia constitutiva, cuando la del transferente pierde su vigencia y se cancela:

- Por nulidad del asiento.
- Por nulidad del título inscrito.
- Por anularse o resolverse el derecho del **transmitente**, y en general:
- Por ser declarado el Registro inexacto.

Es difícil pensar que es «sanante» una inscripción que debe ser cancelada o rectificada, como vimos anteriormente.

4. LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL ADQUIRENTE

Parte de la doctrina tiende a minimizar este requisito, cuando es lo realmente constitutivo, y además indispensable en cualquiera de los dos sistemas de protección: en el latino del artículo 32 y en el germánico del artículo 34.

Otros autores, sin embargo, tuvieron en cuenta la importancia de la inscripción del adquirente.

SANZ afirmó que el elemento fundamental que lleva en sí la energía legitimadora capaz de subsanar la inexistencia del derecho adquirido es la inscripción del título adquisitivo del tercero, cuya inscripción determina el momento de la adquisición. Como dijo JORDANO BAREA: «el titular verdadero no pierde su acción ni su derecho, ni tampoco lo adquiere el tercero hasta que éste lo inscriba».

NÚÑEZ LAGOS sostuvo que el desplazamiento de la propiedad es debido a la actividad del titular registral y *desde la inscripción* a favor del tercer adquirente, y únicamente por esto es la inscripción verdadero modo de adquirir la propiedad.

LACRUZ BERDEJO dijo que la inscripción del adquirente determina —dándose los demás presupuestos o condiciones— la eficacia de su propio derecho y la resolución del derecho del *verus dominus*.

GARCÍA GARCÍA considera la inscripción del adquirente como verdadera causa determinante de la misma.

En efecto, antes de esta inscripción —y aunque concurren los demás requisitos— el *verus dominus* sigue siéndolo. Sólo con la inscripción del adquirente pierde su derecho.

Examinando los preceptos legales, vemos que mientras el artículo 34 LH exige expresamente tal inscripción, el artículo 32 no habla de ella. Pero el tercero a que alude debe de tener inscrito su derecho. Esto siempre se entendió así, pues si el título del tercero no está inscrito y los que se le pretenden oponer no deben estar inscritos —ya que esto último es lo que se presupone en el artículo 32 para su aplicación—, entonces ya no entra en juego la LH.

Por eso, cuando se reformó la LH en 1869, se entendió que el artículo 396 —que equivalía al actual 313 y que establecía la inadmisibilidad de los títulos registrables no registrados, en el supuesto de que perjudicasen a tercero—, era redundante, ya que el tercero a que aludía era el que había inscrito su derecho y estaba ya protegido registralmente, de forma que aquella norma era una repetición de la regla de inoponibilidad del título no inscrito, consagrada en el artículo 23 —actual 32—.

Quizá la adquisición del transmitente se minimiza porque, como agudamente observó ROCA: «En el mundo jurídico, como en el físico, nada tiene

que perderse, y por ello la limitación más insignificante debe traducirse en una ventaja patrimonial cualquiera para otro». Y aquí sucede algo análogo, ya que, si se da menos importancia a la inscripción del adquirente, tienen mayor trascendencia los otros presupuestos.

En este sentido VALLET sostiene —**acertadamente** según ROCA— que la inscripción del adquirente nada convalida, pues no representa más que un requisito *a posteriori* para que se mantenga la adquisición; ésta es sólo una *conditio iuris* para que la eficacia de aquélla sea mantenida. «La inscripción del adquirente —dice VALLET— nada convalida; sólo asegura y fija la adquisición *a non domino* ya operada».

Esto no es admisible. Como hemos visto antes, al tratar de la naturaleza o carácter de la inscripción, la supuesta adquisición *a non domino* «ya operada» —esto es completamente **incierto**— no se produciría con el título y el modo —**conforme** al Derecho civil puro, según los axiomas también **citados**—, sin la inscripción. El adquirente puede tener toda la buena fe del mundo y un título oneroso de lo más perfecto, pero, sin la inscripción, todo ello se derrumbaría. Y esto es lo verdaderamente relevante, ya que, en definitiva, es la LH la que permite que aquella adquisición *a non domino* se produzca —«una vez que el adquirente haya inscrito su **derecho**»— a través de sus preceptos.

Finalmente, en relación con la inscripción a favor del adquirente, hay que hacer una observación en términos muy sencillos y simples: el título llega al Registro con la onerosidad «incrustada» y con la presunción de buena fe a favor del adquirente. En cuanto a la inscripción del transmitente —**practicada** previamente, en los casos normales, es decir, cuando no falta alguna inscripción **intermedia**— ya hemos visto su significado y lo que puede pasar respecto a la misma. En consecuencia, lo decisivo y constitutivo es la inscripción a favor del adquirente.

V. ¿DEBE ADOPTARSE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA?

Vistas las distintas posiciones, así como el criterio del legislador de 1944-46, podemos examinar la cuestión *de legeferenda* o *de iure condendo*, de si debe cambiarse el sistema, y que, en el futuro, la inscripción sea «constitutiva» —no respecto a terceros, ni en **potencia**—.

Y esto se plantea porque siempre hubo voces que abogaron en favor de tal inscripción.

Prescindimos de la peregrina proposición de Ley presentada al Congreso en 1890 por el Conde de San Bernardo, en la que se trataba de introducir en España nada menos que el sistema australiano.

Lo cierto es que desde CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, a mediados del siglo pasado, hasta PAU PEDRÓN en la actualidad, hubo toda una pléyade de autores que defendieron *de lege ferenda* la inscripción constitutiva.

En el reciente trabajo del autor últimamente citado, «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», sigue mostrándose partidario de la inscripción constitutiva y cita algunos supuestos que pueden surgir de no adoptarse aquella:

- «Un acreedor que obtiene una anotación de embargo puede perder su garantía por una propiedad que ignora». Hemos de constatar que, en los más de treinta y tres años que llevamos de ejercicio de la profesión, no hemos tenido ningún caso de interposición de tercería de dominio para cancelar una anotación preventiva de embargo. Por el contrario, no hemos practicado muchas anotaciones de embargo por haberse dirigido el procedimiento contra persona distinta del titular registral, el cual tenía inscrito su derecho con mucha antelación a la fecha en que se inició el procedimiento, en el que se decretó la anotación de embargo. Y esto es algo más que una casualidad. Advertimos que hemos excluido las palabras «denegación» o «denegado», deliberadamente, pues no se corresponden con la cortesía con la que suele redactarse la mayoría de los mandamientos judiciales: «Al señor Registrador de la Propiedad... atentamente saludo y participo».

Lo insólito sucedió en una ocasión en que la escritura de venta se firmó en nuestro Registro —al cual se desplazaron el Notario y las partes contratantes—, porque el adquirente quería estar seguro de que, antes de firmar, no se hubiese presentado ningún documento por el que se gravase o transmitiese la finca objeto del contrato.

- «Si las fincas no están **inmatriculadas**, la eficacia de los derechos *ocultos* es aún mayor: cualquier adquirente está sometido al riesgo de que alguien invoque una propiedad o un gravamen anterior». Respecto a esto podemos decir que si las fincas no están inmatriculadas, la cuestión se rige por el Código Civil, y con relación al mismo, dijo HERNÁNDEZ GIL —1948—: «El Código Civil ha entrado y encontrado acogida en la conciencia social, que es mucho más sensible a la justicia y a la injusticia que la mente de los juristas. El Código no ha producido conflictos ni incomodidades. Preceptos que al entrar en vigor podían suscitar recelos, han arraigado en la práctica jurídica y se han afianzado con el asentimiento del pueblo».

De todas formas el futuro adquirente podrá exigir al que va a ser transmitente que inscriba la finca o fincas a su favor —como sucede en algún supuesto de venta de bienes del Estado— y si no exigió esto, podrá inscribir la finca a su favor —si el título es idóneo— y, como tal inmatriculante —aunque esto sea discutido—:

Tiene a su favor las presunciones del artículo 38 LH.

Puede entablar el procedimiento del artículo 41 LH.

Resulta protegido por el artículo 32 LH y, en su caso, por el artículo 1.473 del Código Civil en el supuesto de doble venta.

— «Que el tipo eficaz de publicidad —la inscripción registral— despliega una utilidad social reducida, al verse afectada por dos graves perturbaciones derivadas de la voluntariedad —o, más exactamente, de que no se atribuya a la inscripción la función que le corresponde—: la falta de inmatriculación y la interrupción del tracto».

Esto es relativamente cierto, y decimos «relativamente» porque la utilidad social no es tan reducida como se pretende. LACRUZ dijo que «si hacemos un balance de los resultados prácticos de nuestra legislación hipotecaria, éste, a pesar de los defectos que en ella se observan, no puede menos de resultar muy favorable».

Sobre todo, se ha quitado, mediante la publicidad, la ocasión del fraude... En general se ha dado una gran seguridad a las adquisiciones y transmisiones de inmuebles, con lo cual se ha abierto un camino importante y seguro al empleo de capitales y así, por medio del crédito, al aumento de la riqueza nacional.

En el aspecto de la seguridad de la propiedad y los derechos reales, hay que señalar, con GENOVÉS y DE LA RICA, la enorme disminución del número de pleitos referentes a la propiedad inmueble y la más fácil resolución de las contiendas judiciales, gracias a la mayor precisión de las leyes aplicables —mérito este que corresponde, sobre todo, al Código Civil— y a la aportación de pruebas preconstituidas en el Registro, con la consiguiente claridad en la titulación que elimina dudas sobre quién es o no propietario. A la vez, los propietarios se sientan más amparados en sus derechos y más alentados a mejorar sus fincas que en los tiempos en que podían temer el ejercicio de acciones, más o menos temerarias, pero en las que corrían el peligro de ser despojados de lo que les pertenecía. La Ley ha eliminado el peligro de las hipotecas generales y tácitas y, en general, de las cargas ocultas.

También son buenos los resultados de la Ley en el aspecto del fomento del crédito con garantía inmobiliaria. Para que éste prosperase, era necesari-

rio que los inmuebles ofrecieran una seguridad suficiente y eficaz de recuperar el capital invertido sobre ellos, y ésta sólo podía darla una buena legislación inmobiliaria. La cual, de este modo, ha ayudado eficazmente a combatir la usura, que sólo puede medrar por su interés abusivo, allí donde el dinero no es atraído a precio normal o en unas condiciones normales de garantía. Nuestra Ley Hipotecaria ha conseguido una reducción del interés en los préstamos garantizados por la inscripción en el Registro y la desaparición de la antigua plaga de la usura en los medios rurales. Gracias a la Ley Hipotecaria se han podido realizar las grandes obras públicas y especialmente la construcción de ferrocarriles y centrales hidroeléctricas, la transformación urbana de Madrid, el ensanche magnífico de Barcelona, las reformas interiores de Valencia y Sevilla y otras innumerables mejoras urbanísticas que dan a muchas ciudades españolas un aspecto moderno superior al de la mayoría de las poblaciones de Italia y Francia, en las que no se ha podido utilizar a fondo la poderosa palanca de los créditos hipotecarios. Por último, en el orden agrario, en un momento en que el aumento de población reclamaba más medios de subsistencia, y esto requería la mecanización de la agricultura, la transformación de unos cultivos y la introducción de otros, la Ley Hipotecaria ha ayudado eficazmente a allegar los capitales precisos».

Esto lo escribía LACRUZ en 1957. Pero desde entonces se ha incrementado la actividad y los controles **registrales**: la vigilancia fiscal, plasmada en el artículo 254 LH se extiende ahora al **IRPF** en las transmisiones realizadas por no residentes. La observancia de la Ley del Suelo —que afecta también a los **Notarios**— exige nuevos requisitos para practicar determinadas inscripciones. Lo mismo ocurre con la Ley de Costas, la Ley de Control de Cambios y la Ley de Inversiones Extranjeras. Además ahora hay que practicar determinadas notificaciones conforme a los artículos 1.453 y 1.492 de la LEC y facilitar informes a las Magistraturas de Trabajo y a los organismos de Hacienda, proceder a la formación de ficheros **informatizados**, etc.

Creemos que ya, poco más se le puede exigir a una institución como es el Registro de la Propiedad.

Y tenemos que hacer constar que, si se pretende que todo —cosas, derechos, instituciones, etc.— tenga una función social, tal vez demasiado exagerada y acusada, llegaríamos a una situación parecida —**aunque sea remotamente**— a la que nos describe ALDOUS HUXLEY en su novela «Un mundo feliz». También aprovechamos la ocasión para advertir de la peligrosa situación a que nos puede llevar el posible abuso de la informática: aquí nos viene a la mente la magnífica película protagonizada por Charlot y titulada «Tiempos modernos». En ella se critica **sarcásticamente** cierto grado de industrialización, en que el individuo puede convertirse en una

máquina. Pero lo mismo puede suceder si se alcanza cierto grado de informatización. Puede que la historia no se repita, pero sus concomitancias sí pueden repetirse.

Pero es que, además, todos aquellos controles y requisitos se oponen, en cierto modo, a la inscripción constitutiva, pues el cumplimiento de los mismos supone tiempo —a veces mucho tiempo—, de modo que habrá un período de tiempo más o menos largo desde que se celebre el contrato de finalidad traslativa hasta que éste se inscriba, en que el comprador, cesionario, donatario, etc., no sea aún propietario. Pero resulta que éste quiere serlo inmediatamente, desde el instante de aquella celebración. Hoy, con el otorgamiento de la escritura y la tradición instrumental o simbólica, ya lo es, desde el momento en que se firma la escritura en la Notaría. Será un propietario «relativo» o provisional, o con un título de eficacia relativa, según parte de la doctrina —los italianos FUNAIOLI, CARIOTA FERRARA, COVIELLO, y el belga DE PAGE—, pero, al fin y al cabo, un propietario.

— La conveniencia de adoptar el sistema de inscripción constitutiva tiene un gran apoyo en el artículo 1.473 del Código Civil:

«Esa eficacia constitutiva en el caso de la doble venta se produce también tratándose de inmatriculación; no porque el comprador sea *tercero latino* del artículo 32 de la Ley Hipotecaria (este tercero tendría que reunir, en mi opinión, los mismos cuatro requisitos del tercero del 34 —me confieso radicalmente *monista*—), sino porque el comprador, en el caso de doble venta no es tercero hipotecario, sino que es segundo, es parte que contrata con un *verus dominus* —no se ha producido una transmisión anterior, sino sólo un contrato de compraventa anterior (?)—».

Esto último nos parece, por lo menos, discutible. Pero no vamos a entrar en ello porque supondría un examen muy profundo y extenso, que no tendría cabida en unas simples notas. Parece indudable que si se instaura la inscripción constitutiva, más bien diríamos «constitutiva en acto» o «definitivamente constitutiva» —porque para nosotros la inscripción es constitutiva en potencia— desaparecerían los problemas que plantea el artículo 1.473 del Código Civil. Y tal vez desaparecerían de una forma absoluta porque tal artículo —respecto a los inmuebles— ya *no tendría mucha razón de ser*. Pero aquella instauración nos podría salir cara, pues, de momento, sería de consecuencias imprevisibles y como muy dijo el héroe de Shakespeare —*Hamlet*—, «más vale sufrir el mal presente que en busca ir de lo ignorado». Mejor sería retocar, si acaso, el párrafo 2.º del artículo 1.473.

— «El sistema actual de publicidad sigue siendo el de la tesis intermedia de GÓMEZ DE LA SERNA, que presidió la LH de 1861: ni inscrip-

ción constitutiva ni transmisión consensual del dominio; publicidad declarativa para la eficacia de los derechos frente a tercero. A pesar de esta prudencia varios diputados llegaron a pedir la derogación de la Ley, según recuerda BIENVENIDO OLIVER, así como la antipatía con que fue acogida la Ley, que llegó a convertirse en verdadero odio. El Director General de los Registros, aterrado por el previsible fracaso de la Ley, presentó su dimisión. Esta crisis inicial no se hubiera superado si se hubiese impuesto la inscripción constitutiva».

Hay algo de verdad en ello, pero no tanta como se pretende. Se han superado y corregido muchas de las deficiencias de la Ley primitiva, y no sería cuestión de detallarlas ahora.

Pero análogas críticas que la LH y oposición a la misma, han soportado otras leyes. Concretamente, el Código Civil, en los primeros *cincuenta años* de su vigencia, fue objeto de duras críticas. Ya antes de nacer, la Comisión del Senado que dictaminó sobre él, decía que: «no coincide, verdaderamente, en pocos o en muchos puntos, con los progresos del tiempo, con las necesidades sociales del día y con ciertas ineludibles previsiones que una ley de esta índole no debiera omitir». Luego se le achacaron ya extralimitaciones con relación a la Ley de Bases, ya deficiencias de contenido, ya ausencia de criterio informador, ya falta de un concepto científico en la mayoría de las instituciones, ya plan anticuado y viciosa distribución de materias, ya antinomias irreductibles y defectos de técnica y de redacción. El gran *tournant* en esta tempestad de censuras, como es sabido, fue el profesor DE CASTRO, quien consideró que «los autores del Código Civil merecen respeto y agradecimiento, porque... han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer, elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española».

Pero esto no debe *acomplejarnos*. No somos ni mucho mejores o peores que otros. El hecho de que se tarde mucho tiempo en reconocer los méritos de una obra, no ocurre solamente en el campo del Derecho, ni es inherente al Estado español. Basta con citar al pintor Van Gogh, que murió en la más absoluta miseria —suicidándose—, y hace muy pocos años se vendió un cuadro suyo en la nada despreciable cantidad de nueve mil millones de pesetas, y más recientemente otro en cuatro mil millones.

Pero volvamos a la LH de 1861. Creemos que, lo de menos, fue que el Director General presentara su dimisión —esto sólo nos prueba que se aterraba por cualquier cosa—. Lo importante fue —como escribe GARCÍA GARCÍA con referencia a BIENVENIDO OLIVER— «el auténtico caos que se produjo, debido a las dificultades de aplicación de la Ley, al ser tan diferente al anterior el sistema introducido por ella. Muchos propietarios no pudieron inscribir sus títulos en el plazo que la Ley señalaba. Además, se

presentaban títulos defectuosos, y los Registradores de aquella época, para evitar responsabilidades, rechazaban la inscripción de los mismos. La escasa superficie de las fincas en algunas regiones, como en Galicia, fundamentalmente por la excesiva subdivisión del suelo, impedía la inscripción de muchas de ellas. En fin, los títulos anteriores a la Ley de 1861 planteaban una serie de problemas en cuanto a sus requisitos y efectos.

Por tanto, el principal problema existente tanto en 1861 como en 1869 —año de la primera **reforma**— era el de la aplicación de la Ley de 1861 y el de las dificultades de la inscripción. Se plantearon las cuestiones de si procedía suspender la aplicación de la LH sólo en cuanto a Galicia y la posibilidad de inscribir documentos privados respecto de las fincas de escasa cuantía, para evitar gastos excesivos. Estos proyectos parciales fracasaron, pero influyeron en la Ley de 1969, que dio facilidades a la inscripción, lo mismo que el Real Decreto de 1875. Así, con respecto a la posesión, la Ley de 1861 admitió su inscripción en base a un procedimiento de titulación supletoria y como una medida de Derecho transitorio, permitiendo la inscripción de la posesión comenzada antes del 1 de enero de 1863. El Real Decreto de 1875 convirtió las inscripciones de posesión en una forma de titulación supletoria *permanente*. El éxito de la información posesoria fue alarmante, y el Registro de la Propiedad corrió el peligro de transformarse en el «Registro de la posesión».

Lo dicho y ocurrido no supone ninguna crítica al legislador. Sólo implica una advertencia de lo que puede suceder si se instaura la inscripción constitutiva.

Creemos realmente que los legisladores de 1861 merecen un respeto profundo por haber hecho una de las leyes más científicas entre las nacionales —E. de M. de la Ley de Reforma de 1944—, tal vez la más científica, podíamos decir. La luminosa Exposición de Motivos de la LH de 1861 es una joya de la literatura jurídica. Los autores de 1861 merecen toda clase de alabanzas, pues supieron aunar las ventajas de la publicidad germánica con la honda raigambre romana de nuestro Derecho tradicional. Con don JERÓNIMO GONZÁLEZ se puede afirmar que la LH de 1861, recogiendo las enseñanzas de los ordenamientos más notables de su tiempo, se puso a su altura:

1. Por subordinar la adquisición del inmueble frente a terceros, a la inscripción, lo mismo que los gravámenes y afecciones.
2. Por desarrollar las anotaciones preventivas de un modo inigualado.
3. Por haber dado el golpe de muerte a las hipotecas tácitas y solidarias.
4. Por haber basado el Registro de la Propiedad sobre los principios de publicidad, especialidad y legalidad.

Es más: pensamos, en definitiva, que tanto los legisladores de 1861 como los de 1944 tal vez superaron a algunos comentaristas, pues introdujeron una inscripción, que en determinados casos podía llegar a ser constitutiva —sea relativa, condicional o potencialmente constitutiva (como decimos nosotros)—, bajo la apariencia de inscripción declarativa.

Concretándonos a los reformadores de 1944-46, éstos fueron muy prudentes. Invocaron una razón para no instaurar la inscripción constitutiva: la de que más del 60 por 100 de la propiedad estaba sin inscribir. Pero había otras. La fundamental pudiera ser que no estaba —ni está todavía— en el ánimo del pueblo, admitir la inscripción «constitutiva pura».

Así pues, aún hoy, después de medio siglo de la última reforma, las consecuencias de aquella instauración podrían ser poco afortunadas. Piénsese, que si la misma se produce, es muy posible que millones de propietarios, de la noche a la mañana, queden convertidos en simples poseedores. Se dirá que, con un buen régimen de Derecho transitorio, esto quedaría resuelto. Pero entonces comenzaría una segunda y penosa travesía del desierto, puesto que si bien la primera LH era de 1861, *cuarenta y nueve años más tarde*, aún fue una gran preocupación —en la reforma de 1909—, el establecer la extinción de efectos de los asientos de las antiguas Contadurías de hipotecas, terminando con una de las mayores perturbaciones del sistema.

Nosotros podemos testimoniar, después de más de treinta y tres años en el ejercicio de la profesión, que la inscripción constitutiva no sería admitida de buen grado, porque aún no está arraigada esta idea —como dijimos— en el ánimo del pueblo —ni siquiera en el de las personas que podrían ser favorecidas por ella—, y como expone LEGAZ y LACAMBRA: «Una Ley es popular cuando se adapta al sentimiento jurídico del pueblo. Caso contrario, éste no la ama, ni la siente como suya, y sólo puede acatarla fría y externamente en las ocasiones indispensables».

Concretándonos al sentir de la mujer y el hombre de la calle, éstos no le dan apenas importancia a los tecnicismos expuestos. A ellos sólo les preocupa la inscripción con tal de que sirva. «Que sirva»: He aquí dos palabras que constituyen todo un propósito y que aspiran a la consecución de un resultado. Que sirva: para la obtención de un crédito hipotecario, para estar más seguro de la propiedad, para que no se pueda anotar un embargo en procedimiento dirigido contra el anterior titular —aunque éste no tenga inscrita su adquisición—, etc. Es una convicción popular que, una vez que se ha inscrito un derecho, éste es más firme y más seguro, aunque lo sea mediante inmatriculación —pues para ello se han publicado los edictos—. Para el inmatriculante de buena fe sería una frustración —y es posible que no lo entendiese y creyese que la Ley es injusta (esta es la forma, poco más o menos, en que se expresa el pueblo, en general)— si llegase a perder su derecho. Afortunadamente no conocimos este supuesto. Nos es-

tamos refiriendo a ciudades de tipo medio, pues en los grandes núcleos de población es muy posible que la inmensa mayoría de la gente tenga una idea muy remota de lo que es el Registro.

Aquel sentir popular está bastante extendido, incluso entre los que ROCA denomina «zurupetos y abogados de manga corta e inferior jurisprudencia». Pero el hecho de que se acepte la inscripción, tal y como hoy está configurada, no significa que se vaya a aceptar la inscripción constitutiva. Por ello lo prudente es esperar. LÓPEZ MEDEL propuso hacerla gradualmente constitutiva. ROCA dice que esta idea tiene su encanto y que podría probarse. Pero entiende que solamente cuando el Registro de la Propiedad haya entrado a fondo en toda España será posible establecer la inscripción constitutiva para todos los casos de mutaciones **jurídico-reales** derivadas de negocio jurídico. Luego hace una serie de consideraciones, con las que, en términos generales, estamos de acuerdo, y a ellas nos remitimos.

Pero todavía hay algo más que decir si se instaurase la inscripción constitutiva: no habría dobles transmisiones, pero sí podría haber dobles ventas, podrían seguir embargándose inmuebles que no figurasen en el Registro a nombre del demandado, como sucede actualmente (no se consulta el Registro), no desaparecerían —como certeramente señala ROCA SASTRE— las adquisiciones *a non domino*, ni el personaje del tercero hipotecario.

De todas formas, por una teoría o concepción doctrinal, pocas leyes habrán sufrido una modificación profunda. En cambio, una modificación parcial sí puede producirse cuando alguien es capaz de asustar o alarmar al legislador, como ocurrió con el artículo de CARDELLACH en el siglo pasado, «Una duda sobre la Ley Hipotecaria», publicado en la revista jurídica *El Foro*, de Barcelona, introduciéndose en la LH de 1869 el sistema de las notificaciones. Más recientemente, sucedió algo parecido con el artículo 37 de la vigente Ley del Suelo que, al parecer, tiene su origen en el llamado informe «McMillan-Scott», que se presentó a la Comisión de peticiones del Parlamento Europeo en noviembre de 1988.

Creemos que siempre se impondrá la prudencia y el buen sentido. Como dijo ALVARO D'ORS, las dos únicas fuentes de la **normatividad** jurídica son la jurisprudencia y el reglamento. La primera es la *prudentia iuris*, la revelación de la verdad jurídica, el descubrimiento del Derecho; el segundo es la disposición autoritaria, el establecimiento ordenador, **actividad** dispositiva que es administración y emana del poder organizado del Estado. El Estado, pues, administra, no crea Derecho; éste es descubierto por los «prudentes»; la fuente viva y siempre actual del Derecho fue, es y será, la doctrina. Y en la cuestión que nos ocupa son más importantes las razones de los juristas que no son partidarios de la inscripción constitutiva «en acto» que las de los que sostienen la afirmativa.

No hemos hablado de la INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA, típica del sistema francés: obligatoria, no para las partes, sino para los Notarios, Abogados, Procuradores, Ujieres, etc., que están obligados a pedirla en determinados plazos. Y no hemos hablado de ella porque consideramos que el sistema francés —aun después de las últimas reformas— es un conjunto de chapuzas superpuestas y yuxtapuestas que permitían —según la fórmula del país vecino— «salir del paso». Para empezar, el sistema francés se lleva por personas y por fincas, *pero sólo mediante ficheros*. Estos tienen un valor puramente instrumental, pero resulta *que se puede certificar de ellos*. Esto es una incongruencia. Además, como agudamente observa GARCÍA GARCÍA, no es un sistema ni de folio real, ni de folio personal —aunque tradicionalmente se le venía atribuyendo este carácter—. En realidad se trata de un archivo cronológico de los duplicados de los títulos. Lo cierto es que las circunstancias no ayudaron a que fuese un buen sistema. Tenemos entendido que, en la elaboración del *Code* de 1804 tomó, en cierto modo, parte activa Napoleón, y éste no entendía muy bien que los contratos no produjesen —por sí solos— la transmisión de la propiedad. Malo es que un general —aunque sea un genio de la estrategia— se meta en cuestiones netamente jurídicas. Pero lo peor es que auténticos juristas tengan que acatar su criterio.

En nuestro Derecho, el artículo 313 y concordantes de la LH actual y su Reglamento, así como los artículos equivalentes de las Leyes Hipotecarias anteriores —que creemos que, en la práctica, no se aplicaron ni se aplican— referentes a la llamada «inscripción estimulada» han recibido las más violentas críticas por parte de muchos autores.

ROCA auguró que la fórmula de inadmisión de documentos no inscritos podía poner en ridículo al legislador, y que de hecho quedaría inoperante con el natural desprestigio de la norma y entonces no habría más remedio que tolerar su desuso, quedando por ver el caso que de la misma harían los Tribunales.

GONZÁLEZ PALOMINO dijo: «Reconocer un derecho como eficaz y perfecto en sí mismo y en su adquisición, y negarle amparo por falta de un requisito facultativo que entre las partes no le da fuerza alguna, es absolutamente injusto y absolutamente ilegal (?), ya que nuestro sistema no se ha modificado y el Código Civil sigue intacto».

Un criterio bastante ponderado respecto a dichos preceptos, es el de LACRUZ BERDEJO, y a él nos remitimos.

Lo anterior no quiere decir que seamos partidarios del sistema alemán, que fue considerado por nuestra doctrina, en un principio, como una maravilla de tecnicismo. Pero que en la misma Alemania recibió las más duras críticas por parte de LANGE, HECK y BRANDT, como ya en 1945 puso de relieve, con gran brillantez, URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, en su conferencia «El problema de la causa en la tradición».

Personalmente, tenemos la gran fortuna de que siempre nos gustó mucho lo nuestro —no lo que es de los demás— y esto evita la envidia. Y en el ámbito del Derecho, nos gusta mucho nuestro sistema hipotecario —o registral inmobiliario—, que consideramos como uno de los mejores del mundo. Indudablemente que puede y debe ser perfeccionado, pero sin que deje de ser nunca un Registro «jurídico», integrado en el Ministerio de Justicia y relacionado con el poder judicial, bajo cuya «salvaguardia» están los asientos del Registro, conforme al artículo 1.º LH.

Con lo cual terminamos estas simples notas ¿informativas?, no sin dedicar un recuerdo a JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y a CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, quienes ya moran en el desconocido mundo de la jurisprudencia eterna. Al primero porque sus «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral» y sus anotaciones al «Derecho de Sucesiones», de JULIUS BINDER, nos apasionaron en su día (1958-1962); y al segundo por tratarse de un eminente jurista práctico y un amigo entrañable, inasequible al desaliento.

LINO RODRÍGUEZ OTERO
Registrador de la Propiedad de Vigo