

Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales

SUMARIO: I. LA EFICACIA CONSTITUTIVA EN LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-1946.—II. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA, HOY: 1. LA NECESARIA COINCIDENCIA ENTRE EFICACIA Y PUBLICIDAD. 2. EL MODO COMO PUBLICIDAD: EVOLUCIÓN. 3. LA FUNCIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA: HISTORIA DE LOS PROPÓSITOS DEL LEGISLADOR. 4. LA FUNCIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN EL DERECHO VIGENTE. 5. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA ACTUAL DE PUBLICIDAD. 6. EL TÍTULO EN UN SISTEMA DE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA. 7. Los OBS-
TÁCULOS PARA LA EFICACIA CONSTITUTIVA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: EL ESPIRITUALISTA Y EL SOCIOLÓGICO. 8. ÁMBITO DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.—III. PUNTUALIZACIONES: 1. LA PRETENDIDA «INVOLUCIÓN FORMALISTA» QUE IMPLICARÍA LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA. 2. INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y ACUERDO REAL ABSTRACTO. 3. EL REGISTRO, ¿APARIENCIA O VERDAD OFICIAL?

Las páginas que siguen se estructuran en tres apartados: En el primero se trata de precisar lo que el legislador hipotecario ha pensado, en un momento determinado —cuando se hizo la reforma de 1944-46—, sobre una cuestión concreta: la eficacia de la inscripción respecto de la constitución de los derechos reales inmobiliarios. A continuación —en el segundo apartado— se examina lo que sobre el tema ha pensado la doctrina posterior; también lo que piensa el autor de estas líneas (1). Por último —tercer apartado— se trata de dar respuesta a las críticas más recientes que ha recibido el sistema de inscripción constitutiva.

(1) Para desarrollar este punto transcribo algunas páginas de las que forman mi estudio *Eficacia y publicidad de las relaciones jurídicas inmobiliarias*, publicado en el BIMJ de 5 de julio de 1991.

I. LA EFICACIA CONSTITUTIVA EN LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-1946

El tema de la inscripción constitutiva suele plantearse en el ámbito de la política jurídica. Pero ahora se aborda la cuestión con la sola finalidad de ahondar en la *mens legislatoris*, para conocer con la mayor exactitud que pensaba el último legislador hipotecario sobre la inscripción constitutiva. Para conocer ese pensamiento sólo existen tres vías: los precedentes normativos inmediatos, las palabras del propio legislador y las ideas expresadas en la discusión parlamentaria.

1. El primer intento de reforma global de la Ley Hipotecaria de 1909 se realiza en 1934, siendo Ministro de Justicia el Registrador de la Propiedad Vicente Cantos Figuerola. Una Orden de 1934 encargó a la Comisión General de Codificación —llamada en aquellas fechas Comisión Jurídica Asesora— la redacción de un proyecto de ley. Entre los criterios básicos que había de tener en cuenta figura el de implantar la inscripción constitutiva; se dice veladamente en la base primera y directamente en la base tercera:

«Primera. Se conservarán en lo posible el espíritu, estructura y texto de la Ley Hipotecaria vigente, aceptando las modificaciones técnicas de mayor e indiscutible interés que puedan ser recogidas de los Códigos Civiles alemán y suizo, o de las respectivas reglamentaciones inmobiliarias.»

«Tercera. La implantación total de la Ley se ajustará al principio de que sólo podrá constituirse, modificarse, transferirse o extinguirse un derecho real sobre bienes inmuebles, por acto o negocio jurídico, mediante la inscripción en los libros correspondientes».

Es cierto que esta disposición es un precedente —el más lejano— de la Ley Hipotecaria de 1944, porque los diversos proyectos de reforma no culminan hasta esa época, pero es cierto también que en los diez años que median entre 1934 y 1944 *el legislador* cambió de fisonomía, y no hay lazo de continuidad entre los textos redactados entre ambas fechas. Sí puede considerarse, en cambio, precedente directo de la Ley de reforma de 1944 el proyecto de PORCIOLES, aunque no tuviera carácter oficial —lo redactó PORCIOLES siendo Director General de los Registros y del Notariado, pero lo hizo más como técnico que como político, porque no consta que participara en la redacción la Junta Consultiva de Letrados de la Dirección ni ninguno de los servicios de ese Centro—; se trató por tanto de un proyecto personal y privado.

En el proyecto de PORCIOLES no se atribuye a la inscripción carácter constitutivo. El único precepto de ese texto que contempla con carácter

general la eficacia de la inscripción es el 605 proyectado: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la exteriorización, legitimación y prueba de los derechos reales inmobiliarios que se hallen en el comercio de los hombres y el de aquellos otros que tiendan a variar relaciones reales sobre inmuebles». No debe pasar, sin embargo, inadvertido, el alcance de la afirmación de que «el Registro tiene como objeto... la prueba de los derechos». No implica esta afirmación que se atribuya a la inscripción carácter constitutivo, pero en la práctica produce un efecto semejante: para probar *derechos* sólo cabe trasladar los asientos registrales. Esta idea no es exótica en nuestro sistema, ni lejana tampoco de nuestro sistema civil: está presente en los artículos 1.218, 1.227 Código Civil y 313 LH; el documento no prueba derechos reales inmobiliarios; sólo los asientos registrales prueban derechos reales inmobiliarios.

2. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 se manifiesta explícitamente sobre el tema de la inscripción constitutiva; antes de citar los párrafos que se refieren a él, podrían sintetizarse así:

1.º La posición del legislador obedece a *razones de oportunidad*: sería una empresa difícil explicar —**especialmente** a la población **rural**— el cambio de sistema; hay una gran parte de propiedad que permanece al margen del Registro.

2.º Por obedecer a razones de oportunidad, la atribución de carácter constitutivo a la inscripción es una cuestión que *se aplaza*: mientras sea grande el volumen de la propiedad no inscrita no se pueden dictar las disposiciones adecuadas con esperanza de éxito.

3.º El legislador reconoce la *superioridad* del sistema de inscripción constitutiva: valora las importantes razones que aduce la doctrina en su defensa, y afirma que las relaciones inmobiliarias, por su naturaleza, exigen publicidad.

4.º El legislador, que está obligado a tutelar los derechos inmobiliarios, al no poder llevar esa tutela hasta el extremo —**inscripción constitutiva**—, ha reforzado la eficacia de la inscripción en los planos civil y procesal.

Las palabras del legislador son las siguientes:

«Tampoco se ha considerado oportuno (se refiere al rechazo que acaba de expresar a la figura del contrato real) elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico.

No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero, a pesar de reconocerse plenamente que las relacio-

nes jurídicas inmobiliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si **—conforme se ha dicho—** más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría, de hecho, inoperante, con el natural desprestigio de la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias.

Dadas las características de nuestra riqueza territorial, tan dividida entre modestos propietarios, sería empresa difícil hacer comprender a la extensa población rural las diferencias esenciales que median entre un vínculo meramente personal y una relación real.

Cierto es que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos. Pero ínterin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar, con esperanzas de éxito, las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo.

Como resultado de todo ello, y en consideración a que no le es dable al estado inhibirse de la tutela de los derechos inmobiliarios, se ha concedido a la inscripción una mayor sustantividad y reformado los artículos 355 y 356, de suerte que constituyan el primer paso coercitivo para la desaparición de la discrepancia antes aludida.

La inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, será, en cambio, premisa ineludible, con las limitaciones que se establecen, para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles. De este modo quedarán debidamente tuteladas las relaciones jurídicas inmobiliarias, de acuerdo con su naturaleza y trascendencia social. Se corregirá en gran parte la divergencia que todavía subsiste, en proporción no desdeñable, entre el Registro y la realidad extrarregistral. Y se obtendrá la seguridad de que las declaraciones judiciales o administrativas descansan sobre la base sólida y segura del Registro de la Propiedad. Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal».

3. El proceso formativo de la ley ha dejado nuevos e importantes rastros del pensamiento del legislador sobre la inscripción constitutiva. Como no aparece en ningún precepto del proyecto de Ley, y no se formularon enmiendas a la totalidad, no se suscita debate sobre la cuestión. La Exposición de Motivos sólo fue objeto de una enmienda, relativa a la protección de los legitimarios.

En la defensa del dictamen de la Comisión, hecha ante el Pleno de las Cortes por uno de sus miembros, se hace una clara **—aunque implícita—**

referencia a la inscripción constitutiva, para rechazarla: «Se ha partido, al redactar este proyecto, de la idea de que un profundo respeto a lo histórico y nacional debe orientar la evolución legislativa y que esta evolución tan sólo ha de afectar a aquéllos puntos que estén impuestos por las exigencias de la realidad o por la comunidad de la doctrina, pero sin hacer demasiadas concesiones a rigorismos científicos ni a aquellas instituciones aceptadas en legislaciones extranjeras y que quizá en la nuestra viniesen a chocar con nuestra tradición jurídica».

Más adelante se hace una exposición, casi escolar, de los sistemas jurídicos, atendiendo a la eficacia que atribuyen a la inscripción. «En la inscripción constitutiva, el derecho no nace, ni se modifica, ni se extingue mientras no se inscriba en el Registro. En cambio, la inscripción declarativa no hace más que declarar el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho real que ha nacido, se ha modificado o extinguido fuera del Registro». Y a continuación se añade: «Nuestra Ley Hipotecaria sigue este segundo sistema, y en la reforma también se **continúa** por el mismo camino, lo cual no es inconveniente para que se dé una mayor protección al principio de inscripción en virtud de una serie de ventajas de tipo sustantivo y de tipo procesal, que se atribuye al titular inscrito, que, en definitiva, no son sino otros tantos estímulos para atraer la propiedad al Registro».

Las consecuencias de estas palabras son claras y congruentes con la Exposición de Motivos del proyecto —**que** coincide literalmente, en el tema que se trata, con la que preside el texto articulado de la **Ley**—: si la Exposición ponía de manifiesto el pensamiento *no plasmado en la Ley* —las razones que no aconsejan consagrar la inscripción constitutiva; el aplazamiento de esa consagración **normativa**—, la presentación del dictamen de la ponencia pone de manifiesto el *pensamiento del legislador plasmado en la Ley* —**no** se ha introducido cambio alguno en el sistema de inscripción declarativa vigente en la legislación hipotecaria **anterior**—.

No hay más alusiones a la inscripción constitutiva a lo largo del proceso formativo de la Ley. Esta se aprobó por las Cortes con un único voto en contra —el del señor don ADOLFO RODRÍGUEZ JURADO—, y no por una razón sustantiva de importancia —**como** hubiera sido precisamente la eficacia declarativa o constitutiva de la **inscripción**—, sino por no haberse aceptado su enmienda de elevar la edad de jubilación de setenta a setenta y dos años (y no era Registrador).

II. LA INSCRIPCION CONSTITUTIVA, HOY

1. LA NECESARIA COINCIDENCIA ENTRE EFICACIA Y PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

La eficacia y la publicidad de los derechos reales inmobiliarios deben coincidir con absoluta exactitud. Si la eficacia de los derechos reales se produce frente a todos, es un corolario de estricta lógica que todos deban conocer —o, al menos, puedan conocer— la existencia de los derechos reales. Derechos reales «ocultos», derechos reales «clandestinos» son figuras tan contradictorias, que no debe admitirse su existencia.

Sin embargo, en este momento de nuestra evolución jurídica, y por una degeneración de ideas originariamente acertadas, los derechos reales ocultos existen: un acreedor que obtiene una anotación de embargo puede perder su garantía por una propiedad que ignora; un prestamista que ha realizado un préstamo personal basado en el patrimonio que publica el Registro puede haber incurrido en el error más absoluto, porque el prestatario puede carecer totalmente de bienes, que pertenecen desde hace tiempo a otro propietario; si las fincas no están inmatriculadas, la eficacia de los derechos «ocultos» es aún mayor: cualquier adquirente —que, desde luego, no va a tener tiempo ni medios de hacer la averiguación pertinente— está sometido al riesgo de que alguien invoque una propiedad o un gravamen anterior.

2. EL MODO COMO PUBLICIDAD: EVOLUCIÓN

El sistema que exige cumulativamente título y modo para la adquisición de derechos reales responde a una atenta apreciación de la naturaleza de los derechos: a través del título se constituye el derecho obligacional —que se limita a vincular a las partes—; a través del modo se constituye el derecho real —que afecta a la generalidad de las personas—.

Pero este sistema es razonable si el modo sirve efectivamente para dar a conocer el derecho real. Si el modo es algo que sigue —como el título— en la esfera íntima de las partes contratantes, carece en absoluto de sentido que valga para constituir el derecho real.

La evolución histórica del modo se ha producido al compás de la evolución de la sociedad. El modo eran simples formalidades negociales externas —fórmulas públicas— en comunidades reducidas. Fue luego traslado posesorio en comunidades más evolucionadas, pero en todo caso con contacto personal entre sus miembros, con vida social compartida. Cuando surgen las ciudades, y con ellas el anonimato de sus habitantes —siglo xvii—, ni las fórmulas públicas ni la posesión sirven ya para dar a

conocer a la sociedad los derechos reales que se constituyen. «Con el nacimiento de la gran ciudad, capital política del Estado barroco —ha escrito CHUECA GORTIA—, la estructura del mundo medieval se altera profundamente y muchas de sus instituciones antiguas son **axfisiadas** por las nuevas del Estado y la ciudad burocrática». Pues bien, precisamente con el nacimiento de la gran ciudad surge en Europa una institución marcadamente burocrática —sin que el adjetivo quiera ser **peyorativo**—: el Registro de la Propiedad. Y surge para que el rasgo básico de los derechos reales —la absolutividad, la eficacia frente a **todos**— pueda seguir desplegándose por un nuevo cauce, adecuado a las características del nuevo ámbito social.

Como el modo en su forma tradicional de traslado posesorio, empezaba a carecer de virtualidad, comenzó al tiempo su desintegración. Se generalizan las formas ficticias de entrega. En el Derecho romano postclásico aparecen ya casos de tradición en los que, como advierte ARIAS RAMOS, «realmente no hay ni sombra de entrega». Pero los ordenamientos europeos no rompen, hasta el siglo XIX, con esta evolución degenerativa. La ruptura se produce por dos vías, no tan divergentes como a primera vista pudiera parecer: La supresión del modo (Derecho francés, imitado luego por el italiano y el portugués) y la atribución a la inscripción registral de la función de modo (Derecho prusiano, seguido por otros ordenamientos germánicos). La divergencia no es absoluta, porque en el Derecho francés el problema de la doble venta se resuelve por la vía de la inscripción registral —**inscripción constitutiva**— (art. 1.141 CC), y porque, junto a la transmisión consensual, se establece la inscripción obligatoria —**especialmente** eficaz porque la obligatoriedad no se impone a las partes sino al funcionario autorizante del **documento**—.

El único ordenamiento europeo que mantiene la tradición como forma exclusiva de cumplimiento del modo, y que establece a la vez la inscripción registral voluntaria, es el español. De estas particularidades de nuestro sistema derivan dos consecuencias fundamentales:

1. Que se exija el cumplimiento de un tipo de publicidad inoperante —la tradición— antes de llevarse a cabo el tipo de publicidad eficaz —la inscripción **registral**—.
2. Que el tipo eficaz de publicidad —la inscripción **registral**— despliegue una utilidad social reducida, al verse afectada por dos graves perturbaciones derivadas de la voluntariedad —o, más exactamente, de que no se le atribuya a la inscripción la función que le **corresponde**—: la falta de inmatriculación y la interrupción del tracto.

3. LA FUNCIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA:
HISTORIA DE LOS PROPÓSITOS DEL LEGISLADOR

Una peculiar historia que podría hacerse de la función de la publicidad registral podría consistir en recopilar los propósitos que los legisladores hipotecarios han ido manifestando sobre ella en las exposiciones de motivos de las leyes. A esos propósitos, manifestados con convicción, y en algunos casos con rotundidad, nunca les ha llegado el momento de pasar al texto articulado —y se han repetido a lo largo de casi un siglo—.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 pone de manifiesto que el sistema inmobiliario vigente hasta el momento está condenado «por la ciencia y por la razón». Más adelante traza una rápida evolución de ese sistema, que le ha llevado a ser condenable. «Los romanos —dice la Exposición de **Motivos**— creyeron siempre que un acto externo, público, y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de una cosa inmueble.» Con el tiempo, este criterio de publicidad sufrió la excepción de que «basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública, para que el dominio o el derecho real quede en el adquirente». La evolución culmina con la transmisión consensual del dominio en el Derecho francés. A este sistema de transmisión contractual opone la Exposición de Motivos muy duras razones de crítica: «no se aviene a la lealtad y el orden de las transacciones», «da lugar a que los acreedores sean defraudados» y «produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento».

Quizá si la Comisión redactora de la Ley del 61 no hubiera tenido ese «religioso respeto al derecho nacional» que confiesa, los razonamientos anteriores le hubieran llevado a adoptar lo que llama el «sistema absoluto de publicidad». Es más, si leyéramos la Exposición de Motivos sin conocer el contenido de la Ley, pensaríamos que había adoptado ese sistema de publicidad en el articulado, porque la Exposición de Motivos advierte que «según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente, el derecho antiguo». Sin embargo, este propósito de la Exposición de Motivos no coincide con las normas, porque al no imponerse la inscripción constitutiva ni obligatoria, respecto de las fincas no inmatriculadas siguen afectando a terceros derechos no inscritos. También induce a error otra afirmación de la Exposición de Motivos, en que se pone de manifiesto el propósito de sustituir la tradición por la inscripción: «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».

Por tanto, aunque la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 pone de manifiesto, por un lado, que es necesaria inscripción para que los derechos reales inmobiliarios afecten a tercero, y por otro, que la inscripción completa por sí sola al título para producir los cambios reales, lo cierto es que ni una cosa ni otra se introducen en nuestro sistema jurídico: caben derechos reales ocultos con eficacia frente a terceros, y es necesaria la tradición para poder inscribir en el Registro.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1909 es más contundente, y distingue con mayor claridad los propósitos de las realizaciones. Entre las que llama «otras aspiraciones que es preciso ir satisfaciendo» menciona «la de hacer indispensables, ya que no forzosas, las inscripciones». O, dicho con terminología actual, establecer la inscripción constitutiva, y no simplemente la inscripción obligatoria.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 sigue presentando la inscripción constitutiva como el ideal al que debe aspirarse, aunque encuentra el obstáculo de la dificultad de arraigo práctico con que podría tropezar la reforma si se adoptase. Después de rechazar «porque no reportaría al sistema beneficio alguno» la idea del contrato real, añade —como se ha recordado páginas **atrás**—: «Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico».

El legislador es plenamente consciente del acierto que supondría atribuir esa eficacia a la inscripción: «no se desconocen ni de subvalorar son las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero, a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias... exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio (de inscripción constitutiva)».

Más adelante insiste en ese único obstáculo estadístico: «Ciertamente que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita... Pero ínterin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar, con esperanzas de éxito, las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo».

4. LA FUNCIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN EL DERECHO VIGENTE

La función de la publicidad registral en el Derecho vigente es por tanto —y con las excepciones por todos **conocidas**— no constitutiva, sino declarativa. Declarativa no quiere decir sólo **—como** muchas veces se **afirma**— que la publicidad registral se limita a dar a conocer a la comunidad, o a la generalidad de las personas, un derecho real ya constituido por el sistema tradicional del título seguido de tradición, sino que determina también la existencia misma del derecho real respecto de terceros. Dos hipotecaristas han entendido sin embargo de manera distinta las normas vigentes: LA RICA y HERMIDA LINARES.

La interpretación de LA RICA no es uniforme, como puede comprobarse si se compara su conferencia «Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario», del año 1950, y su discurso académico «Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario», del año 1962. En la primera sostiene que la teoría del título y el modo no rige para los derechos reales inscritos; y que en el Registro de la Propiedad se inscriben títulos (actos causales), y no derechos. En su discurso académico, la interpretación de las normas vigentes tiene más presente la exigencia general de tradición que establece el artículo 609 del Código Civil. La inscripción tiene que añadirse al título y el modo para que se produzca la plena eficacia del derecho real, o, como dice LA RICA, para lograr la «constitución eficiente» de los derechos reales. «Para constituir un derecho real cualquiera, incluso el dominio (sobre bienes inscritos) **—escribe LA RICA—** hay que recorrer un ciclo de tres elementos: título, tradición de inscripción». En estas breves páginas de LA RICA está esbozada la doctrina de la «inscripción conformadora o cuasiconstitutiva» que muchos años más tarde expondría con extensión y precisión J. M. GARCÍA GARCÍA.

La posición de HERMIDA LINARES es semejante a la primera de LA RICA: la inscripción es «modo» determinante de la constitución de derechos reales, por lo que hace innecesaria la tradición; si concurren tradición e inscripción, los efectos de la adquisición no son los que derivarían de la tradición, sino los que derivan de la inscripción: estos efectos son, por un lado, más ventajosos para el adquirente, y por otro, radicalmente distintos, pues la adquisición se hace en las condiciones jurídicas que consten en el Registro, cualquiera que sea la realidad jurídica existente en ese momento.

Pero lo cierto es que, pese a estas opiniones aisladas, la generalidad de los autores tiene bien presente que el Código Civil exige en todo caso la tradición **—aunque** sea en forma **ficticia**— para el nacimiento de los derechos reales, y que la inscripción tiene por objeto derechos y no títulos, estando expresamente excluidos del Registro por el artículo 9 del Regla-

mento Hipotecario los títulos no seguidos de tradición —«la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble»—.

No puede olvidarse, sin embargo, que nuestro Derecho contempla un supuesto muy amplio en que se atribuye a la publicidad registral no una función meramente declarativa, sino constitutiva. Y no se trata de un supuesto de derecho real limitado —como es el caso de la hipoteca o la superficie—, sino que se trata de dominio, adquirido por cualquier título oneroso. Me refiero al caso de la doble venta, debiendo tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha extendido la regla del artículo 1.473 Código Civil a «todo contrato de finalidad traslativa a título oneroso» (S. de 17 de diciembre de 1984). En el caso de la doble venta, la propiedad corresponde al primer comprador que inscribe en el Registro (primer criterio preferencial del artículo 1.473). Esta regla del Código Civil tiene, a mi juicio, una importancia muy singular para la tesis —que aquí trata de defenderse— de la conveniencia de adoptar el sistema de inscripción constitutiva; y la tiene por dos razones principales: porque el artículo 1.473 Código Civil antepone los medios de publicidad —Registro y posesión— a los vehículos de forma —títulos, documentos— para fijar el momento en que surge la propiedad; y porque recurre al Registro para determinar la adquisición de la propiedad en un supuesto de incertidumbre social del adquirente.

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

El comprador no realiza una adquisición *a non domino* —para cuya protección será necesaria una previa situación registral concorde—, sino que realiza una adquisición *a vero domino*, para cuya consolidación sólo exige la Ley —razonablemente— que se publique frente a todos, sea mediante inscripción primera o mediante inscripción posterior.

La primera razón que determina la especial importancia del artículo 1.473 Código Civil en relación con la inscripción constitutiva, consiste en la anteposición que realiza de los medios de publicidad —Registro y posesión— respecto del documento —título de fecha más antigua, que se establece como tercer criterio preferencial— para atribuir la propiedad a uno de los compradores que han contratado con el mismo vendedor.

Si no existiera una norma específica para regular el problema de la doble venta, la solución que derivaría del sistema jurídico en su conjunto sería atribuir preferencia, entre los varios compradores que han celebrado con el mismo vendedor sucesivos contratos de compraventa no consumados, al comprador que primero reuniese los requisitos necesarios para adquirir la propiedad, y estos requisitos son el contrato más la tradición. Por tanto, quedaría protegido el comprador que primero adquiriese la posesión real o reuniese el requisito de la tradición instrumental.

Sin embargo, esta no es la solución que da el artículo 1.473. Este artículo da preferencia al comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad; si no hay inscripción, al primero que adquiere la posesión real; y si no hay posesión real, al primero que documenta en un título su adquisición —**aunque** hay autores que engloban en la expresión «título de fecha más antigua» tanto el título formal como el **material**—. Por tanto, la diferencia entre la solución general del sistema y la solución específica del problema de la doble venta supone, en síntesis, una relegación de la tradición instrumental. Me refiero, naturalmente, a la escritura del segundo o posterior comprador, porque si el primero hubiese adquirido mediante escritura, se habría convertido con ello en propietario: entonces no estaríamos en el caso de la doble venta —**que** es el que estamos **examinando**—, sino en el caso de la doble disposición de cosa originariamente propia. En el caso de la doble venta, no es que se niegue a la escritura pública su eficacia traditoria —el artículo 1.473 Código Civil no deroga, siquiera **circunstancialmente**, el artículo 1.462—, sino que se niega su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad en el caso de doble venta.

Y esto está en relación con la segunda razón a que antes me refería, y que determina la especial importancia del artículo 1.473 en relación con el tema de la inscripción constitutiva. ¿Por qué se reduce la eficacia de la tradición instrumental, de manera que no puede resolver el conflicto de la doble venta? ¿Por qué se produce este alejamiento de la que sería la solución general, sistemática, del problema?

La respuesta a estas preguntas entronca con la finalidad misma de la tradición. La tradición, que es hoy un residuo histórico, un elemento del proceso traslativo que ha perdido todo su significado, tuvo en su origen —**como** hemos visto— una finalidad publicitaria. Con el tiempo se va produciendo una evolución que va desmaterializando el acto de la *traditio*, eliminando con ello su eficacia publicitaria. Pues bien, en el caso de la doble venta, se genera una grave incertidumbre social sobre la propiedad. Las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, el Registro; en segundo lugar, la posesión material.

No es necesario aducir grandes argumentos para sostener que estas particularidades del artículo 1.473 Código Civil pueden —y **deben**— extenderse a toda transmisión del dominio y también a la constitución y transmisión de derechos reales limitados. El primer criterio preferencial del artículo 1.473 acierta al atribuir a la publicidad registral su función determinante de la adquisición del dominio. Por otro lado, la razón que mueve al legislador a atribuir a la inscripción esa eficacia constitutiva es perfectamente generalizable. Si hay incertidumbre sobre la identidad del adquirente en el caso de la doble venta, también hay incertidumbre en una sociedad de masas tan despersonalizada como la actual en todos los casos ordinarios de transmisión de dominio.

5. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA ACTUAL DE PUBLICIDAD

El sistema actual de publicidad sigue siendo el de la tesis intermedia de GÓMEZ DE LA SERNA frente al germanismo y al afrancesamiento de los otros miembros redactores de la Ley del 61: ni inscripción constitutiva ni transmisión consensual del dominio; publicidad declarativa para la eficacia de los derechos frente a tercero. Pese a la prudencia de esta tesis intermedia, la Ley Hipotecaria estuvo a punto de sucumbir. Varios diputados a Cortes —**recuerda BIENVENIDO OLIVER**— llegaron a pedir la derogación de la Ley. El mismo autor indica que la antipatía con que fue acogida la Ley Hipotecaria de 1861 «llegó a convertirse en verdadero odio a la misma». El primer Director General de los Registros, aterrado por el previsible fracaso de la Ley, presentó su dimisión. Todo ello ocurría con un sistema de inscripción meramente declarativa. Si se hubiera impuesto la inscripción constitutiva la crisis inicial de la Ley del 61 no se hubiera superado.

Pero esta fórmula, que refleja el realismo de los legisladores y que determinó la viabilidad de la Ley, tiene sin duda una grave deficiencia. La concordancia entre los pronunciamientos registrales y la situación sustantiva o civil, se deja al libre arbitrio de los particulares. A pesar de que la eficacia de la «verdad oficial» se lleva hasta el extremo —**principio de fe pública**—, el legislador no impone su concordancia con el tráfico inmobiliario, se desentiende de esa concordancia. Para el caso de que no se produzca, se limita a establecer la prevalencia del Registro.

Creo que aquí está el defecto básico del sistema. No se debe primar el Registro sin imponer a la vez su concordancia con la realidad. **O** dicho en términos positivos, más adecuados: se debe primar el Registro, pero se debe exigir a la vez que coincida con la realidad —y no dejar esta coincidencia a la libre decisión de los **particulares**—.

Me permito repetir algo que he escrito en otro lugar, provocando algún escándalo: que lo que se presenta como culminación de la protección registral, como el mayor logro de nuestro sistema —la protección del tercero en los casos de títulos no inscritos o de causas de resolución o de nulidad no inscritas— tiene siempre un «efecto perverso», es algo, por tanto, que no es deseable que ocurra en la práctica.

Los casos de prevalencia del Registro sobre la realidad jurídica que vive al margen de él, han de ser evitados a toda costa. Y han de ser evitados haciendo coincidir la realidad y el Registro. Y esto sólo se consigue por la vía de la inscripción constitutiva. Es decir, interesándose el Estado por que el Registro coincida con la realidad. Como ha escrito LA RICA, «la libertad para poder prescindir del Registro es inconcebible y funesta... Equivale a entregar los intereses sociales y los del Estado, e incluso el buen orden jurídico, a la irresponsable voluntad de los particulares. Es una concesión indefendible, anárquica, que sólo pudo basarse en la creencia de que todo lo relativo a la propiedad inmobiliaria era de exclusivo interés de los propietarios». ROCA SASTRE ha escrito, más tajantemente, que «el Estado no puede desentenderse de adoptar, en los modos de adquirir la propiedad, de medio más adecuado a su naturaleza y a las exigencias actuales».

De la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral derivan diversas consecuencias negativas:

1. Queda mermada la utilidad social del Registro. Su función de dar a conocer el estado jurídico de los inmuebles quiebra en muy numerosos supuestos: *a)* en los casos de falta de inmatriculación y de interrupción del tracto sucesivo; *b)* en los casos que, sin suponer auténtica interrupción del tracto, queda sin inscribir una transmisión, con el doble efecto de que se mantiene una titularidad aparente y se omite una titularidad real:

Por otro lado, los beneficiarios de la publicidad registral —en su efecto de seguridad del tráfico— están hoy circunscritos a quienes reúnen la condición de tercero hipotecario. Los terceros adquirentes de derechos reales que no reúnen todos los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria y los terceros no adquirentes de derechos reales —como es el caso de los acreedores de un titular registral— no obtienen seguridad jurídica alguna del Registro. Los datos que figuran en él pueden no coincidir con la realidad.

Esta ausencia de seguridad registral de los terceros no hipotecarios ha de ser resaltada, porque esos terceros son usuarios habituales del Registro. Junto al adquirente de un inmueble, hay que tener presente al que presta, o, en general, contrata con una persona física o una sociedad mer-

cantil, y lo hace sobre la base de un determinado patrimonio que refleja el Registro.

2. Queda indeterminado, respecto de terceros, el momento en que se producen los cambios de propiedad. Esta consecuencia negativa tiene una proyección práctica especialmente grave en los casos de anotación de embargo sobre finca que sólo registralmente —y no civilmente— pertenece al embargado. El acreedor promueve *inútilmente* la anotación, y el verdadero propietario se ve obligado a ejercitar una tercería de dominio. Podría objetarse que en manos del adquirente estaba el haber inscrito con diligencia su adquisición, pero lo cierto es que el número de juicios de tercería son numerosos, y la inscripción constitutiva los *eliminaría* de raíz. Late detrás de esta discusión el problema de si el Derecho preventivo debe ser voluntario o necesario: no tengo duda de que la seguridad del tráfico inmobiliario no es sólo cuestión de intereses individuales, sino también de interés público.

3. Mantiene irresoluble el problema de la base física de los asientos registrales. Los datos físicos de los inmuebles, si se quiere que consten con precisión en el Registro —superando la situación actual de descripción literaria hecha por los propios *interesados*—, han de proceder de un organismo topográfico oficial. Es cierto que detrás de la identificación física ha de estar una operación jurídica —como el *deslinde*— y que sólo con ella queda plenamente legitimada la medición técnica. Pero, presuponiendo la exactitud jurídica de los datos físicos obtenidos por ese organismo topográfico oficial, es necesario su traslado al Registro, para que esos datos físicos constituyan el soporte material de los derechos. Por su parte, ese organismo topográfico oficial tiene también una función fiscal, y el cumplimiento de esta función requiere una permanente actualización jurídica: necesita obtener los datos jurídicos de las titularidades inmobiliarias.

No siendo la inscripción registral constitutiva, no puede producirse el intercambio inmediato de datos físicos y jurídicos. LA RICA observó con acierto: «en nuestro sistema —*escribió*— es hoy la inscripción registral voluntaria, en *tanto* que la toma de razón en el Catastro, por su finalidad contributiva fiscal, ha de ser obligatoria. Para que la coordinación se mantuviera, habría de hacerse la inscripción constitutiva u obligatoria». El Decreto **Foral** de Navarra de 7 de febrero de 1991, como antes el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, han demostrado que cabe una cierta coordinación sin inscripción registral constitutiva, pero no cabe un intercambio completo de datos: el Registro no puede facilitar al Catastro, o en su caso al Censo de la Riqueza Territorial de Navarra, todas las variaciones *jurídico-inmobiliarias*, por lo que esas instituciones han de buscarlas por otras vías.

6. EL TÍTULO EN UN SISTEMA DE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Es revelador que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1909 cite en un mismo párrafo la conveniencia de adoptar la inscripción constitutiva y lo que llama «el robustecimiento del Notariado». Son dos finalidades que deben perseguirse conjuntamente, puesto que conducen a una misma meta de lograr la mayor seguridad jurídica. Toda inscripción constitutiva debe ir precedida de una escritura pública, pues sólo así queda perfectamente garantizado que el derecho real que se constituye mediante la inscripción tenga su base en un contrato celebrado por personas jurídicamente capaces y redactado conforme a Derecho.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que nuestro sistema traslativo de derechos reales tiene carácter causal: el título es la causa del modo; el negocio es la causa de la constitución del derecho real. La tradición, y en su momento la inscripción, producen el cambio real porque se ha producido un negocio con finalidad traslativa. Paralelamente, la nulidad del título hace inoperante la tradición y, en su caso, la inscripción.

El negocio causal reúne, en el Derecho español, la doble función de acuerdo obligacional y acuerdo real, que aparece conceptual y formalmente diferenciada en algún Derecho europeo. No tiene base, en nuestro Derecho, una diferenciación entre la voluntad del transmitente de obligarse a transmitir y la voluntad de transmisión efectiva. Como no cabe esa diferenciación, no cabe reconocer existencia separada al acuerdo real, ni atribuir valor de acuerdo real a la tradición o a la inscripción constitutiva. La declaración de voluntad del transmitente se agota en el negocio causal, que comprende, como decíamos, la voluntad de transmisión efectiva. Por tanto, ni la tradición ahora, ni en su momento la inscripción constitutiva, requieren nuevo consentimiento, sino que constituyen una consecuencia necesaria del negocio causal. (Criterio distinto mantiene R. NÚÑEZ LAGOS: «... no es posible... asiento del Registro de naturaleza constitutiva sin consentimiento en el instante final». Pero la inscripción constitutiva no tiene una finalidad distinta a la de la actual tradición, y respecto de ésta escribe el mismo autor que «no es un negocio jurídico», sino que es simplemente «el cumplimiento directo de la compraventa»; «no afecta para nada a la perfección de la compraventa transmisiva sino a su consumación». La hipoteca es hoy de inscripción constitutiva; ¿comprueba el Registrador la capacidad y el consentimiento de los otorgantes en el momento de practicar esa inscripción?).

Ahora, bien, la escritura pública, que refuerza, es un sistema de inscripción constitutiva, su valor como título, pierde su valor como modo. La razón de esta pérdida radica en la ausencia de eficacia publicitaria del documento. El protocolo es secreto, y por tanto los documentos que lo integran. El que legítimamente obtiene copia puede exhibirla, pero esta

exhibición no puede llamarse técnicamente publicidad; sólo puede hablarse de oponibilidad. La publicidad supone posibilidad de conocimiento general. La oponibilidad supone conocimiento restringido, derivado de la iniciativa de quien quiere dar a conocer el documento, no de quien lo quiere conocer.

Además, si, como hemos dicho antes, la tradición como entrega posesoria ha perdido valor publicitario en la sociedad actual, más **aún** lo ha perdido la tradición instrumental que, como advierte el **notarialista** GIMÉNEZ ARNAU, «es cualquier cosa menos tradición».

7. LOS OBSTÁCULOS PARA LA EFICACIA CONSTITUTIVA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: EL ESPIRITUALISTA Y EL SOCIOLÓGICO

Los obstáculos que suelen aducirse frente al establecimiento de un sistema de inscripción constitutiva son de dos tipos: uno **técnico-jurídico**, y otro práctico. El argumento técnico-jurídico es el espiritualismo de nuestro Derecho histórico. Pero este espiritualismo puede invocarse respecto de las relaciones obligacionales, no respecto de los derechos reales. El espiritualismo de nuestro Derecho histórico, desde el Ordenamiento de Alcalá hasta el Código Civil viene referido al ámbito contractual. Y este espiritualismo contractual no se ve en absoluto afectado por una publicidad registral de tipo constitutivo. El artículo 1.278 Código Civil —«los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez»— y el artículo 1.258 Código Civil —«los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento»— han de subsistir íntegramente pese a la atribución a la inscripción de eficacia constitutiva.

Lo que se ha producido respecto del modo traslativo no debe confundirse con la liberación de trabas formales a la contratación, que ha supuesto un progreso en la evolución jurídica al ensanchar el ámbito de la libertad humana, sino que se trata de un fenómeno distinto: la «desmaterialización» del modo o tradición, que ha supuesto —**inversamente**— un proceso degenerativo; algo que, en cierto momento histórico, dotaba de seguridad jurídica a la sociedad —la publicidad **posesoria**—, ha evolucionado negativamente: no hacia formas más adecuadas de publicidad, sino hacia la supresión de la publicidad.

El argumento práctico es el más invocado, y también el más temido. Como vimos, es el único que aduce la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria vigente. Consiste fundamentalmente en que, al no encontrarse inmatriculada hoy aún una buena parte de la propiedad rústica —**al menos** en ciertas **regiones**—, el tránsito a la inscripción constitutiva podría ser excesivamente brusco. Frente a este argumento práctico cabría hacer dos

observaciones: en primer lugar, que la implatación de la inscripción constitutiva no habría de hacerse con carácter general, sino con carácter gradual y sectorial; en un primer momento respecto de la propiedad ya inmatriculada, y en un segundo momento respecto de lo que se ha llamado la propiedad dinámica —las transmisiones que se efectúen a partir de cierta fecha—; no habría de exigirse una «revalidación» de la propiedad estática —la que se conserva, la que no se transmite— a través de la inscripción constitutiva. En segundo lugar, que la propia inscripción constitutiva es en sí misma un estímulo suficiente para la utilización del Registro. Como advertía ROCA, «si gran parte de propiedad no ha llegado al Registro, la medida más adecuada y menos perturbadora para que acuda es la inscripción constitutiva». La práctica ha demostrado que no hay otra vía para lograr que el Registro sea completo; la actual inscripción «estimulada» no lo ha logrado; los supuestos de inscripción constitutiva han sido incumplidos con carácter general: ni la propiedad objeto de concentración parcelaria, ni las explotaciones familiares, ni las fincas mejorables, ni la propiedad objeto de reparcelación urbanística se han mantenido jurídicamente actualizadas en el Registro. La más típica inscripción constitutiva —la de hipoteca— ha sido, sin embargo, objeto de cumplimiento riguroso: no se ha pretendido la efectividad del derecho sin inscripción, y ha desenvuelto ejemplarmente la finalidad del Registro —dar a conocer a la sociedad los derechos que pesan sobre los inmuebles, evitando que se invoquen derechos no conocidos—.

8. ÁMBITO DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

El ámbito de la inscripción constitutiva ha de coincidir con el ámbito actual de la tradición respecto de los inmuebles. Si no fuera de una técnica legislativa muy deficiente, se podría introducir la inscripción constitutiva con una fórmula como la del artículo 686 del Código Civil chileno: «Se efectuarán la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro». Pero la inscripción constitutiva no es una variedad de tradición, sino un sustituto de la tradición. Lo que pretende la inscripción constitutiva es precisamente eliminar la tradición por su ineficacia publicitaria.

Por tanto, de lo que se trata es de mantener la tradición respecto de los bienes muebles y de sustituirla por la inscripción respecto de los inmuebles. De ahí que sólo esos «ciertos contratos» a que se refiere el artículo 609 Código Civil deban completarse con la inscripción para producir efectos jurídico-reales.

Han de quedar por ello al margen de la inscripción, y desplegando por tanto eficacia real directa los títulos traslativos de carácter administrativo

y judicial. Como escribió ROCA, «la inscripción debe ser constitutiva tratándose de adquisiciones o gravámenes derivados de negocio jurídico intervivos, o sea en los actos de tráfico jurídico, que son los que normalmente necesitan del complemento de la *traditio*. En los otros casos, es decir, en las adquisiciones hereditarias, o en virtud de la Ley (accesión y ocupación) o por decisión judicial o administrativa (sentencia, ejecución, expropiación forzosa), la inscripción del título correspondiente debe tener carácter meramente declarativo o exteriorizador».

III. PUNTUALIZACIONES

Juzgue el lector de las páginas precedentes si puede extraerse de ellas esta consecuencia: «Es muy fácil resumir en breves palabras la posición de ANTONIO PAU: dada la conveniencia de que toda la realidad esté en el Registro, invirtamos los términos, y hagamos que sólo sea real (en todos los sentidos) lo que esté en el Registro; es decir, que el Registro sea la realidad, la verdad oficial. Fuera de los libros del Registro no hay salvación» (2). No creo que esta conclusión, de tinte fundamentalista, se desprenda de unas páginas que son conciliadoras: con la inscripción constitutiva se refuerzan —en beneficio de la *sociedad*— la escritura pública —con la inscripción constitutiva, el negocio no deja de ser el fundamento del cambio *real*— y la inscripción —que da a ese cambio una publicidad, que su propia naturaleza *exige*—; con la inscripción constitutiva se protegen los intereses de las partes y de los terceros. Pero quizá sean oportunas algunas puntualizaciones, no a la opinión personal de quien esto escribe, sino a observaciones formuladas en torno a la inscripción constitutiva.

1. LA PRETENDIDA «INVOLUCIÓN FORMALISTA» QUE IMPLICARÍA LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Alude el autor citado (3) a la «tremenda involución formalista en que consiste la atribución de efectos constitutivos a la inscripción». Pero hay que recordar que la inscripción registral no es nunca forma; bien se cuida el Código Civil de regular el Registro muy lejos de los preceptos que disciplinan la forma (arts. 1.278 y ss CC) y la prueba (arts. 1.214 y ss). En ellos se regula el documento público, y si en algún momento aparece el Registro, es para aludir —con sobrado *fundamento*— a su limitado valor

(2) J. J. LÓPEZ BURNIOL: *Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias*, AAMN, T. XXXII., pág. 210.

(3) *Ibidem*, pág. 242.

probatorio del negocio (art. 1.221) —**paralelo** al limitado efecto de oponibilidad del documento público (art. 1.218)—, y a su drástico efecto de oponibilidad del derecho (art. 1.219). No es inhabitual la confusión entre forma y publicidad, cuando la función de una y otra es claramente distinta: la forma sirve, básicamente, para probar; la publicidad sirve, básicamente, para oponer (4).

La pretendida «involución formalista» resulta especialmente grave, a juicio de ese autor, porque el negocio, y, en general, la libertad civil, no deben someterse a ninguna «consagración administrativa», realizada por un funcionario —**el Registrador**— que no desarrolla una actuación de «naturaleza jurisdiccional». Quizá fuera suficiente con oponer a estas afirmaciones las que ha formulado el reciente RD 1879/1994: que la calificación registral no es un acto administrativo, sino que tiene carácter de jurisdicción voluntaria. Pero hay que resaltar que estas ideas tienen su origen en la doctrina y en la jurisprudencia que con más precisión han analizado la naturaleza de la función registral (5).

2. INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y ACUERDO ABSTRACTO TRASLATIVO

Se añade que, «con el sistema de inscripción constitutiva [...], la voluntad negocial habrá de renovarse en el instante final», «ya que es impensable, en la práctica, un control de legalidad posterior a la entrega de la cosa

(4) V. A. PAU PEDRÓN: «Legislación notarial, función notarial, instrumento público», en *Legislación notarial*, Madrid 1993.

(5). La función registral es una potestad cuasi jurisdiccional, según M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid 1986, pág. 532); «la publicidad registral inmobiliaria, en un Estado moderno, constituye una actividad de naturaleza semejante a la jurisdicción voluntaria», a juicio de LACRUZ (*Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 1984, pág. 12). Según la R. de 26 de junio de 1986, «la actividad pública registral, se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque los Registradores de la Propiedad —**aunque**, como los Jueces, no están sujetos en sus funciones al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en su calificación—, están fuera de la organización judicial. En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa». La proximidad a la jurisdicción estaba presente en el pensamiento del legislador de 1861; dice la Exposición de Motivos que «la manera que tiene la Comisión de considerar la Ley de Hipotecas necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del proyecto que los Registradores deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, sino esta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo: a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa».

y al pago del precio, que pueda enervar la eficacia transmisiva del negocio, dejando «colgado» al adquirente que ha pagado [...]» (6).

Es necesario examinar separadamente el principio teórico que en esas frases se sostiene —no cabe inscripción constitutiva sin reiteración del consentimiento— y la pretendida consecuencia práctica. Empezando por esta última, resulta evidente que se han imbricado los efectos: si es el negocio el que despliega la eficacia traslativa, no lo hará la inscripción. Lo que se dice de la entrega y el pago corresponde, igualmente, a un sistema de inscripción declarativa. Es indudable que un cambio de sistema implicaría un cambio de prácticas y de costumbres.

La necesidad de renovación del consentimiento aparece contradicha en los casos en que la inscripción tiene —hoy— carácter constitutivo. ¿Se renueva el consentimiento en los casos de constitución de hipoteca, de constitución de derecho de superficie y en determinadas adquisiciones dominicales por extranjeros? Es evidente que no, y sin embargo el efecto constitutivo o traslativo se produce en el momento de la inscripción.

La exigencia del acuerdo real —añadida al negocio causal, propia de los sistemas germánicos, no procede en ellos del carácter constitutivo de la inscripción, sino del «principio de abstracción» (*Abstraktionsprinzip*, que implica la desconexión de aquéllos: «die Rechtsgeschäfte sind in ihrer Wirksamkeit unabhängig voneinander») (7). De ahí que en los casos en que el negocio jurídico no consiste en transmisión de dominio, o constitución, modificación y transmisión de derecho de superficie (que son los contemplados en el párrafo 20 de la *Grundbuchordnung*), la inscripción sea constitutiva, y sin embargo no se exija acuerdo real, siendo suficiente para la inscripción con que exista un previo negocio causal. Como puede verse, la inscripción constitutiva no va necesariamente unida al acuerdo real abstracto.

Por tanto, la inscripción constitutiva no tiene un inevitable carácter abstracto, como se pretende (8). Tampoco implica la eliminación del control de legalidad («tan sólo si se eliminara el control de legalidad del negocio causal —escribe LÓPEZ BURNIOL—, estructurando el sistema traslativo del dominio sobre la base del acuerdo abstracto de transmisión de la propiedad y la inscripción constitutiva, podrá admitirse que el acuerdo abstracto precediese en el tiempo a la inscripción que, por no implicar un control previo de legalidad del negocio causal, tendría un carácter prácticamente automático, que eliminaría toda incertidumbre acerca de la efectiva transmisión del dominio») (9). El Derecho alemán vuelve, en este punto

(6) LÓPEZ BURNIOL, *ibidem*, pág. 219.

(7) P. GANZER, *Grundbuchordnung*, Berlín 1992, pág. 57.

(8) LÓPEZ BURNIOL, *ibidem*, pág. 217.

(9) *Ibidem*, pág. 219.

también, a demostrar lo contrario: en esos casos de inscripción constitutiva sin previo acuerdo real abstracto (los no contemplados en el art. 20 GBO), la calificación del Registrador alemán abarca la validez del negocio (*Inhaltskontrolle*), es decir, las posibles irregularidades del negocio causal (*Verpflichtungsgeshäft*) (10). Y más aún: también en los casos en que ha de preceder el contrato real abstracto, el Registrador alemán está facultado —aunque no obligado— para controlar la legalidad del negocio causal (11). Determinados extremos del negocio causal —como la **representación**— está obligado a comprobarlos, aun existiendo acuerdo real abstracto (12).

En cuanto a que la inscripción constitutiva exigiría «un Juez que (recibiera) la prestación o ratificación del consentimiento negocial» (13), traigo una vez más a colación el Derecho alemán —**porque** creo que es la experiencia más aleccionadora de inscripción **constitutiva**—, y en concreto la evolución del artículo 925 BGB. En su redacción originaria, ese precepto exigía —**para** el acuerdo **real**— «declaración ante la Oficina del Registro con asistencia simultánea de ambas partes». Tras su modificación por la Ley de documentación o *Beurkundungsgesetz* de 1969, se sustituyó «Oficina del Registro» por «Organismo competente» (*vor einer zuständigen Stelle*). El párrafo 57, apartado 3, número 3 de la Ley de documentación llega al extremo de prohibir hoy que el acuerdo real se manifieste ante el Registro. La doctrina interpreta el BGB en el sentido de que sólo cabe prestar el consentimiento para el acuerdo real ante Notario (14). Consecuencia: que en la práctica, uno y otro aparecen en el mismo documento (15). La expre-

(10) Como han escrito recientemente J. HOLZER y A. KRAMER (*Grundbuchrecht*, Munich 1994, pág. 80), «Liegt jedoch ein Mangel des schuldrechtlichen Grundgeschäfts vor, der auf das dingliche Geschäft «durchschlägt», hat das Grundbuchamt das Verpflichtungsgeschäft zu prüfen und bei dessen Unwirksamkeit den Antrag zurückzuweisen».

(11) Así lo advierte, entre otros, GANZER (*Grundbuchordnung*, pág. 55): «Ist danach das Grundbuchamt nicht zur Prüfung der materiellen Rechtsgeschäfts verpflichtet, so ist doch dazu berechtigt. Kommt das Grundbuchamt aufgrund der ihm vorliegenden Urkunden oder aufgrund anderer Umstände zu der Überzeugung, dass die materiellen Rechtsgeschäfte unwirksam sind, so muss es den Eintragungsantrag zurückweisen. Denn das Grundbuchamt darf nicht bewusst mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen».

(12) V., entre otros, K. H. SCHAWAB y H. PRÜTTING: *Sachenrecht*, Munich 1991, pág. 107. Ofrece una larga lista de cuestiones relacionadas con el negocio causal que el Registrador ha de calificar, a pesar de que rija el principio de abstracción, D. EICKMANN, *Grundbuchverfahrensrecht*, Bielefeld 1994.

(13) LÓPEZ BURNIOL, *ibidem*, pág. 219.

(14) V., por todos, E. HORBER: *Grundbuchordnung, mit der Ausführungsverordnung, der Grundbuchverfügung und den wichtigsten Nebenbestimmungen*, Munich 1980, pág. 189. V., entre otros, a WACKE, «Comentario al art. 873 BGB», en el *Münchener Kommentar*, Munich 1986, pág. 126.

(15) La evolución futura apunta hacia la eliminación del acuerdo real. La doctrina ya ha empezado a sugerirlo (v. BEYERLE y BRANDT; LENT y SCHWAB la califican de «antinatural»).

sión «asistencia simultánea» (*gleichzeitige Anwesenheit*) ha perdido también su rigor originario: hoy nadie discute que el acuerdo real pueda adoptarse a través de representante (16).

Se llega así a una experiencia muy semejante a la de nuestras inscripciones constitutivas: negocio en escritura pública, y, tras un lapso intermedio, inscripción registral. La ratificación en el instante final ha desaparecido, y ni en la teoría ni en la práctica se la echa de menos.

Que puede coexistir la inscripción constitutiva con un sistema causal, y por tanto sin acuerdo real abstracto formulado inmediatamente antes de la inscripción lo prueban los Derechos austríaco y suizo (17).

3. EL REGISTRO, ¿APARIENCIA O VERDAD OFICIAL?

«A guisa de resumen», LÓPEZ BURNIOL intenta «un ensayo acerca del valor de la publicidad registral: ¿Simple apariencia o semblanza, o verdad oficial?», se pregunta. Su conclusión es la siguiente: «Hablar, por lo tanto, de verdad oficial es una manifestación de arrogancia similar a la del que pretendiese poner límites al campo. No hay tal verdad oficial, ni puede haberla, por mucho que sea el cuidado que se ponga en lograrla: la realidad de los hechos siempre la excederá» (18).

Pues en esa «arrogancia» de considerar que el Registro es la verdad oficial incurren nada menos que el legislador hipotecario y el más respetado de nuestros civilistas: el profesor DE CASTRO. Este último, aludiendo al Registro Civil, pero en base a razones que concurren también en el Registro de la Propiedad y en otros Registros *de seguridad jurídica*, ha afirmado que el Registro proclama la «verdad oficial» (19).

(16) V., entre otros, K. STÖBER: *GBO-Verfahren und Grundstücksachenrecht*, Munich 1991, pág. 3: «Gleichzeitige Anwesenheit erfordert nicht persönliche Anwesenheit; verfügender Berechtigter und Erwerber können auch durch einen Bevollmächtigten vertreten sein».

(17) La *Grundbuchgesetz* austríaca consagra la inscripción constitutiva (parágrafo 4) y el principio de causalidad (parágrafos 424 y 425 GBG en relación con los párrafos 421, 451 y 481 ABGB —*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*—): la inscripción descansa sobre un contrato generador de obligaciones.

El Código Civil suizo consagra igualmente la inscripción constitutiva (arts. 656 y 666); y aunque el principio de causalidad no es objeto de formulación expresa, la doctrina no duda de su vigencia; un apoyo se encuentra en la interpretación, *a sensu contrario*, del artículo 975 Código Civil (v. H. DESCHENAUX, *Le Registre Foncier*, Friburgo 1983, pág. 591).

(18) *Ibidem*, pág. 221.

(19) F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. I, Madrid 1952, pág. 561. Y nada tiene que ver con esa «verdad oficial» que quienes estén al frente de los Registros civiles sean jueces, pues en su condición de Encargados no actúan como jueces, sino como

La expresión «verdad oficial» no es arbitraria: la *veracidad* del Registro de la Propiedad equivale a la exactitud e integridad de su contenido. «El Registro se presumirá exacto e íntegro», dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944. El carácter *oficial* del Registro de la Propiedad es evidente, y ese rasgo suele aparecer en las definiciones formuladas por los autores (20).

En algunas ocasiones se contraponen los pronunciamientos registrales —la llamada «realidad registral»— con la realidad sin más, es decir, con los hechos. Y se afirma que éstos «exceden», superan siempre a aquélla (21). Pero afirmar que todos los hechos —que pueden estar o no ajustados a la legalidad— han de ser preferidos a los hechos inscritos —que son hechos controlados en su legalidad— no puede hacerse con ligereza. La realidad extrarregistral sólo cuando está ajustada a Derecho ha de prevalecer sobre la registral; para ello se arbitran medios adecuados en la legislación hipotecaria.

Esa infravaloración de la realidad registral está estrechamente ligada con la idea del Registro como apariencia. «Los libros del Registro proclaman una apariencia, similar a la que anuncia la posesión», se dice (22). Pero hay que reiterar aquí el mismo razonamiento que se hace en el párrafo anterior: la posesión es un hecho que puede estar ajustado o no a la legalidad, mientras que el Registro está, por exigencia de la Ley, ajustado a la legalidad. La apariencia es un término, por un lado inadecuado, y por otro insuficiente, aplicado al Registro (23).

funcionarios dependientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. art. 9, 2 LRC).

(20) En el Registro de la Propiedad «se proclaman oficialmente las situaciones jurídicas actuales de los bienes inmuebles», escribe PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid 1986, pág. 525); «para fijar en libros oficiales quién es el dueño de cada finca, qué gravámenes pesan sobre ella, etc., la ley ha creado un organismo, llamado en España Registro de la Propiedad» (LACRUZ, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 1984, pág. 14); el Registro de la Propiedad «tiene por objeto la publicidad oficial de las situaciones jurídicas de los bienes inmuebles» (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, t. II, Madrid 1978, pág. 249). Las citas en que se alude al carácter oficial del Registro podrían multiplicarse.

De «declaraciones oficialmente tamizadas, que no se pueden poner en entredicho ni tratar con injustificado recelo» habla la Exposición de Motivos de la LH de 1944. ¿Hay mucha distancia entre esta frase y la expresión «verdad oficial»?

(21) LÓPEZ BURNIOL, *Ibidem*, pág. 222.

(22) *Ibidem*, pág. 221.

(23) «La apariencia es un término, por un lado inadecuado, y por otro insuficiente, aplicado al Registro. Es inadecuado porque puede hablarse de apariencia de un hecho social —como la posesión—: es un hecho visible, y sólo cuando se ha visto produce su eficacia protectora la apariencia (piénsese en la adquisición de bienes muebles de buena fe); no existe propiamente apariencia cuando no se trata de un hecho social, sino de un mecanismo técnico-jurídico que no se exterioriza socialmente (no se divulga, no se publica, no se proclama), y la eficacia protectora de ese mecanismo se produce con independencia de su conocimiento, de su consulta —aun desconocido, el Registro pro-

De ahí que fundamentar la eficacia del Registro en la idea de apariencia pueda resultar confuso. Si de lo que se trata es de encuadrar posesión y Registro en un género **común**—como han hecho, entre otros, DE ANGEL (24) y, recientemente, GORDILLO (25)—, la idea, aunque a mi juicio agota su interés en lo puramente taxonómico, no es errónea: posesión y Registro tienen poco en **común**, pero efectivamente, en ambos casos hay unos «datos» visibles en que el tercero deposita su confianza. El régimen de la protección que dispensan una y otra institución es tan distinto, que del encuadramiento de ambas en un remoto género común no resulta utilidad alguna.

Ahora bien, cuando lo que se pretende afirmar es que el Registro es sólo apariencia, la asimilación no es aceptable. Lo importante, en el caso del Registro, no es crear una apariencia —una apariencia **cualquiera**— sino ofrecer unos datos depurados, contrastados. La apariencia de la posesión es una *verosimilitud* que, con facilidad, puede deshacerse o confirmarse por otras vías. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta. EHRENBURG, que tan sutilmente analizó el fenómeno de la apariencia, lo afirmó con rotundidad: «El Registro adquiere todavía más fuerza, porque pone de manifiesto la existencia de un derecho por encima de cualquier duda». Y escribe más adelante: «No puede ser considerado beneficioso un Registro que solamente tiene por efecto originar la buena fe de los terceros» (26). La posesión puede inspirar confianza, pero su mensaje puede ser verdadero o falso, legal o ilegal. Si es falso o ilegal, la apariencia provocará una víctima. El Registro de la Propiedad, afortunadamente para la sociedad, es una institución más evolucionada. El riesgo de inexactitud —reducido, en realidad, por la concurren-

duce todos sus efectos—. Estos efectos se producen, en definitiva, no por la apariencia, sino por la veracidad de los hechos publicados.

Pero es también un término insuficiente, porque la apariencia es un fenómeno fáctico. Apariencia, según el Diccionario de la Academia, es aspecto exterior de una cosa, y también verosimilitud, probabilidad. El contenido del Registro lo forman datos contrastados, lo que es más que una simple apariencia externa de verdad, que una simple probabilidad de verdad» (A. PAU PEDRÓN, «La institución registral y la seguridad jurídica», en *Seminario sobre seguridad jurídica*, Madrid 1987, pág. 199). Sobre las diferencias estructurales y funcionales entre apariencia y publicidad, v. las luminosas páginas de R. NICOLÒ, en *La trascrizione*, Milán 1973, págs. 52 y ss.

(24) *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao 1975.

(25) «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC*, abril-junio 1994.

(26) V. EHRENBURG, «Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister», *Ihering Jahrbücher*, núm. 47, 1903, pág. 275: «Indessen die Wirkung der Eintragung kann eine noch viel stärkere sein, es kann auch die Existenz des Rechts dadurch dargetan und sogar über jede Zweifel erhoben werden». [...] «Nicht als heilend wirkt die Eintragung da, wo sie lediglich die Wirkung hat, dem gutgläubigen Dritten zu gute zu kommen».

cia de título público y **calificación**—, se conjura, como advirtió EHRENBURG, a través del equilibrio entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico (27). Y ese equilibrio es el que falta —entre otras muchas **cosas**— en las demás «apariencias».

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad de Madrid.
Vocal permanente de la Comisión
General de Codificación

(27) Después decir que de poco serviría organizar un Registro que fuese simple depósito de confianza —como sucede con los fenómenos espontáneos de **apariencia**—, añade «Heilkraft und **öffentlicher** Glaube der Registereitragungen ist zweierlei, letzterer ist ausschliesslich der Verkehrssicherheit wegen da (darüber nachher), **während** erstere zwar auch der Verkehrssicherheit zu gute **kommen** kann, prinzipiell aber der Rechtsicherheit wegen da ist; in der Tat werden auch miteinander verwechselt» (pág. 276).