

# ¿Es abstracto el consentimiento formal en el sistema inmobiliario alemán?

«En tu lucha contra el resto del mundo,  
ponte siempre del lado de éste».

*Franz Kafka*

## I. INTRODUCCION

La investigación sobre las fuentes inspiradoras de nuestra primera Ley Hipotecaria tuvo algo de labor propia de minuciosos detectives. Dos circunstancias que NÚÑEZ LAGOS (1) encontró relevantes fueron, como es sabido, las siguientes: una, que encontrándose GÓMEZ DE LA SERNA, que había sido Ministro de la Gobernación, exiliado en 1843 en Londres con el general Espartero, viajó frecuentemente a Bruselas, donde entró en contacto con los redactores de la Ley Hipotecaria belga; y otra, que don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, cuya importancia había sido capital en los momentos en que se trató de que la materia registral formara parte del Código Civil que se intentaba alumbrar (2), si bien invocaba el sistema alemán desconocía este idioma y lo que sabía de aquél lo conocía a través de los autores franceses. Traigo esta anécdota a colación (3) porque en parte se me podría hacer la misma objeción que a LUZURIAGA, pero en parte no. Mis pequeños

---

(1) Cf. NÚÑEZ LAGOS, R., «El Registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949, págs. 140 y 141.

(2) En el Proyecto de Ley de Bases de 1843, el Anteproyecto de 1848 y el Proyecto de Código Civil de 1851 había redactado las bases y títulos correspondientes relativos al sistema hipotecario.

(3) Díez-PICAZO, no obstante, objetó que estos datos no estaban debidamente acreditados. Cf. Díez-PICAZO, L.: «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Editorial Castalia, Madrid, 1974, pág. 18.

conocimientos de la lengua teutona se remontan a los días, lamentablemente cada vez más lejanos, en que preparaba mi tesis doctoral. Desde luego, intentar leer «Las cuitas del joven Werther» en la lengua materna de GOETHE no es precisamente lo que yo calificaría de una lectura amena. Pero frente a este aparente hándicap, nuestra doctrina tiene insignes miembros que han estudiado directamente el sistema alemán sobre sus propias fuentes y sus más prestigiosos tratadistas.

No me es ajeno que en muchas ocasiones el análisis del Derecho propio de otras comunidades, ya sean extranjeras o de los llamados territorios forales, no es un tema especialmente atractivo. Pero hoy, independientemente de la influencia que puedan tener esos ordenamientos en la interpretación del llamado Derecho común —se ha hablado de la «vocación comparatista del Derecho Inmobiliario Registral», la *Europa de los doce*, de la hoy cuestionada unión política y económica, nos exigirá sin duda abrirnos sin reservas al pensamiento jurídico de nuestros socios y vecinos.

La cuestión aquí examinada no pasa, ciertamente, de ser una reflexión sobre un aspecto muy concreto que no ocuparía muchas líneas en un tratado sobre el Derecho Inmobiliario Registral. Si me he tomado la molestia de escribir estas líneas es porque me siento como aquél individuo que transitando por una autopista con su coche en sentido contrario al que le correspondía, ante el aviso radiofónico de que un conductor estaba conduciendo en sentido inverso al natural, exclamó: —¿uno?, ¡si vienen todos! En efecto; el consentimiento formal en el Derecho alemán se ha considerado, sin discusión, de carácter abstracto y, por raro que parezca —espero que tras la lectura de este trabajo no lo parezca tanto—, yo no veo tal abstracción por ningún lado. Desoyendo el consejo citado, no voy, pues, a ponerme de parte del resto del mundo.

## II. BREVISIMAS NOTAS SOBRE EL SISTEMA INMOBILIARIO ALEMÁN

El sistema inmobiliario alemán maravilló en otro tiempo por su perfección técnica y su complejidad casi artística, pero hoy, sin perjuicio de reconocer sus muchos aspectos positivos, se juzga como barroco, artificioso e innecesariamente rebuscado. En el proceso a través del cual se producen mutaciones jurídico-reales de carácter derivativo cabe aislar los siguientes momentos: 1.º Negocio obligacional. 2.º Acuerdo real. 3.º Consentimiento formal. 4.º Solicitud de inscripción. 5.º Inscripción.

A poco que se observe esta secuencia, la diferenciación entre negocio obligacional y acuerdo real chocará a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico. En general se afirma que el negocio obligacional va dirigido a

crear simples obligaciones entre las partes, mientras que el acuerdo real es el mismo fundamento de la mutación jurídico-real. El *primer apartado del parágrafo 873 del BGB* dice que «para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la modificación del derecho y la inscripción de éste en el Registro, en tanto la Ley no prescriba otra cosa». Por tanto, el binomio acuerdo real-inscripción opera el cambio real.

Otra característica fundamental es que el acuerdo real, el convenio del transferente y el adquirente de transferir y adquirir, es abstracto. No quiere ello decir, ni mucho menos, que no tenga una causa que justifique que una persona transmita su propiedad a otra, que la adquiere, o constituya en favor de ésta un derecho limitado en cosa ajena; en el orden natural de las cosas está que si tal resultado llega a ocurrir será porque una persona ha vendido o donado a otra o permutado con ella, por poner tres ejemplos. Lo que sucede es que la ausencia de este fundamento de la modificación jurídico-real no influirá en el efecto buscado y logrado, como tampoco lo harán los vicios o defectos que afectarán al negocio obligacional.

Por regla general, pues, puede afirmarse que la inscripción tiene en Alemania carácter constitutivo. Existen, como recuerda el mismo parágrafo 873 del BGB, excepciones a esta regla, que apunta PAU PEDRÓN (4): a) Los actos estatales, como adjudicación en juicio ejecutivo o **expropiación**. b) Los actos producidos por ministerio de la ley, como la sucesión hereditaria, si bien GARCÍA GARCÍA (5) matiza, pues así es en la transmisión hereditaria propiamente dicha, pero no en la eficacia de la partición, que sigue la regla general. c) Otros determinados y especiales, como la disposición de cuota en el caudal relicto por el coheredero, refiriéndose WOLFF a la transmisión de derecho de garantía por cédula, que basta la simple entrega.

Cuando hay dos elementos, que se suceden en el tiempo, concurrentes a la producción de un determinado efecto, siempre surge la cuestión sobre el respectivo valor de cada uno, así como la situación existente dándose uno y no el otro. Basta, en nuestro país, observar las discusiones doctrinales habidas sobre el valor de escritura e inscripción en el nacimiento de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada o en la constitución de la hipoteca. Lo mismo se ha planteado en Alemania: ¿qué sucede cuando hay acuerdo y antes de la inscripción?; ¿y en el caso de que se haya verificado ésta sin aquél?

Dice el *apartado segundo del parágrafo 873 del BGB* que «antes de la

(4) Cf. PAU PEDRÓN, A.: «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, págs. 981 y 982.

(5) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1988, pág. 383.

inscripción están vinculadas las partes por el acuerdo solamente cuando las declaraciones se han otorgado judicial o notarialmente, o se han emitido ante el Registro o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a los preceptos de la Ordenanza del Registro». Como señala CARRETERO (6), en estos casos, ENDEMAN, FUCH y OBERNECK son de la opinión de que se produce una simple vinculación personal; ENNECERUS-WOLFF, mantienen que no surge una simple obligación pero tampoco se llega a limitar el derecho de disposición, sino que se provoca una imposibilidad de revocación unilateral, de tal suerte que la revocación sería no sólo ilícita sino ineficaz, y sólo produciría plenos efectos la lograda por medio de un nuevo acuerdo (opinión más recientemente compartida por FRITZ BAUR y LENT-SCHWAB, como recoge GARCÍA GARCÍA (7); y KOFFKA y SIMÓN siguen la tesis que CARRETERO estima más lógica, que es entender que la vinculación se traduce en una limitación del derecho de disposición, es decir, sus efectos son reales. Concluye TIRSO CARRETERO que tal vinculación, en definitiva, supone una transmisión *inter partes* pero ineficaz frente a terceros.

En el Derecho comparado, como apunta SANZ FERNÁNDEZ (8), se señalan dos manifestaciones distintas de inscripciones constitutivas, como son: *a)* La que se podría denominar absoluta (antiguas legislaciones de Hamburgo, Sajonia, Lübeck y Mecklemburgo), por virtud de la cual el derecho surge por y desde la inscripción, encerrando la inscripción toda la realidad jurídica posible, y *b)* La que se podría llamar relativa, propia de los vigentes códigos alemán y suizo, que otorgan a la inscripción valor constitutivo pero subordinado a otros elementos previos de carácter necesario, como el acuerdo real en Alemania y el título en Suiza, es decir, en ellos se adquiere desde la inscripción pero no por la inscripción, mientras que en el primer caso la inscripción sí es modo de adquirir. En todo caso, lo que parece haberse generalizado como valor constitutivo de la inscripción atiende más a este segundo sistema alemán y suizo. El proceso que llevó a estos distintos sistemas es explicado detalladamente por NÚÑEZ LAGOS (9).

---

(6) CARRETERO GARCÍA, T.: «Retornos al Código Civil. II. Retorno al artículo 606», en *RCDI*, 1965, pp. 114 y 115.

(7) GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Derecho...», en *op. cit.*, pág. 387.

(8) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, tomo I, pág. 241.

(9) Cf. NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro...», *loc. cit.*, págs. 244 y 245.

«El mundo del derecho hipotecario de origen germánico discurre por dos cauces: *a)* El del principio de publicidad, que ya hemos en gran parte examinado, caracterizado por la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de tercero (*Drittwirkung*); y *b)* El del principio de inscripción sustantiva, denominado (*Grundbuchsystem; Prinzip der formellen Rechtskraft, Buchstandesprinzip*), en el que el texto, la *narratio*, el *dictum* del asiento, se sobrepone a todo y a todos, incluso a las partes. Los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (fe pública absoluta).

Fijémonos ahora en el proceso que lleva a la inscripción. La *Ordenanza Inmobiliaria (GBO)* alemana de 24 de marzo de 1897, reformada el 5 de agosto de 1935, dispone en su *parágrafo 19* que «se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma»; y en su *parágrafo 20* que «en caso de transmisión de una finca y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuan-

---

Esto no era una decisión caprichosa de la ley. Obedecía a un sistema. Se entendía que la transmisión se verificaba por cesión judicial (*Auflassung*), y que el asiento era su *forma sustancial* única. Entre asiento y *Auflassung* había la misma correlación que hay entre testamento abierto y voluntad del testador. Salvo nulidad por falta de consentimiento, no cabe invocar más voluntad que la expresada en el tenor literal (texto) del mismo testamento (C.c. 675).

Sin embargo, dentro de este sistema surgió la diferenciación. En primer lugar, las adquisiciones por ministerio de la Ley, singularmente las hereditarias, no se producían por la inscripción ni desde la inscripción. La inscripción, respecto de ellas, tendría un valor documental, pero nunca sustantivo o constitutivo.

En segundo lugar, las renovaciones de las leyes hipotecarias de la primera mitad del siglo XIX dieron lugar en la misma Alemania a nuevos perfiles dogmáticos. Mientras en Bremen (ley en vigor desde 1 de mayo 1834) la inscripción sigue siendo la forma de la *Lassung*, en Luebeck, dentro del más puro germanismo, por la ley de 6 de junio de 1818 (art. 2.º) se celebra la *Auflassung* ante el Tribunal en sesión pública —*actum*, *Auflassung* que es recogida en acta —*dictum*— por el Protonotario asistido de Secretario judicial. La copia de este acta se inscribe en el Registro de Actas (art. 3.º); la inscripción no es forma sustancial del acto; el *acuerdo* del Tribunal, después de un procedimiento de edictos y purga, es lo que hace la adquisición inexpugnable, pero no la inscripción. Por eso, el folio registral puede ser rectificado por error en vista de las actas del Protonotario. El *actum* —la *Auflassung* en audiencia judicial— se sobrepone al *dictum*. El valor reposa sobre la homologación judicial y no sobre el texto exclusivo de la inscripción.

En tercer lugar, la dogmática civil afina y distingue a través de fuertes polémicas, de una parte, entre voluntad y declaración, entre negocio verdadero y simulación, entre realidad y apariencia; y de otra, entre el acto y su documentación, entre el *actum* y el *dictum*.

Consecuencia de todo ello fue que incluso en el sistema del llamado *Prinzip der formalen Rechtskraft o Buchstandsprinzip*, o de la fuerza probante de la inscripción, se distinguió en los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes*, de aquellos otros en que podía ser corregido el asiento inexacto, porque lo sustantivo y principal era la *Auflassung* y no el asiento. (Oldemburgo, Brunswick, Coburgo-Gotha, Schwarzburgo-Lippe, Schwarzburgo, etc.). En los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes*, el texto tiene fe pública. El *dictum* es incanjeable por el *actum*. Por el contrario, en los restantes casos el *actum* se sobreponía siempre al *dictum*.

En el último tercio del siglo XIX, con la experiencia adquirida por los sistemas del principio de publicidad, del *Drittwirkung*, una mentalidad de jurisprudencia salomónica concilió las dos tendencias dentro del *Grundbuchsystem*, y creó el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del BGB. La inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung*, hasta convertirse en un acto aparte que, sumado a la *Auflassung*, integre la transmisión de la propiedad. La inscripción es un elemento constitutivo, pero no la total forma solemne de la *Auflassung*. La inscripción no es válida más que precedida o seguida de la *Auflassung*. Sin *Auflassung* la inscripción no es más que una mera apariencia. La *Auflassung* influye en definitiva sobre la existencia o subsistencia de la inscripción. La verdad del Registro es una verdad meramente supuesta o presunta *erga omnes*...»

do se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte».

Lo rebuscado del sistema alemán se revela en el mecanismo para proceder a la inscripción. Lo lógico, como señala LACRUZ (10), sería que lo que se hiciera constar en el Registro fuera «que *Secundus* pasa a ser propietario de la finca por habérsela transmitido *Primus*, sin decir nada más (...). Pues bien, en lugar de ello, lo que se hace constar en el Registro, en principio, es el *consentimiento del afectado por la inscripción* (que puede ser sustituido por la condena a prestarlo) para que se practique el nuevo asiento...».

### III. EL CONSENTIMIENTO FORMAL EN EL DERECHO ALEMÁN Y EN EL ESPAÑOL

Se trata del llamado consentimiento formal, que a diferencia del acuerdo real no va dirigido a la otra parte ni es el propio fundamento del cambio real, sino que va dirigido al encargado del Registro y es simple presupuesto para verificar la inscripción. Así, para practicar una inscripción el encargado del Registro simplemente debe comprobar la existencia del consentimiento formal, no la del acuerdo real ni mucho menos la del negocio obligacional. Bien es verdad que la excepción a esta regla general es sumamente importante, pues se precisará manifestar el acuerdo real para la práctica de las inscripciones relativas a la transmisión del dominio o la constitución, modificación y transmisión del derecho de superficie. En estos casos, PAU PEDRÓN (11) cita la opinión de RICHTER, BENDEL y SIMMERDING, partidarios de entender que el acuerdo real sustituye entonces al consentimiento formal. GARCÍA GARCÍA (12), por contra, se inclina por la necesidad de ambos —consentimiento formal y acuerdo real—. Hay otros supuestos en que la inscripción se practica sin necesidad de consentimiento formal (13).

En su completo e interesante trabajo, PAU PEDRÓN (14) marca las diferencias entre el consentimiento formal y la solicitud de inscripción, por un lado, y el acuerdo real, por otro. Aunque en la práctica suelen ir unidos con consentimiento formal y solicitud de inscripción, conceptualmente son dis-

(10) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho Civil* III bis. Derecho Inmobiliario Registral. 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1984, págs. 28 y 29.

(11) PAU PEDRÓN, A.: «Panorama...», loc. cit., pág. 978.

(12) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op. cit.*, pág. 387.

(13) PAU PEDRÓN (Cf. loc. cit., pág. 977 y 978) cita los siguientes supuestos: 1.º Las inscripciones que se verifiquen de oficio. 2.º Las que se verifican cuando se demuestre la inexactitud del Registro. 3.º Tratándose del asiento de contradicción en el supuesto del párrafo 1.139 del BGB. 4.º Las que se practiquen como consecuencia de una ejecución forzosa.

(14) PAU PEDRÓN, A.: loc. cit., págs. 974 a 978.

tintos, como también les diferencian las personas legitimadas para verificar uno y otra y los requisitos formales de aquél y ésta. El consentimiento formal es una declaración unilateral y el acuerdo real un contrato (aunque esto último es discutido); aquél es la base de la inscripción, éste el fundamento de la mutación jurídica; aquél va dirigido al Registrador y éste a la otra parte; aquél debe ser puro, éste puede ser condicional o a plazo; aquél debe constar en documento público o autenticado (parágrafo 29 GBO), mientras que ya vimos que el acuerdo real no requiere forma determinada, si bien cuando reúna la señalada en el parágrafo 873.2 del BGB estará provista de unos efectos especiales.

No quiero extenderme en el régimen del consentimiento formal en nuestro Derecho. Como dice Díez-Picazo (15), «el llamado principio del consentimiento se introdujo en nuestra técnica hipotecaria merced al influjo que en ella ejerció durante años la doctrina alemana. ANGEL SANZ lo considera como creado por el Código Civil alemán, añadiendo que tiene su origen en la doctrina científica elaborada en aquel país a lo largo del siglo XIX. No me parece aventurado sostener que entre nosotros introdujo la idea don JERÓNIMO GONZÁLEZ en dos trabajos...». Tampoco juzgo necesario involucrarme, en esta sede, en los supuestos en que este concepto del consentimiento formal está presente: hay casos más bien discutidos, y que en general se han rechazado por una u otras razones, como los de constitución unilateral de hipotecas o modificación del rango hipotecario, o de modificaciones librarias de las entidades hipotecarias o rectificación de errores. Predominó entre los autores españoles la tesis de ROCA SASTRE de que el único supuesto en que se da en nuestro Derecho un caso de consentimiento formal es el del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que permite la cancelación de las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública por medio de otra escritura en la cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos. No obstante, cabe señalar algunas destacadas opiniones. Así:

- a) SANZ (16) reduce la posibilidad de cancelación por mero consentimiento formal a la anotación preventiva, dado el distinto régimen de los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria (que determinan las causas que deben dar lugar a la cancelación) y del artículo 206, regla 12.<sup>a</sup>, del Reglamento Hipotecario, que contempla la mera renuncia al asiento.

---

(15) Cf. Díez-Picazo, L.: «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», en *RCDI*, 1967, págs. 1265 y 1266.

(16) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, tomo II, págs. 28 a 33.

- b) PEÑA (17) (entre otros) rechaza absolutamente aplicación alguna del consentimiento formal en nuestro Derecho, pues el artículo 82 de la Ley ha de entenderse en relación con los artículos 2.2.º (del que se deduce que se requiere título extintivo) y 79 de la misma Ley y con los artículos 173 y 174 del Reglamento que la desarrolla, de los que resulta que el título, lo mismo que para las inscripciones, debe expresar la causa de la cancelación, como así exige expresamente el artículo 193.2 del citado Reglamento. Además, la inscripción no sólo interesa al titular, sino también, por ejemplo, a quien la solicitó al amparo del artículo 6 de la Ley, por lo que no sería razonable permitir la desinscripción al arbitrio del titular.
- c) Para LACRUZ (18) debe admitirse un consentimiento formal para la cancelación en el sentido de que no es necesario que exprese la causa, pues la exigencia reglamentaria, no legal, de la expresión de causa debe reducirse a sus justos términos. El artículo 173 reglamentario sólo se refiere al supuesto en que se dé uno de los casos del artículo 79 de la Ley (en que la cancelación se hace alegándose expresamente la extinción del derecho) y choca con el tenor del artículo 82 citado, con el del artículo 103, también de rango legal, que exige sólo la expresión de la causa de la cancelación en el supuesto de extinción del derecho por declaración de la ley o del propio título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación, y con el del artículo 99 del mismo cuerpo, que no extiende el ámbito calificador del Registrador a la validez de los actos dispositivos cuando se trate de cancelaciones, a diferencia de lo que prevé el artículo 18 de la Ley para las inscripciones.

Al consentimiento formal se le han atribuido, tradicionalmente, los siguientes caracteres: se trata de una declaración de voluntad, unilateral, recepticia y de carácter abstracto. En relación con el consentimiento cancelatorio, en nuestro Derecho, se ha apuntado también su carácter dispositivo. Esto último ha requerido matizaciones (19), evidentemente acertadas. El

---

(17) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Madrid, 1982, pág. 545.

(18) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *op. cit.*, pág. 122.

(19) No es siempre dispositivo, sino que lo será cuando el negocio cancelatorio envuelva una declaración extintiva del asiento y del derecho registrado, pero no cuando el derecho ya se había extinguido (por ejemplo por el pago del crédito hipotecario) y se consiente con posterioridad la cancelación de la hipoteca que lo garantizaba, pues en este segundo caso el declarante se limita a cumplir una obligación, que es la de facilitar el ajuste entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral. Esta opinión es la manifestada por Díez-Picazo (cf. *El negocio...*, loc. cit., págs. 1288 a 1290) y LACRUZ (cf. *op. cit.*, pág. 242).

carácter unilateral (declaración emitida, sin necesidad de ser concordada con otra persona, por el titular registral) parece claro, lo mismo que su carácter recepticio: va dirigida al Registrador y producirá sus efectos en cuanto a éste llegue. Y su carácter formal, que lo adjetiva frente al llamado consentimiento material (20), también es palmario: va dirigido simplemente a la práctica del asiento, a la modificación de la posición registral.

Con tal contundencia que hoy puede considerarse que su opinión ha causado estado en nuestro país, Díez-Picazo (21) destruyó el mito del carácter abstracto del consentimiento cancelatorio que prevé el artículo 82 tantas veces citados. En opinión totalmente suscrita por LACRUZ (22), concluyó aquél que tal negocio cancelatorio *no es abstracto*: ni por sus antecedentes, que no aparecen como una consecuencia del principio del consentimiento elaborado por la técnica alemana, sino como el resultado de nuestra propia tradición hipotecaria; ni por su funcionamiento, pues si los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria establecen un repertorio de causas es porque las mismas no son intrascendentes, o lo que es lo mismo, el perjudicado por una cancelación sin causa o con causa ineficaz no le quedará sólo el remedio de acción por enriquecimiento injusto, como sería si fuera abstracto, sino la acción de rectificación del Registro.

Dice en el mencionado trabajo Díez-Picazo lo siguiente (23):

«... El nudo del problema donde radica de verdad es en averiguar qué repercusión produce un defecto causal sobre el negocio cancelatorio y, consiguientemente, sobre la cancelación en sí misma considerada. Si la declaración de voluntad cancelatoria tuvo como causa, por ejemplo, la extinción del derecho, y el derecho no se había extinguido en realidad, ¿qué eficacia debe producir el negocio cancelatorio? Esta es la pregunta a que debemos responder para decidir si la cancelación es abstracta o no lo es. Si el negocio cancelatorio funcionara como un verdadero negocio abstracto, la cancelación debería ser considerada como plenamente eficaz y al perjudicado no le quedaría otro camino que el de intentar una acción por enriquecimiento sin causa...»

Más adelante continúa diciendo, en referencia a nuestro Derecho (24):

(20) Consentimiento material que es el llamado acuerdo real abstracto, ya delimitado: la concorde voluntad entre adquirente y transferente de adquirir y transferir, que produce sus efectos desligados de su fundamento causal.

(21) Cf. *El negocio...*, loc. cit.

(22) Cf. *op. cit.*, pág. 122.

(23) Cf. «El negocio...», loc. cit., págs. 1286 y 1287.

(24) Cf. «El negocio...», loc. cit., pág. 1288.

«... Cabe admitir —es cierto— por vía excepcional que la causa no aparezca mencionada en la declaración de la voluntad cancelatoria; pero en este caso nos encontraremos en presencia de un supuesto de aplicación del artículo 1.277 del Código Civil, y se presumirá que la causa existe y que es lícita. En el Registro el asiento de cancelación podrá practicarse. Pero si la causa no ha existido o ha sido falsa o ilícita, el perjudicado por la cancelación podrá pretender la nulidad ejercitando una acción de rectificación del registro, que no podrá nunca perjudicar a los terceros adquirentes de buena fe...»

Es fundamental, por tanto, distinguir los negocios sin causa, de los negocios cuyos efectos se producen desligados de la causa y sus incidencias y los negocios en los que es precisa la existencia de causa, pero no requieren expresión de la misma. Para ser abstracto un negocio no es preciso que no tenga causa, sino que produzca sus efectos desligado de ésta y sus posibles vicios. Por ello, un negocio abstracto puede tener causa (lo normal que la tenga); lo que ocurre es que si carece de ella o está viciada, los efectos perseguidos por el negocio se producirán igualmente y surgirán acciones personales para el perjudicado, dirigidas a restablecer las consecuencias originadas sin causa justificante. Pero no es un negocio abstracto, tampoco, aquél cuya causa simplemente no se expresa por presumirse que existe (como hace el artículo 1.277 del Código Civil): hasta tal punto es precisa la causa que hay necesidad de presumirla, ya que si no fuera necesaria para la eficacia del contrato, si aquél estuviera admitiendo la categoría de los negocios abstractos, se estaría dando la paradoja de presumir algo innecesario para los fines prácticos o desenvolvimiento del negocio [en este sentido, AMORÓS GUARDIOLA (25)]. Quedan, pues, perfilados tales conceptos de negocio sin causa, negocio abstracto y negocio con mera abstracción procesal o carente de expresión formal de su causa.

#### IV. LA ABSTRACCION EN EL CONSENTIMIENTO FORMAL ALEMAN

Dejé más arriba constancia de que la doctrina ha proclamado sin más la abstracción del consentimiento formal en el sistema alemán (26). Sirvan

---

(25) Cf. AMORÓS GUARDIOLA, M.: *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

(26) En este sentido pueden citarse PAU PEDRÓN, A.: «Panorama...», loc. cit., pág. 976, y GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho...*, op. cit., págs. 388 y 389.

por lo reciente las palabras que transcribo de la obra alumbrada poco ha por GARCÍA GARCÍA (27):

«el consentimiento formal es un consentimiento abstracto. Su causa —dice Wolff— es, por regla general, el cumplimiento de un deber de asentimiento; este deber puede derivarse de un negocio jurídico (por ejemplo la compra de una finca). Pero —continúa GARCÍA GARCÍA— no tiene enlace con el negocio **obligacional** previo ni requiere siquiera la existencia o validez de tal negocio. Es más, incluso respecto al negocio real o consentimiento material, ya hemos visto que ni siquiera se requiere la existencia del mismo, salvo tratándose de la transmisión del dominio o actos del derecho de superficie. En los demás supuestos basta para la **inscripción** el consentimiento formal, pudiendo darse el caso de que no haya ni siquiera en tal momento acuerdo real alguno. Como dice LACRUZ, se separan el consentimiento material y el formal: aquél prestado por todas las partes a quienes afecta (favorece o perjudica) el cambio real, y destinado a producirlo; éste, otorgado sólo por la persona a quien el Registro designa como titular dirigido a una disminución de su titularidad registral, en favor de otra persona cuyo asentimiento no se requiere. Y cita, seguidamente, la opinión de THIEME, según el cual, la admisión del llamado consentimiento formal, como base de una modificación en el Registro se funda en consideraciones prácticas: de una parte, cuando un titular consiente una modificación que le perjudica se entiende que, regularmente tal modificación habrá tenido lugar en la realidad; de otra, el legislador ha considerado que la prueba de haber tenido lugar el negocio jurídico real y las necesarias declaraciones abstractas de voluntad dirigidas al mismo supone para el Juez que lleva el Registro una innecesaria agravación de su actividad».

El mismo tono de estas palabras, unido a lo que se lleva dicho, podría amparar una conclusión sin más. En efecto: se habla de razones prácticas, de la innecesariedad de comprobar las *necesarias* declaraciones abstractas, de entender que regularmente habrá tenido lugar en la realidad la modificación jurídica. Pero, ¿es que no son éstas las razones que justifican la inexpressión de la causa en el artículo 1.277 del Código Civil? En realidad, como vamos a tratar de demostrar, el consentimiento formal está, y debe estar, apoyado, en el acuerdo real; y la abstracción puede predicarse de éste, más no de aquél.

---

(27) Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 388 y 389.

Pienso que no se ha meditado suficientemente en aquella distinción que NÚÑEZ LAGOS recordó que existe entre los llamados sistemas de inscripción sustantiva y constitutiva (28). Se ha olvidado que si el centro de gravedad en el proceso transmisivo no recae exclusivamente en el acuerdo real, tampoco lo hace ya en la inscripción. Ésta no es ya, como lo era en aquellos sistemas también llamados de fuerza probante, la única verdad; depende el resultado de la inscripción del acuerdo. Pensemos en dos posibilidades:

1.<sup>a</sup> Se lleva a cabo una inscripción habiendo tenido lugar el acuerdo real, pero no el consentimiento formal.

2.<sup>a</sup> Se verifica una inscripción como consecuencia del consentimiento prestado para ello, pero sin que haya tenido lugar el acuerdo real.

En la primera hipótesis, se habrán cumplido los requisitos exigidos en el parágrafo 873 del BGB: el binomio acuerdo real e inscripción, si bien habrá de apreciarse una falta en el proceso inscriptorio formal, como fue la ausencia de consentimiento formal. Ante esto, los autores, se han mostrado partidarios de considerar perfecto el cambio real, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que hubiera incurrido el encargado del Registro (29). En efecto, la clara distinción entre el Derecho material y formal en el ámbito hipotecario que se da en Alemania debe conducir a tal conclusión.

Ahora examinemos la segunda, que aquí interesa: ha tenido lugar la inscripción en virtud de un consentimiento formal, pero no está fundamentada en el acuerdo real. Habrá, sin duda, un error registral rectificable (30). No habrán concurrido los dos elementos necesarios para el fin perseguido, como son la inscripción y el acuerdo real abstracto, de tal suerte que, como bien se aprecia, la falta del acuerdo real afecta, y de qué manera, al consentimiento formal y al resultado de la inscripción. No podía ser de otra manera. Basta, según mi razonamiento, recordar aquellas palabras transcritas del trabajo de Díez-PICAZO para calibrar las consecuencias aquí defendidas: el consentimiento formal debe apoyarse en el acuerdo real abstracto, que le sirve de causa o fundamento, y si bien es cierto que no es precisa su expresión o su constatación ante el encargado del Registro en la mayoría de los casos —aunque en la práctica la excepción del parágrafo 20 de la Ordenanza Inmobiliaria alemana quizá convierta en excepción a la regla general—, una cosa es la inexpressión y otra su necesidad. La dislocación

---

(28) Ver nota número 9.

(29) PAU PEDRÓN, A.: «Panorama...», loc. cit., pág. 977.

(30) En este sentido, PAU PEDRÓN, A.: «Panorama...», loc. cit., pág. 977, y Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1983, volumen II, pág. 304.

en el proceso se permite, pero hasta cierto punto. A mi juicio, ha habido una cierta inercia: por un lado, no se ha reparado en la pérdida de vigor de la inscripción en relación con el acuerdo real (abandono del sistema de fuerza probante); por otro, se ha proclamado la abstracción del sistema, con base en la que efectivamente se da en el acuerdo real, exagerándola en los demás elementos.

Es esta, pues, mi conclusión. El acuerdo real sí es abstracto; el consentimiento para la inscripción es formal, que no es poco, pero no abstracto. Lamentaría, no obstante, que se confirmasen mis temores de estar invadiendo la calzada contraria...

DR. ARTURO MERINO GUTIÉRREZ  
Profesor Titular de Derecho Civil  
en la Universidad de La Rioja