

LA PECULIARIDAD DE NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO FRENTE A LOS MODELOS LATINO Y GERMÁNICO: LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO APARIENCIA JURÍDICA *

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. LA PECULIARIDAD DE NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO: LA PUBLICIDAD INMOBILIARIO-REGISTRAL COMO APARIENCIA JURÍDICA PROTEGIDA.—2. LA CONFRONTACIÓN DE NUESTRO SISTEMA CON LOS MODELOS FRANCÉS Y ALEMÁN. A. Sistema latino: el modelo francés. B. Sistema germánico: el arquetipo alemán y su variante suiza. C. El contraste del sistema español con los modelos comparados: su peculiaridad como sistema espiritualista y causalista de publicidad con eficacia plenamente positiva.

1. LA PECULIARIDAD DE NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO: LA PUBLICIDAD INMOBILIARIO-REGISTRAL COMO APARIENCIA JURÍDICA PROTEGIDA

Quando, hace algunos años, estudiamos el sugestivo tema de la protección de la apariencia jurídica ¹, hubimos ya de hacer al-

* Este trabajo, que pretende ser el primero de una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se incluye en la investigación emprendida en el Proyecto PS 91-0105, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. El autor expresa su agradecimiento por la aprobación del Proyecto y por la financiación del mismo.

¹ *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.

guna referencia a la publicidad en general, y particularmente a la publicidad inmobiliaria, como supuesto productor de apariencia jurídica protegible. Volvemos sobre ese mismo asunto, pero ahora con ánimo de mayor detalle, profundidad y ambición. Estamos persuadidos de que no hay más clave de inteligencia e interpretación de nuestro sistema inmobiliario-registral que el de la doctrina de la protección de la apariencia. Una experiencia nos confirmó en lo que inicialmente pudo ser sólo una intuición: tras el estudio de la teoría de la apariencia, el Derecho hipotecario, con reputación de ciencia si no oculta sí al menos de sanedrín², nos resultaba de lo más familiar. Es que, sin duda, entre el régimen de la publicidad y la protección de la apariencia hay una sustancial identidad de fondo que difícilmente podrá quedar oculta a quien apenas se asome a uno y otro campo. Sería interesante estudiar cuál es la exacta y precisa interacción efectivamente producida entre la instauración de la publicidad inmobiliaria y la pleamar del principio de protección de la apariencia. Aunque estamos convencidos de que la protección de la apariencia tiene manifestaciones anteriores a la publicidad registral y de que esta última ha contribuido poderosamente a la afirmación de aquélla como principio general en nuestro moderno Derecho, no vamos a entrar en este punto. Centramos el propósito en lo que ya hemos enunciado al fijar nuestro punto de partida: en contrastar y probar esa clave de inteligencia e interpretación de la Ley Hipotecaria que sería la doctrina de la protección de la apariencia jurídica. ¿Cuál va a ser entonces nuestra tesis? Ha quedado ya indicada: que sólo desde la teoría de la apariencia se puede explicar coherente y unitariamente el régimen de la publicidad inmobiliaria en nuestro peculiar sistema hipotecario.

Peculiar sistema hipotecario, hemos dicho. Y en seguida tenemos que preguntarnos: ¿Existe tal peculiaridad en nuestro sistema o debe adscribirse éste, en su conjunto, a algunos de los modelos reconocidos como tales? Mal podríamos contestar si hubiéramos de atenernos en la respuesta a los puros testimonios ajenos. En la Exposición de Motivos de la Ley de 31 de diciembre de 1944, sobre reforma de la Ley Hipotecaria, se refiere nuestro legislador como meta a la «normalización de nuestro todavía confuso sistema inmobiliario». ¿Será ello lo que explique que en el extranjero, donde no tienen igual obligación de conocernos, mientras Pugliatti nos sitúa en la órbita germánica³, en el *J. von Staudingers Kom-*

² La expresión es de NUÑEZ LAGOS, *Don Jerónimo*, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, 1948, II, p. 8: «Si la "hipotecaria" no llegaba a ser ciencia oculta, era desde luego ciencia de sanedrín, aparte del Derecho común».

³ PUGLIATTI, S., *La trascrizione*, en Tratt. CICU-MESSINEO XIV, II, Milano, 1989, p. 135: «Ispirato al sistema germanico, oltre all'ordinamento svizzero..., è

mentar aparezcamos, junto a Francia e Italia, entre los países con sistema de publicidad negativa o preclusiva⁴, y que Planiol-Ripert nos citen como seguidores del sistema francés de transcripción?⁵ La verdad es que nuestro sistema, ciertamente con peculiaridades que lo distinguen muy positivamente⁶, se adscribe inequívocamente al modelo llamado germánico⁷. Interesa dejar fijado ya de

quello spagnolo, basato originariamente sulla *Ley hipotecaria* dell'8 febbraio 1861, alla quale furono apportate varie modifiche fino al *Texts refundido*, dell'8 febbraio 1946.»

⁴ J. VON STAUDINGERS Kommentar zum BGB. Buch 3, Sachenrecht. 12. Auf. 1989, STAUDINGER-ERTL Vorberm zu §§ 873-902 Zr 28: «... *Negative Publizität*: Nur das Vertrauen in das Schweigen des Grundbuchs wird geschützt. Beim Erwerb erlöschen nichteigentragene Rechte (zB Frankreich, Italien, Spanien).»

⁵ PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français. III Les biens*, Paris 1926, p. 613: «Le système français de la transcription a été adopté en Belgique (L. 16 déc. 1851 et 10 octobre 1913), aux Pays-Bas (art. 671 Proc. civ.), en Italie (art. 1932-1947. C. civ.), en Espagne (art. 605 et 608, C.c.)»

⁶ Aunque, e.c., para COSSIO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1956, p. 15, en España no hayamos llegado hasta el final en la adopción del patrón germánico, lo que ofrece —dice— el panorama de un ordenamiento doble de la propiedad y de los derechos reales que da lugar a serias dificultades en la práctica al entrar en colisión los principios civiles con los propiamente hipotecarios, lo que constituiría (p. 67) «el mal de origen de nuestra Ley Hipotecaria»; o para DE CASSO, l., *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Madrid, 1951, p. 65, nuestra Ley Hipotecaria sea «un híbrido anticientífico», al rechazar la inscripción constitutiva, lo cierto es que nuestra Ley Hipotecaria ha gozado de buena estimación entre nosotros. Ya OLIVER B., *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley hipotecaria*, Madrid, 1892, p. 333, la calificó como «una de las obras legislativas más notables de nuestra Nación», juicio en el que abundará posteriormente SANZ FERNÁNDEZ, *El Registro y la realidad jurídica*, AAMN, XIV, 1965, p. 480: «uno de los más grandes monumentos de nuestra historia legislativa» por su respeto a la realidad jurídica española, base —dice— que inspiró el sabio eclecticismo de 1861. Pero ha sido DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 14, quien, en nuestra opinión, mejor ha motivado su juicio favorable a nuestra legislación inmobiliario-registral: «Verdad es que nuestra técnica legal no llegó a la “sustantividad” de la inscripción, ni a su obligatoriedad, ni a ciertas sutilezas de otros sistemas. Pero es que otorgar a los asientos del Registro fuerza de cosa juzgada; dar carta de naturaleza al principio del consentimiento abstracto, desligado de todo acto jurídico causal; llegar al artificio de la hipoteca del propietario o a las complicadas situaciones engendradas por el libre tráfico del rango hipotecario; prescindir del influjo de la moral, puesta de relieve por el principio de la buena fe, y dar valor a los pronunciamientos del Registro incluso *inter partes*, son exageraciones a todas luces improcedentes, en pugna con nuestra tradición jurídica y nuestros hábitos contractuales.»

⁷ No es cuestión de hacer aquí una completa relación de los autores que afirman la adscripción de nuestro sistema hipotecario al modelo germánico. Baste, remontrándonos a los orígenes, dejar sentado que la adopción de tal modelo respondió, en su inicio —anterior, por cierto, a la Ley Hipotecaria— a una opción lúcidamente ponderada y explícitamente confesada. En las *Concordancias, motivos y comentarios...* de GARCÍA GOYENA al Proyecto de 1851, en la parte que nos interesa, obra de LUZURIAGA, decía éste: «La Comisión general de Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de *publicidad* y *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios en este

título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra ley hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *dobles principio*: sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro. Puede desde luego tenerse entendido que las principales disposiciones de estos dos títulos convienen sustancialmente con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico...» (ed. Zaragoza, 1974, p. 927). La opción por el sistema germánico, entonces entendido como el de la publicidad absoluta y la especialidad, aparece constantemente en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, y en cuanto al pensamiento de GÓMEZ DE LA SERNA en este punto nos limitaremos a señalar lo que, en pleno comentario al artículo 34, y transcribiendo en nota palabras suyas de algún trabajo anterior, deja expuesto en *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I, Madrid, 1862, p. 637:

«En el proyecto de Código civil estaba adoptado el sistema hipotecario alemán, que es el que ha adoptado la nueva Ley Hipotecaria. Esto era conocido desde que se publicó en el *Derecho moderno*, revista que dirigía en 1851 el ilustrado juriconsulto don Francisco de Cárdenas, y lo fue más aún desde que el magistrado don Florencio García Goyena, uno de los autores del proyecto, publicó las Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, por la grande circulación que tuvo esta obra bajo la protección del Gobierno.

Mas el sistema que el Código se proponía, si bien sólo por la gran autoridad de los juriconsultos que en él intervinieron merecía ser examinado y discutido, debió llamar preferentemente la atención desde el momento en que el Gobierno aceptándolo como suyo, lo indicó a la Comisión de Codificación para que formulara el proyecto de ley hipotecaria. Esto era en agosto de 1855. Entonces se decía a la Comisión que el Gobierno deseaba que la nueva ley partiera del principio de publicidad, que como incompatibles con esta condición no se reconocieran para lo sucesivo hipotecas generales, que se estableciesen formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos *en la cosa*, que se meditara con detención sobre la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas generales escogitándose en el primer caso los medios de conciliar la supresión con los intereses que antes protegía el privilegio y especialmente de las mujeres casadas, de los menores y de los incapacitados. Entonces, indudablemente hubiera sido ocasión más oportuna para entrar en la discusión del sistema que al antiguo quería sustituirse: entonces podría la prensa científico-jurídica, hacer al país más oportunamente el servicio que tal vez algunos, no nosotros, hoy conceptuarán como extemporáneo

... creemos por el contrario que ha sido bien elegido el sistema: estamos en la inteligencia de que la Comisión de Codificación al desenvolverlo ha sido siempre fiel a él, tanto en la ley como en el reglamento para su ejecución...»

A su vez, don Bienvenido OLIVER, tras caracterizar la Ley Hipotecaria —op. cit. p. 372— como «informada por los principios del Derecho germánico o alemán, y especialmente del prusiano», termina la explicación de este punto —pp. 389-390— transcribiendo las palabras del Ministro don Santiago Fernández Negrete, en defensa de la Ley: «¿Cuál es el origen de esta ley? ¿Es francés? No: esto no tiene nada de francés. La Francia acepta los principios que esta Ley combate. ¿Es alemán? ¿Cuál es la ley alemana? En Alemania hay veintiuna leyes hipotecarias, si no estoy equivocado, fundadas sobre la turquesa, sobre el modelo de la Ordenanza de Federico II, de 1783. Yo reto a S.S. a que me diga: ¿qué ley alemana es la copiada? Ninguna. Naturalmente, la nuestra se ha de parecer algo a ella, pero nada más que parecerse. *Hay aquí mucho del sistema alemán: acaso con el tiempo haya más todavía.*» Claro está que no han faltado quienes, lejos ya del origen de nuestra Ley Hipotecaria y en el fragor de la polémica sobre la interpretación de sus puntos más conflictivos, traten de negar la inspiración germánica que tan claramente se reconoció en los inicios. Basten, como la más reciente muestra, las siguientes palabras de CHICO Y ORTIZ —*Estudios sobre Derecho Hipotecario I*, 2.ª ed., 1989, p. 180— concediendo

entrada, aunque todavía tenga que ser *grosso modo*, en qué consiste tal adscripción y cuáles son las peculiaridades que nos distinguen.

¿Qué se entiende por sistema germánico? Esencial resulta distinguir: ¿qué se entiende hoy, o qué se entendía cuando los grandes protagonistas de nuestra codificación concibieron y dieron forma a la Ley Hipotecaria? De la acotación de la pregunta depende en gran parte el resaltado de la peculiaridad de nuestro sistema. Para nuestros juristas del XIX la panorámica comparada en materia de Derecho inmobiliario comprendía la visión de dos grandes conjuntos o sistemas⁸: uno, en regresión y tributario del pasado, el francés, del que dirá Luzuriaga⁹ que «ha sido ya juzgado en su propio país», y otro, el germánico, moderno y prometededor de toda suerte de prosperidades¹⁰. Consistía la novedad de éste en la instauración de los principios absolutos de publicidad y especialidad. La seguridad del tráfico y el crédito inmobiliario exigían la desaparición de las hipotecas clandestinas y generales; la condición de la propiedad, por tanto, debería contar con esa forma de general cognoscibilidad, de fácil acceso y suficiente garantía, que será el Registro inmobiliario: en él podrá encontrarse la información jurídica necesaria acerca de la titularidad de las fincas y de sus posibles gravámenes. El sistema francés, por el contrario, admi-

a TIRSO CARRETERO, «Quizá pueda ser cierto que la admisión de la fe pública registral, sin inscripción constitutiva, resulta excesiva en un sistema como el nuestro en el que la teoría del título y el modo, unido a la voluntariedad de la inscripción, se acercan más al sistema latino que al germánico».

⁸ «La legislación hipotecaria, como sistema —se dice en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861— es hoy objeto de grandes controversias: la última palabra de la ciencia respecto de las bases sobre que debe descansar, no ha sido pronunciada todavía. Las naciones de Europa están divididas en el modo de resolver las grandes cuestiones a que da lugar tan interesante parte de la legislación civil; disputanse el terreno dos sistemas puestos frente a frente: el que introdujo el Código civil francés, imitado por otros muchos pueblos, y el que, nacido en Prusia, ha llegado a obtener en sus reglas capitales tantos partidarios y dominado en tantos países».

⁹ Op. cit., p. 929.

¹⁰ Vid. LUZURIAGA, op. cit., p. 927: «Los pueblos civilizados de ambos hemisferios, con pocas excepciones, han renovado de un siglo a esta parte la legislación hipotecaria, o promueven actualmente su reforma. Todos han reconocido que el suelo, instrumento el más vasto y seguro de producción debe recibir de la ley las condiciones necesarias para ser transmitido con toda libertad (inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable), y para poder ser obligado con igual seguridad; condiciones que sirvan de fundamento al crédito territorial, que en vano se procurará fomentar de otro modo.» O algo más adelante, p. 929: «Entre otros datos curiosos hay uno muy notable; la Baviera se rige por dos legislaciones, la parte alemana por la que le es propia, y la parte del Rin por el Código francés, importado allí con la denominación de *Imperio*; y resulta que el banco obra poderosamente en la Baviera alemana, y no puede hacer operaciones en la Baviera renana; con cuyo hecho recibe la teoría una demostración incontestable.»

tiendo a la publicidad las hipotecas voluntarias o convencionales, mantenía en la clandestinidad a las legales (sistema mixto). En estas condiciones se entiende fácilmente que la publicidad germánica, aspirando a ser el fiel y fiable reflejo de la realidad, se organizara en la forma precisa y con las garantías necesarias para el desempeño de su propósito: sólo sobre la base de un Registro llevado por fincas y de una inscripción sometida a control cualificado, puede asentarse la protección deparada al tercero que actúa confiando en lo que la publicidad le manifiesta. Frente a ella, la francesa, con pretensiones más recortadas, podrá adoptar una forma más rudimentaria de organización y prescindir del control del título publicable, que, normalmente, se limitará a transcribir literalmente. Ello basta a su limitado fin de hacer inoponible el acto no transcrito a quien se adelantó a registrarlos¹¹.

¹¹ Es OLIVER, entre nuestros autores del XIX, quien con mayor detalle entra en la contraposición de los dos sistemas. Advirtiendo sobre el sentido en que puede hablarse de sistemas germánico y francés («Pero debo advertir, ante todo, para evitar extravíos, que uso de las palabras sistema *germánico* y sistema *francés* en el sentido vulgar, porque ninguna de ellas responde a conceptos científicamente formulados y desarrollados hasta sus últimas consecuencias con rigor lógico», op. cit., p. 84) y tras haber indicado los países donde se encuentra vigente cada uno de ellos —*ib.*, pp. 82-83—, sitúa su más radical diferencia (pp. 83-84):

«Separa a estos dos grupos de leyes, designados respectivamente con los nombres de sistemas germánico y francés, entre otras diferencias esenciales, la muy importante relativa a uno de los conceptos fundamentales de la legislación civil, es a saber: que mientras el primero requiere para la transmisión y gravamen de la propiedad territorial el cumplimiento de ciertas formalidades exteriores, sin las cuales ambos actos, o al menos el último, no tienen valor jurídico; el segundo —el francés— no exige formalidad exterior y declara transmitida o gravada la propiedad territorial por actos tan íntimos y, sobre todo, tan clandestinos y ocultos como el mero consentimiento del propietario, manifestado de palabra o por escrito, o la tradición o entrega de la cosa practicadas de una manera real o simbólica, pero siempre desconocida para el público, a pesar de hallarse muy interesado en saber quién es el dueño de las cosas y los gravámenes que sobre ellas pesan.

Este modo de considerar el acto importantísimo de la transmisión de la propiedad inmueble y de la constitución de los derechos reales impuestos sobre ella, viene a ser como la piedra angular en que descansan aquellos dos sistemas —*germánico* y *francés*— cuyo respectivo desarrollo, en su conjunto y en sus detalles, es consecuencia lógica y necesaria del concepto distinto y radicalmente opuesto de aquel acto.»

Más adelante se referirá a sus diferencias en lo organizativo (pp. 229-231):

«No son menos radicales las diferencias que separan los sistemas alemán y francés en punto a organización de los Registros destinados a dar publicidad a los actos y contratos sobre bienes inmuebles. Y esta diferencia se explica fácilmente, porque esas oficinas tienen que responder necesariamente al diverso concepto que uno y otro sistema tienen formado del régimen inmobiliario.

En primer lugar, los Registros, según el sistema alemán, se llevan por fincas, a cada una de las cuales se abre su correspondiente folio, como si fueran entidades jurídicas independientes en cierto modo de las personas que en el transcurso de los tiempos adquieren algún derecho sobre ellas. Ese folio empieza con la descripción física de la finca, tomada de los libros catastrales parcelarios.

Claro está que, así trazadas las líneas definitivas de cada sistema, la adscripción del nuestro al germánico resulta de todo punto evidente. Nuestro Derecho anterior a la Ley Hipotecaria dibujaba ya un sistema mixto. Contra él, y por encima del religioso respeto que los autores de la Ley profesan al Derecho nacional, se va a reaccionar innovando cuanto fuera preciso para instaurar el principio absoluto de la publicidad: «la obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito» (Exp. Mot.). Nuestra Ley Hipotecaria va a ser considerada, y en realidad lo era, como una ley innovadora ¹². Tanto que, de cuajo, nos va a sacar de nuestro

Según el sistema francés, los Registros se llevan por orden cronológico de presentación de documentos, hallándose confundidos los pertenecientes a fincas distintas; y como para facilitar la busca de los datos consignados en sus asientos se agrupan y clasifican éstos en un Repertorio o Índice alfabético por los nombres de las personas a quienes afecta cada asiento, de aquí que sean Registros meramente personales, no reales o de la Propiedad.

En segundo lugar, los asientos en los Registros organizados, según el sistema alemán, son el resultado de un verdadero acto de jurisdicción voluntaria, y hasta cierto punto reúne los elementos de una verdadera declaración judicial que causa estado. Por el contrario, los asientos hechos en los Registros, según el sistema francés, consisten en simples copias literales de los documentos (*transcription*) o de los extractos de éstos (*inscription*) hechos por los interesados.

Por eso los asientos extendidos en aquéllos gozan de verdadera y completa fe pública con entera abstracción del título o documento, cuya validez o nulidad no influye en la eficacia de aquéllos. Y por eso también los asientos practicados en los Registros del sistema francés, carecen por sí mismos de valor alguno respecto de los actos jurídicos a que se refieren, disfrutando únicamente de la fuerza o eficacia que a éstos se conceda.

Los Registros, según el alemán, están a cargo de los Tribunales de Justicia, ante los cuales se practican todas las actuaciones preliminares de la inscripción, bajo la alta inspección del Ministerio de la Justicia; y los Registros del sistema francés están a cargo de funcionarios administrativos, ajenos al orden judicial, los cuales sólo ejercen funciones pasivas o mecánicas bajo la dependencia inmediata del Ministerio de Hacienda y sin relación alguna con los Tribunales.

Por eso los primeros Registros ostentan el carácter de una verdadera institución fundamental del Derecho civil sobre la que descansa todo el régimen de la propiedad territorial, al paso que los segundos sólo alcanzan la consideración de organismos administrativos, destinados a dar publicidad o notoriedad a la celebración de un número limitado de actos jurídicos relativos a bienes-inmuebles».

¹² Se dice en la Exposición de Motivos:

«Mas la Comisión que, por regla general, propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, que no cree que deben las leyes cambiar las bases del derecho antiguo sino cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada, y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando, cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar a tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra más adecuada a las exigencias de la época: se ve hoy obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de

secular sistema para introducirnos de lleno en el contrario. Quizá así se explique lo sopesado y razonado de su argumentación y defensa en la espléndida Exposición de Motivos que la precede ¹³, la fuerte y apasionada polémica provocada en torno a su artículo 34, y las dificultades y obstáculos que encontró en su «planteamiento» (expresión tan usada por los autores de la época). Siendo ello así, si el sistema germánico no exigía —exceso sólo esporádicamente pretendido— el conceder a la inscripción el valor absoluto de la cosa juzgada, contra la realidad misma de las cosas; si ni siquiera es de su esencia el atribuir valor constitutivo a la inscripción —no se lo atribuyó, e. c., el Código de Prusia ¹⁴—, ¿cuál puede ser la peculiaridad de nuestro sistema, una vez integrado consciente y consecuentemente en el germánico? Mucho va a insistirse en el esfuerzo realizado para lograr la adaptación del sistema elegido a nuestra realidad y a nuestro Derecho; indudable será también la atención prestada al modelo francés y el influjo de éste, al menos redaccional y de estilo, en materias concretas y aspectos parciales de nuestra Ley; pero nada de ello justificaría atribuirle personalidad propia. Aceptado el modelo germánico, en él se llegará hasta sus últimas consecuencias, y es que —lo había dicho Luzuriaga ¹⁵— «si las transacciones en política suelen ser buenas, en el derecho civil no producen sino medios insuficientes».

Muy distintas son las cosas si la comparación de nuestro sistema con los modelos habitualmente reconocidos se establece hoy día y con las categorías jurídicas actualmente configuradoras de los distintos regímenes. No es que el modelo francés haya variado de signo con sus sucesivas reformas. Tampoco el nuestro lo ha hecho. El que sí ha resultado significativamente desfigurado ha sido el germánico, al padecer tras su vaciado en el BGB la adherencia de una serie de elementos de nuevo cuño —elaboración de la pandectística del XIX: transmisión abstracta, inscripción constitutiva, consentimiento formal, entre otros— que innecesariamente van a radicalizarlo en una línea que hoy se reconoce carente de futuro. Ahora sí que nuestro sistema, tan alejado del francés como en su origen, queda también a distancia del germánico en su actual configuración alemana. ¿Y cómo puede enunciarse su peculiaridad? Mientras Francia, defendiendo a la realidad contra la apariencia, no ha lle-

la Comisión, cuando a pesar de su religioso respeto al derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado.»

Glosa tal carácter innovador, OLIVER, op. cit., pp. 382-388.

¹³ Fue ponente de la misma GÓMEZ DE LA SERNA, según testimonio de CÁRDENAS, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, Madrid, 1871, p. 147, nota 1.

¹⁴ Sobre él, y críticamente en este punto, OLIVER, op. cit., pp. 116 ss.

¹⁵ *Concordancias...*, cit., p. 929.

gado a hacer del Registro un instrumento creador de apariencia jurídica protegible, y mientras Alemania se excedió queriendo hacer coincidir a la apariencia con la realidad hasta subordinar ésta al instrumento que la publica, nuestro sistema ha permanecido fiel a lo que fue la inspiración originaria del modelo germánico: la de hacer del Registro una especie de duplicado de la antigua *Gewere*; un elemento normalmente manifestador de la realidad, pero que cuando no coincide con lo que la realidad es, según sus propias leyes, configura una apariencia jurídicamente protegible. Merece la pena que antes de entrar en la exposición de los modelos arquetípicos, dejemos destacada la presencia en el nacimiento y configuración de nuestro sistema hipotecario de la idea que, presente en él hoy como entonces, actualmente le confiere su propia y peculiar fisonomía: la de ser instrumento creador de apariencia jurídica legalmente protegida.

Decir hoy que el Registro configura una situación de apariencia jurídica protegible puede quedarse en una afirmación sin especial relieve, mucho más cuando no se entra en aquilatar lo que ello puede significar como peculiar clave de explicación del régimen de la publicidad¹⁶. Quizá sólo en convertirse en eco, impreciso y remoto, de toda una elaboración doctrinal, iniciada y extendida en Alemania tras la aparición del BGB (resistida, en cambio, en Italia) y allí aplicada con mucha frecuencia en la explicación de la virtualidad —no sólo de ella— de la publicidad registral¹⁷. Bastante más interés puede tener comprobar cómo a

¹⁶ La afirmación se encuentra con gran frecuencia en nuestros autores. *Vid.*, e.c., SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario* I, Madrid, 1947, p. 292; *Id.*, *El Registro y la realidad jurídica*, cit., p. 404; COSSIO, op. cit., pp. 10-11; LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona 1968, pp. 65, 202, 207, después, *Elementos de Derecho Civil III bis*, pp. 16, 167...; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid, 1978, p. 246; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., Barcelona, 1979, I, p. 336; CANO TELLO, *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 278; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, Madrid 1982, p. 605; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, p. 40; CRISTÓBAL MONTES, *Introducción al Derecho Inmobiliario*, Zaragoza, 1986, pág. 128. La constituye en línea central del tratamiento del régimen de la publicidad, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, quien —pp. 13-14— anuncia: «... las páginas que siguen constituyen un análisis de los principales problemas que plantean la posesión y la doctrina de la publicidad registral; pero arrancando de lo que, a nuestro juicio, puede ser considerado como hilo conductor o denominador común de las dos figuras: la protección jurídica de la apariencia».

¹⁷ *Vid.* como exponente actual del planteamiento doctrinal alemán, STAUDINGER-GURSKY, ad 892 Rz 5: die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerläßliche objektive Rechtsscheinbasis. y Rz 6: die §§ 892, 893 bilden damit einen Anwendungsfall des (von Westermann so genannten) reinen Rechtsscheinprinzips». Para el pensamiento italiano, cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione I*, cit., pp. 252 ss. y MENGONI: *Gli acquisti a non domino*, 3.^a ed., Milán, 1975, pp. 350 ss.

la idea de lo que hoy entendemos como protección de la apariencia responde una Ley Hipotecaria concebida, fundamentada, razonada y explicada en tal sentido, cuando la teoría refleja de la apariencia no había llegado a esa etapa de su adolescencia, que BÉRGAMO¹⁸ sitúa en la instauración del principio de legitimación.

¿Cómo podremos llegar a esa comprobación? Ningún camino mejor ni más fácil que partir del núcleo de la protección de la apariencia, tal como hoy se la entiende, para inmediatamente volver a nuestra originaria Ley Hipotecaria y a los textos que la argumentan. La coincidencia de fines, medios y resultados —podemos adelantarlos— va a ser absoluta.

En efecto, la teoría de la apariencia parte, en la encrucijada entre la seguridad estática o seguridad de los derechos y la seguridad dinámica o seguridad del tráfico¹⁹, de la necesidad de proteger al tercero que actúa de buena fe. ¿Qué se va a exigir para ello? La existencia de una situación objetiva de apariencia jurídica, que, por su propia objetividad y consistencia, pueda generar la confianza justificada y razonable del tercero. El temor a eventuales y remotos motivos de ineficacia, de comprobación excesivamente complicada o moralmente inalcanzable, no debe paralizar el tráfico ni minar la consistencia de los actos realizados de acuerdo con la normal diligencia. De ahí que si la apariencia objetiva y fiable no concuerda con la realidad de las cosas, el tercero que desconocía dicha discordancia deba ser protegido, manteniéndose la eficacia de su actuación: lo que en sí era sólo apariencia, valdrá para el tercero de buena fe como si fuera la realidad. No por ello, evidentemente, el perjudicado a consecuencia de esta medida protectora va a quedar desamparado por el Derecho: quedando a salvo el tercero, podrá dirigirse contra quien contrató con él²⁰.

El ambiente estaba ya maduro para la aplicación de esta doctrina —por entonces, quizás, «expediente», mejor que doctrina— a la publicidad registral inmobiliaria cuando en 1861 aparece la Ley Hipotecaria. El Proyecto de Código civil de 1851 contenía ya un boceto de sistema registral donde la publicidad, sin alcanzar dimensión constitutiva²¹, jugaba como elemento configurador de una apariencia jurídica, protegida en favor del tercero de buena fe.

La situación del tráfico inmobiliario era insostenible. Dirá Luzuriaga:

¹⁸ BÉRGAMO LLABRÉS, A., *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, I. C. Notarial de Valencia, 1946, p. 250.

¹⁹ Es inevitable en este punto la cita de EHRENBURG, V., *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*, Iherings Jahrb. (1904) pp. 273-338.

²⁰ Nos remitimos, para el desarrollo de la teoría de la apariencia, a nuestra obra, ya citada, *La representación aparente...*, pp., esp., 441 ss.

²¹ Cfr. LUZURIAGA, *Concordancias...*, cit., p. 952: «La inscripción es un acto íntimamente adherido al título constitutivo del derecho inscrito; pero no por eso dejan de ser dos cosas distintas.»

«... en tal situación, lo que hay que admirar no es el aniquilamiento del crédito territorial y agrícola, sino la temeridad de los que compran bienes inmuebles o prestan sobre ellos, porque temerario es dar su dinero por fincas o sobre fincas cuyo valor líquido es imposible conocer. Aunque se prescinda del peligro de que sobrevenga un comprador desconocido que se anticipó a tomar la posesión, o que por lo menos sea acreedor del todo o parte del precio, es imposible estar seguro de que no se presentará un censalista que reclame un capital más o menos grande con sus veinte y nueve anualidades de intereses. Algo dice si no lo que está sucediendo en muchas de nuestras provincias, por no decir en todas».

Se entiende, por ello, que la legislación que se proyecta deba partir de una decidida y neta toma de partido en favor de la seguridad de las adquisiciones, cuya necesidad se siente como una exigencia de interés general o de orden público:

«Ante todo es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia; si la necesidad u otra causa, sobreponiéndose al temor, dan la resolución de comprar a pesar de aquel peligro, queda siempre el de perder las mejoras; y, aunque nada de esto hubiera, el legislador debe procurar que la propiedad no esté incierta, que el fraude y la clandestinidad no vengan a frustrar los contratos, y sobre todo que el dominio del suelo sea tan seguro que sirva de base para asentar sobre él con toda confianza el crédito, de tal modo, que ofrezca a los prestamistas mayor garantía que el que se funda en la industria»²².

«No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contraer con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar; no el daño aislado de una persona privada»²³.

El «Registro público» será el instrumento que venga a asegurar la confianza de los adquirentes y prestamistas, y la definitiva eficacia de sus adquisiciones e hipotecas:

«inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable»²⁴.

«si el Registro ha de servir de asiento seguro para el crédito territorial, conviene que él sea la única pauta de los prestamistas

²² *Id., ib.*, p. 943.

²³ *Id.*, p. 934.

²⁴ *Id.*, p. 927.

para simplificar las diligencias con que han de adquirir la confianza que les mueve a entregar su dinero»²⁵.

He aquí la imagen de un Registro configurador de una apariencia cuya protección se traduce en el mantenimiento de la eficacia de los actos realizados confiando en lo que en él se publica. No importa que el que aparece como titular inscrito, no lo sea en la realidad de las cosas:

«Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción»²⁶.

Naturalmente, todo ello ha exigido la organización del Registro por fincas (art. 1.819), el requisito de la titulación auténtica —«por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda»²⁷— (art. 1.821), la calificación registral (art. 1.883), el tracto sucesivo (art. 1.820), la extensión de la inscripción a todo acto de constitución, transmisión o gravamen de los derechos reales inmobiliarios (arts. 1.826, 1.831)... Todo lo necesario, en definitiva, para que la publicidad en él obtenida pudiera ser —como la calificaba Oliver— «una publicidad verdaderamente *positiva*», desencadenante de lo que hoy llamamos *legitimación y fe pública registral*²⁸; justamente, la expresión, en un Registro sin publicidad constitutiva, de la apariencia registral y de su más enérgica virtualidad en favor del tercero que actúa poniendo en ella su confianza.

Este mismo esquema, claro está que ya bastante más desarrollado y perfilado, es el que se va a repetir en la Ley Hipotecaria de 1861. Igual indicación en su Exposición de Motivos de lo que es su situación de partida: unas condiciones de inseguridad que hacen imposible el tráfico inmobiliario; igual medio para eliminarla: la creación de un Registro en el que se haga efectivo el principio absoluto de la publicidad; mayor explicitación ahora de la peculiar fisonomía del principal favorecido por el Registro: el tercero de buena fe; mayor explicitación también de la diferencia de tratamiento de los problemas relacionados con lo que el Registro publica o en él deja de inscribirse, según se planteen *inter partes* o en relación con tercero; mayor énfasis en la distinción

²⁵ *Id.*, p. 953.

²⁶ *Id.*, p. 944.

²⁷ *Id.*, loc. últ. cit.

²⁸ La expresión citada está en OLIVER, op. cit., p. 67. En esa misma página, y hasta la 70, puede verse su referencia a la legitimación y a la fe pública registral.

entre la realidad de lo que las cosas son y lo que el Registro publica sobre ellas;... y la idea, tantas veces repetida y formulada, de que para el tercero de buena fe no puede haber más realidad que lo que el Registro le dice: es preferible la protección de su legítima confianza que la de la incuria de quien, pudiendo fácilmente haber inscrito, no lo hizo: *¡Imputet sibi!* Tratemos de comprobarlo, buscando aquí y allá en la Exposición de Motivos de la Ley y en su más autorizado comentario.

Situación de partida:

«No necesita la Comisión examinar los vicios de nuestro actual sistema hipotecario... nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre solidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación añadía el Gobierno que la reforma era urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner limites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados. Nada añade la Comisión por su parte; bástale decir que en sentir del Gobierno está definitivamente juzgada nuestra actual legislación hipotecaria, y que exige reformas radicales para que pueda satisfacer las condiciones que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestros días»²⁹.

«... el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislación hipotecaria: el de adquirir sin temor de perder lo adquirido, y el de prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no sería ineficaz la hipoteca»³⁰.

«Pero este sistema (el mixto, anterior a la Ley Hipotecaria)... tampoco es aceptable a juicio de la Comisión. Amalgama de dos sistemas que se excluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspección de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor: en los momentos mismos en que contrata, después de asegurarse por el Registro de la Propiedad de que sus garantías son buenas, después de adquirir por el registro de hipotecas la convicción de que ningún otro tiene inscrito un crédito que pueda anteponerse al suyo, se encuentra burlado, porque una hipoteca legal desconocida tal vez hasta para el deudor mismo, viene a frustrar sus cuidadosas investigaciones,

²⁹ Exposición de Motivos, p. 223. Citamos por su edición en *Leyes hipotecarias y registrales de España, Fuentes y evolución*, I. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1974.

³⁰ *Ib.*, p. 226.

a convertir un contrato calculado con toda previsión en un juego de azar y a privarle de su derecho. El sistema mixto, pues, si bien preferible al de hipotecas ocultas, no da la seguridad absoluta que necesitan los acreedores para que el crédito territorial sea fecundo... Y es que dentro de la ley no hay medios para que el acreedor se libre del riesgo de que se convierta en ineficaz la hipoteca, porque el más detenido y profundo estudio de la legislación en materia tan difícil y el examen más circunspecto de la historia de las fincas, el conocimiento de las personas que las han obtenido, de los cargos públicos que han desempeñado, de las empresas en que han tenido intervención, de las responsabilidades que en el orden de la familia puedan haber contraído, no alcanzan a poner al acreedor a cubierto de los peligros de créditos olvidados de todos o desconocidos, y cuya existencia no puede sospechar ni la previsión más exquisita»³¹.

Distinción entre realidad y publicidad. La realidad es lo que cuenta *inter partes*; para el tercero es decisivo lo que el Registro publica:

«No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión. En su concepto deben ser los Registros un gran medio que ha de tener la Administración para auxiliarse en sus trabajos estadísticos; y esa idea, si no ha de primar sobre el interés civil y sobre el interés social, ha de ser igual cuando menos a ellos.

No es ésta la opinión de la Comisión: sin negar que los Registros de la Propiedad y de las Hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración en las arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe ser sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediabilmente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio.

La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad,

³¹ *Ib.*, pp. 227-228.

fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador favorecerla, en cuanto alcance. Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por eso se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por don Carlos y doña Juana, y seguido por don Felipe II, por don Felipe V y por don Carlos III, de que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.

...
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, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo»³².

A partir de ahí, la filosofía de la Ley, centrada en la protección del tercero que adquiere confiando en el Registro, aparecerá con ocasión de cualquier materia en la que pueda producirse una discordancia entre realidad y publicidad, o entre realidad y apariencia jurídica registral. Así:

A propósito del cierre del Registro a todo título anterior al inscrito:

«En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido por error a otro a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la Comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no puede inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la Ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente»³³.

A propósito de la revocación de donaciones:

³² *Ib.*, pp. 236-237.

³³ *Ib.*, pp. 248-249.

«... sí está la Comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta a los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria a que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio, u obtiene sobre ella algún derecho real. Y esta regla sólo podía ser la de que no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudicará a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido»³⁴.

A propósito del retracto legal en las ventas:

«Tampoco podía admitir la Comisión que, pasada la cosa a un tercer poseedor, hubiere lugar al retracto de la venta. El retracto convencional no necesita esta declaración, porque si la venta está inscrita en el Registro, la condición resolutoria del contrato aparecerá también en él, y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna. Si no está inscrita la condición resolutoria, será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez para burlar la ley; pero, sea la omisión efecto de descuido o de mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria. La dificultad, pues, sólo puede existir respecto al retracto gentilicio y al de comuneros... No corresponde a la Comisión examinar en esta exposición las ventajas o inconvenientes de semejantes clases de retracto... Respetando lo existente tal como se halla, sólo propone y reforma en la parte en que se opone a los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título... Pero la Comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante»³⁵.

A propósito del impago del todo o parte del precio de la cosa vendida si no consta de la inscripción haber sido aplazado el pago:

«El tercero que compra o que adquiere un derecho real sobre lo así vendido, si después se ve privado de ello, realmente es perjudicado por un hecho ajeno imputable al vendedor y al comprador, y sobre todo al primero, en cuyo interés está hacer que conste la falta de pago en el escritura y en el Registro. Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él, que sobre el que no pudo preverlo ni evitarlo, cuya buena fe no debe quedar burlada»³⁶.

A propósito de la *restitutio in integrum*:

³⁴ *Ib.*, p. 250.

³⁵ *Ib.*, pp. 251-252.

³⁶ *Ib.*, pp. 252-253.

«... La Comisión, circunscribiéndose a los límites indispensables del proyecto, y fiel a su pensamiento, niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio»³⁷.

A propósito del fraude de acreedores:

«En el proyecto de Código civil no podían menos de tomarse en cuenta los inconvenientes del Derecho antiguo respecto a la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fe, y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido. Así, al tratar de la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores, se fijaron algunas reglas respecto a las cosas inmuebles, que han sido substancialmente adoptadas por la Comisión. Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación: también se rescinden, aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entre tanto con buena fe; y por último, las enajenaciones a título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia son rescindidas como fraudulentas a instancia de los acreedores. La Comisión ha seguido este ejemplo en la parte que cabía en el proyecto, proponiendo que la acción rescisoria por enajenación en fraude de acreedores no se dé en perjuicio de tercero que tenga inscrito el título de su derecho, a menos que la segunda enajenación sea a título gratuito, o que el tercero haya sido participante en el fraude»³⁸.

A propósito de la anotación del legado de cosa inmueble:

«Cuando la cosa legada es determinada e inmueble, con arreglo a los principios del Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación»³⁹.

A propósito de la cancelación de asientos registrales:

³⁷ *Ib.*, p. 255.

³⁸ *Ib.*, p. 256.

³⁹ *Ib.*, pp. 257-258.

«El principio dominante en esta materia es que las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de transferencia del dominio o del derecho real inscrito... y, por último, que la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas no extingue por su propia virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos a que afectan, surtiendo todos sus efectos en cuanto a terceros que después hayan adquirido o inscrito algún derecho. Estas reglas son sólo una consecuencia de los principios adoptados por la Comisión, y que dominan todo el proyecto»⁴⁰.

A propósito de la rectificación de los asientos registrales:

«Pero de todos modos, las rectificaciones de concepto no pueden retrotraerse a la fecha de la inscripción rectificada; por pequeña que sea la equivocación, los interesados tienen en el proyecto medios suficientes para evitar el error, reclamando oportunamente: el que ignorante de ella acude al Registro y contrata en la seguridad de que no hay inscripción o anotación que pueda perjudicar a la adquisición de un derecho real, no debe experimentar daño por la omisión del que no cuidó oportunamente de que la inscripción fuera rectificada. Éste es el único que debe sufrir las consecuencias de su conducta, como se declara en el proyecto»⁴¹.

Finalmente, a propósito de la publicidad formal:

«La publicidad puede darse, o por medio de la exhibición de los registros en la parte necesaria a las personas que tengan interés en consultarlos, o por certificación de los registradores, únicos documentos con que puede acreditarse en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo deben perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes»⁴².

Transcritos los anteriores párrafos de la Exposición de Motivos, veamos a continuación cómo entienden la Ley sus autores principales. Pensamos en este momento en Gómez de la Serna y en Cárdenas⁴³. Según el primero, el fin pretendido con la instauración del Registro es «la publicidad, por cuyo medio advertido

⁴⁰ *Ib.*, pp. 262-263.

⁴¹ *Ib.*, p. 312.

⁴² *Ib.*, p. 314.

⁴³ Cfr. NUÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, p. 141: «Presididos por Cortina, los autores de la ley fueron un romanista —Gómez de la Serna— y un historiador —Cárdenas—. Acaso aquí resida el éxito de un sistema germánico en suelo latino: hubo un tupido filtro a través de un fuerte espíritu nacional.»

el tercero, no puede ser inducido a error»⁴⁴. Es —podría decirse— lo más contrario a cualquier atisbo de provocación y favorecimiento de apariencias disconformes con la realidad: se trata de evitar a los terceros el engaño que hasta entonces producía la existencia de gravámenes o derechos ocultos y sin posibilidad de conocimiento, incluso —muchas veces— tras la investigación más diligente; de acabar con la existencia de propiedades aparentemente libres, pero minoradas con cargas insospechadas o sujetas a la incontrolable amenaza de una reivindicación imparabile. Efectivamente, así era; pero el remedio a esta situación sólo podía consistir en la predisposición de un instrumento de cognoscibilidad —el Registro— de fácil acceso a todos: al titular de la propiedad y de los derechos sobre ella constituidos, y al posible interesado en su adquisición. La idoneidad del Registro para cumplir a la perfección esta función, y la facilidad de llevar a él cuanto afecta a la propiedad inmobiliaria, justifica sobradamente el criterio legal de estar, en cuanto a terceros, hasta sus últimas consecuencias, a los pronunciamientos registrales; tanto cuando la publicidad coincida con la realidad —en cuyo caso es la realidad la que juega por sí misma y para todos— como cuando diverge de ella: Es ahora cuando la publicidad (la *apariencia registral*) vale *como si* fuera la realidad para el tercero de buena fe. Quien descuidó inscribir no puede hacer valer lo no inscrito a quien, consultado el Registro, se acoge al mismo. He aquí cómo el instrumento tendente a dar seguridad sobre la base de la cognoscibilidad de la realidad jurídica, tiene que continuar su finalidad aseguradora protegiendo la apariencia en él generada contra la realidad misma. Este es, sin duda, el pensamiento de los autores de la Ley: «según hemos dicho muchas veces, la Ley Hipotecaria en nada altera los efectos de las obligaciones entre los contrayentes; sólo trata de evitar perjuicios al tercero que, con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente»⁴⁵.

Aunque presente por doquier en la Ley, y actuando en las más distintas ocasiones, donde la protección de la confianza puesta en el Registro (*fe publica registral*) se presenta en forma más «híriente» es en la hoy llamada adquisición a *non domino* y en los casos de error o nulidad de los asientos registrales. ¿Qué hay sobre ello en los que antes hemos llamado los autores principales de la Ley? En la exégesis del artículo 34⁴⁶, «el más meditado y

⁴⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., p. 670.

⁴⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., p. 655.

⁴⁶ Decía así en su versión originaria:

«No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello,

el más discutido por la Comisión», según Cárdenas⁴⁷, y el que tan aparatosa polvareda provocó en su aparición, parte Gómez de la Serna del subrayado de sus palabras iniciales: *No obstante lo declarado en el artículo anterior*⁴⁸. Se va a tratar en el 34 de la eficacia en favor de tercero del acto otorgado por alguien carente de derecho. ¿Cuál puede ser su justificación? Tal acto ha sido realizado «por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello». Cumplido ya el centenario de la Ley Hipotecaria, Núñez Lagos vio en estas palabras la consagración del principio de legitimación, entonces desconocido, e inadvertido después durante mucho tiempo⁴⁹. Gómez de la Serna, con el instrumental terminológico posible en su tiempo y de clara resonancia francesa, dirá que el precepto se refiere «al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un acto o contrato, transmita la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando existe un titular anterior no inscrito, o una causa que no aparezca claramente en el Registro, y ordena que en este caso no sea perjudicado el tercero por el acto o contrato que no pudo conocer por sus libros. En esto —dice— sigue el espíritu de la Ley y su base capital, según la cual, sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado»⁵⁰.

no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

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

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

⁴⁷ CÁRDENAS, *Memoria...*, cit., p. 170.

⁴⁸ Op. cit., pag. 621: «1. *Lo declarado en el artículo anterior*. Debe fijarse mucho la atención en estas palabras, y tener en cuenta que el artículo 33 a que se refieren, trata de los actos o contratos que son nulos en sí mismos, y por lo tanto no pueden producir efecto alguno.»

⁴⁹ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, p. 79: «Creo que es mérito de nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 1861 el haber consagrado el principio de legitimación sustantiva en la pristina redacción del art. 34 al hablar de “persona que en el Registro aparezca con derecho para ello”, frase que con ligera variante ha llegado a nuestros días, y que introducida en nuestra Ley, sin conciencia de su alcance técnico, desconocido en su época, significa un avance de nuestro sistema, sobre todos los del siglo XIX. Ni don Jerónimo González, ni los autores anteriores, ni los posteriores, vieron esta legitimación sustantiva.»

⁵⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., p. 622. Algo más adelante, glosando el *no se invalidarán*, añade: «injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pudo tener conocimiento por el Registro». Y a continuación: *En cuanto a tercero*: «Consiguiente es siempre la Ley

Por más que la terminología empleada sea francesa y que su utilización pudiera sugerir la idea de una publicidad meramente negativa o preclusiva, la relación establecida entre el artículo 33 y el 34, y la hipótesis en éste contemplada de un titular según Registro que, sin serlo en la realidad, dispone en favor de tercero, demuestran a las claras que estamos de lleno en lo que hoy llamamos la *fe pública registral*. También lo ha destacado Núñez Lagos⁵¹: por un camino sin precedentes⁵², y con intuición maravillosa, llegaron los autores de la Ley de 1861 a esta positiva y enérgica forma de protección del tercero que actúa confiando en lo que el Registro le manifiesta. La referencia de Cárdenas al artículo 34 no deja lugar a dudas: «su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que tiene su derecho inscrito en el Registro», y su justificación, «que el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por sí garantía bastante contra los derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas»⁵³.

¿Y respecto a la nulidad de la inscripción? La Ley dedicó a ella su artículo 31, según el cual: «la nulidad de las inscripciones... no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito». Gómez de la Serna observa que la norma carece de paralelo en los demás países, que «habrán, sin duda, considerado que, salvados los derechos de un tercero por disposición general, no es necesario descender a más explicaciones»⁵⁴. Es que la Ley —explica— se limita aquí a aplicar especialmente al caso de que trata la regla general que domina en ella: que el tercero no puede ser perjudicado por los actos o contratos a que la inscripción nula se refiere, por no haber tenido parte en ellos⁵⁵. Ciertamente es tercero, y no tuvo parte en el contrato nulo. Pero esa inoponibilidad de las consecuencias de lo ajeno y desconocido responde en la Ley a lo que ya sabemos: que el Registro está llamado a ser la base incommovible de la confianza de quien lo consulta y a él se acoge. Lo dirá algo más adelante el mismo De la Serna en el comentario al artículo siguiente, aplicándolo al régimen de la inexactitud no sustancial:

al principio que la domina; el de salvar de todo perjuicio al tercero, dejando a los otorgantes dentro de las condiciones del derecho antiguo.»

⁵¹ «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 240-243.

⁵² Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., p. 640, nota b): «La legislación anterior a la Ley hipotecaria no contiene reglas que se refieran a la materia de que trata este artículo. Tampoco en las legislaciones extranjeras encontramos reglas que desciendan a aplicar a los casos de que trata el artículo 34 de la Ley, las disposiciones generales que establecen. Con éstas habrán creído que bastaba a que pudieran ser uniforme la inteligencia de la Ley e igual la jurisprudencia.»

⁵³ CÁRDENAS, op. cit., pp. 170-171.

⁵⁴ SERNA, op. cit., p. 615, nota a).

⁵⁵ Op. cit., p. 615.

«El peligro remoto, el temor suspicaz de que pueda llegar el día en que aparezca que por un error no sustancial que nadie descubrió, pueda resultar un perjuicio que escape a la penetración del hombre más precavido, no son motivos bastantes para introducir una perturbación en la confianza que es conveniente que todos presten al Registro, mientras que de sus páginas no aparezca con claridad la omisión o la inexactitud que puede dar lugar a la declaración de nulidad»⁵⁶.

Hemos dejado hablar directamente a la Ley y a sus autores. Era la manera de captar el espíritu de aquélla en la pureza incontaminada de su fuente. Los textos son claros. El Registro, respetando la realidad de las cosas en la relación *inter partes*, configura para los terceros una apariencia fiable y protegida. Hay, como no podía ser menos, una manifiesta bisonñez en la expresión de lo que después será la teoría de la apariencia y en la justificación de la protección deparada en ella al tercero. Éste, aunque jurídicamente sí, gramaticalmente todavía no se ha sustantivado. En expresión que hoy sigue empleando la Ley y se utiliza a veces en el vocabulario especializado, el tercero, adquirente o poseedor, es «tercer adquirente» o «tercer poseedor»⁵⁷. Por otra parte, aun teniendo que recurrir para ello a justificaciones algo irreales, se atribuirá a la protección de la apariencia registral una justificación culpabilista que ni siempre le cuadra ni en todo caso le es precisa⁵⁸. Por encima de todo ello destaca la genuina *ratio essendi* y el peculiar *modus operandi* de nuestro Registro de la Propiedad. Distinto a lo que después será el Registro alemán, que hace violencia en la realidad separando el valor del acto transmisivo respecto a su causa y adentrando la publicidad en el meollo constitutivo de la mutación jurídico-real, está lejos del Registro francés, que, compartiendo inspiración con nuestra premoderna regulación de la publicidad⁵⁹ y atado al raquitismo de su virtualidad mera-

⁵⁶ *Ib.*, pág. 619.

⁵⁷ *Vid.* e.c., LH, arts. 38, IV y V; 112; 126, I, II y III; 127 IV, VI y VII; 131 3.ª, 3.º; 7.ª; 15 III. 132, I; 134; 155. RH, arts. 143; 219, 3.ª III; 221; 222; 223; 235, 2.º, 6.º II. Hay motivos más que sobrados para sustantivar ya el término «tercero». Tercero es *in subjecta materia*, no quien va tras el segundo y por delante del cuarto, sino quien no es parte en el acto o contrato de que se trate. Sustantivo, opuesto a parte, y no adjetivo ordinal, es aquí el vocablo «tercero».

⁵⁸ Nos referimos a la posibilidad de control de cualquier error o inexactitud registral por quien solicita la inscripción, según se afirmaba en la Exposición de Motivos, p. 312. Sobre la posibilidad de no tener que atender a este dato en la protección de la «apariencia pura», cfr. nuestro estudio sobre *La representación aparente*, cit., pp. 221-219 y 459-465.

⁵⁹ Cfr. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Privilèges et hypothèques. Commentaire de la loi du 23 mars 1855 SUR LA TRANSCRIPTION en matière hypothécaire*. París, 1864, pp. 173-174: «Un placard de Charles V, du 10 février 1538, et autre de Philippe II, du 6 décembre 1586, qui étendirent les bienfaits de cette mesure à toutes les Flandres, furent motivés par l'intérêt d'empêcher les fraudes et stellionats.

mente negativa, nunca ha llegado a hacer del Registro un eficaz instrumento de tutela de la confianza ⁶⁰. Lo primero no era necesario, y ningún testimonio mejor, por no sospechoso, que el de don Jerónimo González ⁶¹. Lo segundo, por más que quieran minimizarse las diferencias entre la eficacia protectora de los contrapuestos sistemas germánico y francés ⁶², es insuficiente. Nuestra Ley Hipotecaria de 1861, «por un camino sin precedentes legales, pero con una intuición maravillosa», decía Núñez Lagos ⁶³, o «con la fórmula práctica y original de la protección del tercero», en expresión de Castro ⁶⁴, va a dar en la diana de lo que, pudiendo parecer eclecticismo sin imaginación y falta de iniciativa propia, va a ser la mejor y más creadora respuesta a la necesidad económica y jurídica que está en el origen del Registro de la Propiedad. Con todo derecho podemos hoy hablar de un sistema registral original y propio, que conjuga la necesidad de protección del tráfico (protección del tercero de buena fe en el lenguaje y en la realidad de nuestras leyes) con los que eran y siguen siendo los pilares básico de nuestro Derecho: el espiritualismo contractual, el sistema del título y el modo, y el consiguiente influjo de la causa o título en la constitución y traslación de los derechos reales. Espiritualismo y causalismo, como exigencia realista en la rela-

On ne peut avoir une preuve plus palpable du nouvel aspect de l'ensaisinement et du concours qu'il était appelé à prêter aux transactions dont la propriété était l'objet ou la gage... Évidemment, nous trouvons ici l'origine et la pratique de l'idée qui a fait édicter la loi que nous expliquons». Sobre ello, y en nuestra doctrina, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, p. 725.

⁶⁰ Basten como prueba las siguientes palabras de TROPLONG, *op. cit.*, p. 386: «La loi n'affirme pas aux tiers qu'il n'y a de résolutions qui leur soient opposables que celles qui sont mentionnées sur le registre des transcriptions; mais elle facilite, autant qu'elle le peut, la découverte d'un fait qui les intéresse. L'existence d'une mention fait cesser leurs doutes; l'absence de mention ne les empêchera pas de se livrer à d'autres recherches.»

⁶¹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Evolución de los sistemas hipotecarios», en *Estudios...*, I, *cit.*, p. 138: «Ciertamente es que el Código civil alemán ha privado a los asientos inmobiliarios del valor de *cosa juzgada* que algunas legislaciones regionales (Sajonia, Hamburgo, Lubeck Mecklemburgo...) les otorgaban, abandonando el principio de la fuerza jurídica absoluta (*formale Rechtskraft*) de la inscripción (lo que nuestro técnicos denominaban *substantividad*) para desarrollar el sistema de protección jurídica al comercio y trato de buena fe (*system des l'erkehrschutzes*).

El principio de publicidad matizado de este modo es seguro baluarte para el tercer adquirente de buena fe, y medio técnico suficiente para las necesidades del tráfico y la prosperidad del crédito.»

El seguro baluarte del tercero de buena fe no exige, efectivamente, la sustantividad de la inscripción; ni siquiera necesita su dimensión constitutiva. Nuestro sistema es la mejor prueba.

⁶² En tal sentido, TENDLER, «La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne», *La semaine Juridique*, 1991, núms. 51-52, doctrine, pp. 396-400.

⁶³ *El Registro de la Propiedad español*, *cit.*, p. 243.

⁶⁴ *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192.

ción *inter partes*, pero que ceden ante la buena fe cuando hace su aparición la figura del tercero.

Oliver, precursor de don Jerónimo González en su afiliación germanista, invitaba a atender a las fuentes germánicas para llegar a la genuina interpretación y desarrollo de nuestra Ley Hipotecaria ⁶⁵. El tiempo no le ha dado la razón. El mismo don J. González, de vuelta finalmente de su deslumbrado germanismo, aconsejaba cambiar de rumbo ⁶⁶. Convenimos con Sanz Fernández en que nuestro sistema encuentra en su propia fisonomía y peculiaridades su mejor fuente de estudio y conocimiento ⁶⁷.

2. LA CONFRONTACIÓN DE NUESTRO SISTEMA CON LOS MODELOS FRANCÉS Y ALEMÁN

No sería de utilidad, ni entra por ello en nuestra intención, que nos detuviéramos ahora en la clasificación y sistematización de los sistemas registrales ⁶⁸. Vamos a limitarnos en estas páginas a resaltar la peculiar fisonomía de nuestro sistema de publicidad inmobiliaria, tarea para la cual nada será más útil que entrar, en la medida de lo necesario, en la exposición de los dos grandes modelos: el llamado *latino*, cuyo exponente *princeps* sería el Registro francés, y el *germánico*, plasmado arquetípicamente en el Derecho alemán. Conocidos uno y otro en sus líneas básicas, estaremos en condiciones de comparar con ellos nuestro sistema y de destacar las notas que lo distinguen y caracterizan.

A. Sistema latino: El arquetipo francés

El sistema registral francés, instaurado —con cierto apresuramiento, dice entre nosotros Lacruz ⁶⁹— por Ley de 23 de marzo

⁶⁵ *Derecho Inmobiliario...* cit., p. 390.

⁶⁶ Lo cuenta NUÑEZ LAGOS, *Don Jerónimo*, cit., p. 12: «Y otro día me aconsejaba paternalmente en un aparte en la Comisión de Códigos. “Tenga usted cuidado no germanice aun más nuestros estudios hipotecarios. Quizá yo me pasé de la raya. No se debe seguir por ahí. Hoy ya estoy de vuelta”».

⁶⁷ SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit., pág 83: «... la Ley de 1861 supo articular un sistema jurídico que, no obstante la inicial inspiración germánica, se ajustaba perfectamente a la vida española, gozando de una fisonomía tan propia y característica, que en sí mismo, en sus propias peculiaridades había de tener la mejor fuente de estudio y conocimiento».

⁶⁸ Cuestión que, susceptible de ser enfocada desde puntos de vista diferentes, ha ocupado con frecuencia a los autores. Por todos, cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., 1979, I, pp. 27-38. Por su magnitud merece ser citada la obra colectiva: *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, Centro de Estudios Hipotecarios, 3 vols., Madrid 1974.

⁶⁹ LACRUZ-SANCHO, op. cit. (ed. 1984), p. 25. Acerca del sistema francés, debe

de 1855, nació marcado por una aspiración imposible: la de dar respuesta a la necesidad de certidumbre y seguridad del tráfico ⁷⁰, sin por ello abjurar de los principios consagrados en el Código de Napoleón. La Ley sobre la transcripción será, en tal tesitura, una ley «modesta» en su alcance, pero justificada inicialmente y defendida con tanta altivez como falta de obsequiosidad hacia su contramodelo ⁷¹. Inútil alarde y triste descortesía que sólo pudo parar por algún tiempo, pero no impedir, la posterior serie de reformas —principalmente las de 1935 y 1955 ⁷²— que, con olvido de que el vino nuevo no debe echarse en odres viejos, ha intentado rellenar los huecos del sistema y acercarlo, sin renegar de la fe primitiva, hacia su contrario. El respeto idolátrico al *Code* ⁷³, y los intereses de influyentes grupos de presión ⁷⁴, han pri-

destacarse en nuestra doctrina el estudio, ya citado, de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema Registral francés», *RCDI*, 1963, pp. 721-795.

⁷⁰ *Vid.*, en la *Exposé des Motifs* del Proyecto —TROPLONG, op. cit., p. 6—: «La transcription est l'accomplissement d'une formalité destinée à procurer aux tiers, créancier ou acquéreurs, la publicité matérielle, durable et facile à chercher des mutations de la propriété immobilière et des desmembrements ou charges qui peuvent en altérer la valeur.» La aspiración a la seguridad puede verse, igualmente —op. cit., p. 60— en las siguientes palabras de BELLEYME, *rapporteur* en la discusión de la Ley: «C'est qui a fait sentir la nécessité d'une formalité qui vint donner à la traslation de propriété la publicité qui lui manque; c'est pour cela qu'on a voulu que la transcription, en restant facultative pour les parties, fût rendue obligatoire pour les tiers. Pour ceux-ci, la transcription constituera une garantie absolue; car, pour savoir l'état vrai de l'immeuble, ils n'auront qu'à se transporter au bureau des hypothèques et consulter le registre du conservateur.»

⁷¹ «Cette prétendue réforme hypothécaire —dirá TROPLONG, op. cit., pp. 160-161, refiriéndose al modelo germánico— décorée du nom pompeux d'organisation du crédit foncier, aurait été certainement la ruine du crédit, l'avisement de la propriété, la spoliation des femmes et des mineurs. La discussion l'a prouvé; et, sous ce rapport, il est bon que ces vaines et chimériques utopies aient trouvé un moment de faveur, pour tomber ensuite, sous le coup de la vérité, dans le ridicule et le dédain dont elles ne se relèveront pas, tant que le sens commun gouvernera la France. Il est donc resté peu de chose de ces magnifiques tentatives de réformes; et tout ce bruit qui, pour avoir éclaté dans les assemblées, dans les livres et dans les journaux, avait paru d'abord sérieux, a abouti à la loi modeste du 23 mars 1855 que nous voulons expliquer aujourd'hui. Nous sommes heureux, quant à nous, des proportions peu ambitieuses de cette loi. Elle rétablit la transcription que nous avons toujours demandée; mais elle écarte sagement les idées radicales que nous n'avons cessé de combattre et qui ne tendaient à rien moins qu'à porter le trouble dans notre régime hypothécaire, sous prétexte de l'améliorer. Cette loi se borne à quelques modifications secondaires qui, en laissant subsister les idées mères du Code Napoléon, les degagent de quelques embarras pratiques sur lesquels on était à peu près d'accord.»

⁷² D-L. de 30 de octubre de 1935 y D. de 4 de enero de 1955. Para una exposición sobre la legislación hipotecaria francesa posterior a la Ley de Transcripción, *vid.*, e.c., MAZEAUD (H. et L.) MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit Civil*, t. III, 2.^a ed., Paris, 1963, pp. 518-522, o MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.^a ed., Paris, 1987, pp. 456-460. En nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, op. cit., pp. 727-729.

⁷³ Aparece indisimulado en la *Exposé des Motifs* —cfr. TROPLONG, op. cit.,

vado a Francia de un buen sistema registral⁷⁵. La publicidad era y sigue siendo en ella una «malquerida»⁷⁶, cuyos vicios y carencias ha tocado compensar al Notariado⁷⁷.

p. 5—: «Si, por répondre à cette imposant manifestation de l'Etat, il fallait faire le sacrifice d'une législation qui nous est chère, déjà assez ancienne pour que nous ayons vieilli avec elle, il faudrait peut-être reculer devant cette témérité et ne pas nous lancer inconsidérément dans ces graves débats que nos devanciers n'ont pu terminer. Mais il ne s'agit pas de porter sur le Code Napoléon une main sacrilège; ses dispositions resteront intactes, son économie entière». También, en el comentario de TROPLONG, op. cit., p. 161: «Elle ne détruit pas le principe excellent et vraiment philosophique, d'après lequel la propriété se transmet, entre les parties contractantes, par la seule puissance du consentement. Ce principe est une des bases du Code Napoléon; il fait un de ses principaux mérites; et c'eût été rétrograder que de l'effacer ou d'y porter atteinte.» En nuestra doctrina, advierte esta función de rémora ejercida por el *Code* sobre la Ley francesa de 1855, DE LA SERNA, op. cit., p. 196, en nota: «Más aun que las razones que pueden alegarse a favor de este sistema, nos parece que influyó al efecto la gran importancia que dan los franceses a su Código civil, importancia bien merecida, y que lo ha llevado a diferentes estados de Europa, porque es el mayor y más duradero beneficio tal vez que reportó la Francia en el primer Imperio. Tocar en puntos capitales ese gran monumento parece a algunos una profanación.» También JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Sistemas hipotecarios», *Estudios...*, I, cit., p. 68, al hablar de «la timidez con que los autores del proyecto de ley de transcripción pusieron su “mano sacrilega” sobre aquella “obra de un genio universal”».

⁷⁴ Como la nobleza y el Notariado hicieron naufragar el intento de Colbert —cfr. MAZEAUD, op. cit., p. 509—, en 1955 fue el Ministerio de Finanzas, y en él el cuerpo de los Conservadores de hipotecas, quien recortó el alcance de la reforma. Cfr. el mismo MAZEAUD, p. 521: «Toutefois, il n'a pas voulu faire jouer à la publicité le rôle qui lui est dévolu dans le système du livre foncier; tout le projet de réforme en ce sens se heurta à l'hostilité du ministère des Finances, dont on sait le pouvoir, parce que l'appréciation de la validité d'un acte suppose un juge, ce qui impliquerait la suppression des conservateurs des hypothèques, fonctionnaires du ministère des Finances...»

⁷⁵ Los autores franceses suelen hablar de la imperfección del sistema. Los nuestros no son tan templados en el empleo de la terminología. COSSIO, op. cit., p. 30 dirá que «difícilmente puede imaginarse una organización más imperfecta y descabellada», y —p. 32— calificará al sistema como «imperfecto y rudimentario». DE CASO, op. cit., p. 44: «En teoría, el sistema francés es lamentable». ROCA SASTRE —op. cit., p. 301— lo considera «simplista y parcial». SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, I, cit. p. 154: «Dentro de los sistemas hipotecarios puede afirmarse que el francés es el que responde a una organización más rudimentaria de la publicidad». Antes que todos ellos había dicho OLIVER, op. cit., pp. 163-164: «... Y le doy también el nombre de sistema, no porque se hallen inspiradas dichas leyes en unos mismos principios, desarrollados más o menos lógicamente, sino por conformarme con la generalidad de los juristas, y para distinguir dichas leyes de las que forman el otro grupo radicalmente contrario conocido bajo el nombre de *Sistema alemán...*; combinación o yuxtaposición debida al apego exagerado que el pueblo francés ha manifestado siempre, aun después de la gran revolución del siglo pasado, a su legislación tradicional, hasta el punto de ser uno de los pueblos más refractarios a toda novedad y a todo progreso en el Derecho, mientras no se trate de hacer alguna aplicación de sus máximas favoritas y puramente formales de *igualdad y libertad*, a las que vienen rindiendo, desde fines del último siglo, un culto exclusivo, ciego y apasionado.» Tampoco estas palabras parecen dictadas por la ataraxia.

⁷⁶ «La publicité foncière française, cette mal-aimée», es el título de un trabajo

Parte la Ley de 1855 estableciendo un sistema de publicidad, ni único ni completo. No único, porque a partir de su vigencia deberá convivir con el ya previsto en el *Code* para donaciones (arts. 939-942) y sustituciones (arts. 1.069-1.072) de bienes susceptibles de hipoteca. Era una forma de publicidad heredera de la *insinuatio* romana, tendente, más que al aseguramiento del tráfico, a la protección de los familiares y acreedores del donante, y en la que el concepto de «tercero» se alarga hasta comprender al mero acreedor quirografario⁷⁸. No completo, porque *ab initio* se excluían de ella las hipotecas legales⁷⁹.

Pero, además de incompleto por la causa indicada, el sistema registral dibujado en la Ley de 1855 va a resultar abiertamente insuficiente en razón del presupuesto que sirve a su diseño y de la virtualidad que atribuye a la publicidad. Trata, en efecto, de asegurar un tráfico presidido por los principios —irrenunciables— establecidos en el *Code*: el de la transmisión *solo consensu*⁸⁰ y el del *nemo dat quod non habet*. En virtud de ellos, la amenaza

de M. GOBERT, en *Étude*, J. Flour, p. 207. Tomamos la cita de TENDLER, *op. cit.*, p. 397, nota 5.

⁷⁷ Cfr. RIPPET-BOULANGERR, *Traité de Droit Civil*, III, Paris, 1958, p. 81: «Jamais notre système de publicité personnelle n'aurait pu fonctionner si les conservateurs des hypothèques n'avaient bénéficié de la coopération des notaires. Professionnellement responsables de la régularité et de la validité des actes qu'ils reçoivent, les notaires ont dû, pour les aliénations immobilières ou constitutions d'hypothèque, se soucier du point de savoir si celui qui vend ou hypothèque est bien propriétaire. De là, dans tous les actes notariés, une "origine de propriété"». Al respecto, en nuestra doctrina, GIMÉNEZ ARNAU, E., «La reforma del sistema inmobiliario francés», *RCDI*, 1941, p. 324.

⁷⁸ *Ad rem*, críticamente, MAZEAUD, *op. cit.*, p. 518.

⁷⁹ Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 425-426: «... la déchéance est encourue par les hypothèques conventionnelles et judiciaires, et non par les hypothèques légales. Les premières, soumises nécessairement à l'inscription, sont en faute, si elles ne se trouvent pas inscrites lors du déplacement de la propriété, mais on ne peut dire autant des hypothèques légales, qui subsistent indépendamment de toute inscription. Celles-ci conservent leur énergie, malgré toutes les mutations; elles suivent la chose en toutes les mains. C'est là la grande différence entre la loi du 23 mars 1855 et la loi du 11 brumaire an VII: la loi de brumaire assujettissait les hypothèques légales à l'inscription. De grandes ruines en résultèrent pour les femmes et les mineurs. Le Code Napoléon ayant rétabli les vrais principes à cet égard, la loi du 23 mars 1855 les a sagement maintenus, malgré les clameurs dont nous avons été témoins pendant trente ans. La cause des hypothèques légales, si souvent compromise par les sophismes et les hardiesses économiques, a été enfin gagnée; et nous espérons que ce procès ne se plaidera plus de longtemps... Le principe tutélaire du Code Napoléon a été conservé par la loi nouvelle, qui a bien fait de ne pas sacrifier les garanties des faibles à des combinaisons de crédit ruineuses pour les intérêts de la famille».

⁸⁰ *Vid.* a este propósito el texto de TROPLONG, *op. cit.*, p. 61, ya reproducido en la anterior nota 72. Posteriormente, sobre este principio se dirá en MAZEAUD, *op. cit.*, p. 511: «Cette conception du rôle du contrat plus satisfaisante sur le plan philosophique, est pleine de dangers pour les tiers qu'aucun signe n'avertit désormais de la modification de la situation de l'immeuble».

al tráfico se sitúa en la hipótesis de la doble venta⁸¹. Es en ella donde el que se creería adquirente efectivo de la cosa comprada tendría que verse sometido al rigor del *nemo dat quod non habet* por consecuencia de una adquisición anterior a la suya y, por operada *solo consensu*, para él perfectamente incognoscible: el Registro le pondrá salvo de tal peligro, haciéndole inoponible la venta anterior no publicada.

En torno, pues, al específico conflicto suscitado en el tráfico entre los adquirentes sucesivos de un mismo vendedor o *causam dans*, se organiza un sistema de publicidad en el que, sobre todo, y tras el acto adquisitivo, se garantiza al adquirente la conservación de su derecho con sólo proceder, él el primero, al depósito de su título en la oficina del Registro para su transcripción en el mismo⁸², y que, con anterioridad a la adquisición, le permitió cerciorarse de que su transmitente no había realizado con anterioridad acto alguno de enajenación que pudiera perjudicarlo. Se trata, pues, de una publicidad justamente llamada *negativa* o preclusiva: Ceñida a hacer inoponible al primero que inscribe cualquier acto de su *causam dans* no publicado, no le garantiza la titularidad del mismo⁸³. Respecto de ella sigue en vigor el principio *nemo plus juris...*, o *nemo dat...* El adquirente que quiera asegurarse deberá intentar la comprobación de la cadena de titularidades que sustentaba la de su causante, y en todo caso —el Registro no le habrá facilitado mucho su difícil empeño— esperar a la usucapión⁸⁴. He aquí, pues, un sistema de publicidad negativa,

⁸¹ Cfr. TROP LONG, *op. cit.*, p. 208: «Mais de tout autres idées prévalent, si, au lieu des transmissions à cause de mort, on envisage les mutations entre vifs. L'acquéreur et le donataire sont parties à l'acte; rien ne les empêche de lui donner la publicité qui avertit les tiers que la chose a été transmise à un nouveau propriétaire, qu'elle est fixée sur sa tête, et que toutes autres aliénations faites par le donateur ou le vendeur sont sans valeur dans le commerce. Quel est le péril en cette matière? C'est que la chose vendue à l'un ait été vendue à un autre par un traité secret antérieur. La transcription est un preservatif contre ce danger, et comme l'acquéreur et le donataire peuvent toujours l'opérer sans inconvénient et sans retard, il est bon qu'elle leur soit imposée dans l'intérêt du crédit».

⁸² MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 562-563: «En effectuant le dépôt, l'acquéreur se conforme à l'exigence légale: c'est par le dépôt qu'il opère la publicité, en ce sens qu'il rend son titre opposable aux tiers. Peu importe que le conservateur égare la copie déposée ou omette d'indiquer à un tiers le droit publié... Cette règle se justifie par la nécessité de donner au déposant une sécurité absolue dès qu'il a déposé son titre».

⁸³ RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, p. 134: «La publicité d'un acte ou d'un jugement n'a pas pour conséquence d'établir à l'égard des tiers l'existence du droit créé ou transmis. Celui qui traite avec un vendeur, après avoir constaté que le vendeur a lui-même transcrit son acte d'acquisition, n'a pourtant pas la certitude que ce vendeur soit propriétaire. La transcription ne couvre pas le défaut de droit. Il reste toujours à examiner la valeur des actes publiés».

⁸⁴ TROP LONG, *op. cit.*, p. 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pen-

cuyo objeto serán los actos *inter vivos* relativos a la propiedad inmobiliaria y a los derechos susceptibles de hipoteca (art. 1), a los derechos de anticresis, servidumbre, uso y habitación, así como a los arrendamientos por tiempo superior a 18 años (art. 2), a privilegios e hipotecas (arts. 6 y 7), y a las sentencias judiciales de resolución, nulidad o rescisión de los actos publicados (art. 4); que se actúa mediante *transcripción* de títulos, *inscripción* de hipotecas y privilegios, y *anotación al margen* de sentencias, y cuyo resultado, cifrado en la inoponibilidad de los derechos dimanantes de actos publicables y no publicados (art. 3)⁸⁵, configura un doble sistema transmisivo: al puramente consensual previsto en el *Code* y subsistente para la relación *inter partes*, se añade ahora otro, de aplicación apenas el problema se plantea en relación con los terceros, y según el cual, la mutación jurídico-real sólo se produce por virtud de la transcripción del título en el Registro⁸⁶. Hasta

dant une periode de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière a entraîner dans sa chute celles qui ont suivi.» Al respecto, y comparando el francés con el sistema alemán, dirá hay THERY, Ph., *Sûretés et publicité foncière*, París, 1988, p. 386: «Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière —telle qu'on la connaît en France— ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

⁸⁵ En el *Rapport* a la Ley de transcripción se dice que el punto indiscutido sobre el que se construye la ley «consiste à soumettre les actes translatifs ou constitutifs de la propriété, de ses desmembrements et de ses charges, a la nécessité de la transcription pour leur validité a l'égard des tiers».

⁸⁶ Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 299-301: «L'art. 3 détermine les effets de la transcription.

D'après les principes du Code Napoléon, le consentement transfere la propriété, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers... Ceux qui, dans l'ignorance de la vente, on traité avec le vendeur comme avec le propriétaire, n'ont absolument aucun droit à opposer a l'acheteur, ils ne peuvent avoir plus de droits que n'avait leur auteur, lequel s'étant dépouillé antérieurement n'a pu leur rien transmettre.

Seulement il faut que la convention soit prouvée; et, a l'égard des tiers, un acte ne prouve l'existence de la convention qu'il constate qu'à partir du moment où sa date est certaine. Il s'ensuit qu'à l'égard des tiers, la translation de la propriété est subordonnée a la condition de l'existence d'un acte faisant preuve de son antériorité... Tel est l'état de la législation par le Code Napoléon; telle est la théorie qui a dominé jusqu'à la loi du 23 mars 1855.

Mais cette loi, mue par les nécessités du credit foncier, a dérogé a ces principes, et le Code Napoléon en éprouve une grave modification... l'idée mère du Code Napoléon, idée profondément philosophique et morale, subsiste dans toute sa force; mais, a l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accomplie que par la transcription du titre sur un registre public. Jusqu'à la transcription, le vendeur conserve les attributs de la propriété par rapport à tous autres que les parties et leurs successeurs universels; les droits par lui conférés à des tiers et dûment régularisés sont opposables a l'acheteur qui, bien qu'antérieur en date, n'a pas encore fait transcrire son titre... il l'a laissé investi de ces droits, au moins au regard des tiers, en ne prenant pas date contre lui par la transcription, et en autorisant le public à croire qu'il n'était pas dépouillé. C'est à lui seul, c'est à sa négligence qu'il doit imputer le dommage qu'il éprouve par l'opposition de ces droits rivaux.

Il suit de la que la translation de la propriété est actuellement régie par un double principe: entre les parties, elle résulte du consentement; a l'égard des tiers, elle ne date que de la transcription du titre. Entre deux personnes qui prétendent a

entonces el transmitente conserva su derecho, lo que permitirá la válida y eficaz adquisición del comprador que primero deposita su título a transcripción, a pesar de la existencia de posibles compradores anteriores y sin necesidad, en principio, de buena fe; esto es: pudiendo el que transcribe conocer tal existencia, siempre que a ello no se una un específico concierto fraudulento (*fraus omnia corrumpit*)⁸⁷. Debe destacarse que, ni siquiera inicialmente, hay plena coincidencia en el sistema francés entre el ámbito de la publicidad y el de la inoponibilidad seguida de su omisión: la nulidad, rescisión o resolución del acto publicado puede perjudicar a tercero aunque la sentencia que la pronuncie no haya sido anotada⁸⁸. A una concepción tan limitada de la publicidad se corresponderá, lógicamente, el tono, llamativamente rudimentario y elemental, de su organización:

Concebida con fines fiscales, se confía al Ministerio de Finanzas⁸⁹.

Se organiza como publicidad *personal*, y no real: Las imperfecciones del Catastro dificultan la puesta a punto —se dice— de un sistema de publicidad real en países de solera y donde los

des droits réels sur le même immeuble, celle qui se sera conformée la première a la loi de publicité triomphera dans sa prétention».

⁸⁷ Cfr. PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, p. 631, donde, tras afirmarse la irrelevancia, en principio, de la buena o mala fe de quien primero inscribe, se añade: «Il en est toutefois autrement si le second acquéreur s'est *entendu frauduleusement* avec le vendeur pour dépouiller le premier acheteur; dans ce cas, l'art. 3 de la loi de 1855 ne peut recevoir application en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*. Le deuxième acheteur, complice de la fraude, n'est pas déchu du droit d'opposer le défaut de transcription sur le fondement de l'art. 1382, parce qu'il a commis un délit et comme sanction de ce délit, mais par la raison que la fraude rend inapplicable la règle de l'art. 3 de la loi de 1855». Sobre la casación francesa *ad rem*, Vid. MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 590-591.

⁸⁸ Insiste en ello TROPONG, *op. cit.*, pp. 397 ss. «Voyons, maintenant, les effets et la sanction du défaut de mention du jugement, qui prononce la nulité, la rescision ou la résolution d'un acte transcrit.

On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, à l'égard des tiers, qui tiennent des droits réels de celui dont la propriété est annulée ou résolue. Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité. (p. 397)...» En nuestra doctrina se hace eco de ello GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios...», en *Estudios...*, I, cit. p. 67: «Ni aun los juicios que declaren la resolución, la nulidad o la rescisión de un acto transcrito, necesitan de la transcripción para producir sus efectos, porque la ley se ha contentado con imponer al abogado que haya obtenido el fallo la obligación de hacerlo constar por nota al margen del asiento correspondiente, bajo la multa de 100 francos.»

⁸⁹ RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, p. 68: «Notre système de publicité a conservé le caractère fiscal qui lui a été imprimé dès l'origine. Les formalités qu'il réglemente sont, en tant que telles, matière à la perception des droits fiscaux; d'où la compétence de fonctionnaires dépendant de l'administration des finances, les conservateurs des hypothèques, qui n'ont pas qualité pour se prononcer sur la valeur des actes soumis à publicité et ne peuvent décider que sur leur régularité formelle».

inmuebles están sometidos a numerosas transformaciones materiales⁹⁰.

Se practica, en general, mediante *transcripción* o copia material e íntegra de documentos. Sólo se extractan mediante *inscripción* los relativos a hipotecas y privilegios⁹¹.

Es ajena a toda idea de *continuidad del tracto* registral⁹².

No exige la titulación auténtica: ¿Para qué, si, destinada la publicidad a darlo a conocer, nada añade —se dice— al valor del acto publicado?⁹³

⁹⁰ Cfr. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, p. 468: «Mais l'organisation d'une publicité réelle suppose une identification suffisante des immeubles et si elle a été facile à réaliser dans les pays neufs, les imperfections du cadastre contrarient sa mise au point dans des pays plus morcelés et dont les immeubles ont fait l'objet d'opérations juridiques et de transformations matérielles nombreuses». Relativizan la fuerza de esta dificultad, PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, p. 613: «L'objection principale a laquelle se heurte la réalisation de cette réforme est celle-ci: la confection des livres fonciers... supposerait la *réfection entière du cadastre*... Or la réfection du cadastre est une opération colossale, qui entraînerait des frais énormes qu'aucun gouvernement, surtout à l'heure présente, ne pourrait songer à engager. Nous estimons que cette objection a perdu beaucoup de sa force, depuis la loi du 1 juin 1924 qui a maintenu dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle le système des registres fonciers, à peu près tel qu'il était pratiqué au moment du rattachement de l'Alsace-Lorraine à la France. L'étude de ce système... montre, en effet, que l'on peut établir des livres fonciers et organiser une publicité complète et efficace de la propriété immobilière et des droits réels immobiliers sans procéder à la refonte du cadastre».

⁹¹ *Ad rem*, e.c., MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, p. 496.

⁹² Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 411-412: «Il faut remarquer que le requérant sera toujours forcé de désigner, non pas seulement un immeuble, mais encore une personne actuellement ou anciennement propriétaire; car les tables et répertoires du conservateur ne contiennent que des noms de personnes. Toute l'économie de la publicité repose sur les noms, prénoms et domiciles des parties, et nullement sur les immeubles eux-mêmes; il n'existe aucune table cadastrale contenant l'état des immeubles, et destinée à recevoir l'annotation des charges dont chaque propriété foncière est gravée.

Or, quand le conservateur connaît le dernier ou ancien propriétaire, il remontera ou descendra la chaîne des mutations selon le désir de la partie qui le consulte. Mais, s'il y a eu une transmission de l'immeuble par succession *ab intestat* ou par testament, la chaîne sera rompue à cet endroit, et il faudra que la partie intéressée comble la lacune et s'enquière des noms des personnes entre lesquelles cette mutation a eu lieu, pour que le conservateur puisse continuer les recherches sur ses registres.»

⁹³ Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 289-291: «La loi du 23 mars 1855 n'a pas voulu enlever aux parties la facilité et la rapidité des actes sous signature privée; rien, à cet égard, n'est changé aux principes du Code Napoléon.

Ce point cependant a été l'objet de vives controverses, lors de la discussion de la loi de 1855... On alléguait le danger de tromper les tiers par l'apparence d'un acte qui n'avait peut-être pas de vérité. Mais l'opinion contraire prévalut par une raison décisive. La transcription n'influe en rien sur la validité d'un titre, elle le fait simplement connaître... Le but, qui est de ne pas laisser ignorer aux tiers un acte qui les intéresse, sauf à eux en discuter la valeur, ne sera-t-il pas parfaitement atteint par la transcription d'un acte sous seing privé? La réponse à ces questions

*Ni es sometida a control por el funcionario llamado a llevarla a efecto (conservador de hipotecas). ¿Para qué, de nuevo, si son los interesados los que deberán diligentemente cerciorarse por sí mismos de la titularidad de su causante, so pena de tener que padecer las consecuencias de su defecto aun después de haber hecho transcribir su propio acto adquisitivo?*⁹⁴.

Y queda, como facultativa, a la libre voluntad de los interesados⁹⁵.

Las reformas de 1935 y 1955 van a «maquillar» el sistema, a retocarlo pero sin alterar su signo⁹⁶:

Se extenderá el objeto de la publicidad. Con la finalidad de hacer posible a los terceros el conocimiento de la exacta situación jurídica de los inmuebles, se abre la publicidad a todos los actos que a ella puedan referirse, incluso la inicial dispensa en favor de los hipotecas legales va a quedar ya sin efecto. Con una consecuencia: que a partir de ahora en medida muy superior a como antes ocurría, el resultado de la publicidad no va a ser siempre el mismo. Junto a la que es condición de oponibilidad, deberá ponerse en lo sucesivo el gran bloque donde la publicidad juega sólo una función «informativa»: los actos declarativos y las transmisiones universales son eficaces por sí mismos y respecto a todos. El Registro en este ámbito se limita a *informar*⁹⁷.

Se impondrá el requisito de la titulación auténtica⁹⁸.

est facile: toutes les critiques dirigées contre les actes sous seing privé sont étrangères à la matière de la transcription et tendent à renverser la liberté précieuse, que le Code Napoléon a laissée, de constater la vente d'un immeuble par un acte authentique ou par un acte sous signature privée.»

⁹⁴ TROPLONG, op. cit., p. 205: «... En France... il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants. Elles le peuvent; et la loi ne doit pas substituer à la diligence des particuliers la diligence fautive d'un tribunal environné de pièges.»

⁹⁵ *Ad rem*, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., p. 463: «Cette publicité était facultative et si le titulaire d'un droit réel immobilier avait intérêt à recourir pour rendre son droit opposable aux tiers, la loi ne contenait aucune disposition particulière pour l'y contraindre.»

⁹⁶ En general, sobre estas reformas, MAZEAUD, op. cit., pp. 519-522, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., pp. 456-460.

⁹⁷ Sobre ello, *vid.* MAZEAUD, op. cit., pp. 542-544, 571: «La sanction normale du défaut de publicité est l'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié. Mais, à côté de cette sanction, devenue insuffisante le jour où le législateur a soumis à publicité des actes qui sont opposables aux tiers même en l'absence de publicité, le législateur a dû organiser d'autres sanctions: amende, dommages-intérêts, irrecevabilité de certaines demandes en justice.» En detalle, pp. 580-583. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., pp. 447-451, y, para la publicidad de simple información, pp. 547-556.

⁹⁸ Para detalles, *cf.* MAZEAUD, op. cit., pp. 555-557 y MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., pp. 475-476.

Se confía al «conservador de hipotecas» una cierta función de control, aunque limitada a aspectos formales y nunca de fondo ⁹⁹.

Se crea un fichero inmobiliario que, aunque con finalidad instrumental y sin valor sustantivo, vendrá a suplir las carencias de la organización personal de la publicidad inmobiliaria ¹⁰⁰.

Bajo la denominación «efecto relativo de la publicidad», se incrusta al sistema el requisito del tracto sucesivo ¹⁰¹.

Se impone obligatoriamente la práctica de la publicidad, que, con independencia de su valor sustantivo, se convierte en objeto de «police civil», dando lugar su omisión a específicas sanciones: multas, indemnización de daños e inadmisibilidad de demandas judiciales ¹⁰².

¿Efecto de estas reformas? Es evidente que con ellas se colman huecos del sistema, pero quizás al precio de imponerle una sobrecarga superior a lo que su débil estructura podría soportar, y desproporcionada al rendimiento que de ella puede obtenerse. Ha sido Savatier quien, tras el D. de 4 de enero de 1955, ha imaginado

⁹⁹ MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 563-564. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, p. 460: «3.º La réforme accroît le rôle du conservateur des hypothèques en lui confiant le contrôle de la régularité formelle des documents soumis à publicité.»

¹⁰⁰ MAZEAUD, *op. cit.*, p. 564: «Les auteurs des décrets de 1955, dans le désir de donner la vedette aux nouveautés qu'ils apportaient en matière de publicité foncière, ont créé une confusion fâcheuse. A lire les textes on s'imagine que la publicité est constituée par les fichiers nouveaux... Or les fichiers ne sont qu'un moyen de recherche, encore que ce moyen soit d'une grande importance sur le plan pratique. Après comme avant la réforme, le "registre des dépôts" et les "registres de publicité" sont les pièces maîtresses de la publicité.» MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, p. 470: «Le fichier immobilier est une des innovations les plus notables du décret du 4 janvier 1955. Il fait apparaître le caractère à la fois personnel et réel de notre régime de publicité foncière.» Sobre su estructura, pp. 470-473.

¹⁰¹ RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, pág. 86: «Aux termes du décret-loi du 4 janvier 1955 (art. 3) 'aucun acte ou décision judiciaire soumis à publicité... ne peut être publié au fichier immobilière, si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié'. C'est ce que l'on appelle l'effet relatif de la publicité.»

Cette règle désigne, en réalité, la relation nécessaire entre deux formalités de publicité parce que celles-ci se rapportent à deux droits dont l'un procède de l'autre. Le second droit ne peut pas être publié, si le premier ne l'a pas été.»

¹⁰² MAZEAUD, *op. cit.*, p. 529: «Le décret du 4 janvier 1955 a augmenté à nouveau le nombre des actes soumis à publicité à tel point qu'à l'heure actuelle n'échappent à la formalité que les actes pour lesquels aucune publicité n'est réalisable parce qu'ils se produisent à l'insu de l'acquéreur, l'usucapion ou l'accession par exemple. En même temps, le décret de 1955 a réparé l'erreur du décret-loi de 1935: à côté de l'inopposabilité, il a édicté deux sanctions —amende et dommages-intérêts— à l'encontre des personnes négligeant de se soumettre aux règles de publicité désormais obligatoires; la publicité est ainsi devenue une mesure de "police civile" et aussi fiscale... L'exposé des motifs du décret du 4 janvier 1955 attire l'attention sur les progrès réalisés en cette matière: "Désormais, qu'il s'agisse de contrats, de jugements, de demande en justice, de transmissions à cause de mort, ou même de simples faits comme la construction immobilière, la règle de la publicité obligatoire sera quasi générale"». Para las personas obligadas a procurar la publicación. *Ib.*, p. 562; para las sanciones por su omisión, pp. 577-580.

el Registro francés como un viejo museo que se enriquece con todo tipo de piezas, más para pura satisfacción del afán coleccionista del «conservador» que para utilidad del usuario llamado a sufragar su coste ¹⁰³.

Valga, una vez visto el arquetipo y antes de salir del sistema latino, al menos como apéndice, una referencia al régimen de la publicidad en el Derecho italiano. Pugliatti ve en él, aunque con características propias, elementos de todos los sistemas conocidos ¹⁰⁴. Concebido de acuerdo con el patrón francés, y por ello centrado en una publicidad limitada a ser condición de oponibilidad ¹⁰⁵, se acerca en algún punto (art. 2.652, 6: transcripción de demanda de nulidad de actos sujetos a publicidad) al derecho germánico, al exigir los requisitos de la onerosidad del acto y de la buena fe en el tercero protegido, pero quedando muy lejos de él al exigir para dicha protección el concurso del tiempo (especie de usucapación abreviada) ¹⁰⁶. El sistema, en la parvedad de sus efectos, resulta de tanta complejidad ¹⁰⁷ como falta de unidad y armonía interna.

B. Sistema germánico: El arquetipo alemán y su variante suiza

A juzgar por las alabanzas de que ha sido objeto, se diría que el sistema alemán, más que el arquetipo germánico, es el modelo absoluto de toda forma de publicidad bien concebida y acertadamente desarrollada ¹⁰⁸. En nuestra doctrina hipotecarista, don Je-

¹⁰³ SAVATIER R., *Usage et avenir de la publicité foncière réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955*, en *D.*, 1959, chr., pp. 221 ss.

¹⁰⁴ PUGLIATTI, *La trascrizione*, II cit. p. 128: «... nel nostro sistema possono considerarsi vigenti tutti i sistemi noti, sia pure con caratteristiche particolari».

¹⁰⁵ Art. 2644 del *Codice*:

«Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o scritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi.

Seguita la trascrizione non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore.»

¹⁰⁶ Sobre ello, cfr. PUGLIATTI, op. cit., pp. 472-477; FERRI, L., *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare. Com. Scialoja-Branca, Libro Sesto*, Bologna-Roma 1960, pp. 172-477.

¹⁰⁷ A la indicada parvedad de efectos se ha referido recientemente GABRIELLI, Giovanni, «La pubblicità legale nel sistema del Codice Civile», *Riv. Dir. Civ.*, 1992, I p. 455: «L'operato dei codificatori del 1939-1942 in materia di pubblicità legale ci appare oggi contrassegnato da una sfasatura fra la grandiosità delle intuizioni di fondo e la relativa modestia di ciò che fu in concreto attuato.» Testimonio sobre su complejidad, e.c., en DESCHENAUX, op. cit., p. 14: «Le système, dont la compli-cation soulève des critiques dans les milieux intéressés...»

¹⁰⁸ DE CASSO, op. cit., p. 45, lo califica como «el más importante, original y

rónimo González se declaraba maravillado por «su profunda técnica y artística complejidad»¹⁰⁹. Hoy el diapasón de estos elogios ha perdido mucho de su anterior intensidad, mientras que gana adeptos el más templado sistema suizo¹¹⁰.

El sistema registral alemán, perfeccionamiento —se dice¹¹¹— del sistema prusiano¹¹², encuentra hoy el núcleo de su plasmación en el BGB: en él (§§ 873-902, 925-928) se regulan sus aspectos materiales o sustantivos. De los formales o adjetivos se ocupa la Ordenanza del Registro (GBO), de fecha, originariamente, de 24 de marzo de 1897, reformada en 5 de agosto de 1935, y completada por otra de ejecución de esta última y de prescripciones generales sobre la organización y llevanza del Registro, de 8 del mismo agosto de 1935. En sintonía con la función de la antigua *Gewere* y en paralelo a lo que la posesión significa en materia de bienes muebles¹¹³, se concibe a la publicidad registral como vehículo de manifestación de la propiedad y de los derechos reales inmobiliarios, instrumento necesario de su esencial absolutividad u oponibilidad *erga omnes*¹¹⁴, y, en todo caso, apariencia de la misma frente a los terceros de buena fe hasta el punto de hacer posible en favor de éstos la adquisición *a non domino*¹¹⁵. Éste será su fin primordial: asegurar —aunque sea con cierto sacrificio de la rapidez o agilidad y de la discreción o reserva en el ámbito de las partes— la claridad y seguridad del tráfico jurídico inmobiliario¹¹⁶. La hipótesis de la doble venta va a quedar ya desbor-

adecuado a los fines del Registro de inmuebles»; COSSÍO, op. cit., p. 34, lo considera como «el más perfecto desenvolvimiento del sistema inmobiliario».

¹⁰⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios...*, I, cit. p. 122.

¹¹⁰ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit., p. 140, para quien la fórmula suiza de la inscripción constitutiva pero no abstracta puede considerarse en la actualidad como incuestionable y no discutida doctrinalmente. El sistema es, desde un punto de vista teórico, irrefutable.

¹¹¹ COSSÍO, op. cit., p. 43.

¹¹² Para una exposición de sus antecedentes históricos, Cfr., WOLFF-RAISER, «Derecho de Cosas», *Tratado de Derecho Civil*, Enneccerus-Kipp-Wolff, III 1, 3.^a ed. Barcelona 1971, pp. 151-156.

¹¹³ STAUDINGER-SEILER, Einleitung zu 854 ff, Rz 56: «*Publizitätsmittel sind bei beweglichen Sachen der Besitz und bei Liegenschaften die Eintragung im Grundbuch*».

¹¹⁴ STAUDINGER-ERTL, Vorberm. zu §§ 873-902 Rz 23: «Die im Immobiliarsachenrecht herrschenden Grundsätze... dienen der Absolutheit dinglicher Rechte und dem Bedürfnis des Grundstücksverkehrs nach Sicherheit und Klarheit.

a) Nach dem **Absolutheitsgrundsatz** wirkt jedes dingliche Recht als Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache (Grundstück) gegen jedermann...».

¹¹⁵ STAUDINGER-SEILER, Einl. zu §§ 854 ff Rz 58, refiriéndose a los efectos de la publicidad: «b) Beim *redlichen Erwerb vom Nichtberechtigten* gilt folgerichtig das Publizitätsprinzip gleichfalls (§§ 932, 892 f). Besitz und Bucheintragung bilden hier die für jeden Vertrauensschutz erforderliche Rechtsscheinsgrundlage.»

¹¹⁶ STAUDINGER-SEILER, Ib. Rz 56: «Solche "Öffentlichkeit der Rechtsverhältnisse" (Mot III 9, Mugdan III 5) gerät in Konflikt mit anderen berechtigten Be-

dada en su condición de caso clínico desde el cual se concibe y articula el sistema, y el efecto positivo de la publicidad (*legitimación* o presunción de exactitud y *fe pública registral*) dejará muy atrás su mera virtualidad negativa o preclusiva. La instauración de los principios absolutos de publicidad y especialidad —la esencia de lo que de antiguo se consideraba como sistema germánico— llevaba ya tendencialmente a hacer del Registro el reflejo fiable de las situaciones jurídicas inmobiliarias y el soporte de la confianza razonable y legalmente protegible de los terceros de buena fe.

Es claro que para lograr este objetivo, no tratándose ya de penalizar a quien no inscribe sin garantizar su adquisición a quien inscribe, sino, por el contrario, de asegurar a quien adquiere confiando en lo que la publicidad le manifiesta ¹¹⁷, el Registro debe organizarse en la forma más cuidada y rigurosa. No es necesario ni interesa ahora entrar en el detalle de su organización. Baste destacar que su llevanza se confía a los Tribunales de Justicia y no a la Administración Financiera; su objeto serán todas las relaciones jurídicas inmobiliarias, y su sistema organizativo el del folio real. La titulación auténtica, el tracto sucesivo y, aunque limitada en su materia, la calificación registral, harán del *Grundbuch* el reflejo fiable de la situación jurídica de los inmuebles ¹¹⁸.

Mucho más interesante resultará destacar la profunda incidencia que el objetivo y medio de la publicidad ha ejercido en el régimen alemán de los derechos reales, particularmente de los inmobiliarios. Si entre nosotros es habitual hablar de principios registrales o principios hipotecarios para referirnos, dentro del capítulo especial dedicado a la publicidad, a las claves organizadoras del sistema registral, en Alemania tales principios, llevados al corazón mismo del *Sachenrecht*, se erigen en bases fundamentales del sistema inmobiliario (*Grundsätze des Immobiliarsachenrechts*). Es que la publicidad se adentra en el concepto mismo del derecho real, y, en razón de ello, incluso las más profundas raíces de la regulación de los derechos reales habrán de incorporar lo que el Registro significa como medio artificial de publicidad al servicio de la seguridad del tráfico ¹¹⁹.

dürfnissen des Rechtsverkehrs, zB nach Schnelligkeit und Flexibilität, auch nach Discretion, dh Beschränkung der Informationen auf die Parteien des Rechtsgeschäfts.»

¹¹⁷ Para el contraste entre la concepción teleológica o final de los Registros francés y alemán, y su repercusión en la distinta organización de los mismos, cfr. LACRUZ-SANCHO, op. cit., (1968), pp. 196-197.

¹¹⁸ Para una más detallada exposición de la organización registral alemana, vid. WOLFF, op. cit., pp. 156-217. Más resumidamente, e.c., COSSIO, op. cit., pp. 43-45; ROCA SASTRE, op. cit., pp. 51 ss.

¹¹⁹ Cfr. STAUDINGER-ERTL, Vorberm. zu §§ 873-902 Rz 23: «**Grundsätze des Immobiliarsachenrechts**. Die im Immobiliarsachenrecht herrschenden Grundsätze...

Sin duda, el más llamativo influjo del régimen de la publicidad en las bases del *Derecho de Cosas* se produce en la peculiar¹²⁰ y compleja construcción alemana del sistema transmisivo de los derechos reales inmobiliarios. Desechado el sistema romano y de Derecho común del *título* y el *modo*, va a configurarse ahora otro que, dando nueva vida en el Registro a la antigua *Auflassung* alemana¹²¹, va a presentarse como una suma o añadido del principio romano —así se dice— del consentimiento y el principio germánico de la inscripción¹²². En realidad, se trata de un complicado y muy artificioso sistema en el que, debiendo superponerse el contrato obligacional de finalidad traslativa, el acuerdo transmisivo (*Einigung*) y la inscripción registral, es ésta última (*Eintragungsgrundsatz*, *Buchungsprinzip*), formando unidad con el acuerdo que —de ley ordinaria— inmediatamente la precede¹²³,

dienen der Absolutheit dinglicher Rechte und dem Bedürfnis des Grundstücksverkehrs nach Sicherheit und Klarheit». Y enumera a continuación: Absolutheitsgrundsatz, Geschlossenheit dinglicher Rechte (numerus clausus-Prinzip), Einigungsgrundsatz (materielles Konsensprinzip), Eintragungsgrundsatz (Buchungsprinzip), Publizitätsgrundsatz, Ranggrundsatz, Bestimmtheitsgrundsatz, Abstraktionsgrundsatz.

¹²⁰ Cfr. LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3. Auflage. München 1975, p. 273, refiriéndose a la abstracción: «Sie ist eine Eigentümlichkeit des deutschen BGB, dem darin nur wenige Rechtsordnungen gefolgt sind. Historisch geht sie die gemeinrechtliche Wissenschaft des 19. Jahrhunderts, insbesondere auf die Lehre von Savigny zurück.» STAUDINGER-ERTL, *ad* 873, Rz 85: «Die Abstraktion ist ein trotz der nie verstummenden Kritik gerade im Liegenschaftsrecht bewährtes Prinzip, das zu den Eigenarten des deutschen bürgerlichen Rechts gehört.»

¹²¹ PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho Privado germánico*, trad. de Carlos Melón Infante, Barcelona, 1957, pp. 170-171: «En el siglo XIX surge de nuevo, cada vez con más fuerza, la *Auflassung* judicial alemana y sobre todo la inscripción en el Registro Inmobiliario. En este sentido fue de decisiva significación la Ley austriaca sobre el Registro Inmobiliario de 1871 y la Ley prusiana sobre la adquisición de la propiedad de 1872. Según el párrafo 1.º de esta Ley, la propiedad "sólo se adquiere mediante la inscripción de la cesión de la propiedad en el Registro Inmobiliario, practicada en base a una *Auflassung*". *Sala* e investidura toman vida de nuevo en el acuerdo y la inscripción; el contrato real se abstrae del negocio obligatorio de enajenación. El BGB (completado con la GBO) y el ZGB han aceptado estos principios.»

¹²² STAUDINGER-ERTL, *ad* § 873 Rz 2: «Bei Entstehung des § 873 Abs. 1 standen mehrere Lösungsmöglichkeiten zur Wahl... Das Eintragungsprinzip weist gegenüber dem buchlosen Konsensprinzip und das Grundbuch gegenüber dem Pfandbuch und Transskriptionsregister so wesentliche Vorzüge für den Grundstücksverkehr auf, daß sich der BGB-Gesetzgeber mit Recht für das System der Buchung aller Grundstücke und dinglichen Rechte... und wie das EEG Preußens für die *Verbindung des römischrechtlichen Konsensprinzip mit dem deutschrechtlichen Eintragungsprinzip* entschieden hat.»

¹²³ BGB 873 (1): «Zur Übertragung des Eigentums an einen Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. *Ad rem*, STAUDINGER-ERTL, § 873 Rz 5: «Die rechtsgeschäftliche dingliche Rechtsänderung

la determinante de la mutación jurídico-real¹²⁴. He aquí, pues, desbordada su función de instrumento de publicidad, elevada la inscripción a elemento constitutivo de la adquisición. Pero, ¿en qué condiciones puede la inscripción, así tratada, permitir el resultado adquisitivo? ¿Lo hará por sí sola, por su propia virtud una vez operada, o deberá siempre apoyarse en la validez de sus precedentes, de tal forma que si el contrato tendente a la transmisión o el posterior acuerdo traslativo no son válidos, tampoco la inscripción pueda soportar la validez de la transmisión? Los Registros de Sajonia, Hamburgo y Mecklenburgo habían consagrado un sistema donde la consistencia de los derechos constituidos sobre inmuebles radicaba directa y exclusivamente en la inscripción, rota toda relación de causalidad con los actos jurídicos materiales que la originaban («fuerza formal» de la inscripción)¹²⁵. Extremosa solución, a todas luces, que el BGB no llega a adoptar, pero cuidando mucho independizar el alcance transmisivo de la inscripción, en interés de la seguridad del tráfico, de la validez del contrato de finalidad traslativa que en el sistema heredado de Roma funcionaba como *título* de la transmisión, en tanto que causa o justificación necesaria de la misma. Entra sí en escena, con destacado protagonismo y como pieza intermedia entre tal contrato y la inscripción, el acuerdo (*Einigung*) real y abstracto. Real, puesto que su único objeto es la mutación jurídico-real, aquí consistente en la transmisión de la finca. Y abstracto, puesto que su eficacia se desvincula respecto de la del contrato obligacional (el *título*)¹²⁶, que, de esta forma queda reducido a pacto preparatorio

tritt nicht durch Einigung allein, aber auch nicht ohne sie und nicht durch Eintragung allein, aber auch nicht ohne sie ein, sondern nur durch **zeitliches Zusammentreffen (RGZ 131, 99) und inhaltliche Übereinstimmung der wirksamen Einigung und der wirksamen Eintragung...** Dazu ist notwendig, aber auch genügend, daß Einigung und Eintragung zu irgendeinem Zeitpunkt wirksam sind und inhaltlich übereinstimmen.» Rz 6: «Die *Einigung* (= *Willenselement*) ist ein privater Rechtssetzungsakt... die *Grundbucheintragung* (= *Kundbarmachungselement*) ein gerichtlicher Hoheitsakt... Fehlt eines dieser beiden Elemente, ist es unwirksam oder verliert es vor Vollendung des Rechtserwerbs seine Wirksamkeit, so hat dies zwar auf die Einzelwirkungen des anderen Elements keinen Einfluß, aber die dingliche Rechtsänderung tritt nicht ein.»

¹²⁴ STAUDINGER-ERTL, ib. Rz 4: «Nach dem Grundsatz von Einigung und Eintragung sind die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über die dingliche Rechtsänderung und die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch die beiden materiellen Voraussetzungen für den rechtsgeschäftlichen Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt... die Doppelspurigkeit von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen und gerichtlichem Eintragungsverfahren und die von den beiden Tatbestandselementen Einigung und Eintragung gemeinsam erzeugte privatrechtliche Wirkung der dinglichen Rechtsänderung gehören zu den *Eigenarten des deutschen Liegenschaftsrecht*, die privates und öffentliches, materielles und formelles Recht berühren.»

¹²⁵ Cfr. COSSIO, *Instituciones*, cit. pp. 45 46.

¹²⁶ STAUDINGER-ERTL, ad § 873, Rz 33: «Als *abstrakter Vertrag* ist sie ein

del que este acuerdo es acto —independizado— de cumplimiento¹²⁷. Es este acuerdo el único requisito para que la inscripción, formando unidad con él, desencadene la mutación jurídico-real. El proceso podrá ser complejo, pero —se piensa— con complejidad compensada por las ventajas que aporta a la fiabilidad del Registro: ¿No evita la inscripción constitutiva el gran filón de inexactitudes registrales resultante de la posibilidad de derechos en sí existentes pero no inscritos?¹²⁸ ¿No logra la abstracción del sistema transmisivo conjurar la amenaza de titularidades registrales aparentes, tan duraderas en su apariencia cuanto pueda retrasarse el ejercicio de la acción tendente a su impugnación? Por otra parte, ¿no consigue la inscripción constitutiva llenar de contenido efectivo el principio de *absolutividad* de los derechos reales, impidiendo esa especie de monstruo que sería la propiedad *inter partes* o efectiva frente al vendedor pero no oponible *erga omnes*¹²⁹?

Pero si el proceso adquisitivo se recarga de complejidad en interés de la seguridad del tráfico y de la fiabilidad del Registro, éste, en cambio, llevará hasta el extremo su aspiración a la simplicidad en el modo de su plasmación material. Adoptado el sistema de publicidad real o folio real, la técnica del «encasillado» adquiere aquí plena dimensión de símbolo. El folio registral se distribuye en forma de poder reflejar del modo más claro y simple la situación jurídica de los inmuebles¹³⁰: su encabezamiento identificará la finca; su primera sección dirá quién es su propietario

Rechtsgeschäft, das zu seinem wirksamen Zustandekommen keiner Zweckvereinbarung bedarf (inhaltliche Abstraktion) und von keinem schuldrechtlichen Grundgeschäft abhängig ist (äußere Abstraktion).» Para mayor detalle sobre el principio de separación (*Trennungsprinzip*) entre el negocio obligacional y el real, y la abstracción del segundo (de contenido y externa), *vid.* BAUR, Fritz, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13. Aufl. München, 1985, pp. 41-45.

¹²⁷ STAUDINGER-ERTL, *ib.* Rz 30: «**(b) Das dingliche Verfügungsgeschäft** (= Leistungsgeschäft; Erfüllungsgeschäft) ist auf die dingliche Rechtsänderung gerichtet und dient in der Regel der Erfüllung des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft, zB dadurch daß der Verkäufer dem Käufer das Grundstückseigentum überträgt;...» Sobre el conjunto acuerdo-inscripción como negocio jurídico real y abstracto, *cfr.* con mayor amplitud, WOLFF-REISER, *op. cit.*, pp. 224-229.

¹²⁸ BAUR, *op. cit.*, p. 167: «Erst Einigung und Eintragung zusammen bewirken die Rechtsänderung. Damit erreicht der Gesetzgeber —wie wir schon wiederholt sahen— daß wirkliche Rechtslage und Buchstand in aller Regel übereinstimmen». En nuestra doctrina, dicen al respecto LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (1984), p. 29: «El hecho de que cualquier cambio real por negocio *i. v.*, para perfeccionarse, haya de llegar a los libros, hace al Registro alemán notoriamente más cierto que el español.»

¹²⁹ STAUDINGER-ERTL, *Vorbem zu §§ 873-902*, Rz 32: «**Grundsätze des Immobiliarsachenrechts... a)** Nach dem **Absolutheitsgrundsatz** wirkt jedes dingliche Recht als Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache (Grundstück) gegen jedermann.»

¹³⁰ Para la distribución del folio registral en Alemania, *vid.*, *e. c.*, WOLFF-REISER, *op. cit.*, pp. 176-177; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas...», *Estudios...*, I, *cit.*, pp. 99-101.

y cuál la causa inmediata de su adquisición; la segunda dará noticia de las limitaciones del derecho inscrito y de las facultades dispositivas de su titular; la tercera dará a conocer las hipotecas, deudas inmobiliarias y deudas de renta constituidas sobre la finca inscrita. Claro está que para que todo ello se pueda producir con la nitidez apetecida será necesario someter el *Derecho de Cosas* al rigor del principio del *numerus clausus*: no más derechos reales que los legalmente previstos (*Typenzwang*), y éstos sin más contenido que el legalmente fijado (*Typenfixierung*)¹³¹. Ahora sí que es posible identificar exacta y completamente cualquier situación jurídica por la sola indicación de su *nomen juris*. Se comprende bien que si el contrato de finalidad traslativa, además de no determinar la mutación jurídico-real, tampoco puede configurar libremente el contenido del derecho transmitido, el Registro no tenga que sobrecargarse dando acogida a sus cláusulas y estipulaciones. Bastará, tratándose de la transmisión del dominio —que, por cierto, no puede ser sometida a condición ni restricción convencional de ningún tipo¹³²— con la inscripción del mero acuerdo transmisivo abstracto, y si de lo que se trata es de constituir algún derecho distinto, será suficiente la del simple consentimiento (*Eintragungsbewilligung*) del titular perjudicado por el mismo¹³³.

Convertida la inscripción en elemento de constitución de la adquisición negocial *inter vivos*, e independizada ésta del contrato obligacional que la fundamenta, se han sentado las bases que, unidas a la solidez de los principios formales del sistema registral¹³⁴, pueden perfectamente fundamentar la presunción legal de exactitud de lo publicado¹³⁵, pero que, de todos modos, no podrá asegurarla en términos absolutos. La necesidad de buena fe —desconocimiento de la inexactitud registral— como requisito necesario para la protección del tercero que adquiere de titular

¹³¹ STAUDINGER-ERTL, loc. ant. cit., «b) Der Grundsatz der **Geschlossenheit dinglicher Rechte** (*numerus clausus-Prinzip*) zwingt die Beteiligten, sich zur Regelung dinglicher Rechtsverhältnisse im Interesse der Rechtssicherheit- und Rechtsklarheit bestimmter Arten dinglicher Rechte (*Typenzwang*) mit einem mindestens in den Umrisen zwingend festgelegten Inhalt (*Typenfixierung*) zu bedienen.»

¹³² BGB § 925 (2): «Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.»

¹³³ Cfr. WOLFF-REISER, op. cit., p. 202: «En ciertos casos, y a fin de no sobrecargar el registro inmobiliario, la inscripción detallada puede reemplazarse por una referencia parcial al consentimiento de inscripción.»

Así, en la inscripción de un derecho real limitado cabe remitirse al consentimiento de inscripción para la más precisa descripción del contenido del derecho (§ 874 C.c.)»

¹³⁴ Vid. sobre ellos, COSSÍO, op. cit., pp. 43-45.

¹³⁵ BGB § 891: (1) «Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe.»

(2) Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe.»

según Registro, y la *Widerspruch* (asiento de contradicción), como posibilidad enervadora de la fe pública registral ¹³⁶ concedida al perjudicado por una publicidad inexacta, son las más claras manifestaciones de que la discordancia entre la realidad y el Registro es algo más que una mera posibilidad improbable o remota, incluso en Ordenamientos que, como el alemán, tan meditada y concienzudamente han excogitado su propio sistema de publicidad. A la vista de ello, y si a la manipulación del proceso adquisitivo se añade la adopción del criterio del *numerus clausus*, una pregunta nos asalta irremisiblemente: ¿No se habrá sobredimensionado la publicidad en Alemania hasta llegar a hacer de ella, tanto o más que un medio manifestador de la realidad, un instrumento de sofocamiento y distorsión de la misma?

Pero no es éste el momento de entrar en la crítica del modelo alemán, sino el de exponer la variante suiza ¹³⁷ del sistema germánico. Supone ésta, en el decir de COSSIO, «una elaboración original de los principios hipotecarios» ¹³⁸, que para nosotros resultaría de extraordinario interés ¹³⁹, y que vendría a ocupar un lugar equidistante entre el modelo alemán y nuestro sistema ¹⁴⁰, o entre el alemán y el francés ¹⁴¹, y que, en todo caso, constituye un sistema «moderado», próximo al nuestro ¹⁴².

¹³⁶ **BGB 892**: «(1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekkant ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekkant ist.»

¹³⁷ Sobre el sistema suizo, cfr., en la doctrina extranjera, la obra ya citada de DESCHENAUX H., *Le Registre Foncier*. Fribourg, Suisse, 1983. En la nuestra, principalmente, los trabajos de SERRANO SERRANO, I, *El Registro de la propiedad en el Código civil suizo*, aparecidos en los «Anales de la Universidad de Valladolid», nn. 15, 16, 17 y 18-19.

¹³⁸ COSSIO, *Instituciones*, cit., p. 53.

¹³⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. El Código civil suizo», *«Estudios...»*, I, cit., p. 149: «La promulgación del Código civil suizo reviste para nosotros, como esfuerzo legislativo moderno, excepcional importancia, y nos ofrece, sobre todo en lo relativo al sistema inmobiliario, detalles utilísimos...». Para DE CASSO, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 55, «presenta para nosotros el interés de haber armonizado los principios latinos acerca de la constitución de los derechos reales por título obligacional, unido al “modo” (tradición, inscripción), con las exigencias modernas del tráfico inmobiliario, a base de la publicidad registral.»

¹⁴⁰ Así, COSSIO, op. cit., p. 58, y DE CASSO, op. cit., p. 53.

¹⁴¹ Así, SERRANO, op. cit., AUV, núm. 16, p. 61: «El legislador suizo, colocado entre dos tendencias opuestas: la alemana, que concede un valor absoluto a la inscripción, y la francesa, que liga al otorgamiento del contrato los efectos reales, ha escogido un camino intermedio.»

¹⁴² ROCA SASTRE, op. cit., p. 62: «El sistema inmobiliario registral suizo está inspirado en el Derecho alemán, pero ofrece loables diferencias en relación con éste,

Yendo muy a su sustancia, baste indicar que el sistema suizo, contenido básicamente en el Código civil (ZGB), de 10 de diciembre de 1907, y en la Ordenanza del Registro Inmobiliario, de 22 de febrero de 1910, coincide con el alemán al atribuir valor constitutivo a la inscripción en las adquisiciones negociales *inter vivos*¹⁴³, pero que se aparta de él al restablecer la dependencia de la eficacia del acuerdo transmisivo respecto de la del contrato obligacional que lo fundamenta. Inscripción, pues, constitutiva, pero sin transmisión o adquisición abstracta. Constitutiva, porque la publicidad registral va a ponerse en perfecto paralelo con la posesión¹⁴⁴, y así como sin entrega no hay transmisión mobiliaria, tampoco sin inscripción podrá haber adquisición inmobiliaria. Sin transmisión abstracta, porque es a todas luces antinatural y artificiosa la separación entre la transmisión y el fundamento que real y materialmente la sustenta¹⁴⁵. La inscripción, así pues, está sometida al prin-

y que hacen del mismo un sistema alemán moderado, que se acerca al sistema español.»

¹⁴³ No en las demás, donde actúa el llamado «principio relativo de inscripción». Sobre ello, cfr. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 8: «Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est *absolu* lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est *relatif* lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncier (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*». Los preceptos citados del ZGB disponen:

Art. 656: Zum Erwerbe des Grundeigentums bedarf es der Eintragung in das Grundbuch.

Bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder richterlichem Urteil erlangt indessen der Erwerbwr schon vor der Eintragung das Eigentum, kann aber im Grundbuch erst dann über das Grundstück verfügen, wenn die Eintragung erfolgt ist.

Art. 971: Soweit für die Begründung eines dinglichen Rechtes die Eintragung in das Grundbuch vorgesehen ist, besteht dieses Recht als dingliches nur, wenn es aus dem Grundbuche ersichtlich ist.

Im Rahmen des Eintrages kann der Inhalt eines Rechtes durch die Belege oder auf andere Weise nachgewiesen werden.

Art. 972: Die dinglichen Rechte entstehen und erhalten ihren Rang und ihr Datum durch die Eintragung in das Hauptbuch.

Ihre Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen, vorausgesetzt, daß die gesetzlichen Ausweise der Anmeldung beigelegt oder bei den vorläufigen Eintragungen nachträglich rechtzeitig beigebracht werden.

Wo nach kantonalem Recht die öffentliche Beurkundung durch den Grundbuchverwalter vermittelt Einschreibung in das Urkundenprotokoll erfolgt, tritt diese an die Stelle der Einschreibung in das Tagebuch.

¹⁴⁴ Cfr. *ad rem*, SERRANO SERRANO, *op. cit.*, núm. 15, pp. 3-4, y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. ult. cit.*, pp. 152-156.

¹⁴⁵ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 8: «L'idée de la publicité n'est pas poussée au point que l'inscription dans le registre serait à elle seule opérante. L'efficacité de l'inscription est subordonnée à la validité de l'acte juridique en vertu duquel elle est faite (par exemple, une vente)... Elle n'est pas abstraite, mais causale; d'où l'expression équivalente de principe de causalité, principe qui est également consacré

cipio de legalidad no sólo formal, sino rigurosamente material ¹⁴⁶, lo que no impide que, mientras no se pruebe lo contrario, genere una presunción de exactitud ¹⁴⁷, que para el tercero adquirente de buena fe —sin distinguir entre adquisición onerosa o gratuita— se convierte en auténtica ficción por la que se le protege en su adquisición no obstante su intrínseca falta de fundamento ¹⁴⁸.

Es cierto que el restablecimiento del nexo causal entre el contrato obligacional de finalidad traslativa y el valor de la inscripción separa significativamente el sistema suizo respecto del modelo alemán. Con todo, su adscripción germánica queda fuera de toda duda, atendidas en él no sólo el carácter constitutivo atribuido a la inscripción, sino también, y muy marcadamente, la adopción del *numerus clausus* (aunque limitada en su efectividad al dar generosamente oponibilidad *erga omnes* a ciertos derechos personales con proyección en los derechos inscritos) ¹⁴⁹, la técnica del «encasillado», y la determinación del objeto material de la inscripción: no el título transmisivo que la sustenta, sino el consentimiento escrito del propietario a la transmisión ¹⁵⁰.

par la jurisprudence en matière mobilière.» En nuestra doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., op. cit., p. 157: «Menos radical que el Código alemán, el suizo sigue manteniendo la unión inmediata entre el acto causal (venta, permuta, etc.), y la tradición hipotecaria, sin admitir como supremo artificio del sistema la rueda loca del contrato real (*Einigung*).»

¹⁴⁶ DESCHENAUX, loc. ant. cit., donde expone el causalismo del sistema bajo el epígrafe *Principe de la légalité matérielle*, y en la nota 9 distingue entre legalidad material o exigencia de causa y legalidad en sentido formal o sometimiento del «conservador» a la ley en la llevanza del Registro y en la práctica de la inscripción.

¹⁴⁷ Art. 937: Hinsichtlich der in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke besteht eine Vermutung des Rechtes und eine Klage aus dem Besitze nur für denjenigen, der eingetragen ist.

Wer jedoch aber das Grundstück die tatsächliche Gewalt hat, kann wegen eigenmächtiger Entziehung oder Störung des Besitzes Klage erheben.

¹⁴⁸ Art. 973: Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintragung im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen.

Art. 974: Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel Kennt oder kennen sollte, auf den Eintrag nicht berufen.

Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist.

Wer durch einen solchen Eintrag in einem dinglichen Recht verletzt ist, kann sich unmittelbar gegenüber dem bösgläubigen Dritten auf die Mangelhaftigkeit des Eintrages berufen.

¹⁴⁹ Vid. sobre tales anotaciones, DESCHENAUX, op. cit., pp. 523 ss. En nuestra doctrina, SERRANO SERRANO, op. cit., núm. 16, pp. 15 ss.; más resumidamente, COSSÍO, op. cit., p. 59. El dato legal en el ZGB, art. 959:

Persönliche Rechte können im Grundbuche vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor- und Rückkauf, Kaufsrecht, Pacht und Miete.

Sie erhalten durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte.

¹⁵⁰ Dispone a este respecto, en lo que aquí interesa, el ZGB, art. 963, I y II:

Sin entrar por ahora en su crítica, dejemos observado que, con el declinar del fervor germanista, y como indica Lacruz¹⁵¹, la opinión general se ha ido orientando en favor del sistema suizo, que, sin dañar a la seguridad del tráfico, está más de acuerdo con los imperativos de la moral y de la justicia. Efectivamente, para Sanz Fernández¹⁵² vendría a fijar el punto definitivo de llegada tras el flujo y reflujo del significado y valor atribuidos a la inscripción en el proceso adquisitivo de los derechos reales inmobiliarios. Antes, don Jerónimo González, atribuyéndole ventajas en nuestra opinión discutibles¹⁵³, le había dirigido los más altos elogios: moderno, sin dejarse arrastrar por teorías utópicas, conservador y progresivo, germánico en el fondo y latino en la forma, de técnica maravillosa, y moralizador y social¹⁵⁴. Ahora sí es llegado el momento de examinar si tales alabanzas no podrían atribuirse con mayor razón y justicia a nuestro peculiar sistema hipotecario.

C. El contraste del sistema español con los modelos comparados: su peculiaridad como sistema espiritualista y causalista de publicidad con eficacia plenamente positiva

Hubiera sido más breve y sencillo epigrafiar este acápite calificando al modelo español como sistema mixto. No lo hemos hecho: ¿no podría la palabra *mixto* sugerir la idea de lo confusamente complejo y carente de unidad y armonía interna? Tampoco lo hemos presentado como un sistema ecléctico: ¿no hubiera dado ocasión a pensar que se trata de un sistema transaccional y dependiente, carente de inspiración y personalidad propia? Y, encerrados en el cerco de los dos grandes tipos: ¿a cuál de ellos adscribirlo: al latino, como subtipo enriquecido de publicidad intensificada, o al germánico, como variante corregida y moderada?

Die Eintragungen erfolgen auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht.

Keiner Erklärung des Eigentümers bedarf es, wenn der Erwerbwer sich auf eine Gesetzvorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag.

Sobre la relación entre tal consentimiento y la voluntad transmisiva ínsita en el contrato obligacional, cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 158-160. Sobre la existente entre el mismo consentimiento y la solicitud de inscripción, cfr. SERRANO SERRANO, *op. cit.*, núm. 15, pp. 42-45.

¹⁵¹ LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (1968), p. 39, nota 7.

¹⁵² SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit. p. 140.

¹⁵³ La imposición del *numerus clausus*, la adopción del «encasillado», y la restricción del ámbito de la calificación registral: Cfr. J. GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 171-172.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 151-152.

Latino sería, si se pone la esencia de tal sistema en la sola negación del valor constitutivo de la inscripción¹⁵⁵; pero ¿no sería con más razón germánico, si se atiende a la intensidad del efecto positivo de la publicidad en él operada por la inscripción? He aquí por qué hemos terminado por calificar al nuestro como un sistema peculiar de publicidad registral que, sin abjurar de los principios rectores de nuestro Derecho Patrimonial: espiritualismo contractual y causalismo transmisivo (*título y modo*), logra su finalidad aseguradora del tráfico de buena fe por vías diferentes pero con efectividad igual, al menos, que la obtenida en el sistema germánico. Es lo que a continuación interesa desarrollar.

Sin abjurar de los principios rectores de nuestro Derecho Patrimonial, hemos dicho. Es aquí donde, en la disyuntiva entre los tipos, se produce la zona de mayor proximidad con el modelo francés. Pero de sólo proximidad, sin nunca llegar a la coincidencia.

Francia, según vimos, partió de la decisión de respetar el sistema transmisivo consagrado en el *Code*. La transmisión *solo consensu* se entendía ser la moderna conquista del Derecho racionalista e ilustrado, y, al propio tiempo, la más radical forma de desembarazar al tráfico de bienes y de permitirle la agilidad y sencillez que por naturaleza le sería propia. Si la entrega o *traditio*, como *modo* de adquirir añadido al *título*, va a quedar atrás, no se la va a sustituir ahora por un dato de publicidad que venga de nuevo a retardar hasta su práctica la efectividad del momento consensual que constituye, por sí solo en la relación *inter partes*, el total e indiviso momento adquisitivo. La transcripción queda, en principio, fuera de él, y sólo llegará a interferirlo actuando como elemento de solución en la hipótesis —siempre posible pero más fácil que en ningún otro en el sistema de transmisión puramente consensual— de la doble venta. Va a nacer así un Registro de publicidad negativa o preclusiva, de organización tan rudimen-

¹⁵⁵ Ésta parece ser la idea de FERRI, op. cit., p. 7, nota 1: «Neppure in Germania sono tutti convinti della superiorità del loro sistema su quello, diciamo, franco-italiano, tanto è vero che la commissione per la riforma del libro fondiario tedesco dovette prendere posizione contro una corrente che propugnava la mitigazione del principio fondamentale del carattere costitutivo dell'iscrizione, nel senso di fare della iscrizione, non più un requisito assoluto di efficacia (anche nei rapporti fra le parti) degli atti di disposizione, ma un semplice presupposto della loro efficacia nei confronti dei terzi: vid sut ciò E. LOCHER, *La riforma delle norme sul libro fondiario tedesco e il nuovo codice civile italiano* (Annuato dir. comp., XVIII, 122).

Inutile aggiungere che se fosse stata accolta una tale proposta si sarebbe fatto un passo decisivo verso l'adozione di un sistema di pubblicità di tipo latino.»

También, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., p. 463: «*Le livre foncier est tenu par un juge ou du moins ne reçoit d'inscription qu'après un contrôle préalable de l'autorité judiciaire qui s'exerce sur la validité de l'acte présenté. L'inscription ainsi contrôlée a une valeur particulièrement grande, elle est attributive de droit ou du moins dotée d'une valeur probatoire énergique.*»

taria como lo permite la cortedad de su función, y en el que, más que derechos, se publican títulos, con el resultado de discernir quién, de entre los sucesivos compradores, es el que llega a adquirir la propiedad de la finca por dos o más veces vendida.

Sería de interés en este momento una reflexión sobre el significado real de la publicidad inmobiliaria en Francia. Se dice que el respeto al sistema transmisivo instaurado en el *Code*, impide atribuirle valor constitutivo. ¿No lo tiene en la realidad? ¿Es posible llegar hasta el final en la fidelidad al principio de transmisión puramente consensual, una vez admitido el efecto de la publicidad preclusiva y la consiguiente ineficacia relativa del contrato no inscrito? La verdad es que tal posibilidad no existe en la realidad de las cosas. Basta para comprobarlo dejar hablar a Troplong: Según los principios del Código Napoleón, el consentimiento transfiere la propiedad, tanto entre las partes como respecto a terceros, pero las necesidades del tráfico inmobiliario han derogado este principio introduciendo una grave modificación al Código: quedando a salvo la transmisión consensual en la relación *inter partes*, «respecto de terceros, la mutación jurídico-real no llega a producirse sino por la transcripción del título adquisitivo en el Registro»¹⁵⁶. Esta, y no otra, es la idea central de la Ley de Transcripción: la necesidad de la publicidad para la *validéz* respecto a terceros del acto de constitución o translación de la propiedad y de los derechos reales inmobiliarios («pour leur validité a l'égard des tiers») ¹⁵⁷. Cualquiera ve lo que esto en la realidad significa: el intento imposible de compatibilizar la simultaneidad de dos propiedades contradictorias: la que el vendedor conserva *erga omnes* hasta el momento de la transcripción, y la que entre tanto adquirió frente a él el comprador; la reducción de esta segunda, no sólo a una mera entelequia, sino a la quimera de una propiedad relativa, tan contradictoria en sus propios términos como la cuadratura del

¹⁵⁶ TROPLONG, op. cit., pp. 299-300. El texto citado de TROPLONG parece más sincero y más conforme a la realidad de las cosas que el siguiente párrafo de PLANIOL-RIPERT, op. cit., p. 620: «Le système de la transcription laisse subsister le principe de la transmission de la propriété par le seul consentement: l'art. 1138 n' a pas été abrogé par la loi de 1855, et la vente est encore, en principe, translativ de propriété par elle-même; seulement l'application de cet article, au lieu d'être absolue, n'est plus que partielle: il ne régit plus toutes les personnes que la vente intéresse. Il y a certaines personnes, spécialement protégées par la loi de 1855, qui auront le droit de méconnaître la vente si elle n'a pas été rendue publique et à l'égard desquelles le vendeur n'aura pas cessé d'être propriétaire. Selon la formule de la loi de brumaire an VII (art. 26) et de la loi de 1855, art. 3, l'acte non transcrit ne leur est pas *opposable*; pour ces personnes, mais pour elles seulement, les choses doivent se passer comme si cet acte tenu secret n'avait pas été fait. En d'autres termes, le défaut de transcription entraîne une *inefficacité simplement relative* du titre non transcrit.»

¹⁵⁷ Así en el *Rapport* a la Ley de Transcripción, cfr. TROPLONG, op. cit., p. 22.

círculo ¹⁵⁸; y, finalmente, la postergación de la buena fe de los terceros, al resultar irrelevante ¹⁵⁹ su conocimiento de la venta anterior, toda vez que, para ellos y después de la misma, el vendedor conserva la propiedad de lo ya vendido hasta el punto de poder transmitirla derivativamente en un nuevo contrato ¹⁶⁰: No queda bien parada la buena fe en el sistema francés: conociendo la venta anterior, puede adquirir el comprador posterior; en cambio, el adquirente de buena fe, de anterior comprador fraudulento —*nemo dat quod non habet*— queda desprovisto de toda protección ¹⁶¹. Es que —dirá Ferri— la buena fe que constituye el fundamento ético de la transcripción, es la buena fe considerada en abstracto, no en concreto: el beneficio de la circulación impone la posibilidad de injusticias, que podrán ser reprobables moralmente, pero que no son antijurídicas ¹⁶². ¡Qué claro en este punto, y qué favorable para nosotros, el contraste de nuestro sistema con el modelo francés! Pero estábamos en la comprobación del valor real y efectivo de la transcripción francesa: la que se presenta como el prototipo de inscripción no constitutiva es la que da validez, en su

¹⁵⁸ Así lo denunciaba OLIVER, op. cit., p. 226: «... según el sistema francés el dominio de los inmuebles se transmite en momentos distintos, según se trate del transmitente o de las demás personas extrañas. Respecto del primero, se transmite el dominio desde que ha manifestado su consentimiento, y respecto del público, *erga omnes*, desde que se practica el asiento correspondiente en el Registro.

De suerte que según el sistema francés un derecho absoluto, cual es el derecho sobre cosa, y el primero de ellos, el de propiedad, degenera en un derecho relativo, resultando además la contradicción de que sobre una misma finca existan a la vez dos propietarios; el adquirente que lo es solamente para el transmitente, y éste que sigue siéndolo para todos los demás...»

¹⁵⁹ PLANIOL-RIPERT, op. cit., p. 630: «La bonne foi n'est pas exigée chez le tiers qui oppose le défaut de transcription; son droit demeure le même qu'il ait ou non connaissance de l'aliénation antérieurement consentie. C'est, en effet, une règle générale que tout système de publicité est rigoureusement indépendant de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers. L'art. 1071 le dit formellement à propos des donations... Cette solution doit être généralisée, tout le monde en convient; d'ailleurs, l'art. 3 de la loi de 1855 ne fait aucune distinction entre l'acquéreur de bonne foi et l'acquéreur de mauvaise foi.» FERRI, op. cit., p. 43: «Nel sistema della trascrizione lo stato soggettivo del terzo è fatto normalmente irrilevante.»

¹⁶⁰ Baste en este punto la remisión, de nuevo, a MAZEAUD, op. cit., p. 590.

¹⁶¹ Cfr. MAZEAUD, op. cit., pp. 590-591: «Il est certain —la Cour de cassation l'a affirmé avec force— que la connaissance chez le second acquéreur d'une aliénation première en date, mais non publiée, ne lui interdit pas de se prévaloir du défaut de publicité... L'extension de la notion de fraude est d'autant plus dangereuse que les tribunaux estiment que le sous-acquéreur de bonne foi qui tient ses droits d'un acquéreur coupable de fraude, ne peut, pas plus que son auteur, se prévaloir du défaut de publicité de l'acquisition première en date.»

¹⁶² FERRI, op. cit., pp. 43: «È bene subito avvertire, a scanso di equivoci, che l'affidamento del terzo è tutelato in astratto e non in concreto»; p. 45: «Ma tali ingiustizie, che saranno pur sempre eccezionali, vengono compensate largamente dal grande beneficio che riceve la circolazione»; pág 48: «... non vediamo come possa considerarsi ingiusta la prevalenza del secondo acquirente la quale è prevista nella legge stessa. Potrà essere iniqua o immorale: ma questo è un altro discorso.»

colisión con otras, a la única adquisición posible de la propiedad: la que confiere un poder en la cosa, oponible *erga omnes*. ¿No es eso atribuir valor constitutivo a la inscripción?¹⁶³

Todavía más clara la respuesta afirmativa, si se recuerda la expansión del ámbito de la transcripción por obra de las sucesivas reformas francesas. Una publicidad tan restringida como la inicialmente prevista, mal podía cumplir su propia finalidad. En palabras de nuestro Gómez de la Serna¹⁶⁴, «para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa: de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos». He aquí por qué el Registro francés, intentando dar información completa sobre la situación jurídica de las fincas, va a abrirse a toda mutación jurídico-inmobiliaria. No interesa ahora denunciar, con Mazeaud, que lo que así se pretende para dar fiel y completo reflejo a la realidad, puede convertirse, sin calificación registral, en un vano espejismo¹⁶⁵. Lo que sí hace a nuestro actual propósito es recordar cómo en estos invitados de última hora la inscripción va a tener un valor diferente al que inicialmente se le atribuyó¹⁶⁶. Se insistirá en que su omisión no puede provocar la inoponibilidad a terceros de lo no publicado, sino que su finalidad y función se limita a ser meramente informativa. Y se explica: ¿cómo podría tener mayor trascendencia, cuando en ella se recoge una mutación ya operada directamente por la ley u ordenada por la misma a veces incluso sin intervención alguna del adquirente?¹⁶⁷ No se puede decir más claramente

¹⁶³ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, op. cit., p. 769: «Esta eficacia substantiva viene a aproximar el sistema francés a otros sistemas en que la inscripción tiene más fuerza. Admitida la inscripción como condición de oponibilidad a terceros parece existir la siguiente alternativa en cuanto a la explicación de que el tercero resulte protegido frente a títulos anteriores no inscritos; o se entiende que, por ejemplo, la transmisión anterior no inscrita no es perfecta, puesto que todavía los terceros pueden seguir derivando derechos del transmitente, con lo que nos acercamos en algún modo al principio de la inscripción constitutiva. O de entender que es perfecta habrá que pensar que el tercero adquiere *a non domino*, puesto que el que ha transmitido ya no es dueño de lo que vuelve a transmitir al tercero, con lo que nos acercamos, hasta cierto punto, al principio de la fe pública en un sentido negativo: en cierta medida lo que no está en el Registro no existe a efectos de tercero.»

¹⁶⁴ Op. cit., p. 195, nota b).

¹⁶⁵ MAZEAUD, op. cit., p. 530: «Faire de l'ancienne transcription un moyen général d'information est un mirage dans la mesure où l'information n'est pas contrôlée; le conservateur, après comme avant la réforme, n'étant juge ni de la validité des actes qu'il publie, ni de la capacité des parties, l'information donnée aux tiers risque d'être inexacte et de tromper les usagers.»

¹⁶⁶ RIPERT-BOULANGER, op. cit., p. 61: «Sans que les rédacteurs du décret-loi y aient pris garde, une double conception de la transcription résultait de cette loi nouvelle.»

¹⁶⁷ Ya TROPLONG, a propósito de las sentencias de nulidad, rescisión o resolución, op. cit., pp. 397-402, en concreto, p. 397: «Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a

que la transcripción, en su efecto originario y más propio, se entiende como constitutiva; no se puede reflejar con mayor claridad cómo la fijación en esa especie de inoponibilidad, que en realidad es condición de adquisición del derecho, ha impedido captar lo que sería la función natural y propia de la publicidad: hacer cognoscible a terceros lo que, por existir y poder afectarles, puede interesarles conocer. La inscripción de una mutación ya operada es en Francia un supuesto débil de inscripción, con efectos menores a los que serían propios de la más genuina publicidad registral. Extraña publicidad la francesa, que, igual siempre en sí misma, puede revestir significados tan distintos como el de convertir en propietario efectivo al comprador que inscribe o informar, simplemente, a terceros acerca de la realidad publicada.

Los autores de nuestra Ley Hipotecaria, en el lenguaje altisonante de la época, pudieron decir que el viejo sistema de las hipotecas ocultas estaba ya entonces juzgado por la historia. Quizá sin excesivo rigor pudieramos aplicar hoy la misma expresión al modelo francés: insuficiente desde el primer momento, sus posteriores reformas no le permiten escapar al juicio negativo que irremediabilmente resulta de su comparación con cualquier sistema de publicidad positiva. Desmintiendo de hecho lo que sería su principal conquista, la que inicialmente celebraba Troplog¹⁶⁸ y con igual pasión sigue hoy ponderando Ferri¹⁶⁹, esto es: la de conseguir la agilidad y rapidez del tráfico, dejando la inscripción fuera del proceso adquisitivo y situando éste en el puro consen-

donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité.» En la doctrina posterior lo formulará lapidariamente MAZEAUD, op. cit., p. 580, estableciendo la regla que separa la publicidad que es condición de oponibilidad, respecto de la que es meramente informativa: «la règle qu'il faut énoncer est la suivante: *l'effet du défaut de publication des actes soumis a publicité est l'inopposabilité aux tiers des transferts ou constitutions de droits qu'ils réalisent*».

¹⁶⁸ Op. cit., pp. 208-209, «On n'a pu imposer à toutes les mutations une règle uniforme de publicité que dans les pays où le système des investitures a été traditionnellement reçu en toute matière, et où cette publicité est venue naturellement se greffer après coup sur une telle base toute trouvée. Mais elle serait un embarras insupportable dans notre droit simple, rapide et marqué d'un sceau respectable de spiritualité. C'est là l'opinion que nous avons émise dès 1833, et dans laquelle nous avons toujours persisté. Nous serions heureux de penser que nous avons contribué, même indirectement et pour une faible part, au triomphe qu'elle a obtenu en 1855.»

¹⁶⁹ Op. cit., pp. 6 y 7 «Molti guardano ai sistemi di tipo germanico come ai modelli da imitare e esempi a seguire. Crediamo che fra questi molti i più non si rendano conto del fatto che tali sistemi, anche se adottati in paesi progrediti... corrispondono ad uno stadio storico più arretrato, di cui il sistema della trascrizione rappresenta un superamento... Quel massimo di libertà e semplicità nella circolazione giuridica della ricchezza immobiliare, che in Francia si è raggiunto per il poderoso impulso della rivoluzione, è ancora una mèta che in quei paesi non è stata raggiunta... Nei sistemi a tipo latino ci si è preoccupati di non turbare questa celerità e rapidità di contrattazione e di raggiungimento di effetti giuridici. La trascrizione non intralcia, non rallenta: essa si pone all'esterno ed ha l'unico fine di tutelare i terzi.»

timiento *inter partes*, tampoco provee suficientemente al fin pretendido de la seguridad del comercio: la ley no se compromete con la información registral; adquirir de quien en el Registro francés aparece como dueño no pone a salvo del riesgo de la evicción de la finca adquirida. Muy distintas son las cosas en nuestro Derecho. Sin que el orgullo nacional pudiera atarles a la gloria de un Código Civil que por entonces se nos venía resistiendo ¹⁷⁰, los autores de nuestra Ley Hipotecaria pudieron entregarse con las manos enteramente libres al examen de los modelos existentes, y, desechada la veleidad afrancesada del Proyecto de 1851 en favor del sistema de transmisión *solo consensu* ⁷¹, concebir una fórmula cargada de buen sentido en la que, respetada la esencia de las cosas, la publicidad registral, sin ser más que publicidad, —esto es: sin interferir el proceso adquisitivo—, pero siéndolo jurídicamente hasta el final, fuera manifestación fiable de la realidad al alcance de todos: del interesado en publicar su derecho y del interesado en adquirirlo de quien realmente es su titular y puede transmitirlo.

Tres van a ser las bases desde las que se levante nuestro sistema: la teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma ¹⁷² —externa de suyo y

¹⁷⁰ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., pp. 196-197, nota b): «En efecto, la ley francesa de 23 de marzo de 1855 sobre transcripción en materia hipotecaria, adopta el sistema mixto. Más aún que las razones que pueden alegrarse a favor de este sistema, nos parece que influyó al efecto la gran importancia que dan los franceses a su Código civil, importancia bien merecida... No podría invocarse entre nosotros una razón que tuviera analogía con esta: nuestras leyes civiles seculares están amenazadas de muerte por un nuevo Código civil. Aunque es de presumir que en él se respetarán en gran parte nuestras instituciones antiguas, nadie dudaba que en las hipotecas, y en cuanto a ellas más o menos inmediatamente se refiere, eran necesarias grandes reformas... En esta situación no cabía vacilar en que la reforma debía hacerse por completo, y que los inconvenientes que en otras partes podían parar la marcha del legislador, en España no debían ser tomados en cuenta.»

¹⁷¹ Exposición de Motivos, de 1861, p. 237: «Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés... No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del Proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con 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.»

¹⁷² Exposición de Motivos de 1861 (p. 236): «La comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador favorecerla, en cuanto alcance. Por esto no

ajena al proceso transmisivo—, y la ponderación ético-jurídica del comportamiento de quienes dilucidan en torno a la publicidad sus intereses en pugna: la negligencia —normalmente— de quien dejó de inscribir y, sobre todo, la buena fe de quien confió en el Registro. Estos elementos bastan para superar las aporías del sistema francés y para colmar sus carencias.

Aporética es en Francia la propiedad relativa del comprador que no inscribe y su coexistencia con la del vendedor que la conserva *erga omnes* hasta poder transmitirla de nuevo derivativamente. No ocurre así en nuestro Derecho. En virtud del sistema de *título y modo*, una vez efectuada la entrega, el vendedor pierde la propiedad de la cosa, que, simultáneamente, es adquirida por el comprador, al obtener éste, con la posesión, el poder inmediato en la misma. Ahora sí puede hablarse realmente de adquisición extra-registral consumada. La transmisión, sin llegar al Registro, tampoco se mueve en el mundo platónico de las ideas ni en el psicológico de las voluntades conformes. La propiedad, adherida a la finca y consistente en el poder inmediato y directo en la misma, es una realidad tan material y tangible como la posesión que la traduce y manifiesta. El comprador al que se hizo la entrega, aunque no haya inscrito, es ya propietario real y efectivo. Y se nos dirá inmediatamente: ¡frente al vendedor, pero no *erga omnes*; al igual, por tanto, que, sin entrega, lo es en Francia! ¿No fue ésta la idea de los autores de nuestra Ley Hipotecaria? ¹⁷³ ¿No es verdad que sólo la inscripción da oponibilidad *erga omnes* a su derecho?

Es aquí donde se impone matizar con cuidado para evitar que afirmaciones demasiado generales desfiguren las líneas de nuestro sistema. La publicidad registral, al ser manifestación o forma de lo ya existente, y, en razón de ello, al valorarse siempre relativamente desde la posición del tercero que es su concreto destinatario, ni da al derecho ya publicado, ni priva al por publicar, de una oponibilidad *erga omnes* de la que, como derecho real, goza por sí mismo. Es ésta una verdad que, evidente en nuestra legis-

contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes...»

¹⁷³ Al texto de la Exposición de Motivos recogido en la nota anterior puede añadirse el siguiente (pp. 237-38): «Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

lación hipotecaria desde el primer momento, no pudo quedar oculta a los autores de la Ley: Consiste la publicidad «en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiriera la finca gravada...»¹⁷⁴. Es sólo frente al tercero de buena fe —frente al tercero desconocedor sin negligencia de la realidad— frente a quien la publicidad se erige en condición o presupuesto de oponibilidad del derecho ya existente y de suyo oponible. Frente al tercero que la conoce, en cambio, la inscripción, practicada u omitida, es irrelevante desde este punto de vista. Siendo ello así, una cosa es clara: que en nuestro Derecho la práctica de la inscripción no es elemento necesario de oponibilidad de los derechos reales, sino vehículo normal u ordinario de la misma. Sin ella, la natural oponibilidad del derecho real se detiene ante el tercero de buena fe; pero, también sin ella, puede oponerse el derecho al tercero que conoce su existencia.

Se nos podría objetar: ¿Pero no se dice a veces en nuestra doctrina que cuando el tercero protegido por el artículo 34 de la LH lleva a cabo la inscripción de su acto adquisitivo es, entonces, cuando por obra de la inscripción, aquí considerada cuasi-constitutiva o sanante, llega a adquirir efectivamente? ¿Y cuando lo hace el comprador preferido por el art. 1473 del CC?¹⁷⁵ No se aviene al tono general del presente planteamiento entrar en el detalle de la significación de la inscripción en estos casos, ni, mucho menos, traer ahora a colación el empeñado problema de la relación entre los artículos 32 (prolongación en la Ley Hipotecaria del art. 1.473 del Código Civil) y 34 LH. Basta a nuestro actual propósito destacar la gran diferencia que separa a nuestra inscripción en tal supuesto respecto de la transcripción francesa que es condición o presupuesto de oponibilidad *erga omnes* del derecho publicado. Mientras en Francia por esta vía se produce una adquisición derivativa, al proceder el derecho adquirido del vendedor que hasta entonces lo conservaba frente al adquirente, en nuestro Derecho se opera una adquisición *a non domino* en la que la inscripción del acto adquisitivo es sólo uno, y no el principal, de sus presupuestos.

¹⁷⁴ Exposición de Motivos, p. 228.

¹⁷⁵ Sin entrar en detalles en este punto, cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, I., «Fuentes del Derecho Hipotecario español», *Estudios...*, I, cit. p. 206, refiriéndose a nuestro Código civil: «Momentos hay, sin embargo, en que puede creerse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o mejor dicho, en la que se le atribuye valor constitutivo, por ejemplo, en el artículo 1.473 que, en caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes haya inscrito en el Registro...»

Es que en nuestro sistema de publicidad, y volvemos con ello al contraste de sus bases configuradoras con las del modelo francés, la inscripción no cuenta tanto como aseguradora *a posteriori* de una irregular adquisición ya celebrada, sino como indicadora privilegiada de la titularidad y legitimación del *causam dans* en una adquisición proyectada. Es ello lo que permite que —a diferencia de lo que ocurre en Francia— entre nosotros no se suscite la distinción entre una publicidad con efecto jurídico-sustantivo y otra con función simplemente informadora: Sea cual sea la naturaleza del mecanismo adquisitivo y el origen de la adquisición, su constancia registral siempre cumple una idéntica función: publicar el derecho ya existente, o, en todo caso, producir en interés de la seguridad del tráfico de buena fe una apariencia del mismo jurídicamente tutelada. Ahora sí que se cumple el fin de la publicidad, sin desnaturalizar su función y sin forzar la esencia del derecho real ni las intrínsecas exigencias de su mecanismo adquisitivo.

Igualmente positivo para nosotros será el resultado de la comparación de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral con el sistema germánico. Dentro de éste, el modelo alemán ha ejercido en nuestra doctrina un ambivalente efecto fascinador cuyos testimonios se siguen produciendo aun después de la denuncia de sus excesos y de la suavización de los mismos en el Código civil suizo. Es significativo que alguien tan convencido de la peculiaridad y calidad de nuestro sistema como Sanz Fernández haya podido decir que «la más perfecta construcción técnica del Derecho inmobiliario es la recogida por el Código civil alemán»¹⁷⁶. La fascinación, elevada a deslumbramiento, se ha traducido en momentánea ceguera. No es mejor sistema el que para la obtención de un mismo resultado acumula más piezas e introduce mayor complejidad. La valoración comparativa de nuestro sistema es aquí facilísima y su superioridad respecto al alemán resulta diáfana a poco que las cosas se examinen a su propia luz y en su verdadera dimensión. Si el sistema alemán se recomienda por la efectividad de su publicidad positiva, y no tanto, en cambio —en esto la doctrina, española y comparada, es hoy conteste— por su alambicada articulación, el nuestro lo supera al obtener igual efectividad —si no mayor y más aquilatada—, sin necesidad de recurrir para nada a la artificiosa y forzada construcción alemana. Interesa explicarlo.

Pretende el sistema germánico obtener a todo trance la seguridad del tráfico, y, dando fácil ocasión a la crítica, sacrifica a ella la sencillez y agilidad del mecanismo transmisorio¹⁷⁷. Pretende

¹⁷⁶ SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit. p. 172.

¹⁷⁷ Vid. TROPLONG, op. cit., pp. 198-199: «L'avantage de ce droit, c'est la certitude. Son grand inconvénient, c'est le matérialisme. Sans doute, en contractant avec celui que les registres désignent comme propriétaire, on a la satisfaction d'avoir en main la preuve *juris et de jure* qu'on a acquis un droit à l'abri de toute contes-

que sea el Registro el artífice de tal seguridad, y adopta cuantos medios se ofrecen para aproximar realidad y Registro y para reducir a éste al máximo de claridad y brevedad posibles. Sabemos en qué se traduce una tal opción de fin y elección de medios: En el desdoblamiento entre el contrato de finalidad transmisiva y el acuerdo traslativo, y en la independización de éste respecto de aquél; en la elevación de la inscripción a elemento constitutivo de las adquisiciones negociales *inter vivos*, de tal forma que lo no inscrito no es que no sea oponible a terceros, sino que radicalmente no existe; y, finalmente, en el sometimiento de los derechos reales a un rígido *numerus clausus* que al mismo tiempo que impone la fidelidad al tipo, uniformando los derechos que entran en el tráfico inmobiliario ¹⁷⁸, facilita la sencillez instrumental del Registro.

Es ir demasiado lejos amontonando expedientes innecesarios al fin pretendido, haciendo violencia en la realidad, desfigurando la publicidad registral, y desenfocando el requisito de la buena fe en quien a ella se acoge.

Amontonar expedientes es adoptar el sistema de la transmisión abstracta y atender simultáneamente a la buena fe del adquirente. Se entiende que el buen sentido imponga la necesidad de ésta última como límite a la protección del tráfico ¹⁷⁹; pero, atendida

tation. Mais cette certitude, a laquelle, du reste, on peut arriver aussi dans d'autres systèmes moins absolus et plus simples, cette certitude, dis-je, est obtenue souvent aux dépens de la justice, et toujours aux dépens de la facilité et de la promptitude des affaires. Pour en faire jouir les transactions, il faut faire peser sur la propriété et sur le crédit un formalisme accablant, dont il nous serait impossible de nous accommoder en France... Et puis, quelle lenteur! quelle entrave apportée aux conventions des particuliers!...» FERRI, op. cit., p. 7: «Ci sembra che in quei paesi, il legislatore non si sia preoccupato di agevolare il commercio immobiliare, ma piuttosto di frenarlo e ciò allo scopo di cristallizzare le situazioni costituite e di proteggere i patrimoni. Tutto questo è il frutto d'una mentalità conservatrice, paternalistica, che non ci sembra possa costituire un progresso rispetto ai sistemi di tipo franco-italiano, per lo meno se si intende per progresso quello che si attua nell'adozione di forme sempre più libere. Per rendersi conto della pesantezza del sistema tedesco, basta aver presente la serie di negozi ed atti giuridici che bisogna compiere per giungere al risultato del trasferimento della proprietà...»

¹⁷⁸ BAUR, op. cit., p. 4: «Wer das Eigentum an einem Gegenstand erwirbt, wenn eine Hypothek bestellt oder abgetreten wird, wem der Nießbrauch an einem Grundstück eingeräumt wird, muß wissen, was er "erwirbt". Es würde den Rechtsverkehr, das Kreditgeschäft usw. beeinträchtigen, wenn jedesmal auf die "Quellen" des Rechts —also etwa auf den Hypothekenbestellungsvertrag— zurückgegangen werden müßte, um die Befugnisse des Erwerbers, Pfandgläubigers usw. schon in ihren Umrissen zu erkennen. Auch die Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs erfordern also die *Typenbeschränkung* und den *typisierten Inhalt* der Rechte an Sachgutern.»

¹⁷⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit. p. 108: «Si las leyes hipotecarias se proponen como fin especial la seguridad y rapidez de las transacciones sobre inmuebles, no puede olvidar que la inscripción es un medio de expropiación y un arma de dos filos que

la buena fe, el artificio de la abstracción resulta ya redundante y, en nuestra opinión, contradictorio. En efecto, adquisición abstracta y protección del adquirente de buena fe son instrumentos tendentes a un mismo fin, pero de inspiración diferente. O la seguridad del tráfico se obtiene por la abstracción, en cuyo caso el conocimiento (mala fe) de los vicios o defectos del contrato obligacional —los únicos que la abstracción puede salvar— nada cuenta¹⁸⁰, o bien, en evitación de una protección tan ciega y repugnante a la conciencia jurídica, se matiza la protección atendiendo a la buena fe del adquirente, y en tal caso la misma invocación de la buena fe implica la existencia de un fallo o defecto en el proceso adquisitivo (¡aqueel que la abstracción evitaría por sí misma!) de cuyas resultas se salva al tercero que lo desconoce sin tacha de negligencia. Dicho más brevemente: la abstracción pretende de un plumazo eliminar el defecto; la buena fe libera de sus consecuencias al tercero que no pudo detectarlo. En nuestra opinión, la simple protección de la buena fe basada en la apariencia jurídica logra por sí misma y con destacadas ventajas la finalidad aseguradora de la abstracción: lo hace más matizada y éticamente, pues destaca y pone en su justo lugar el dato fundamental de la buena fe; y lo hace más extensamente, pues al prescindir del artificioso acuerdo traslativo autónomo elimina de raíz los posibles vicios del mismo, respecto de los cuales no inmuniza al adquirente el mecanismo de la abstracción¹⁸¹. No es necesario insistir más en

sacrifica el titular actual al futuro adquirente. Esta norma, aceptable cuando el protegido ha confiado en las declaraciones del Registro, resultaría desmoralizadora y contraproducente si se aplicase a las adquisiciones de mala fe.»

¹⁸⁰ STAUDINGER-ERTL, ad § 873 Rz 86: «Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuch kann ihnen nur entgegengehalten werden, wenn sie wissen, daß die Einigung nichtig war, während die Kenntnis der Unwirksamkeit des Gundgeschäfts allein wegen des grundsätzlich geltenden Abstraktionsprinzips nicht genügt». GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., op. ant. cit., pp. 109-110: «El conocimiento de acciones personales cuyo ejercicio pueda provocar una inscripción o cancelación, o de actos otorgados por el titular que engendren obligaciones, no perjudica al adquirente, aunque unas y otras sean incompatibles con el derecho adquirido». *Id.*, «El Código civil suizo», *Estudios*, I, pp. 161-162: «Algo más rígido que el Código civil alemán, el suizo declara que no puede acogerse a los beneficios de la fe pública del Registro, quien ha dejado de hacer las investigaciones que se le pueden exigir en vista de las circunstancias. El conocimiento de los compromisos personales del constituyente no sirve para cualificar la adquisición. Se considerará de buena fe al adquirente que tenga noticias de la venta anterior, del legado que grava al inmueble enajenado por el heredero como libre de cargas, de la hipoteca constituida con anterioridad, etc. Cualesquiera que sean las diferencias de formulación, vuelve el principio director a los cauces germánicos.» LACRUZ-SANCHO, op. cit. (1984), p. 30: «Como en Alemania la inscripción en el Registro es un requisito integrante de la transmisión de la propiedad, el conocimiento de las relaciones obligacionales anteriores a dicha transmisión no supone mala fe.»

¹⁸¹ Cfr. BAUR, op. cit., p. 43: «Wir hatten schon oben erörtert, daß auf dingliche Rechtsgeschäft grundsätzlich die Regeln des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte und Verträge Anwendung finden. Diese Anwendung kann im konkreten Fall zu

ello: la transmisión abstracta constituye en la actualidad una técnica desprestigiada y en retroceso, como lo demuestran los múltiples expedientes hoy propuestos en la doctrina alemana para reconstruir esa unidad que nunca debió romperse entre el contrato de finalidad traslativa y el acto de transmisión que le da cumplimiento¹⁸².

Por otra parte, es desnaturalizar la esencia de la publicidad elevar la inscripción a elemento constitutivo de la adquisición. No han desaprovechado los partidarios del sistema latino la ocasión para decir que la publicidad en Alemania no es institución de terceros, ya que su virtualidad no se orienta ni se limita a ellos, sino que se traduce inmediatamente en la producción de la mutación jurídico-real en la misma relación *inter partes*¹⁸³. Desde

einer Durchbrechung des Abstraktionsgrundsatzes führen, weil auch das abstrakte dingliche Geschäft zu Fall kommt». Sobre la ineficacia del acuerdo real-abstracto (*Einigung*) y su influjo invalidante de la adquisición, cfr. STAUDINGER-ERTL: ad § 873 Rz 80 (b) y 82.

¹⁸² Cfr. WOLFF-RAISER, op. cit., p. 229: «El contrato real puede despojarse de su naturaleza abstracta si las partes elevan la validez del negocio causal a *condición (conditio in praesens collata)* del negocio real. Pero ello no es posible en aquellos contratos reales que no toleran condición alguna (por ejemplo, la transmisión de la finca, § 925 ap. 2).» Con más detalle, STAUDINGER-ERTL, op. cit., ad § 873 Rz 85, donde se enumeran los límites al mecanismo de la abstracción: a) Gesetzliche “Fehleridentität”, b) Vereinbarung eines “Bedingungs-zusammenhangs”, y c) Die Konstruktion der “Geschäftseinheit” von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Acerca de esta última, Rz 97, donde se evidencian los esfuerzos por superar la abstracción y las dificultades a los mismos en el sistema legal que de ella hace gala como característica peculiaridad: «Bei Geschäftseinheit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft führt nach verbreiteter Auffassung in Rspr (BGHZ 31, 321; BAG NIW 1967, 751; OLG Celle OLGZ 1974, 170) und Schrifrtum (WESTERMANN § 4 IV 3; WOLFF-RAISER § 38 II; PALANDT-HEINRISCHS § 139 Anm 3 b) im Zweifel die Nichtigkeit des einen Geschäft zur Gesamtnichtigkeit des ganzen als Einheit gewollten Geschäft (§ 139). Zweifelhafte ist (auch unter der Vertretern dieser Meinung), welche Voraussetzungen für die Annahme einer Geschäftseinheit erforderlich sind Eine rechtliche Abhängigkeit des einen Geschäft vom andern soll dafür ausreichen, ein bloßer wirtschaftlicher Zusammenhang nicht (BGHZ 31, 323)... Aus Gründen der Sicherheit des Grundstückverkehrs, wegen der unlosbaren Abgrenzungsschwierigkeiten und mangels eines praktischen Bedürfnisses (Bedingungs-zusammenhang genügt) ist die Rechtskonstruktion der “Geschäftseinheit” abzulehnen (ebenso STAUDINGER-DILCHER § 139 Rz 19; SOERGEL-HEFERMEHL § 139 Rz 18; MünchKommMAYER-MALY § 139 Rz 13; LARENZ AT § 23 II a; JAUERNIG § 139 aNM 2B)». Es que —Rz 8S— «Die Abstraktion ist ein trotz der nie verstummenden Kritik gerade im Liegenschaftsrecht bewährtes Prinzip, das zu den Eigenarten des deutschen bürgerlichen Rechts gehört. También, BAUR, op. cit., pags. 43-45.

¹⁸³ FERRI, op. cit., p. 7: «Nei sistemi di tipo germanico, lo scopo che il legislatore si pone nello stabilire le norme sul *Grundbuch* non è, per lo meno principalmente, rappresentato dalla tutela dei terzi.

E assurdo pensare che il legislatore voglia assicurare principalmente questa tutela, quando predispone dei mezzi che vanno molto al di là del fine stesso e cioè quando pone la registrazione come requisito di efficacia del mutamento giuridico anche tra le parti. Ci sembra che in quei paesi, il legislatore non si sia preoccupato di agevolare il commercio immobiliare, ma piuttosto di frenarlo e ciò allo scopo di

luego la publicidad debe entenderse dirigida *natura sua* a los terceros: las partes no la necesitan para conocer lo que ellas mismas han llevado a efecto. Claro está que en favor de la inscripción constitutiva se ha alegado el evidente paralelo entre publicidad y posesión, y, por tanto, la posibilidad de sustituir ésta por aquélla, desde la filosofía de la teoría del título y el modo, en la transmisión inmobiliaria¹⁸⁴. Pero frente a esta alegación hay que distinguir, porque la posesión realiza, por sí misma y naturalmente, una duplicidad de funciones, de las cuales sólo una, exclusiva de la posesión y ajena, de suyo, a la publicidad, es la que la convierte en exigencia indispensable o constitutiva de la adquisición del derecho real. Nos referimos, obviamente, al significado de la posesión como realizadora de la intermediación del poder del titular *en la cosa*, y a su función exteriorizadora *erga omnes* de dicho poder. La posesión es intrínsecamente necesaria para la adquisición del derecho real, mobiliario o inmobiliario, porque sin ella no se da la intermediación del poder que caracteriza a tal derecho. No ocurre igual, desde este punto de vista, con la publicidad, que, sin implicar por sí misma intermediación de poder, se limita a cumplir artificialmente la función manifestadora que la posesión desempeña naturalmente. En relación con los bienes muebles, como es bien sabido, la posesión cumple, ella sola, las dos funciones indicadas: marca el inicio del derecho *en la cosa*, y, desde entonces, manifiesta *erga omnes su* existencia. En relación con los inmuebles se considera que la posesión pierde gran parte de su elocuencia manifestadora¹⁸⁵, y, siendo aquí más hacedera la publici-

cristallizzare le situazioni costituite e di proteggere i patrimoni. Tutto questo è il frutto d'una mentalità conservatrice, paternalistica, che non ci sembra possa costituire un progresso rispetto ai sistemi di tipo francoitaliano, per lo meno se si intende per progresso quello che si attua nell'adozione di forme sempre più libere.»

¹⁸⁴ STAUDINGER-ERTL ad § 873 Rz 4: «Die Parallele dazu ist im Recht der beweglichen Sachen geltende Grundsatz von Einigung und Übergabe der Sache (§ 929).» Sobre el paralelo entre posesión y Registro, glosando la Exposición de Motivos del Código civil suizo, GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «El Código Civil suizo», *Estudios...*, I, pp. 152-156, esp. 153: «En su consecuencia, el articulado adopta la posesión como la base normal de la adquisición, transmisión, prescripción, constitución de prenda o establecimiento de usufructo sobre muebles, mientras fundamenta en el Registro (*Grundbuch*) el régimen de los derechos reales inmobiliarios; y lo mismo que a la posesión de aquéllos une presuntivamente la existencia del derecho correspondiente y los efectos de la buena fe, liga a la inscripción análogas consecuencias por lo que toca a las fincas.»

¹⁸⁵ Cfr., de nuevo en relación con el Código civil suizo, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, loc. ant. cit., pp. 152-153: «Surge una distinción inevitable, nos dice la *Exposición de Motivos* del Anteproyecto, según la naturaleza misma de las cosas, entre las reglas adecuadas a los muebles y las que están destinadas a los inmuebles. En materia de transacciones mobiliarias, puede uno contentarse con admitir el poder de hecho, la potestad exterior sobre las cosas, la posesión, como la forma única de la manifestación de un derecho real. Siendo el poseedor el dueño de la cosa, está autorizado para obrar como tal respecto a cualquier tercero de buena fe, sin que

dad registral, se confía al Registro la función de hacer *artificialmente* cognoscibles por todos las situaciones jurídicas existentes. He aquí cómo en este aspecto, pero sólo en él, la publicidad suple a la posesión; pero es, justamente, el aspecto que, por sí solo, no da razón, ni aun en la posesión, de la mutación jurídico-real: ésta se produce cuando se adquiere el poder inmediato *en* la cosa, que naturalmente es secuela de la adquisición de su posesión. La posesión es elemento intrínseco de la adquisición del derecho real; desde que ella se produce la mutación se ha producido, obviamente *inter partes*, pero también frente a quienes, por ella o sin ella, tengan conocimiento de la transmisión. No puede decirse lo mismo de la publicidad registral, que, orientada a manifestar a terceros lo ya ocurrido *inter partes*, ni implica por sí sola ni produce ella misma la intermediación del poder que caracteriza al derecho real. Sin posesión no hay derecho real; sin publicidad puede haberlo. Convertir a la inscripción en constitutiva de la adquisición es, por ello y según decíamos, desnaturalizar su función.

Desnaturalización que tampoco se justifica en el intento de acercar realidad y Registro evitando la posibilidad de derechos existentes y no inscritos. Acaso podría tomarse en consideración tal conveniencia si fuera ésta la única fuente posible de inexactitudes registrales; pero, no siéndolo ¹⁸⁶, siendo éstas tan distintas y

este último pueda sufrir ningún daño. La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los bienes inmuebles en los que la posesión no puede tener la misma importancia porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. ¿Qué significa ocupar un inmueble, habitar una casa, en comparación con la onnipotencia del poseedor de una cosa mueble? Este puede enajenarla, abandonarla, transformarla, destruirla, mientras que el poseedor del inmueble puede tan sólo gozarlo o excluir a otro o quizá modificar la superficie de la finca poseída. Así, tiene distinto valor, según se trate de inmuebles o muebles, la circunstancia de que la posesión o el goce virtual no puede ser expresado completamente por medio de una ficción, y si la idea de la manifestación exterior de los derechos reales ha de ser consagrada, esto no es realizable más que instituyendo formas especiales por las cuales los derechos reales sobre los inmuebles pueden ser percibidos por los sentidos. Dichas formas son entonces constitutivas del derecho. Quien se aprovecha de ellas puede ser considerado, por cualquier tercero de buena fe, como titular verdadero del derecho. Las formas inmobiliarias consistirán en actos emanados de una autoridad pública, en signos colocados en el inmueble mismo o en una inscripción sobre los Registros oficiales. Tendrán siempre una doble finalidad; por de pronto, la constitución del derecho real sobre el inmueble; después, su manifestación general y cierta.»

¹⁸⁶ BAUR, op. cit., p. 123: «... schon die Beschränkung des zwingenden Eintragungsgrundsatzes auf *rechtsgeschäftliche* Rechtsänderungen bringt die Gefahr eines Auseinanderklaffens zwischen wahrer Rechtslage und Grundbuchstand mit sich». Para una panorámica, no completa, de las posibles causas de inexactitud registral en el Derecho alemán, *vid.* el mismo BAUR, *ib.*, pp. 154-155. En nuestra doctrina, ROCA SASTRE, op. cit., p. 59: «En las adquisiciones por negocio jurídico, por ser la inscripción un factor indispensable para que la mutación se produzca, la

variadas, el intento de cortar por aquí forzando las cosas se manifiesta un conato inadecuado y frustrado.

Ni debe silenciarse en este momento la duplicidad introducida en la inscripción al elevar a constitutiva la de las adquisiciones negociales *inter vivos*. Como quiera que las demás se producen sin necesidad de inscripción, vendrá a ocurrir en Alemania lo que, con signo y valor diferente, ya denunciarnos en su momento al hacer la crítica del modelo francés: la atribución a un mismo dato —el de la publicidad registral— de un doble valor que no se aviene bien a la identidad de naturaleza y función que en principio y de suyo le corresponde y que no permite ser llevado a sus últimas consecuencias sin quiebra de la justicia material e intuitiva.¹⁸⁷

Negativa nos parece también en el sistema germánico la adopción del criterio del *numerus clausus*, por injustificadamente limitadora de la libertad con la que los particulares podrían adaptar a sus necesidades e intereses las distintas figuras de los derechos reales, por violentadora de la realidad, y por innecesaria al fin de la claridad del Registro. Sin tener que recurrir al rígido sistema del encasillado alemán, ni a la toma de razón a través del acuerdo real o del consentimiento a la inscripción, desnudo de cualquier indicación o referencia causal, nuestro sistema registral logra conjugar la sencillez y claridad del Registro con el respeto a la libertad de los particulares a través de la inscripción del título adquisitivo compendiada en sus aspectos jurídico-reales. Es una opción intermedia entre la transcripción latina del íntegro documento y el excesivo esquematismo germánico, que, adaptándose a las

inexactitud sólo puede tener lugar excepcionalmente por nulidad del acuerdo real. Pero en las adquisiciones no derivadas de negocio jurídico es más probable la inexactitud del Registro. Esto aparte de las posibles equivocaciones del personal de los Registros».

¹⁸⁷ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit. pp. 102-103: «... es preciso distinguir dos modalidades bien caracterizadas de la inscripción: la *constitutiva* y la *declarativa*. La inscripción *constitutiva* perfecciona la transferencia, constitución o modificación de un derecho, cuya causa jurídica inmediata es un acuerdo de transferente y adquirente, previa o no una obligación contractual (venta, permuta, hipoteca, etc.), mientras la *declarativa* autentica *erga omnes* un cambio jurídico que ha tenido lugar fuera del Registro (herencia, régimen económico matrimonial, subasta, etc.).

... En el segundo supuesto (inscripción declarativa) cuando el fenómeno extra-hipotecario se produce, queda roto el paralelismo del Registro con la realidad, surge la inexactitud en los libros y se caracteriza el procedimiento de inscripción como rectificatorio.

Consecuencia natural de estas premisas es que, para destruir un derecho real, se necesita una causa extintiva y la cancelación hipotecaria, mas como la extinción realizada fuera del Registro se impone a la conciencia jurídica con fuerza incontrastable, la técnica admite que todos los supuestos de cancelación son verdaderos casos de rectificación. Pagada la deuda hipotecaria, por ejemplo, se considera equivocado el Registro, y si cae en quiebra el acreedor, no formará parte de la masa el crédito hipotecario todavía no cancelado.»

necesidades impuestas por la realidad, permite hacer del Registro el exponente claro y *suficiente* de las situaciones jurídicas inmobiliarias. También aquí la comparación nos es favorable: apurar tanto en la reducción simplificadora de los asientos registrales termina por hacer saltar el valor informador de los mismos, obligando a la consulta complementaria de los llamados «documentos justificativos»¹⁸⁸. La rigidez excesiva termina por hacer inviable el sistema.

Bastan las anteriores indicaciones para cerrar el balance de la comparación de nuestro sistema con los modelos latino y germánico. El saldo nos es netamente favorable. Nuestra Ley Hipotecaria, creando un mecanismo de publicidad en el que el Registro se concibe como generador de una apariencia jurídica protegible, supo lograr una protección del tráfico de buena fe, no inferior a la conseguida hoy en Alemania, y ello sin ralentizar ni sobrecargar el proceso adquisitivo, sin separar artificialmente la entrega o *traditio* de su causa, sin sofocar la libertad de los particulares en cuanto a las posibilidades configuradoras de los derechos reales, y, finalmente, sin dislocar el valor de la inscripción, que siempre se entiende como instrumento de publicidad de un derecho ya nacido extra-registralmente y de acuerdo con los principios rectores de su constitución natural¹⁸⁹. Es la ventaja de haber sabido poner cada cosa en su sitio. En su sitio el derecho real como poder inmediato *en* la cosa, nacido de la entrega que da cumplimiento a un contrato que al igual que puede transmitirlo puede libremente configurarlo. Y en su sitio la publicidad registral, sólo

¹⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, cit. p. 389: «Nuestro sistema no admite las referencias a documentos con la amplitud de los Códigos alemán y suizo. En ambos el encasillado de los libros exige la extensión de brevísimos asientos o esquemáticas indicaciones, cuyo desenvolvimiento ha de buscarse en los documentos archivados.» SERRANO SERRANO, op. cit. (núm. 17), p. 70: «D) Documentos justificativos (Belege). Son, dentro de la ordenación del Registro, de una grandísima importancia. Sirven a tres finalidades diferentes: como justificación a la petición de inscripción, pues ésta no se hace efectiva si no va acompañada de los documentos justificativos necesarios; sirven como justificante de la inscripción en el libro mayor, en el caso de que ésta sea atacada por una acción de rectificación, y sirven, en fin, como complemento de los datos contenidos en la inscripción, dentro de los límites marcados por ésta y en cuanto no la contradigan. Esta última finalidad se hace necesaria para despojar al libro mayor de una serie de detalles que perjudicarían su claridad.»

¹⁸⁹ Sabido es que hoy nuestra doctrina, a partir sobre todo del art. 1875 CC, considera constitutiva la inscripción de la hipoteca así como la de algún que otro derecho real. No ocurría así en la Ley Hipotecaria de 1861, ni es hoy coherente con nuestro sistema la admisión de una tal inscripción constitutiva. Hacemos remisión en este punto a nuestro trabajo: *Hipoteca voluntaria: El «iter» de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, «Academia Sevillana del Notariado», IV, Madrid 1991, pp. 319 ss., posteriormente condensado bajo el título «*Excerpta* en tema de constitución de hipoteca voluntaria, en los «Estudios LACRUZ», Barcelona, 1992, pp., 427 ss.

publicidad del derecho real y siempre publicidad en condiciones de fiabilidad que justifican la protección del tercero que en ella confía. No trataba la instauración del Registro de remover los fundamentos del Derecho de Cosas; intentaba sólo asegurar jurídicamente el tráfico inmobiliario. Y podemos reconocer con legítima satisfacción que en nuestro Derecho se acertó cumplidamente en el logro de la meta propuesta. Nuestra Ley Hipotecaria, respetando, como la ley francesa de la transcripción, el causalismo transmisivo, pero sin exagerar en su espiritualización, y manteniendo el sistema del título y el modo, consiguió una eficacia aseguradora del tráfico desconocida en el Derecho francés y no inferior a la propia del sistema germánico, aunque sin por ello manipular, entorpecer ni alambicar el proceso adquisitivo, y sin reducir el derecho real en la camisa de fuerza del *numerus clausus*.

Ahora sí podemos retomar las palabras de don Jerónimo González: «nacional y moderno... sin dejarse arrastrar por teorías utópicas, conservador y progresivo, germánico en el fondo y latino en la forma, de técnica maravillosa, moralizador y social»¹⁹⁰. ¿Quién que las leyera fuera de contexto podría pensar que tales elogios se refieren al sistema suizo? Cuadran con mayor razón y justicia a nuestro peculiar Derecho Inmobiliario Registral.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Sistemas hipotecarios. El Código civil suizo», *Estudios...*, I, pp. 151-152.

