

Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social

ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ

Catedrática de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El punto de partida: la protección del tercero hipotecario. Las diferentes posiciones doctrinales.* 3. *Una mirada hacia atrás en el sistema de publicidad. Algunas consideraciones de carácter histórico:* 3.1 Una referencia obligada: El origen y significado de la publicidad registral. 3.2 Una segunda incursión en la historia registral: La Ley Hipotecaria española y sus sucesivas reformas. 3.3 Un apunte sobre el sistema registral español. 4. *El escenario del conflicto: La publicidad registral, la seguridad del mercado y el Estado social.* 5. *Los intereses en juego y la lógica del sistema.* 6. *La publicidad registral y los sujetos diferenciados del Estado social.*

1. INTRODUCCIÓN

Como su título indica, se quiere en estas páginas abordar los efectos de la publicidad registral en el ámbito de la relación entre el mercado y el Derecho, entendido éste como la expresión de una decisión política de ordenar el conjunto de las relaciones que se dan en la sociedad, y cuya manifestación más genuina se encuentra en los textos constitucionales. Ambas nociones resultan ser la formulación abreviada de la dialéctica de los impulsos de los operadores económicos para la conformación de las relaciones de mercado y la voluntad colectiva de ordenarlo jurídicamente, es decir, de fijar el marco jurídico en el que se tienen que desenvolver las relaciones de intercambio de bienes y servicios. Y en este contexto se resaltan dos aspectos de la relación antes apuntada: la seguridad del mercado,

que se ha erigido en fundamento del sistema de publicidad, y los principios que han de informar, según la Constitución, la política social y económica, expresados a través de los derechos sociales.

El hilo conductor de la reflexión serán los efectos del Registro para el tercero hipotecario, pues el mismo concita el mayor grado de eficacia que genera nuestro sistema de publicidad inmobiliaria. Y hablar en nuestro Ordenamiento de tercero protegido por el Registro requiere abordar necesariamente la cuestión relativa a la interpretación de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria, pues ésta no ha sido aún resuelta por la doctrina, que mantiene posiciones muy dispares, ni por la jurisprudencia, que acusa una notable ambigüedad¹. Y esta cuestión tiene una enorme importancia para la definición de nuestro sistema de publicidad registral² y, como consecuencia de ello, para el conjunto de intereses que se involucran en el mismo, sean éstos particulares o generales.

Ahora bien, la importancia del tema en cuestión no puede servir por sí sola para demostrar la oportunidad de un nuevo estudio, ni mucho menos para garantizar su acierto, si no se aportan nuevos argumentos o datos que la revitalicen.

Y esto es lo que pretende este trabajo, concretamente abordar el tratamiento de la materia que nos ocupa atendiendo a los intereses en juego y la protección que merecen desde los principios y valores que informan nuestro Ordenamiento, que se expresan en sus textos básicos, señaladamente en lo que respecta al tema que estudiamos, en el CC. Ahora bien, unos principios y unos valores que no podemos considerar en los mismos términos en los que estaban vigentes al tiempo de la elaboración de la Ley Hipotecaria, con sus sucesivas reformas, y del CC, pues en todo este tiempo mucho ha cambiado en la sociedad española; pero, sobre todo, se ha producido un acontecimiento más que notable, cual es la publicación de la Cons-

¹ En palabras de BUSTOS PUECHE respecto a la jurisprudencia: «Del artículo 32 saben poco o, si se prefiere, da la sensación de que no saben muy bien qué hacer con él. No recuerdo una sola sentencia que se fundamente en el artículo 32 Ley Hipotecaria: Parece que no se atreven. A lo sumo es un precepto que se invoca a mayor abundamiento, siempre unido al 34, que es el único en el que realmente creen. Y por lo que hace al juego de los artículos 33 y 34, la impresión —como tantas otras veces con otros preceptos— es que eligen el que estiman más acertado para argumentar la solución a que han llegado por razones de justicia material», «El sujeto beneficiario de la protección registral (propuesta de interpretación armónica de los arts. 32, 33 y 34 Ley Hipotecaria)», *RCDI*, 2003, p. 2591. También, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS pone de relieve lo poco concluyente que es la jurisprudencia, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 2001, p. 610, en nota. En la misma línea MONSERRAT VALERO señala la ambigüedad de la jurisprudencia del TS, «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», *RDP*, junio 2001, pp. 508 y 509.

² Como dice TIRSO CARRETERO, el tema del tercero hipotecario no tiene nada de baladí, pues mientras que no quede claro, toda la LH queda sin entenderse, «Retornos al Código Civil», *RCDI*, 1965, p. 77.

titución que proclama en su artículo 1 que España se convierte en un Estado social y democrático de Derecho que reconoce un conjunto de derechos sociales, a la par que introduce los intereses generales en la economía de mercado. Y todos estos cambios, de indudable alcance sustancial, no pueden quedar ajenos a una institución, como es el Registro de la Propiedad, que tanto influye en el mercado inmobiliario hasta el punto de consolidar adquisiciones para el que no es dueño o titular del derecho real de que se trate.

Se es consciente, no obstante, de que su elaboración es consecuencia de un proceso histórico en el que se establecieron las bases conceptuales de los sistemas de publicidad registral. El Registro es una creación artificial de los poderes públicos con la finalidad de dotar de certeza al tráfico jurídico de bienes inmuebles, y como tal creación artificial requirió de la elaboración de una serie de nociones, técnicas y recursos jurídicos que ordenaran el conjunto de soluciones que se querían, desde la lógica de una racionalidad interna, como no podía ser de otra forma, si tenemos en cuenta que era hija del iusnaturalismo. Ello dota a la disciplina de la publicidad de una fuerte carga dogmática y de un alto contenido técnico, de los que no se puede prescindir a la hora de abordar su aplicación, y cuya comprensión requiere tener en cuenta la experiencia histórica que determinó su elaboración. De ahí que nos detengamos en los antecedentes del actual régimen de publicidad registral, que aún hoy resultan necesarios para abordar la interpretación de su conjunto normativo.

Ahora bien, dicho esto, nos parece que el análisis de sus preceptos no puede anclarse al tiempo de su elaboración, sino que debe enmarcarse en la realidad jurídica actual que, como hemos dicho, responde a un marco constitucional diferente a aquél que alumbró la creación de los sistemas de publicidad registral, que no era otro que el que instauró la democracia liberal burguesa. Pues acaso resulte que estamos abordando la solución de los problemas de ahora con herramientas e instrumentos jurídicos que responden a un tiempo superado, aunque sólo sea parcialmente.

A este empeño dedicamos las siguientes páginas.

2. EL PUNTO DE PARTIDA: LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO. LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES

No cabe duda que la máxima virtualidad de la publicidad registral se cifra en la protección de los terceros que acceden al Registro, es decir, de aquellos que consolidan una adquisición de un

derecho real sobre bienes inmuebles por la aplicación de las reglas que rigen esta publicidad. En España se ha planteado el problema de la identificación de esos terceros protegidos, sobre los que la doctrina no se pone de acuerdo, manteniendo dos posiciones diferenciadas: la que defiende la existencia de uno solo, tesis monista, y los que por el contrario, entienden que hay dos diferentes, tesis dualista. Cada una de estas interpretaciones se corresponden a distintas experiencias históricas en la conformación de los sistemas de publicidad inmobiliaria, la de la inoponibilidad, que se ha denominado francesa, y la de la fe pública registral, que se la identifica con el modelo alemán.

Con estas dos denominaciones, monista y dualista, se conocen pues dos líneas interpretativas de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria, que simbolizan, por excelencia, la eficacia sustantiva del Registro de la Propiedad respecto a los derechos inscritos, junto a otros efectos que del mismo se derivan, como los que se aglutinan, preferentemente, en torno al principio de legitimación registral; expresión todo ello del llamado principio de exactitud del Registro.

De forma sucinta se puede decir que la primera de las corrientes doctrinales, la denominada monista, ve un sólo tercero en los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria. El titular registral al que se refiere el primero de ellos, cuando afirma que «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la propiedad, no perjudican a tercero», es el mismo que el que regula el artículo 34.1 Ley Hipotecaria: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro»; de tal forma que el tercero del artículo 32 debe reunir estos últimos requisitos para poder oponer su título con preferencia al que no ha inscrito su derecho; por ello, ha de ser un titular registral que traiga causa de persona que figura en el Registro con facultades para transmitir el derecho en cuestión, al mismo tiempo que debe ser un adquirente a título oneroso y de buena fe. Esta asimilación de ambos terceros lleva igualmente a aplicarle al primero de ellos la suspensión de la protección que prevé el artículo 207 Ley Hipotecaria durante el plazo de dos años desde la inmatriculación del derecho mediante título público de adquisición (art. 205 Ley Hipotecaria), o certificado al que se refiere el artículo 206; o la consecuencia del artículo 28 Ley Hipotecaria por el mismo plazo para la inscripción de un derecho adquirido

por herencia o legado desde la muerte del causante, salvo que el mismo corresponda a un heredero forzoso. Todo lo cual lleva a afirmar que los efectos sustantivos del Registro de la Propiedad español se concretan en lo que se ha denominado la fe pública registral, que consiste principalmente en dotar a la inscripción de veracidad para aquél que, confiando en lo publicado, adquiere un derecho y después lo inscribe, en línea con lo que se ha denominado sistema germánico de publicidad registral³.

La segunda corriente doctrinal –que también exponemos de forma sintética–, denominada dualista, parte del distinto ámbito de aplicación de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria que conforman dos terceros diferentes: el del 34, al que le es de aplicación las exigencias contenidas en dicha norma, y el del 32, que en principio no debe reunir dichos requisitos. Planteada inicialmente por Nuñez Lagos⁴, cuenta con un número importante de seguidores, si bien mantienen entre ellos ciertas discrepancias, pues mientras algunos autores⁵ entienden que debe ser un adquirente a título oneroso, otros⁶ le exigen la buena fe, si bien todos coinciden en que no es

³ ROCA SASTRE, «El problema de la relación que respecto del artículo 34 Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», *RCDI*, 1965, pp. 782 ss.; también, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. II, 8.ª ed., Barcelona, 1995, pp. 161 ss.; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, pp. 411 y 412; HERMIDA LINARES, «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles», *RCDI*, 1966, pp. 444 ss., y *Problemas fundamentales de Derecho inmobiliario registral*, Madrid 1973, pp. 234 ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit., pp. 609 ss.; PAU PEDRÓN, «Comentario al artículo 606 CC», en *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1532 ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *RdP*, 1998, pp. 45 ss.; JEREZ DELGADO, *Tradición y Registro*, Madrid, 2004, pp. 286 ss. Por su parte, MONSERRAT VALERO, seguidor de la tesis monista, sin embargo defiende una interpretación amplia de la adquisición del titular registral como adquisición de un transmitente que aunque no figure en el Registro trae causa del titular registral, con lo que al protegerse al primero que inscriba se llega a los mismos resultados que los dualistas, salvo que éstos no exijan la buena fe ni la adquisición onerosa, «La defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», cit., p. 507.

⁴ Dicho autor circunscribe al tercero del artículo 32 al poseedor de finca gravada inmune a las acciones confesoria e hipotecaria, «El Registro de la propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 137 ss., 217 ss., 346 ss.; «Tercero y Fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, pp. 563 ss.

⁵ VILLARES PICÓ, «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción», *RCDI*, 1958, pp. 363 ss.; LACRUZ Y SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1984, p. 192; SERRERA CONTRERAS, «Monismo, dualismo, triadismo», *RCDI*, 1989, pp. 1203 ss.; AMORÓS GUARDIOLA, aunque se inclina por proteger al adquirente a título gratuito, manifiesta sus dudas al respecto, «Comentario al artículo 606 del CC», en *Comentario al CC y Compilaciones forales* dirigida por M. ALBALADEJO, t. VII, V. 2, Madrid, 1990, p. 298.

⁶ Junto a LACRUZ Y SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., p. 192, VILLARES PICÓ, «La polémica...», cit., p. 374; SERRERA CONTRERAS, «Monismo, dualismo, triadismo», cit., p. 1205, antes citados; exigen igualmente la buena fe AMORÓS GAURDIOLA, «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», *RCDI*, 1967, pp. 1523 ss., y «Comentario al artículo 606 del CC», cit., pp. 280 ss.; y Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, 1995, pp. 472 y 473.

necesaria la previa inscripción del derecho del transmitente⁷; siendo así que ésta constituye la principal diferencia entre uno y otro tercero. De todo lo anterior se deduce que el tercero del artículo 32 con sólo inscribir su derecho, queda protegido por el Registro de la reclamación de un titular que no ha accedido al mismo, y que trae causa del mismo disponente, no aplicándosele, en consecuencia, la suspensión de los efectos dispuesta por el artículo 207 Ley Hipotecaria, anteriormente aludido, ni la del artículo 28 Ley Hipotecaria, aunque en ello no hay unanimidad de la doctrina. Este efecto se explica desde la perspectiva del principio de inoponibilidad del Derecho francés, al que en este punto, a juicio de los autores citados, sigue nuestro sistema registral inmobiliario. Frente a ello, o más bien, junto a ello, está la fe pública registral, de corte germánico, que se expresa preferentemente en el artículo 34 y en los requisitos que al mismo se le exigen al tercero protegido por la misma.

En esta polémica, como es obvio, se involucran otras normas, como son, de una parte, los artículos 606 y 1.473 CC, y, de otra parte, los artículos 13, 15, 31, 36, 37, 40, 69, 76 Ley Hipotecaria, por citar los más significativos.

Esta segunda línea interpretativa sobre la dualidad de terceros, en la que, como hemos visto, existe cierta disparidad entre sus seguidores respecto a los requisitos que debe reunir el del artículo 32, tampoco es uniforme en cuanto a los argumentos en los que fundamentan sus tesis, siendo el dato más reiterado el de los antecedentes históricos.

Estos dos terceros protegidos se corresponden, a su vez, con supuestos diferentes en el plano sustantivo: el del artículo 32 se identifica con la patología de la doble disposición de un bien por un mismo titular cuando el que inscribe es el segundo adquirente,

⁷ A las citas anteriores se deben añadir: TIRSO CARRETERO, «Retornos al CC», *RCDI*, 1965, pp. 75 ss., y «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», *RCDI*, 1974, pp. 84 ss.; GÓMEZ GÓMEZ, «¿Inscripción declarativa o constitutiva?», *RCDI*, 1949, pp. 787 ss., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952, pp. 558 ss., «En torno a la polémica Carretero Roca», *RCDI*, 1966, pp. 379 ss.; GARCÍA GARCÍA, que identifica tres tipos de supuestos en el artículo 32: la inmatriculación, la reanudación del tracto sucesivo y la presentación del título en el Registro antes de que el título previo haya sido inscrito o, incluso, antes de su presentación, pendiente del otorgamiento de escritura o liquidación fiscal, *Derecho inmobiliario registral hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, p. 175; GORDILLO CAÑAS, que defiende la inoponibilidad de lo inscrito del artículo 32, que conserva una zona propia, *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español*, cit., p. 591 y «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», *Estudios jurídicos en homenaje del profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, 2003, t. III, p. 3888; MERINO GUTIÉRREZ, «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», *ADC*, 1994, pp. 91 ss. En contra se manifiesta GARCÍA-BERNARDO LANDETA, que, manteniendo una posición dualista, requiere, sin embargo, que el tercero del artículo 32 traiga causa de un titular registral, dispensándole de los demás requisitos, *vid.* «La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias», *RCDI*, 1991, pp. 1125 ss.

con lo que el Registro le protege frente a la reclamación de ese tercero civil que siendo anterior en el derecho no ha accedido al mismo. Y el del artículo 34 que, por el contrario, se refiere al que habiendo adquirido un bien o derecho real de un titular registral, después ve amenazada su posición por causas que *invalidan* el derecho de su transmitente y que no constan en el Registro.

3. LA MIRADA HACIA ATRÁS EN EL SISTEMA DE PUBLICIDAD. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CARÁCTER HISTÓRICO

3.1 Una referencia obligada: el origen y significado de la publicidad registral

En el tratamiento del tema que nos ocupa se ha tenido en cuenta por la doctrina la influencia que en la configuración de nuestro sistema registral pudieran haber ejercido otros modelos extranjeros en vigor en el tiempo de su elaboración. Por esta razón a la formación de esos otros sistemas le dedicamos las siguientes páginas, y lo expondremos desde la perspectiva de su recepción en España.

Como es sabido, la publicidad registral, tal como la conocemos hoy, nace en el siglo XVII⁸, como respuesta a los intereses de los acreedores hipotecarios que se podían ver defraudados en la satisfacción de su crédito mediante la realización del valor del bien, por la concurrencia sobre el mismo de otras cargas e hipotecas que desconocían, y podían disminuir notablemente su valor, si no sustraían la finca al poder de tales acreedores: el conflicto se planteaba entre el titular de la hipoteca y los que traían causa de su derecho del deudor hipotecario o sus antecesores en la propiedad. El hecho de que

⁸ Con anterioridad podemos encontrar ya algunos intentos de dotar de publicidad a las cargas que pudieran recaer sobre los bienes raíces. Así ocurrió en España en las Cortes celebradas en Madrid en 1528 en las que el Rey D. Carlos, en contestación a una petición, impuso la obligación de declarar los censos y tributos que recayeren sobre los bienes inmuebles, so pena de imposición de una multa; más tarde fueron las Cortes de Toledo, en el año 1539, las que hicieron una petición al Rey en el mismo sentido. La respuesta fue recogida con posterioridad en la Pragmática de D. Carlos y D.^a Juana de 1539, en la que se mandaba: «que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro en que se registren los contratos de las cualidades susodichas (los que compran los censos y tributos); y no registrándose dentro de seis días después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzgue conforme a ellos, aunque tenga causa del vendedor; y que el tal Registro no se muestre a ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fe si hay algún tributo o venta, a pedimento del vendedor». Sin embargo, esta Pragmática no llegó a estar en completa observancia, como se prueba en el hecho de que algunos años después fue reproducida a petición de las Cortes de 1548 y 1558, GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, Madrid, 1862, pp. 35 ss.

importantes leyes sobre publicidad registral se denominen Leyes hipotecarias constituye un dato significativo de cuanto se ha dicho.⁹

Se consideraba que la defensa de los intereses descritos trascendía lo puramente individual pues afectaba a la sociedad en su conjunto: es significativa la literatura jurídica de la época, que relaciona la seguridad de la hipoteca con la extensión del crédito territorial y el desarrollo de la economía, hasta tal punto que se la llega a considerar una cuestión imprescindible para la modernización de las estructuras económicas y la mejora de las condiciones sociales, aspecto este que abordaremos más adelante.

Las aspiraciones se cifraban entonces en los principios de *publicidad* y *especialidad* de las hipotecas, como superación de la práctica admitida de hipotecas ocultas y generales, que regían en numerosos Estados europeos por influencia del Derecho romano. Respecto al primero de dichos principios, había que buscar un sistema que preservara con eficacia los intereses de los acreedores hipotecarios.

El modelo a seguir se buscó en las fórmulas medievales de transmisión del dominio, que habían derivado en algunas ciudades alemanas a su toma de razón en unos libros fundiarios¹⁰. Dichas fórmulas hacían recaer toda la fuerza de su publicidad sobre el acto traslativo, cuya cumplimentación podía producir, también, el efecto de purgar las cargas que existieran sobre el bien transmitido, cuando sus titulares no se presentaban en tiempo oportuno para hacer valer sus derechos¹¹. La toma de razón en

⁹ El primer intento de organizar la publicidad fundiaria lo hizo el Elector Federico Guillermo por Edicto de 28 de septiembre de 1693, por el que dispuso la creación de un Registro de adquisiciones y de Catastro en algunos de sus Estados. No obstante, los principios fundamentales de la publicidad registral no se formularon hasta la Ordenanza de 1722 del Rey Federico Guillermo I; sobre esta cuestión, *vid.* OLIVER, *Derecho inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, t. I, Madrid, 1892, pp. 96 ss.

¹⁰ Coexistían en esta época distintos sistemas de publicidad en los territorios germanos. Junto a las zonas de influencia romana, que se caracterizaban por la clandestinidad de las transmisiones del dominio y constitución de derechos reales debido a la espiritualización de la *traditio*, había otras en las que la inscripción de dichos actos en los libros fundiarios era un requisito imprescindible, y a veces único, para la efectividad de los mismos, como ocurría en Sajonia, Hamburgo y Mecklenburgo, COSSÍO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.^a ed., Barcelona, 1956, pp. 41 y 42.

¹¹ En este sentido, TROPLONG, *Droit civil expliqué, Privilèges et hypothèques*, Deuxieme ed., París, 1864, pp. 10 ss.; ODIER, *Des systèmes hypothécaires*, Ginebra, 1840, pp. 21 ss. Se está haciendo referencia a la *Gewere* y a la *Auflassung* en los países germánicos, al *nantissement* y la *appropriance* en Francia, COSSÍO, *Instituciones de Derecho hipotecario, cit.*, p. 42; También, OLIVER, sobre la *Auflassung*, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, pp. 88 ss. Según BESSON, lo mismo que la *saisine* feudal donde tiene su origen, el *nantissement* nos aparece bajo el aspecto de una puesta en posesión judicial, operada incluso en el auditorio del Tribunal «foncier» por los oficiales de la justicia señorial. Esta formalidad consta de dos actos distintos y sucesivos: *dévest* o *deshéridiance*, por la cual el disponente renuncia ficticiamente a su propiedad a favor del juez fundiario, y *vest* o *adhé-*

los libros servía para dar constancia al acto transmisivo, haciendo prueba de ello ¹².

Desde este punto de vista, cabe decir que toda publicidad inmobiliaria que después se desarrollará, y que en este momento se centra en la hipoteca, es de raíz germana ¹³, pues era propio de estos Derechos el exigir determinadas formalidades exteriores para la eficacia de las transmisiones de los derechos sobre inmuebles, que contrastaba con la *traditio* romana que derivó, como se conoce, a fórmulas cada vez más sencillas y espirituales, alejándola con ello de lo que fue su función primigenia, situación que se agravaba respecto a la hipoteca que no requería, ni si quiera, *traditio* ¹⁴.

Así pues, desde el comienzo se pone de manifiesto el contraste entre un modelo o modelos jurídicos que cifran el conjunto de soluciones relativas a la transmisión y detentación de los derechos reales en la realización de una serie de actos externos y formales, de los que en ocasiones se derivaban efectos jurídicos, preocupados, sobre todo, por los intereses de los terceros adquirentes, y un sistema que se caracteriza por la espiritualización de sus formas y por centrar su atención en la protección de los titulares *originarios* de los derechos, y por un cierto control de la moralidad de los comportamientos contractuales, como convenía a su influencia canónica ¹⁵.

ritance en la que la justicia inviste al adquirente. Tal formalidad era necesaria para la transmisión de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, *Les Livres fonciers et la Reforme Hypothécaire. Etude historique et critique*, París, 1891, pp. 57 ss.

¹² En efecto, PLANITZ nos revela cómo la inscripción de los actos de disposición en los primeros libros fundiarios, que sitúa en Colonia a partir del año 1135, tenía únicamente un valor de prueba de la celebración de los mismos, siendo más tarde cuando el transcurso del plazo de un año y un día convierten la adquisición en inexpgnable. Sólo a partir del siglo xv la inscripción es claramente reconocible como acto constitutivo para la adquisición del derecho. El sistema de Colonia fue imitado por otras ciudades comerciales, incorporando el folio real, *Principios de Derecho privado germánico*, Barcelona, 1957, pp. 161 ss.

La significación autónoma de la inscripción en el Registro como acto constitutivo se convirtió en ley en Lübeck, Bremen y Hamburgo para la *Auflassung*, y en Munich y Viena para la constitución de prenda.

¹³ OLIVER define al sistema alemán como el conjunto de leyes y disposiciones que han organizado la institución de la hipoteca bajo la base de la *publicidad* y de la *especialidad* más absolutas de todos los derechos y de todos los gravámenes que afectan a los inmuebles, atribuyendo además a esa publicidad valor y eficacia materiales o sustantivas, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, pp. 85 y 86.

¹⁴ Como nos dice GÓMEZ DE LA SERNA, la hipoteca en Roma nace en el Derecho pretorio como alternativa a la prenda para permitir que el deudor pudiera seguir disfrutando de la cosa en garantía, requiriendo para su constitución menos formalidades que para aquella, pues tenía su origen en un contrato consensual, a diferencia de la anterior que nacía de un contrato real, y para su eficacia no se exigía la *traditio*, ya que tal derecho real no implicaba traspaso posesorio. Asimismo podía ser especial o general, al recaer esta última sobre todos los bienes del deudor, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*, pp. 15 ss.

¹⁵ A ello corresponde el reconocimiento de la fuerza obligatoria de la palabra dada, la exigencia de una causa que fuera lícita o la virtualidad del principio de la buena fe, por poner algunos ejemplos.

Y esta tensión se manifiesta desde el comienzo, cuando la idea de publicidad recae sobre el acto de constitución del derecho real de hipoteca, de tal forma que se contraponen como soluciones diferentes: la germana, que hace depender de la inscripción en los libros fundiarios la efectiva constitución de la hipoteca¹⁶; y la latina o romana, que conoce tres fuentes de creación: la voluntaria, la legal y la judicial –todo ello al margen de su toma de razón en el Registro–, a la par que autoriza su constitución con alcance general sobre el patrimonio del deudor, lejos del principio de especialidad. Como solución intermedia, se prevén procedimientos de purga de las mismas, rememorando con ello las costumbres del *naintissement*, o las *lettres de ratification*¹⁷.

Otros obstáculos, de diversa índole, también fueron dificultando la implantación de un sistema de publicidad registral inmobiliaria: desde un punto de vista práctico, su aplicación requería una organización de los Registros de la que se carecía; en el mismo plano se podía constatar también una resistencia popular a cambiar sus hábitos en lo que se refiere a la transmisión de los derechos que, caso de inscripción constitutiva, requería un exceso de burocracia a la que no estaban acostumbrados; de otro lado, la publicidad de la situación de los fundos tampoco agradaba a una clase social excesivamente endeudada. Desde una perspectiva más teórica del problema, era manifiesta la oposición de los romanistas que seguían la teoría del título y el modo; en la época de la codificación este último aspecto se complica por las aportaciones del racionalismo, que llevan a plasmar en el *Code* la eficacia traslativa del acuerdo contractual.

La publicidad entonces concebida no tendía tanto a crear una apariencia de la que se pudieran derivar determinados efectos, sino a solucionar el conflicto de intereses descrito mediante el control del acto de constitución, exigiendo para ello su toma de razón o inscripción en los libros fundiarios. En este sentido, y siguiendo con la hipoteca, la publicidad de la que se hablaba recaía sobre el

¹⁶ Prueba de ello son las palabras de LUZURIÁGA cuando comenta el Proyecto de 1851, respecto al título de la hipoteca del que era su autor, que son recogidas por GÓMEZ DE LA SERNA; afirmaba dicho jurista que «las principales disposiciones convienen con la de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son el sistema más fiel del sistema germánico, admitido en otros diez y siete Estados, y que sucesivamente va extendiéndose también a Italia, y que amenaza con asimilarse a la legislación francesa con la de otros Estados que siguen hasta ahora el sistema mixto de Francia», *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*, p. 161. De sistema mixto había calificado Odier al Derecho francés sobre las hipotecas, que combinaba las hipotecas sometidas al principio de publicidad y especialidad, con las legales reconocidas a favor de la mujer casada y el menor de edad; su obra fue conocida por los juristas españoles, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, p. 98.

¹⁷ ODIER, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, pp. 68 ss. Por el Edicto de Colbert de 1673 se había dispuesto la preferencia de las hipotecas que hubieran sido objeto de inscripción, que fue posteriormente revocado en 1674.

acto de constitución y requería o exigía que el mismo no fuera perfecto hasta que no hubiera tenido acceso al Registro. Era la publicidad, a la que se le llamaba germana, frente a la práctica de hipotecas ocultas y generales del Derecho romano¹⁸.

Ahora bien, pronto se aprecia que la seguridad de los acreedores hipotecarios no se podía alcanzar únicamente controlando el acto de constitución de las hipotecas, sino que requería que se dotara de firmeza a la titularidad de la propiedad y demás derechos reales, pues bien pudiera ser que realmente no fuera propietario aquél que garantizaba un crédito con una hipoteca sobre una finca. También había otros intereses que se debían preservar, los de los adquirentes de derechos dominicales o limitados, que se podían ver sorprendidos, al igual que los acreedores hipotecarios, con que el que le transmitía el derecho no era dueño de la finca por haber ya dispuesto de ella, o que sobre la misma pesaban cargas que desconocían; aparece, entonces, para la publicidad registral la patología que identificamos con la doble disposición de un inmueble por su titular, o de derechos reales sucesivos, aquella que se revela en el conflicto que surge entre dos adquirentes de un bien o de un derecho real que traen causa de un mismo dueño; había que decidir a quién debía pertenecer el inmueble o derecho. Al respecto se creyó imprescindible que la publicidad recayera también sobre todos los derechos reales inmobiliarios, proyectándose sobre ellos con las mismas características que para la hipoteca¹⁹; es decir, la

¹⁸ Esta era también la opinión de los juristas españoles, como se pone de manifiesto en las palabras de Luzuriaga, recogidas por GÓMEZ DE LA SERNA, sobre el Proyecto de Código español de Código Civil de 1851 en la materia referente a las hipotecas y el Registro, recogidas en nota 16, a lo que añade el propio GÓMEZ DE LA SERNA, que no era vana esta conjetura en el mismo año en el que la Comisión presentó el Proyecto, ya que en Bélgica se hicieron importantísimas reformas en el sentido alemán, que estuvo a punto de prevalecer durante la República en Francia, donde se modificó en algunos puntos el Código Civil por Ley de 22 de enero de 1855 sobre la transcripción, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, cit., p. 161.

¹⁹ Esta evolución se puede apreciar más nítidamente en aquellos países que reaccionan con relativa diligencia a solucionar el problema de las hipotecas, como ocurre en Francia, aunque después el proceso se ralentizó con la publicación del Code, y en Prusia, que en 1722 abordó la regulación de la hipoteca, así como Austria, en 1758, Baviera, en 1822; en todo caso, da cuenta de lo expuesto el hecho de que inicialmente sólo fueran objeto de publicidad los derechos susceptibles de hipoteca. Por el contrario, en aquellos países en los que se retrasa su regulación, en sus textos legales se aborda la publicidad de todos los derechos reales, si bien es de apreciar que con distinta intensidad, lo que se refleja en la denominación de los mismos, que con frecuencia se presentan como leyes hipotecarias.

Ya la RO de 10 de agosto de 1855, dirigida a la Comisión de Códigos que había de elaborar la Ley Hipotecaria española, da cuenta de las preocupaciones que hemos señalado: «S. M. desea que la nueva Ley parta del principio de la publicidad de las hipotecas, publicidad pedida por las Cortes de Toledo de 1539 y por las de Valladolid de 1555 y elevada a Ley del Reino; que como incompatible con aquella condición no se reconozcan para lo sucesivo hipotecas generales; que se establezcan formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, y que se medite con detención sobre la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas legales...».

En España las Contadurías de hipotecas fueron creadas por Real Pragmática-Sanción de Carlos III, de 31 de enero de 1768, entonces llamadas Oficio de Hipotecas.

exigencia de la inscripción para la efectividad de su transmisión o constitución, principalmente para aquellos supuestos en los que la mutación jurídico real tenía su origen en un negocio *inter vivos*²⁰. Y la solución no era fácil de implantar, pues requería prescindir de la tradición romana del título y el modo para la transmisión de los derechos reales.

A partir de ahí el debate del modelo de sistema registral se amplía a todos los derechos reales, y ello sin que se hubiera solucionado la cuestión relativa a la hipoteca. De nuevo aquellas ciudades o Estados que no tenían tradición en este sentido, que eran las que se regían en mayor o menor medida por el Derecho romano, la adopción del principio que hoy identificamos como de inscripción constitutiva, y que entonces se denominaba de publicidad, se encontró con notables resistencias, como ocurrió en Francia con la Ley de Brumario del año VII, que tan decididamente había incorporado «la publicidad germana», a pesar de las dudas que la doctrina tenía al respecto²¹, y que tras la entrada en vigor del *Code*²² los Tribunales de justicia dejaron de aplicar. Dicha laguna no se integró, como hubiera sido deseable, con un nuevo régimen de publicidad que atendiera a las necesidades sociales, siendo así que la situación se volvió realmente grave; y por la permisividad, además, de dicho texto normativo con las hipotecas legales de la mujer casada y del menor de edad. Del régimen anterior sólo se salvó la inscripción de las hipotecas voluntarias y la insinuación de las donaciones. También se mencionaba un procedimiento de purga. Por el contrario, no se aludía a la transcripción para lograr el efecto traslativo respecto del acto de disposición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Pero la publicación del *Code* introdujo en el debate una cuestión nueva, que supuso un paso atrás en la evolución del sistema de publicidad francés, al establecer, en el artículo 1583, la eficacia transmisiva del acuerdo contractual sin necesidad de tradición ni transcripción, por la influencia, como se

²⁰ Este es el criterio que preside la obra de ODIER, que clasifica a los sistemas hipotecarios en germanos, de inscripción constitutiva, y mixtos, que siguen el patrón del Código francés, que combina la inscripción con el nacimiento extrarregistral de los derechos, *Des systèmes hypothécaires*, cit.

²¹ La citada ley, a juicio de ODIER, consagra el principio de publicidad que se realiza por la transcripción del acto traslativo de propiedad, artículo 26: no era considerado propietario más que aquél que había hecho esta transcripción, de tal forma que hasta el cumplimiento de esta formalidad dichos actos no podían ser opuestos a terceros, *Des systèmes hypothécaires*, cit., p. 76. La duda sobre su vigencia se había planteado en el plano doctrinal, pues la jurisprudencia fue constante en el sentido de su derogación. TROPLONG, *Droit civil expliqué*, cit., pp. 5 ss.

²² Ello se refleja en el debate parlamentario del *Code* en los títulos dedicados a la hipoteca y a la eficacia de la compraventa, FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, pp. 5 ss., t. XV, pp. 448 ss.

ha dicho, de la escuela racionalista, si bien su efecto, según se precisa, se limita al adquirente, no mencionándose a los terceros, con lo que parece entonces que el Código dejaba una puerta abierta a una publicidad registral²³, al menos, en términos parecidos a como se había abordado en la Ley de Brumario del año VII²⁴. Pero habrá que esperar a 1855 para que se consolide a nivel legislativo una solución al respecto que, como es sabido, viene con el pie forzado de la opción que ya se había hecho en el *Code*.

Y la tensión expuesta también se refleja en la normativa prusiana, que opta en el Código por una solución ecléctica. Tras algunas experiencias previas de organizar la publicidad fundiaria, ésta se plasma definitivamente en la Ordenanza de Federico II, de 20 de diciembre de 1782, y en el Código Civil de 1794, que reproduce y desarrolla a la anterior.

En la mencionada Ordenanza se sigue el sistema de la transcripción de los actos (art. 156), que se impone como una obligación a los interesados (art. 49); para proceder a la misma se requiere forma auténtica, otorgada por el tribunal, o por notario (art. 60); finalmente, las fincas son objeto de inscripción en el folio real correspondiente (art. 8). En cuanto a los efectos, la transcripción concede únicamente una posición inatacable para el adquirente del bien cuando éste ha sido adquirido por venta forzosa (art. 93); o cuando el bien ha sido objeto de un procedimiento especial dirigido a la purga de cargas, artículos 94 a 101.

Como complemento de lo anterior, están las disposiciones sobre la transmisión del dominio y los demás derechos reales que se contienen en el Código General. Como pone de manifiesto Oliver²⁵, en su elaboración se sigue un criterio ecléctico que conjuga

²³ Dicho cuerpo legal exigía respecto a las donaciones de bienes susceptibles de hipoteca su inscripción en el Registro de hipotecas, disponiendo al efecto en el artículo 941 que la falta de publicación podrá ser opuesta por aquellas personas que tengan interés, excepto por las que están obligadas a su publicación, sus causantes o el donatario; en la misma línea el artículo 1070. En otra norma, la del artículo 938, la donación debidamente aceptada se consideraba perfecta por el solo consentimiento de las partes, y la propiedad de los objetos donados se transmitía al donatario sin necesidad de otra tradición. Todo ello unido al artículo 1583, relata TROPLONG, llevó a la doctrina a sostener la necesidad de la transcripción, regulada hasta entonces por la Ley de Brumario del año VII, por entender que no había sido excluida formalmente por el *Code*, en contra del criterio de la jurisprudencia que había establecido lo contrario, *Droit civil expliqué, cit.*, pp. 7, 299 y 300.

²⁴ El proyecto del Código Civil sometido al Consejo de Estado comprendía en el c. VIII, t. XVIII, l. III, un artículo 91 en el que se establecía que los actos traslativos de la propiedad que no han sido transcritos, no pueden ser opuestos a terceros que no hayan contratado con el vendedor y que sean conforme a las disposiciones del Código. Dicho artículo no fue incluido en la redacción definitiva aunque no fue expresamente rechazado, como ponen de manifiesto HENRI Y LEÓN, MAZEAUD, Jean MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de Droit civil*, t. III, V. 1, París, 1988, p. 576.

²⁵ *Derecho inmobiliario español, cit.*, pp. 116 ss.

los principios romanos, del título y el modo, y los de la publicidad a través de la transcripción; de tal forma que existen dos tipos de propiedades: la mediata, que se transmite por la tradición, y la inmediata, objeto de transcripción. En cuanto a esta última, su acceso al Registro lleva aparejada importantes consecuencias, como la posición inatacable que concede al que adquiere del titular registral frente a la reivindicación del verdadero propietario, o por su habiente en derecho (art. 8); se resuelve así la colisión entre todos los pretendientes sobre una cosa a favor del que derivando su derecho del titular inscrito procede a inscribir, y si todos traen causa de dicho titular a favor del que primero inscriba. Finalmente, se requiere a este tercero la buena fe, al excluir de su protección a aquél que sabe que el propietario inscrito no es el verdadero dueño (art. 10).

Como se puede observar, estas dos disposiciones se sitúan todavía en la órbita de la transcripción y sus efectos frente a terceros²⁶, pues no llegan a consolidar la inscripción constitutiva, aunque amplían el conjunto de problemas a resolver, como el del adquirente que trae causa de un titular registral, y perfilan una serie de requisitos, como la forma auténtica con control judicial o notarial y el folio real, que apuntalan un sistema de publicidad de fe pública.

El paso adelante lo dio el Proyecto de Ley del Cantón de Ginebra, de 1826, del que se ha afirmado su influencia en el sistema español²⁷. En su redacción participó muy decididamente el jurista Bellot, al que le debe el nombre. Por circunstancias internas del pequeño Cantón nunca llegó a aplicarse²⁸.

Cifra Odier²⁹ en dos los objetivos de la reforma que se pretendía: que la propiedad del inmueble pertenezca realmente al deudor hipotecario y que todas las cargas sean conocidas, para lo que se aporta como solución la certidumbre y publicidad de la cualidad de propietario. En este sentido, se dispone en el artículo 1 que ningún derecho real sobre inmueble será considerado como tal si no es

²⁶ Es otra la opinión de OLIVER, valorando las disposiciones del Código: «A pesar de las concesiones hechas a las doctrinas romanistas y canonistas, es indudable que en los autores del Código de Prusia predominaba el propósito de atribuir a la inscripción el carácter absoluto de un verdadero y único modo de adquirir la propiedad inmueble», *Derecho inmobiliario español*, t. I, cit., p. 120.

²⁷ Dicho proyecto es mencionado como inspirador de nuestra Ley Hipotecaria por OLIVER, *Derecho inmobiliario español*, t. I, cit., p. 92, y por Díez PICAZO, «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias», *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, t. I, Madrid, 1974, p. 13.

²⁸ Sobre dicho proyecto escribe ODIER: «Le projet de loi de décembre de 1827 devait doter de plus beau système hypothécaire qui, à cette époque, eut été sactionné dans aucun autre pays de l'Europe», *Des systèmes hypothécaires*, cit., p. 26.

²⁹ *Des systèmes hypothécaires*, cit., pp. 137 ss.

hecho público en la forma prescrita en la Ley, siendo la inscripción, en el Registro creado al efecto, el medio de alcanzar esa publicidad³⁰, de forma que se establece la inscripción constitutiva. Para el acceso al Registro se requiere la presentación de un título formal (art. 3). Con este valor, la inscripción del derecho sirve para dirimir el conflicto entre varios adquirentes de un mismo bien (art. 48)³¹, o entre los titulares de derechos reales y el adquirente (art. 50)³². A tal fin, se dispone en el artículo 54 que ninguna mutación de la propiedad o constitución de derecho real sobre inmueble serán admitidas a inscripción si el título de propiedad del que traen causa no está ya inscrito. Junto al Registro de derechos se crea el Catastro, al que se dará traslado las diferentes inscripciones³³. A partir de la inscripción constitutiva, que se inserta en el proceso de transmisión de los derechos reales, se apuntan también algunas soluciones que con el tiempo conformarán los principios de la fe pública registral.

Ante el fracaso del proyecto de 1826, se dictaron varias disposiciones, entre las que cabe resaltar la Ley de 28 de junio de 1830, que imponía la obligación de proceder a la transcripción en los Regis-

³⁰ Estos artículos son modificados en los debates de la Comisión del Consejo representativo celebrados en los años 1828 y 29, por un único artículo en el que se disponía: «La publicité des droits réels sur les immeubles situés dans le Canton, s'acquiert par l'inscription dans les registres du bureau des droits réels». Con ello se suaviza la exigencia de la inscripción, ya que no se hace depender de ella el nacimiento del derecho real.

³¹ Está situado este artículo en el c. III, sobre los efectos de la inscripción, y dispone: «En cas de concurrence de plusieurs alienations du même immeuble, le droit réel de propriété appartiendra à l'acquéreur dont le titre aura été le premier présenté à l'inscription, lors même qu'il serait postérieur en date». Según pone de manifiesto ODIER, dicho precepto fue modificado por la Comisión del Consejo representativo, que sustituyó la primera frase, por otra que decía: «En cas de concurrence de plusieurs aliénations du même immeuble faites par une même personne, le droit réel...», *Des systèmes hypothécaires, cit.*, p. 16. Esta alteración, que afecta a los artículos 1 y 2, expuesta en la nota anterior, asimila el Proyecto al modelo que se consagra en la Ley francesa de 1855.

Respecto a la redacción originaria, SAINT JOSEPH, al hilo de su comentario sobre el sistema de publicidad del *Code*, ya había propuesto, de *lege ferenda*, que se siguiera el sistema del Proyecto de Ginebra expresado en el artículo 48, junto a otras referencias de Derecho comparado, como la del Código de Dos Sicilias, de las Islas Ionienses, así como el Código de la Luisiana, *Concordance entre les Lois Hypothécaires étrangères et françaises*, París, 1847, p. XXX.

³² «Toute constitution d'autre droit sur l'immeuble aliéné, consentie par le précédent possesseur postérieurement à l'aliénation, aura son effet, et pourra être inscrite tant que l'acquéreur n'aura pas présenté son titre à l'inscription». Es muy significativa también la disposición que se contiene en el artículo 51, que permite al primer adquirente despojado atacar la nulidad del acto posterior, cuando se pruebe que el segundo adquirente había conocido la disposición anterior.

³³ Señala Díez PICAZO algunos preceptos que pueden tener un claro origen en algunos que se encuentran en nuestro Derecho: el principio de titulación pública, artículos 4 y 5; la forma de descripción de los inmuebles, artículo 11; las reglas de prescripción *secundum tabulas* y *contra tabulas*, artículos 14 y 15; la inscripción de las sentencias y resoluciones judiciales que decretan el secuestro de inmuebles, los embargos inmobiliarios o que establecen hipoteca legal en favor de los arquitectos y constructores; o la extensión objetiva de la hipoteca. «Los principios...», *cit.*, pp. 22 y 23.

tros públicos de los actos voluntarios o de origen judicial de transmisión *inter vivos* de la propiedad, bajo la pena para todo adquirente de no poder oponer a terceros la cualidad de propietario³⁴. Se sustituye pues la inscripción constitutiva por la transcripción con el efecto de la inoponibilidad, solución que después veremos se establece en el Derecho francés.

Pero antes aparece en la Ley belga de 16 de diciembre de 1851, cuyo artículo 1, disponía: que los títulos que sujetos al Registro no hayan sido inscritos, no podrán oponerse a tercero que hubiere contratado sin fraude, con lo que se adelanta la solución francesa como no podía ser de otra forma, ya que en aquel tiempo estaba vigente en dicho país el Código francés, si bien introduce un requisito que no estará presente en aquélla. Se perfila, igualmente, un régimen de publicidad, que se caracteriza por organizarse a través del folio personal, que desconoce el tracto sucesivo, el control de legalidad de los títulos inscritos y, evidentemente, la fe pública registral.

Francia, que tenía pendiente elaborar la publicidad registral, la aborda tras la inflexión que supuso el Código Civil, lo que explica en gran medida la imperfección de su sistema registral. El valor de tal cuerpo legal y su olvido de un sistema de publicidad, propició que cuando ésta se abordó se hiciera ya con el pie forzado de una realidad normativa existente, y el apremio de unas necesidades sociales y políticas que lo reclamaban.

La Ley de 1855 vino a completar el *Code* en lo referente a los actos de enajenación *inter vivos* de los derechos reales. En esta línea el artículo 3: «Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois»³⁵. Se estableció, así pues, que éstos sólo se transmitían plenamente, con eficacia *erga omnes*, cuando el adquirente transcribe en el Registro el título de adquisición, con lo que a éste último se le protege frente a otras enajenaciones del disponente que no hayan sido transcritas. Para ello contaba con un aliado importante en el *Code*, concretamente con los preceptos antes mencionados sobre la transmisión del dominio en la compraventa y en la donación. Igualmente, la solución propuesta

³⁴ ODIER da cuenta también del Proyecto de Ley sobre derechos reales, de diciembre de 1827, que establecía la inscripción constitutiva para toda mutación de la propiedad inmobiliaria, incluso la que debía su origen a la sucesión *mortis causa*, *Des systèmes hypothécaires, cit.*, pp. 140 y 143.

³⁵ A partir de esta norma, tal como especifica TROPLONG, la transmisión de la propiedad se rige por un doble principio: entre las partes resulta del consentimiento, respecto de terceros ésta no existe más que desde la transcripción del título, *Droit civil expliqué, cit.*, p. 301.

venía a ser un complemento del sistema adoptado en dicho cuerpo legal de eficacia traslativa del convenio, que podía quedar totalmente oculto a los terceros.

Como afirma Gordillo, «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 solo proceder, él el primero, al depósito de su título en la oficina del Registro para su transcripción en el mismo»³⁶. La reforma operada en virtud del Decreto de 4 de enero de 1955 no altera de forma sensible el sistema, pues la misma se limita a introducir una serie de innovaciones que corrigieran los defectos que se habían puesto de manifiesto. Con este propósito, se amplían los actos susceptibles de inscripción, se impone con carácter obligatorio la publicidad de los mismos, se introduce «el efecto relativo de la publicidad», y se crea el fichero inmobiliario, entre otras innovaciones. Todo ello, como se puede apreciar, sin alterar el efecto sustantivo que caracteriza al sistema francés, cual es la eficacia de la transcripción, cuya denominación se cambia por la de publicidad, para la inoponibilidad de los derechos reales respecto a terceros.

En Prusia, por el contrario, las cosas caminan por otros derroteros con el Código sobre la Adquisición de la Propiedad y la Ordenanza sobre los Libros fundiarios o Registro de la propiedad, ambos de 5 de mayo de 1872³⁷, en los que se opta ya por exigir la inscripción para la efectiva transmisión³⁸, que se basa en el acuerdo transmisivo de las partes, de naturaleza abstracta, diferente del negocio causal³⁹; con esta solución se viene a superar la dualidad de propiedades que había consagrado el Código. La inscripción con eficacia constitutiva respecto a los derechos reales que tienen un origen voluntario se rodea, en consecuencia, de las máximas garantías, lo que por otro lado parecía lógico en las comunidades en las que se implantó, que eran las germanas, que contaban ya con

³⁶ «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC*, 1994, p. 48.

³⁷ Díez PÍCAZO manifiesta al respecto que lo que conocemos en la actualidad como principios germánicos se consagran en esta Ley, «Los principios...» *cit.*, p. 11.

³⁸ Este principio había sido consagrado ya en el Código austriaco de 1811, artículo 432, también en Mecklembour-Schwerin en 1829, en el Gran Ducado de Hesse, en 1830, en Holanda, en 1834; y en algunos Cantones de la Federación Suiza, Odié, *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*, pp. 26 ss.

³⁹ Respecto al sistema instaurado por las mencionadas disposiciones, COSSIO sintetiza sus tres elementos generadores en la siguiente frase: «la publicidad absoluta engendra la de la legalidad, y el principio de legalidad, a su vez, fundamenta y justifica la doctrina de la fuerza probatoria del Registro», *Instituciones de Derecho hipotecario*, *cit.*, p. 42.

una tradición en este sentido, heredada de las prácticas feudales⁴⁰, así como con libros fundiarios organizados por fincas. Se desarrollan, pues, con cierto paralelismo estos principios, cuales son: el de legalidad y el folio real, que van conformado lo que más tarde sería el sistema germánico, en contraposición al francés⁴¹.

Así pues, la publicidad registral se centra inicialmente en el proceso transmisivo, dado que es en ese momento, se piensa, cuando ésta tiene importancia para la consolidación de las situaciones jurídicas derivadas de dichos actos, y para la solución del conflicto de intereses que pudiera surgir entre los distintos titulares de derechos sobre el inmueble, pero no se puede obviar que una vez que los derechos han accedido al Registro no están exentos de efectos.

Los sistemas que optan por una inscripción con eficacia constitutiva para los derechos, precedida del negocio causal, o aislada del mismo, y que exigen un cierto rigor en el control de la inscripción, solucionan en ese momento el conflicto de pretensiones entre los que se creen con derecho sobre la cosa; por el contrario, aquellos que se separan de ese tipo de solución, como el francés, optan por concebir la inscripción como presupuesto de su eficacia frente a los terceros, lo que viene facilitado por la misma redacción del *Code*. Con estas dos soluciones se aborda el problema que tanto había preocupado de las sucesivas disposiciones sobre un mismo bien o derecho por su titular y el conflicto entre los sucesivos adquirentes.

Ahora bien, una vez que los derechos accedían al Registro, se podían presentar frente a sus titulares y los adquirentes que de ellos traían causa otro tipo de problemas, que se referían a quiebra de confianza en lo publicado cuando un no inscrito hacía valer su derecho por causas que no constaban en el mismo. Para solventarlos se recurrió a la legitimación registral y a la fe pública, que se consagran definitivamente en el *BGB*.

Con el precedente del Derecho prusiano, en el que ya se había patentizado la influencia de la pandectística en la configuración del modelo de transmisión de los derechos reales a través de la formu-

⁴⁰ Pone de manifiesto ODIER cómo en algunos Estados o ciudades esta práctica estaba extendida; así, en Polonia y el Gran Ducado de Lituania, que regía desde 1575 y 1588, respectivamente, también en Württemberg. *Des systèmes hypothécaires*, cit., pp. 21 ss.

⁴¹ ODIER señala como características del sistema alemán de publicidad: que los derechos no se adquieren ni se conservan más que con la inscripción del propietario o del acreedor en el Registro general de las propiedades fundiarias; que dicho sistema, en el que cada propietario con todos los derechos que recaigan sobre el fundo tiene una cuenta abierta en el Registro público de inscripción, supone necesariamente una delimitación exacta y rigurosa de todos los inmuebles, así como de sus particiones y divisiones sucesivas; que el mismo admite la inscripción provisional, bajo la forma de prenotación; finalmente, que la llevanza de los libros del Registro se confía generalmente a los Tribunales. *Des systèmes hypothécaires*, cit., pp. 28 ss.

lación del acuerdo abstracto traslativo desligado del negocio causal, se elaboró el sistema de publicidad que fue recogido en el BGB (parágrafos 873 a 902) en los aspectos sustantivos, y en la Ordenanza del Registro (*GBO*), de 24 de marzo de 1897, reformada parcialmente con posterioridad en los aspectos formales. En el mismo se consagra definitivamente lo que hoy se conoce como el sistema alemán de publicidad, en contraposición al francés. Ocurre, sin embargo, que cuando este modelo se consolida de manera definitiva, ya se había elaborado la Ley Hipotecaria española, y el CC había perfilado los criterios que debían regir la transmisión del dominio y demás derechos reales, incorporando la teoría del título y el modo.

Baste por ello unas breves referencias a las principales notas que caracterizan el sistema de publicidad alemán. Parte dicho sistema, como es sabido, de la inscripción constitutiva, que va precedida del acuerdo traslativo de la partes (*Einigung*) (parágrafos 873 y 875) resucitando con ello la antigua *Auflassung* germana, a lo que se le une un control de legalidad del acto. A partir de ahí, dicha inscripción tiene como efectos más significativos los siguientes: la presunción de veracidad del Registro (parágrafo 891) de carácter *iuris tantum*, de la que se deriva el principio de legitimidad y la fe pública registral (parágrafo 892). También establece el folio real, el tracto sucesivo, la atribución del Registro a los Tribunales de Justicia, que desarrollarán el principio de legalidad, al que hemos hecho referencia.

Por el contrario no llega a tanto el sistema de publicidad suizo, inscrito en la órbita del sistema alemán, del que le separa, sin embargo, algunas notas no escasas de trascendencia, y que dan una idea de las diferentes posibilidades en las que se podían concretar unos mismos principios. El mismo se formula en el CC de 10 de diciembre de 1907 y en la Ordenanza sobre el Registro inmobiliario de 22 de febrero de 1910. Se asienta dicho sistema, al igual que el alemán, en la inscripción constitutiva, pero se aleja del mismo en el modelo que sigue respecto al sistema transmisivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles que traen causa de un negocio *inter vivos*, que no es otro que el del título y el modo, siendo este último para los que recaen sobre bienes inmuebles la inscripción en el Registro, unido por la relación de causalidad con el título o negocio, que le sirve de fundamento. Como efectos sustantivos del Registro son de destacar la legitimación registral (art. 937 CC) y la fe pública (art. 973 CC)⁴².

⁴² Sobre dicho sistema, SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la propiedad en el CC suizo comparado con el Derecho español*, Madrid, 1934. Su importancia también fue resaltada por Jerónimo GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1948, pp. 149 ss.

Los sistemas registrales, que habían adoptado lo que hoy conocemos como el principio de legalidad estaban, entonces, en condiciones de afirmar la exactitud del Registro, como fundamento de la legitimación registral y de la fe pública.

De lo dicho se deduce que existen dos efectos que se han opuesto como antitéticos, el de la inoponibilidad y el de la fe pública, siendo así que ambos se refieren a momentos diferentes y a cuestiones bien distintas: el primero resuelve un problema de eficacia de la transmisión y se sitúa en la órbita del proceso transmisivo, como una solución diferente a la inscripción constitutiva y al título y el modo, y se refiere a los problemas que surgen en la doble transmisión del titular; y el segundo se coloca en el plano de los efectos del Registro respecto a los terceros que confían en la apariencia creada, y que sólo se puede conceder en aquellos sistemas registrales que han rodeado la inscripción de las suficientes garantías que coloquen al Registro en condiciones de exactitud suficiente para que la implantación de este efecto no distorsione gravemente el tráfico jurídico; entiéndase los que tienen inscripción constitutiva, o como el nuestro, que también se rige por el principio de legalidad. A ello contribuyen otros aspectos del Registro, como el folio real y los procedimientos de inmatriculación de la finca, que desde el principio aparecen en los sistemas germanos gracias a los precedentes que dicho sistema tenía en las prácticas de algunas ciudades.

Todas estas cuestiones estaban presentes al tiempo de elaboración de nuestra Ley Hipotecaria, sin que estuvieran definitivamente resueltas en el plano legislativo y en el doctrinal, lo que se acusa sobremanera en su redacción. Se puede decir que por el tiempo en el que se elaboró, fue lo suficientemente prematura para adoptar soluciones que fueron surgiendo con el paso del tiempo, y fue lo suficientemente tardía para recoger en su texto los frutos de algunas experiencias legislativas o las aportaciones de la doctrina al respecto. Pero estas cuestiones se fueron decantando con posterioridad y su resolución fue conocida sin duda por los redactores de nuestro CC y de las modificaciones de la Ley Hipotecaria española.

3.2 Una segunda incursión en la historia registral: La Ley Hipotecaria española y sus sucesivas reformas

En el debate que aún se mantiene sobre los efectos del Registro de la propiedad español respecto a los terceros, se han utilizado con gran profusión los datos históricos, esencialmente aquellos que

se refieren al proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861 y de las sucesivas reformas de las que ha sido objeto hasta la de 1944, así como el TR de 1946, actualmente en vigor⁴³.

También ha sido cuestión muy debatida por la doctrina la influencia de los sistemas registrales europeos en la elaboración de nuestra Ley Hipotecaria⁴⁴, en la búsqueda de un patrón que explicara nuestro modelo de publicidad diseñado por la Ley de 1861. Las opiniones expresadas al respecto han sido muy dispares, pues todos estos sistemas parecen que eran conocidos directamente por los juristas de la época y, más concretamente, por los miembros de la Comisión de Códigos por las obras de Odier⁴⁵ y Saint Joseph⁴⁶.

No es éste el momento de reproducir la evolución del Derecho registral español, que ha tenido excelentes exposiciones en obras como la de Oliver⁴⁷, Gómez de la Serna⁴⁸, Nuñez Lagos⁴⁹, o más recientemente García García⁵⁰; sí, acaso, el de resaltar aquellos datos que pueden revestir mayor interés para el estudio que se pretende. El punto de partida es la EM de la Ley de 1861, que se manifiesta acerca del valor de la inscripción⁵¹: «Según el sistema de la

⁴³ Son muchos los estudios de la publicidad registral que se asientan en el análisis de la trayectoria histórica de nuestro sistema, en este sentido TIRSO CARRETERO afirma que a la luz de la historia resulta fácil ver por qué en nuestra Ley Hipotecaria hay dos terceros con distinto juego y distintos requisitos, «Retornos al CC», *cit.*, p. 89; incluso en trabajos más recientes, como el de MARTÍNEZ SANTIAGO, «En torno a la publicidad registral inmobiliaria», *RCDI*, 1998, pp. 119 ss; o en el de GORDILLO CAÑAS, «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», *cit.*, pp. 3892 ss.

⁴⁴ El interés por el Derecho comparado se justifica en gran medida por la novedad que representaba para los juristas de la época la materia que nos ocupa, de la que se carecía del suficiente bagaje legislativo y científico. Quizás por ello, en el encargo que se le hace a la Comisión de Códigos para elaborar el proyecto de Ley Hipotecaria, se le recomienda que tengan en cuenta las experiencias extranjeras en este sentido.

⁴⁵ La obra de ODIER, como su título indica, es una exposición resumida de los sistemas hipotecarios entonces vigentes en Europa y Norteamérica, que clasifica en tres grupos: el germánico, presidido por los principios de publicidad y especialidad; el romano, de hipotecas ocultas y generales; el mixto, que sigue el patrón francés, que combina uno y otro. Incorpora también el texto del Proyecto de Ley del Cantón de Ginebra de 1827. *Des systèmes hypothécaires*, *cit.*,

⁴⁶ La obra de este autor es más completa, ya que la acompaña con distintos textos legales, a los que le precede una interesante introducción; *Concordance entre les Lois Hypothécaires étrangères et françaises* *cit.*

⁴⁷ *Derecho inmobiliario español*, *cit.*, También, MORELL Y TERRY, *Legislación hipotecaria*, Madrid, 1917.

⁴⁸ *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*

⁴⁹ «El Registro de la propiedad español», *cit.*, pp. 173 ss, y «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *cit.*, pp. 573 ss.

⁵⁰ *Derecho inmobiliario registral hipotecario*, tt. I y II, Madrid, 1993.

⁵¹ Sobre el valor de esta EM se pronuncia su autor GÓMEZ DE LA SERNA: «Los motivos de la Ley, no son la Ley, aunque sirven grandemente explicarla y facilitar su inteligencia. Su autoridad es meramente doctrinal, si bien muy fuerte bajo este concepto, porque dimana de los mismos que han formado el proyecto de ley, y que son tan competentes para exponer las razones que lo han movido, el espíritu que los ha animado en todas y cada una de las disposiciones que han presentado articuladas. Pero no se puede confundir el valor doctrinal de estas opiniones con el legal que tendría un comentario auténtico: será sin duda

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»⁵².

Idea ésta que se recoge en el texto normativo del artículo 23, antecedente del actual 32: «Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero»⁵³, que a decir del Ministro de Gracia y Justicia en la presentación del proyecto al Congreso de los Diputados: si se analizaba, si se condensaba la Ley, el 23 sólo, era la Ley; era pues, a juicio de sus autores, la expresión del principio de publicidad que se quería instaurar. Sin embargo, estaba también el artículo 34: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos y contratos que se ejecuten por persona que en el Registro aparezca con facultades para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscrito, 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»⁵⁴. Con estos dos artículos el problema estaba servido desde el principio, aunque es de destacar la presencia de otras normas que perfilaban la publicidad registral, las

de gran peso en el foro, pero no podrá forzar la convicción de los magistrados», *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, t. I, *cit.*, p. 182.

⁵² Se debe tener en cuenta que la base 52 del Código, modificada por la intervención de García Goyena, se expresaba en los siguientes términos: «Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público». La redacción originaria de la base, debida a Luzuriaga, decía: «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón en el Registro público».

⁵³ ESCOSURA al comentar dicho artículo señala cómo con posterioridad el artículo 1473 CC recoge esta doctrina, modificándose en este sentido la solución prevista en la doble venta en la L. L., t. V, part. V. E igualmente llama la atención sobre el hecho de que dicho artículo 23 estuviera suspenso un año desde la publicación de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 391 de la misma. Posteriormente dicho plazo fue prorrogado por Reales Decretos de 29 de diciembre de 1863, 19 de diciembre de 1865; y, así sucesivamente, hasta 31 de diciembre de 1874. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, t. II, Madrid, 1890, pp. 395 ss.

⁵⁴ En relación al mismo, afirma NÚÑEZ LAGOS que junto al 33, sólo aparece en el texto definitivo de la ley, y no en los diferentes anteproyectos elaborados por la Comisión de Códigos, «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *cit.*, p. 574.

de los artículos 25⁵⁵; 27⁵⁶; 29⁵⁷; 31⁵⁸; 35⁵⁹; y las que se contenían en los artículos 36⁶⁰, 37⁶¹, 38⁶², y en el 69⁶³, referidos todos ellos a los efectos de la inscripción y su eficacia respecto a terceros⁶⁴.

⁵⁵ «Los títulos inscritos no surtirán efecto en cuanto a tercero, sino de la fecha de la inscripción.»

⁵⁶ «Para los efectos de esta ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.»

⁵⁷ «Todo derecho real de que se haga mención expresa en las inscripciones o anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha del asiento de presentación del título respectivo.»

⁵⁸ «La nulidad de las inscripciones, de que trata el artículo precedente, no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito.»

⁵⁹ «La prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallare éste inscrito en el Registro. El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.»

⁶⁰ «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta ley.»

⁶¹ «Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: Primero.—Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. Segundo.—Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes: Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito. Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude. En ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta.»

⁶² «En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes: Primera.—Por revocación de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro. Segunda.—Por causa de retracto legal en la venta, o derecho de tanteo en la enfiteusis. Tercera.—Por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago. Cuarta.—Por la doble venta de una cosa, cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita. Quinta.—Por causa de lesión enorme o enormísima. Sexta.—Por efecto de la restitución *in integrum* a favor de los que disfrutaban este beneficio. Séptima.—Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, con exclusión de las exceptuadas en el artículo anterior. Octava.—Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes o fueros especiales concedan a determinadas personas, para rescindir contratos, en virtud de causas que no consten expresamente en la inscripción.

En todo caso en que la acción resolutoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios por el que los hubiere causado.»

PANTOJA y LLORET identifican a este tercero con aquel que ha adquirido de un titular registral y después vuelve a inscribir, *Ley Hipotecaria...*, *cit.*, pp. 241 ss.

⁶³ «El que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejare de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad para transmitirlo.»

⁶⁴ MORELL Y TERRY, al hilo de su comentario al artículo 23, reflexiona sobre el tercero de la Ley Hipotecaria al que considera diferente del tercero civil. Al efecto afirma que desde que existe acto o contrato inscrito hay ya terceros para los efectos de dicha Ley, que viene a identificar con el que define el artículo 27, es decir, el que no ha intervenido como parte o interesado en dicho contrato o acto inscrito. Más adelante, cuando precisa el significado de tercero, identifica varios supuestos: el que no inscribe, ni interviene en el acto inscrito, con lo que su título no puede perjudicar; y el que perjudica con su inscripción a un derecho no inscrito, que debe traer causa de un derecho inscrito. Respecto a la aplicación jurisprudencial del concepto de tercero, llama la atención MORELL cómo la misma está

Si tenemos en cuenta los primeros comentaristas de la Ley podemos observar la diversidad de opiniones que ya entonces suscitaba su redacción, señaladamente la del artículo 32. Así, Gómez de la Serna⁶⁵ cita entre sus precedentes a la Ley belga⁶⁶, a la Ley francesa de Transcripción y al Proyecto ginebrino⁶⁷, Pantoja y Lloret⁶⁸ se remiten también a la Ley francesa, y Oliver⁶⁹ afirma: «A la verdad, la Comisión de Códigos, aunque dejó traslucir que los principios en que fundaba esta Ley no eran de su invención, sino que los había tomado de legislaciones extranjeras, omitió declarar cuál de éstas había merecido su preferencia. Y aunque fácilmente puede demostrarse, con lo que llevo expuesto en los capítulos precedentes, que aquellos principios son los que constituyen el sistema inmobiliario e hipotecario alemán». Un artículo, el 32, que también fue objeto de críticas⁷⁰.

En esta Ley se puede apreciar que la misma, fiel al planteamiento que se había seguido en la elaboración de un sistema de publicidad registral, aborda la cuestión del valor de la inscripción para la transmisión del dominio y demás derechos reales. Para ello se

influida de la idea de Registro como notificación de una realidad jurídica, por lo que llega a negar la condición de tercero a aquel que por otros medios tuvo conocimiento de los hechos, *Legislación hipotecaria, cit.*, pp. 530 ss. Por el contrario, para CALDERÓN NEIRA el tercero del artículo 27 no es el mismo que el del artículo 23, definiendo a dicho tercero como «El que ha inscrito un derecho real habiendo adquirido de persona que en el Registro aparece con derecho a transmitir», aunque manifiesta el mencionado autor que no siempre coincide ese tercero con los supuestos previstos en la Ley; *Estudios hipotecarios*.

⁶⁵ Como precedente de Derecho patrio cita la Pragmática de don Carlos y doña Juana de 1539, si bien reconoce que aquella llegó más lejos que este artículo 23, ya que declaró la ineficacia de las escrituras no registradas entre los mismos otorgantes. *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*, t. I, *cit.*, pp. 571 y 572.

⁶⁶ Esta opinión la mantiene en la actualidad NUÑEZ LAGOS, que justifica el conocimiento por la Comisión de este texto legal a través de GÓMEZ DE LA SERNA y su exilio en Londres con ESPARTERO, desde donde hizo frecuentes viajes a Bélgica, poniéndose en relación con los profesores de Bruselas, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 140. Esta tesis ha sido rebatida, así como los datos históricos en los que la sustenta, por AMORÓS GUARDIOLA, «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», *cit.*, pp. 1560 ss. y por DÍEZ PICAZO, «Los principios...», *cit.*, p. 18..

⁶⁷ En la actualidad también mantiene esta opinión DÍEZ PICAZO, «Los principios...» *cit.*, pp. 3 ss.

⁶⁸ Al respecto afirman que la ley ha establecido que los títulos no tendrán eficacia sino desde la fecha de inscripción, no causando hasta entonces perjuicio a tercero, supuesto que concreta en la doble venta, manifestando a continuación que este artículo es la consecuencia de la tradición romana y la inscripción germánica, *Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros*, Madrid, 1861, pp. 224 y 225.

⁶⁹ Y cita al efecto la intervención del Ministro de Gracia y Justicia cuando presentó el Proyecto de Ley a la deliberación de las Cortes, en el que se afirmaba que había en la misma mucho del sistema alemán: acaso con el tiempo haya más todavía, OLIVER, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, p. 390.

⁷⁰ MORELL y TERRY en el comentario a este artículo afirma al respecto que el mismo constituye un gran error, induce a confusión en las relaciones jurídicas, que las separa en dos grupos, uno regido por el Derecho civil, otro el Derecho hipotecario, sin utilidad práctica ninguna, sin fundamento serio, *Legislación hipotecaria, cit.*, p. 529.

representa el problema de la doble venta, o de las cargas ocultas, esencialmente la hipoteca, a las que hace alusión en la EM, para solucionarlo en los términos ya expuestos: si se inscribe la compra-venta se traspasa la propiedad respecto a todos. Pero ya en esta Ley se abordan otros aspectos de la publicidad respecto a los terceros, citados anteriormente: a esta idea responden muy directamente artículos como el 36, el 37, o el 38 que por los supuestos que regulan se refieren al tercero que adquiere de un titular registral. Por esta razón, no deja de ser llamativo que el último artículo citado, el 38, en el que se regula la ineficacia de los contratos respecto al tercero titular inscrito, se menciona en el apartado cuarto: la doble venta de una cosa, cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita⁷¹. Los demás artículos de una u otra forma aluden al tercero, sobre el que se aporta una definición en el artículo 37.

Con todo lo dicho, parece que nuestro sistema registral se orientaba entonces a la protección de los terceros que accedían al Registro, con un cierto grado de imprecisión sobre los requisitos que debía reunir, de tal forma que cabe entender que se podía referir al tercero que primero inscribía, como a aquel que traía causa de un titular inscrito. Respecto a esto último la adopción del folio real, la regulación de los procedimientos de inmatriculación, así como el principio de legalidad, que identificaban al modelo que se perfilaba entonces en los territorios germánicos, le permitían establecer efectos típicos de la fe pública registral. Y nos parece que a todos estos terceros se refería el artículo 32, que como dijo el Ministro, era toda la Ley; en el mismo se quería resumir cuantas disposiciones estaban destinadas a los terceros. No parece que una valoración tan contundente de este precepto dejara fuera disposiciones tan novedosas como la del 34, que fue objeto de un importante debate doctrinal, o la de los artículos 35 a 38, por citar las más significativas.

Desde esta perspectiva cabe calificar nuestro sistema hipotecario como alemán o germánico, pues en el mismo se había establecido la inscripción constitutiva de la hipoteca, el principio de legalidad, el folio real y la fe pública registral; si bien en el artículo 32, según la EM, se consagrara la inscripción como presupuesto de inoponibilidad de lo inscrito, propia del Derecho francés. Pero este efecto, como hemos dicho, en aquel tiempo también era considerado como manifestación del principio de publicidad que tenía una raíz germana, solo después, y sobre todo cuando se consagra en la Ley francesa, junto a otros aspectos que conforman su sistema registral, empieza a configurarse como un modelo diferente de

⁷¹ Vid. nota 62.

aquel que significó por excelencia la publicidad registral, es decir, el que tenía sus raíces en el Derecho germánico.

El sistema descrito no se agota ni se consolida definitivamente en esta Ley, sino que, por el contrario, sufre una significativa evolución de la que se puede destacar como hitos más significativos: la publicación del CC, que regula con carácter general para nuestro Ordenamiento la transmisión de los derechos reales; y las reformas LH de 1909 y 1944, que consolidan el modelo de sistema registral que debía regir en nuestro país; fruto de la última será el TR de 1946, al que haremos referencia. Junto a estas dos reformas, la primitiva LH fue objeto de otras modificaciones, que también mencionaremos.

En este sentido es de destacar la Ley de 21 de diciembre de 1869 que reformó, entre otros artículos, el 23⁷² y el 34⁷³, a los que se les incorporó nuevos párrafos, que no alteraron su significado. Con posterioridad, la Ley de 17 de julio de 1877 afectó también a los artículos citados, aunque en este caso con distinto signo, pues mientras que al artículo 23 sólo se le añadió un nuevo párrafo⁷⁴, el segundo de ellos, el 34, fue objeto de nueva redacción, en la que se suprimió el término tercero y se le sumó el requisito de la onerosidad de la adquisición⁷⁵.

Así estaban las cosas cuando se procedió a la elaboración del CC. En el primer Proyecto de Ley de Bases, de 1881, se proponía que la Ley Hipotecaria permaneciese vigente (Base 2.^a), sin perjuicio de que se llevaran al CC preceptos sustantivos; por el contrario, en el segundo Proyecto, de 1885, ya no se incluye a la mencionada Ley entre las leyes especiales, aunque se hacen algunas referencias a la misma en algunas de sus Bases, encargándosele a Oliver la redacción de los Títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca⁷⁶, sin que tal

⁷² A este artículo se le añadió un nuevo párrafo con la siguiente redacción: «La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado no perjudicará a tercero si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma».

⁷³ Esta norma recogió un nuevo supuesto de aplicación: cuando la notificación se hubiese hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes y no hubieran reclamado contra ella en el término de veinte días; regulando a continuación el procedimiento para hacer efectiva tal notificación.

⁷⁴ En el mismo se decía: «Exceptuándose los casos de herencia testada o intestada, mejora o legado, cuando recaiga en herederos necesarios», con lo que se vino a completar el supuesto del actual artículo 28 Ley Hipotecaria.

⁷⁵ «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anteriormente inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.»

⁷⁶ El encargo fue hecho por RO de 11 de noviembre de 1886. La razón por la que no se incorporaron estos títulos al CC la da el mismo OLIVER, cuando afirma que los proyectos por él elaborados envolvían la reforma de preceptos importantes LH, y por lo tanto iban a

iniciativa llegara a prosperar, por lo que se optó, como es sabido, por recoger en cuatro artículos algunas disposiciones referidas al Registro de la Propiedad, de las que cabe resaltar la contenida en el artículo 606 que reproduce el actual artículo 32 del que es su precedente, como se ha dicho, el 23, antes aludido; y el 608, que se remite, en lo demás, a la Ley Hipotecaria que permanece vigente.

Por su parte en la Ley de Bases de 1 de mayo de 1888 del CC no contiene más que escasas referencias a la publicidad registral; lo mismo ocurre en el texto articulado, que alude en algunas de sus disposiciones al Registro de la Propiedad. Así, por resaltar en este momento las más significativas, está el artículo 1473, sobre la doble venta, que en su apartado segundo, atribuye la propiedad al que primero la haya inscrito en el Registro; también, el artículo 1537, sobre la compraventa, que sujeta lo dispuesto en el título correspondiente a lo que determina la Ley Hipotecaria; o el artículo 1124, que menciona a los terceros adquirentes con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria; sin contar con las disposiciones referidas a la hipoteca que reproducen la eficacia constitutiva de la inscripción, artículo 1875, dejando vigente para este derecho a la Ley Hipotecaria a la que se remite expresamente en el artículo 1880.

Con todo, lo más importante del Código en el tema que nos ocupa es la regulación de la transmisión *inter vivos* de los derechos reales, que sigue la teoría del título y el modo, como revela el artículo 609 y concordantes, sin ningún tipo de limitación respecto de terceros, es decir, con eficacia *erga omnes*. Ello a pesar de que el artículo 606 reprodujera entonces el antiguo artículo 23, pues su inclusión en el Código respondía a ese significado emblemático de la LH, en el que se expresaba la filosofía del sistema registral, de protección de terceros. En todo caso, sobre esta cuestión volveremos más adelante. Baste señalar en este momento que no se encuentra en nuestro Código una declaración como la que contiene el artículo 1583 del *Code* sobre los efectos de la compraventa, ni una disposición como la que regula la donación. Por el contrario, está el artículo 348.2 sobre la acción reivindicatoria, entre otros.

Precisamente las reformas introducidas en el CC propiciaron, entre otros motivos, una nueva modificación de la LH, materializada en la Ley de 21 de abril de 1909, en cuya DT 6.^a se autorizaba al

crear entre el Derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el Derecho hipotecario de las provincias aforadas antagonismos que, a juicio de la Comisión, no se conciliaban con la Base de la Ley de 1888, ni se podían admitir en detrimento de la potestad que el Estado tiene, y sin menoscabo de la unidad de ciertas materias. Añadiendo a continuación que no había llegado el momento de reformar la LH, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, p. 392. También en MORELL Y TERRY, *Legislación hipotecaria*, *cit.*, p. 780.

Gobierno para que en el término de nueve meses hiciera una nueva edición oficial de dicha LH, que recogiera estas últimas modificaciones, suprimiera los artículos derogados por el Código y armonizara los restantes, cuyo resultado fue la LH de 16 de diciembre de 1909. Al efecto se debe tener presente que al tiempo de elaboración de esta última reforma, ya se había publicado el BGB, que contenía el derecho sustantivo del sistema inmobiliario registral⁷⁷.

En dicha reforma no se modifican los artículos 23 y 34 a los que estamos haciendo referencia. Sin embargo, aparecen nuevos efectos de la inscripción que responden a lo que se conoce como el principio de legitimación registral, en el artículo 41, que establece la presunción de posesión a favor del titular inscrito; y en el 24, que impide el ejercicio de acciones contradictorias del titular registral, sin que previamente o la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción, en el sentido del actual artículo 38 de la LH.

Y hay que dar un salto histórico, hasta el año 1944, para encontrarnos de nuevo con modificaciones de los artículos que analizamos. La Ley de 30 de diciembre de 1944 concreta en su EM las características de la reforma que introduce en tres ideas: una más acusada protección de los derechos inmobiliarios inscritos; una creciente flexibilidad en el régimen hipotecario; y una mayor facilidad para mantener el adecuado paralelismo entre la realidad jurídica y el Registro. Respecto a la primera, tras desecharse de nuevo el valor constitutivo de la inscripción, que continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, como se afirma, se le da, en cambio, «tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal»; circunscribiendo, a continuación, el valor de esa afirmación en el principio de legitimación, que desarrolla definitivamente, y en el principio de la fe pública registral. Respecto a esta última afirma que «las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis que con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero, han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34. A los efectos de la *fides pública* no se considerará tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el

⁷⁷ GORDILLO: «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 verdadera 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 constante— por su alambicada, 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». «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *cit.*, p. 73.

tercer adquirente; es decir el causahabiente...»⁷⁸. Para el titular inscrito, se afirma en la mencionada EM, está el principio de legitimación, los preceptos de rectificación registral y de ejercicio de acciones reales, la modificación del artículo 355⁷⁹ y las demás propuestas, que «dan a la inscripción tal alcance, y a sus titulares privilegios tan destacados en la esfera civil y procesal, que hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación *de o para terceros*».

Así pues, el sistema que se consolida con esta reforma no llega a la inscripción constitutiva, que era y es la aspiración de muchos autores⁸⁰, pues ello habría despejado finalmente todos los inconvenientes para consolidar un tipo de publicidad registral en la que la realidad exterior coincidiera con la que publican los libros, y con ello se hubiera solventado definitivamente la problemática que se suscitaba en torno al antiguo artículo 23, pero se contienen los principios de publicidad típicos de la fe pública registral, lo que explica que dicho artículo desaparezca del texto legal⁸¹.

En el TR de 8 de febrero de 1946 elaborado por el Gobierno en virtud de la autorización de la DA 2.^a de la Ley de 1944, aparece de nuevo el antiguo artículo 23 en el actual artículo 32, que cambia la redacción del precepto originario, sin afectar a su significado.

3.3 Un apunte sobre el sistema registral español

Después de este largo proceso del que tanto sabemos por haber sido objeto de múltiples investigaciones, algunas de ellas realmen-

⁷⁸ También se regula en la presente ley la inexactitud del Registro y su rectificación, así como las acciones de defensa del titular inscrito, las relaciones entre la posesión y el Registro; todo ello en línea con lo que parece ser la orientación de la mencionada ley, la de profundizar en la exactitud del Registro como medio de defensa de los adquirentes que adquieran fiándose de lo publicado en el mismo.

⁷⁹ «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado, Provincia o Municipio no admitirán ningún documento o escritura por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si antes no se tomó de ellos razón en el Registro.

Se exceptúa de dicha prohibición la presentación de documentos o escrituras a los efectos fiscales o tributarios.

En los expedientes de expropiación forzosa que se sigan contra el que tenga los bienes en concepto de poseedor no será necesario que éstos tengan tomada razón de dicha situación en el Registro.»

⁸⁰ GALLARDO RUEDA: «Para nadie es un secreto que una de las actas con que soñamos los hipotecaristas consiste en el respeto absoluto a lo que resulte de los libros inmobiliarios. Solo lo que en ello conste ha de tener eficacia y trascendencia para el dominio, la posesión y los demás derechos reales», «El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica» (1951), en GÓMEZ GÁLIGO, editor, *La calificación registral*, t. I, Madrid 1996, p. 590.

⁸¹ Se suprimieron, además, otros artículos que hacían referencia a terceros.

te minuciosas, incluso, sobre datos personales de sus protagonistas, los viajes que hicieron o las lecturas que realizaron, debemos preguntarnos cómo ha quedado el sistema de publicidad registral español.

Como se dijo, el proceso histórico de formación de nuestro régimen de publicidad registral, así como las influencias de otros modelos de Derecho Comparado, constituyen el núcleo de los razonamientos en los que sustentan sus posiciones los defensores de una y otra tesis: los denominados dualistas consideran al artículo 32 como residuo vigente del sistema francés de la inoponibilidad, junto al 34 exponente de la tendencia germánica de nuestro sistema⁸²; por el contrario, los llamados monistas, estiman que el 32 fue superado históricamente por la deriva de nuestro modelo, hasta llegar a absorberlo⁸³. Y en este debate se involucra la interpretación de las distintas redacciones de los artículos que configuraron los efectos de la publicidad⁸⁴ en las sucesivas reformas⁸⁵.

Los defensores de la tesis dualista también traen a colación el artículo 606 CC, fiel reflejo del antiguo 32 Ley Hipotecaria, ya que es el único tercero al que el Código le dedica un artículo, mientras que el del artículo 34, afirman, se engloba en la remisión general a los efectos de los asientos conforme resulta de dicha Ley⁸⁶; argumento que es relativizado por los que defienden la teoría monista⁸⁷. También se han manejado criterios de oportunidad, como el

⁸² Para NÚÑEZ LAGOS la secuencia histórica de la formación del nuestro sistema registral es: primero el artículo 32, antiguo 23, después el 33 y finalmente el 34, «La integridad de la fe pública en los Registros de la propiedad, RDN, 1966, pp. 42 ss.; LACRUZ Y SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., p. 167; AMORÓS GAURDIOLA, Comentario al artículo 606 CC», cit., pp. 282 ss.

⁸³ ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., pp. 161 ss.

⁸⁴ Se tienen en cuenta las sucesivas redacciones que en su día se le dio a los artículos 38, 36 ó 69 LH, así, Monserrat Valero, «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», cit., pp. 516 ss. MIQUEL GONZÁLEZ se centra en el actual artículo 36 al que califica de auténtico torpedo contra la tesis dualista y el sistema de la inoponibilidad de los títulos no inscritos: «No en balde su introducción en la Ley Hipotecaria de 1944 coincidió con la derogación del artículo correspondiente al actual 32», «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», cit., p. 60.

⁸⁵ La supresión del antiguo artículo 23 en la Ley de 1944 y su posterior aparición en el TR de 1944, ha sido utilizada por algunos autores para defender la tesis monista, entre otros, SANZ FERNÁNDEZ, «Un aspecto de la fe pública registral», *RDP*, 1945, pp. 449 ss., y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit., p. 614.

⁸⁶ TIRSO CARRETERO, «El problema de la relación que respecto del artículo 34 LH, guarda el 32 de la misma», *RCDI*, 1965, pp. 446 y 447. Para García García ambos terceros son reconocidos por el CC, mientras que el tercero latino entra por la puerta grande del artículo 606, y el del 34 entra por la vía de la remisión general a los preceptos previstos en la LH, *Derecho Inmobiliario Registral Hipotecario*, cit., pp. 60 ss.

⁸⁷ PAU PEDRÓN, «Comentario al artículo 606 CC», cit., pp. 1532 ss.; Peña Bernaldo de Quirós argumenta que el artículo 606 CC ha de interpretarse de acuerdo a la LH que es Ley posterior, por lo que priman los requisitos que en la misma se establecen en el artículo 34 para el tercero hipotecario, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit., p. 613.

de la necesidad de estimular la inscripción⁸⁸, o también la sanción a la negligencia del que no inscribe⁸⁹.

Y ante tan diversas opiniones resultan significativas las palabras de Gordillo, que reflejan la peculiaridad de nuestro sistema hipotecario: «Con todo derecho podemos hablar hoy 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 pilares básicos 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»⁹⁰.

La trayectoria histórica de la formación del sistema registral español avala la tesis de que el mismo apunta a un sistema de fe pública registral, en el que la coincidencia entre realidad y Registro, objetivo de todo sistema, se hace recaer en el control de la inscripción mediante un procedimiento informado por el principio de legalidad, de tracto sucesivo y de prioridad, y que coloca al que ha accedido al Registro en una posición destacada respecto a la titularidad del derecho. Ahora bien, al no haberse establecido la inscripción constitutiva como mejor instrumento para hacer coincidir la realidad del tráfico con lo que publican los libros del Registro, los efectos han de ser coherentes con esta opción, por lo que esa posición destacada se resuelve en la legitimación registral, en la necesidad de solicitar la rectificación del asiento cuando se ejercita una acción contradictoria del derecho inscrito, y en la fe pública registral, que se justifica en atención a esos intereses generales que se quieren amparar desde el Registro. Y esta opción se hizo por etapas con algún que otro tropiezo, en un tiempo en el que aún no se habían aquilatado plenamente las nociones, la técnica e, incluso, los principios propios del Derecho Registral que hoy conocemos.

Aunque algunos de los actores que protagonizaron la conformación del sistema registral español pretendieron alterar el modelo tradicional de transmisión de los derechos reales, se optó por el mantenimiento del título y el modo, y ésta no es cuestión baladí para lo que aquí estamos tratando, pues significa que el cambio de titularidad requiere del concurso de dos actos que son ajenos al

⁸⁸ PAU PEDRÓN critica este argumento de los seguidores de la tesis dualista que, a su juicio, carece de lógica, porque no hay proporción entre fines y efectos; por el contrario entiende que más se estimula el acceso al Registro cuando se exigen dos inscripciones, «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 1553.

⁸⁹ AMORÓS GUARDIOLA, el fundamento del artículo 32 no es otro que la sanción legalmente impuesta al que pudiendo inscribir no inscribe, «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 287.

⁹⁰ «La peculiaridad...», *cit.*, p. 43

Registro. Y sobre todo significa que se diseña un modelo de relación más cercano a la idea de justicia que los particulares tenían respecto a como se debía organizar la transmisión de los bienes y derechos, y que tiene que ver con la fidelidad a la palabra que se da, con la honestidad en los comportamientos y su consideración en las relaciones entre las partes, con la licitud de los fines, con la protección del más débil, en definitiva, con un conjunto de valores que socialmente se identificaban como representativos de la sociedad que se quería; y, por qué no, también coincidía con una inercia espiritualista en la transmisión de los derechos que podía poner en grave riesgo la eficacia de una medida como la de la inscripción constitutiva, con lo que se podría dar el caso de que un considerable número de titulares quedaran al margen del Ordenamiento.

Frente a todo ello, la publicidad registral significaba la inclusión de un elemento extraño a las pautas imperantes en la circulación de los derechos reales sobre inmuebles, representaba un artificio que se justificaba en función de unos objetivos que interesaban a todos, se decía entonces.

Por su parte, los seguidores de la tesis dualista defienden la compatibilidad en un mismo sistema de dos tipos de efectos, que se han identificado igualmente con dos diferentes sistemas de publicidad. Para ello se apoyan, como hemos expuesto, en argumentos de índole histórica y, realmente, no se puede negar que algunos puedan justificar esa posición, lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta, como antes se ha apuntado, las contradicciones y cambios que se han producido en todo el proceso; pero la cuestión a debatir es si, al margen de la consideración diferenciada de un precepto o de un acontecimiento, el conjunto del sistema resiste esta interpretación; un sistema que no se ha de ver exclusivamente en su dimensión dogmática sino como expresión de un conjunto normativo que cristaliza en el plano jurídico la voluntad política de ordenar las relaciones sociales conforme a unos valores que se quieren imponer.

Ello nos lleva a enfocar la cuestión planteada desde la perspectiva de los intereses en juego y su encaje en los principios y valores que informan Ordenamiento.

4. EL ESCENARIO DEL CONFLICTO: LA SEGURIDAD DEL MERCADO, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL

La implantación de un sistema de publicidad registral se produce en una época convulsa, jalonada de importantes cambios en el

orden político, social y económico, que se dejan sentir con todas sus contradicciones en el debate que se genera en torno a tan importante reforma del mercado inmobiliario.

En sus inicios la imposición de un sistema de publicidad registral se justificó en la necesidad de facilitar el crédito territorial como instrumento imprescindible para el desarrollo económico de la sociedad⁹¹. El naciente capitalismo⁹² necesitaba allegar recursos con que financiar los diferentes emprendimientos, y para ello era imprescindible que se dotara de certeza a las hipotecas⁹³, pues éstas significaban un excelente instrumento para el aseguramiento de los préstamos y, como consecuencia de ello, para la circulación de capitales⁹⁴. Pero el discurso que se generó al hilo de la publicidad registral, como se ha visto, no se cernió exclusivamente a la extensión del crédito territorial como motor del crecimiento económico, sino que se anudó a la expansión de otros sectores⁹⁵, todo ello inserto en un proceso de cambio marcado por la industrialización; de estas transformaciones resulta que la rentabilidad de la propiedad inmobiliaria se residenció en su valor de cambio y no en los beneficios que su disfrute le podía proporcionar a su titular⁹⁶; un proceso que también tuvo sus implicaciones

⁹¹ Ya en el Preámbulo del RD de 8 de agosto de 1855 se afirmaba: «nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales». En esta línea, Pardo Nuñez cuando afirma que el propósito confesado que guió a los redactores Ley Hipotecaria fue el de asentar en sólidas bases el crédito territorial, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», en Gómez Gállico, editor, *La calificación registral*, t. I, Madrid, 1996, p. 68.

⁹² Claro está que este proceso de tantas repercusiones se inicia antes, del que podemos encontrar una excelente exposición en BRAUDEL, *Civilización material, economía y capitalismo. Siglos XV-XVIII. 2. Los juegos del intercambio*, Madrid, 1984, pp. 195 ss.

⁹³ De ahí que la reforma hipotecaria se acompañe de la creación de Bancos hipotecarios, como ocurrió en Francia, o de la emisión de cédulas hipotecarias que tenían como finalidad la de facilitar la obtención de recursos a los titulares de inmuebles. Una muy buena exposición de estas ideas respecto al Estado de Prusia se puede encontrar en OLIVER, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, pp. 95 ss.

⁹⁴ LACRUZ y SANCHO: «cuando declina la nobleza como clase dominante, y una incipiente burguesía especuladora y comerciante, pero dotada también de cierto espíritu de empresa, trata de aprovechar las nuevas conquistas de la técnica para mejorar y elevar la producción de bienes y servicios y, en último término, para crear más riqueza, el antiguo sistema se muestra incapaz de proporcionarle los capitales, el crédito y la seguridad que necesita un tráfico infinitamente más intenso y variado», *Derecho inmobiliario registral*, *cit.*, p. 39.

⁹⁵ En este sentido ha afirmado PARDO NUÑEZ que si bien la legislación hipotecaria responde a un proyecto típicamente liberal de implantación del sistema capitalista, arrastra también resabios de claro corte fisiocrático, el legislador hipotecario tiene en mente la propiedad agrícola descapitalizada e intenta levantarla, «Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital», en Gómez Gállico (editor), *La calificación registral*, t. I, Madrid, 1996, p. 105.

⁹⁶ CLAVERO señala la importancia que tuvo el proceso de liberación de las tierras en Francia para la constitución de hipotecas, «Les domaines de la propriété, 1789-1814: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario», *Quaderni Fiorentini*, 1998, p. 302.

fiscales⁹⁷. Por ello, como se ha señalado⁹⁸, a lo largo del siglo XIX los Estados se deciden a organizar la seguridad del tráfico de los bienes raíces no en defensa de los intereses de los propietarios, sino del capital, y a tal fin se organiza un sistema de publicidad que alcanza igualmente a la titularidad de todos los derechos reales sobre bienes inmuebles.

Parecía entonces que el progreso del pueblo dependía casi en exclusiva de la instauración de esa publicidad registral, como se desprende de los escritos de los primeros hipotecaristas⁹⁹, que en discursos henchidos de entusiasmo, con cierta dosis de utopía, defendían las excelencias del Registro. Era el tiempo de la expansión del liberalismo económico por Europa impulsando el pensamiento en el que se sustenta el Estado burgués. Se convirtió así la publicidad registral en una de las piezas jurídicas de la economía de mercado en su formulación más liberal, como no podía ser de otra manera en ese momento histórico.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que el Registro de la Propiedad y los efectos que del mismo se derivan fueron una creación del Estado liberal, de la que se benefició la burguesía como clase emergente llamada a protagonizar el cambio político, económico y social que se estaba operando. El sujeto, por excelencia, de la publicidad registral era el hombre burgués quien accedía al mercado hipotecario y al tráfico inmobiliario en busca de recursos en algunos casos y para colocar sus capitales en otros.

La historia posterior de la publicidad registral está unida pues al desarrollo de la economía de mercado y a la consolidación del capitalismo. Y desde este punto de vista, se puede afirmar que el balance de los resultados prácticos de nuestra legislación hipotecaria es muy favorable, a pesar de los defectos que en ella se observan¹⁰⁰. Ha contribuido, sin duda, a la creación de un mercado hipotecario de gran relevan-

⁹⁷ Se produce una interferencia de la legislación fiscal en el funcionamiento de las Contadurías que a la larga fue beneficiosa y sentó las bases de la reforma hipotecaria, Martínez Santiago, «En torno a la publicidad registral inmobiliaria», *RCDI*, 1998, pp. 120 y 121.

⁹⁸ PARDO NÚÑEZ, «Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital», *cit.*, p. 109.

⁹⁹ Como señala LATOUR BROTONS, esta idea se repite en exposiciones de motivos, preámbulos y textos, «Antecedentes de la primitiva LH: su génesis, circunstancias y efectos de la misma», *RCDI*, 1962, p. 447. Lo dicho se puede comprobar en OLIVER para Francia, *Derecho inmobiliario español*, t. I, *cit.*, pp. 207 ss. También, Besson, *Les Livres fonciers et la Reforme Hypothecaire*, *cit.*, pp. 3 ss. En una obra mucho más reciente, RUBIO GARRIDO pone de manifiesto la importancia de la publicidad registral para la extensión del crédito hipotecario, *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (itinerario histórico y régimen vigente)*, Madrid, 1994, pp. 105 ss.

¹⁰⁰ LACRUZ y SANCHO, que añaden: «En general se ha dado una gran seguridad a las adquisiciones y transmisiones de inmuebles, con lo que se ha abierto un camino importante y seguro al empleo de capitales y así, por medio del crédito, al aumento de la riqueza nacional», *Derecho inmobiliario registral*, *cit.*, p. 44.

cia, al acceso a la vivienda de amplios sectores sociales, también al fomento de la circulación especulativa de los bienes inmuebles, al desarrollo de la construcción y, en definitiva, ha dinamizado las otras actividades económicas mediante la circulación de capitales.

El fundamento que sustenta la publicidad registral no es otro que la seguridad del mercado que, como afirma Irti¹⁰¹, necesita del Derecho para poder funcionar, es decir, requiere de los instrumentos jurídicos necesarios que le garanticen, entre otros objetivos ligados a los intereses de clase, la seguridad jurídica¹⁰². Esta se concreta en la fijeza de las reglas de juego y en el aseguramiento de las transacciones; pero sobre todo, significa que esa seguridad se erige en *principio guía* de una serie de soluciones que se apartan de las reglas generales, es decir, de la idea de justicia intrínseca al sistema, cuando entran en contradicción los intereses de los que acceden al Registro y de aquellos que son los titulares de los derechos¹⁰³: a este planteamiento responden el régimen de la inoponibilidad de lo no inscrito o el principio de la fe pública registral, que alterando o subvirtiendo el modelo de transmisión de los derechos reales llegan a consolidar adquisiciones a *non domino*, de tal manera que esta seguridad se considera no sólo como el medio de solución de un conflicto de intereses, de dimensión exclusivamente privada –aquel que se produce entre el titular del derecho y el beneficiado por los efectos del Registro–, sino también como una auténtica exigencia de orden público¹⁰⁴.

¹⁰¹ «Derecho y Mercado», *RdP*, 1999, pp. 21 ss.

¹⁰² DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, *cit.*, p. 314. PAU PEDRÓN: «Las adquisiciones a *non domino* se producen, en todos los casos, como una consecuencia de la seguridad del tráfico que dispensa el Ordenamiento. Y la seguridad del tráfico deriva siempre de la publicidad: publicidad posesoria o publicidad registral», «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 1533. Diferencia VALLET DE GOYTISOLO entre la seguridad económica y la seguridad jurídica; la primera no requiere intermediación jurídica pues se consigue con el aseguramiento de los bienes, éstos han de ser fungibles, mientras que la segunda sí requiere de esa intermediación como puede ser el Registro, y se refiere a bienes infungibles como lo son los inmuebles, «La seguridad jurídica en los negocios dispositivos», *RDN*, 108, 1980, p. 219. En términos más amplios define PAZ-ARES la seguridad como la confianza en que el aprovechamiento exclusivo del valor económico de un recurso no está amenazada por suerte ninguna de riesgos sustanciales, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RDM*, 1985, p. 10.

¹⁰³ DÍEZ PICAZO, «El tráfico exige que la persona que interviene en él no tenga que llevar a cabo una investigación de los títulos de quien negocia con ella más allá de lo razonable y que no quede expuesto a pretensiones más o menos fundadas de terceros que tengan su base en razones o en hechos que no tenían por qué conocerse o por qué esperarse» *Fundamentos Del Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1996, p. 54

¹⁰⁴ GORDILLO, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales. Sistema español», *cit.*, p. 557. DÍEZ PICAZO, dentro del orden público económico se integra la seguridad jurídica, y una de cuyas manifestaciones es la seguridad del tráfico jurídico: «Aquí lo que quiere decirse que en el tráfico jurídico, en el mundo de los negocios jurídicos, merece protección la confianza razonable que objetivamente suscita una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona, debe ser protegido aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho del otro» *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, *cit.*, p. 54.

Y este discurso propio de la economía liberal está presente en la actualidad casi en los mismos términos. Se dice, pues, que ¹⁰⁵ «estando implicadas consecuencias económicas que afectan a la sociedad en su conjunto, es mucho más adecuada la protección de la seguridad del tráfico, que la mera protección del derecho subjetivo individual, pues si se protege a aquella se protege a este último» ¹⁰⁶. Incluso, se llega a equiparar esta seguridad con la seguridad ciudadana ¹⁰⁷.

En un discurso impecable desde el punto de vista de su lógica interna, elaborado con herramientas del análisis económico del Derecho, se llega a establecer una perfecta relación entre seguridad del mercado, seguridad jurídica y publicidad registral, reduciendo al mismo tiempo a estas tres nociones la relevancia de un fenómeno mucho más complejo, como es el tráfico jurídico de bienes inmuebles y su incidencia en el mercado, tanto en el plano material como en el jurídico, sobre el que después volveremos. Pero lo que nos parece más importante, que a esta triada se liga el progreso de la economía y el bienestar de la sociedad. Veamos ahora, aunque sea brevemente, las claves de este razonamiento.

En una dialéctica tan querida por los seguidores de la metodología del análisis económico del Derecho ¹⁰⁸, la que se expresa a través de la optimización de los recursos y la minimización de los costes de transacción ¹⁰⁹ para llegar a la máxima eficiencia de Pareto, se trata a la publicidad registral desde la perspectiva de las necesidades del mercado referidas a los costes de información ¹¹⁰ que se deben asumir para facilitar la circulación de los bienes inmuebles.

Desde este planteamiento, se dice, para incentivar las transacciones eficientes «los sistemas inmobiliarios tienden a moderar los

¹⁰⁵ Distinta percepción tiene PAZ-ARES cuando afirma que «en términos generales, en el tráfico civil prima el valor de uso sobre el valor de cambio de los bienes. Los titulares prefieren exponerse al riesgo de que la valoración en cambio de sus bienes, es decir, su transmisión, se vea dificultada por la ausencia de normas de seguridad de tráfico que exponerse al riesgo de ser expropiados en el caso de que los adquiera un tercero de buena fe», «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *cit.*, p. 25.

¹⁰⁶ GARCÍA GARCÍA, «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», en Gómez Gállego, editor, *La calificación registral*, t. I, Madrid 1996, p. 351.

¹⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *cit.*, p. 330.

¹⁰⁸ Una completa exposición se puede encontrar en Paz-Ares, «La economía política como jurisprudencia racional», *ADC*, 1981, pp. 601 ss.

¹⁰⁹ Se entienden por tales los costes de información, de coordinación en la transmisión de los derechos y su ejercicio, que son los costes de averiguación, seguro, litigiosidad, incertidumbre, PARDO NUÑEZ, «La organización del tráfico inmobiliario y circulación de capital», *cit.*, pp. 85 ss.

¹¹⁰ SCHÄFER y OTT lo enmarcan en los costes la protección de la confianza, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, 1991, pp. 332 ss. Para PAZ-ARES su objetivo no es otro que el de reducir o comprimir los costes de información que obstaculizarían el aprovechamiento por parte del titular del valor de cambio de los recursos, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *cit.*, p. 26.

costes de información, unos costes que, entre otras cosas, buscan reducir en la medida necesaria los riesgos que genera la incertidumbre sobre la verdadera identidad del titular de los bienes que se ofertan»¹¹¹. El esquema es fácil, ante la incertidumbre sobre la efectiva titularidad del derecho, los adquirentes interesados pueden asumir ellos mismos los gastos que acarrearán las pesquisas sobre este extremo, e incluso acudir a vías privadas que le aseguren las contingencias que puedan ocurrir, o el Estado disponer de un sistema de información que, lógicamente, no se limita a la publicación de los datos del titular, sino produce consecuencias jurídicas, en el sentido de consolidar las transmisiones de los derechos reales por lo publicado en sus libros¹¹². En este último supuesto se puede diseñar un modelo en el que los datos que se ofrecen no están seleccionados, con lo que la garantía de adquisición es limitada, el de la oponibilidad tipo francés¹¹³, o un modelo de control de la información¹¹⁴ y máxima efectividad del que adquiere, el de la fe pública. Ni que decir que este último responde mejor a la eficiencia del mercado, aunque lleve a la *expropiación* del derecho al titular originario o a transacciones no deseadas.

El beneficiario, se dice, es el mercado que nos *representa* a todos, a potenciales adquirentes de bienes inmuebles, y también a los titulares originarios¹¹⁵, pues pueden colocar sus bienes en mejores condiciones económicas, dada la seguridad que reporta

¹¹¹ PARDO NUÑEZ, que también hace la siguiente precisión: «Los adquirentes y prestamistas necesitan saber con certeza si los que dicen ser propietarios lo son efectivamente, y en qué condiciones. Por eso en los países que han adoptado este sistema, compañías de seguros y firmas de profesionales han acabado por asumir el desempeño de esta tarea. Previo pago de las correspondientes primas u honorarios, el particular se asegura frente al riesgo de una defectuosa titulación, o de la no pertenencia del derecho al que se presenta como titular. La empresa o el profesional especializados, que ofrecen su firma en garantía, previo examen del Registro, se hacen responsables de cualquier defecto que vicie la transmisión por ellos supervisada y de toda carga o limitación del derecho, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», *cit.*, pp. 55, en nota 3, y 61.

¹¹² PAU PEDRÓN, «La publicidad supone una selección, una reducción de datos. Esta selección o reducción se hace en beneficio del tercero: el tráfico exige que la persona que contrata no tenga que investigar la validez de los títulos de la otra parte contratante, y de ahí que se concrete a través de la publicidad lo que se ha llamado “Información relevante”. Se trata de una dispensa de la carga de averiguación: el que contrata puede confiar en esos pocos datos que facilita la publicidad», «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 1533.

¹¹³ En este sentido se debe tener en cuenta las últimas reformas del sistema francés de publicidad registral, de las que hemos dado cuenta con anterioridad.

¹¹⁴ Para GÓMEZ GÁLLIGO la calificación registral solo puede ser entendida en este doble marco de protección de la seguridad jurídica y de incidencia en la reducción de costes de información en la contratación inmobiliaria, «Planteamiento sobre la naturaleza y caracteres de la función registral», en Gómez Gáligo, editor, *La calificación registral*, t. I, Madrid, 1996, p. 47.

¹¹⁵ Para PAZ-ARES del sistema se beneficia el titular originario y no el tercero cuya «tutela puede calificarse, acudiendo a una expresión gráfica, de simple rebote», «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *cit.*, p. 18.

el control de la información a través de la publicidad registral. Tal como expresa García García ¹¹⁶, la prevalencia de la seguridad del tráfico sobre la seguridad del derecho, produce mayor beneficio económico en general que el perjuicio individual para un concreto derecho que encima lo pierde por su propia negligencia al no acogerse a las reglas del sistema inmobiliario ¹¹⁷.

Sin negar la importancia que indudablemente tiene el Registro en el mercado inmobiliario y su eficiencia, creemos que se obvia con este planteamiento cuestiones tan importantes como los tipos de interés de los créditos hipotecarios, el precio y la disponibilidad del suelo urbanizable, los costes de los materiales de construcción, la necesidad vital de contar con una vivienda y, muy especialmente, la intervención pública a través de la ordenación del sector y mediante la promoción de viviendas sociales, por poner solo algunos ejemplos; variables todas ellas que sin duda influyen en las transacciones inmobiliarias.

De otra parte, se debe tener en cuenta que en la realidad económica actual la seguridad en la transmisión del dominio así como la fijeza de las garantías reales como la hipoteca no sustentan casi en exclusiva, como en su momento se afirmó, el crecimiento económico de un país, que se produce por causas muchos más complejas ¹¹⁸. El tráfico inmobiliario está ligado en gran medida a una actividad empresarial, como es la construcción y comercialización de inmuebles ¹¹⁹, y va dirigido en su mayor parte a consumidores que adquieren una vivienda con una garantía hipotecaria, con lo que el gran volumen de relaciones jurídicas que se producen en este sector económico se establecen entre las empresas que participan en el proceso de edificación y su comercialización y los consumidores ¹²⁰.

¹¹⁶ «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *cit.*, p. 335.

¹¹⁷ O las elocuentes palabras de DE LA RICA con las que quiere justificar la inscripción constitutiva: «La libertad para poder prescindir del Registro, es inconcebible y funesta... Equivale a entregar los intereses sociales y del Estado, e incluso el buen orden jurídico a la irresponsable voluntad de los particulares. Es una confesión indefendible, anárquica, que solo pudo basarse en la creencia de que todo lo relativo a la propiedad inmobiliaria era de exclusivo interés de los propietarios», «Pervivencia del sistema registral», *RCDI*, 1961, p. 136.

¹¹⁸ Respecto a la eficacia de los artículos 32 y 34, BUSTOS PUECHE afirma que el mero argumento estadístico permite afirmar que para la seguridad del tráfico es enteramente irrelevante la seguridad del tercero, «El sujeto beneficiario de la protección registral», *cit.*, p. 2610.

¹¹⁹ Como ya pusieron de manifiesto LACRUZ y SANCHO, al afirmar que «En los últimos decenios se debe al rédito hipotecario el auge de la construcción, para la cual los empresarios no solían contar con capital propio (a veces con ningún capital), y correlativamente el acceso a la propiedad de los pisos por las clases sociales menos favorecidas», *Derecho inmobiliario registral*, *cit.*, p. 44.

¹²⁰ En nuestro país el valor de la vivienda supone en torno a 2/3 de la riqueza total de la familia y sirve de garantía a casi 1/3 de los activos totales de las entidades de crédito

Pero sobre todo se razona desde modelos teóricos de comportamientos que pivotan en torno a sujetos abstractos y uniformes¹²¹, los dos protagonistas de las transmisiones: el adquirente y el disponente, a los que se les ve como actores imaginarios en una suerte de representación teatral de las relaciones de mercado. Sujetos descomprometidos con cualquier realidad, ajenos a todo tipo de interferencias, que a costa de perder sus señas de identidad terminan por encarnarse en el que tiene una posición dominante en las relaciones del mercado inmobiliario, es la lógica de la igualdad formal, que a la postre suministra los instrumentos jurídicos a aquél que está en mejores condiciones para acceder a los mismos, y que pueden ser a las empresas ligadas a la construcción y comercialización de viviendas, que son las que introducen en el tráfico jurídico unos bienes escasos llamados a colmar la necesidad vital de contar con un espacio habitable donde residir, si bien se es consciente que no es esta la única vía de satisfacción. Y desde la abstracción y la neutralidad no se tiene en cuenta que no todos los que acceden al mercado inmobiliario están en igualdad de condiciones para llegar a la información, ni pueden asumir sus costes, es decir, que existen sujetos diferenciados en función de múltiples razones, como pueden ser el grado de formación, los recursos económicos con los que cuentan, la necesidad de una vivienda, etc.

Y resulta que todo este discurso se presenta desde la neutralidad que confiere el estudio científico del mercado, al que se le ve como *espacio* independiente con capacidad para generar sus propias reglas¹²², muy en la línea de lo que Irti¹²³ ha identificado

españolas. Por su parte, el consumo y la inversión residencial de los hogares suponen un 58 por 100 y un 7 por 100 del PIB español, respectivamente, MARTINES PAGÉS y Ángel MAZA, *Análisis del precio de la vivienda en España*, Banco de España, p. 7. En el Informe de Coyuntura del segundo trimestre de 2004, del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, da cuenta del incremento del visado de vivienda nueva para usos residenciales, mientras que desciende el uso no residencial, www.cscae.com.

¹²¹ En efecto, como afirma PAZ-ARES, el punto de partida de la teoría económica del derecho se enraíza en la idea del *self-interest* que constituye al individuo como *homo oeconomicus*, a lo que añade que persiguiendo el Derecho el interés público deberá, en realidad, incentivar la promoción del interés individual, porque el interés social no es más que la suma asimétrica de los intereses individuales, «La economía política como jurisprudencia racional», *cit.*, pp. 627 y 628. Se hace referencia a la hipótesis REM, que responde a la suposición de que los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente, y que proceden racionalmente para la consecución de este objetivo, sobre el tema, SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, *cit.*, pp. 61 ss.

¹²² Como afirma PAZ-ARES, «Si el Derecho privado expresa la misma lógica que el mercado, su fundación debe ser la *norma de eficiencia*, el cumplimiento de cuyos dictados, a su vez –y el argumento es circular– solo resulta viable mediante una organización que asegure que en todo caso será la decisión del mercado la llamada a prevalecer», «Economía política como jurisprudencia racional», *cit.*, p. 682.

¹²³ «Esta solución, que proviene de la aceptación de las leyes de la naturaleza y que describe por tanto la uniformidad que se encuentra frente a nosotros, es *verdadera e incon-*

como la orientación naturista en el enfoque y tratamiento de las relaciones entre mercado y Derecho. Así, se sustituye el discurso político que necesariamente sustenta la regulación del tráfico de bienes y servicios, por una explicación economicista que lleva al determinismo de las reglas del juego en el intercambio de estos bienes; éstas no son externas al sistema, se piensa, sino que surgen de él como un precipitado de la lógica que lo preside. Sin embargo, como continúa Irti, el mercado no extrae de sí mismo su propio Derecho, sino que el Derecho desde el exterior lo constituye y lo conforma, y el contenido de las normas procede de una elección política, y por tanto la fisonomía jurídica del mercado está trazada por una *decisión de poder*¹²⁴. Distinto es que se quiera revestir una determinada opción sobre los principios que han de presidir las relaciones de un pretendido científicismo alejándolo del debate político que necesariamente ha de impregnar una cuestión como la que tratamos.

Y es la decisión de poder, a la que antes se hacía referencia, la que hace del *mercado* una experiencia histórica y, como tal, relativa, sujeta a procesos de cambios y transformación, provocados desde los centros de decisión política que establecen en cada momento el marco jurídico en el que se han de desenvolver las relaciones de producción e intercambio. La disciplina jurídica del mercado forma parte, pues, del conjunto del Ordenamiento jurídico, por lo que ha de responder a la coherencia interna que al mismo se le exige pero, sobre todo, se ha de impregnar del conjunto de principios y valores que lo informan, residenciados en el texto constitucional. Como dice Häberle, frente a la expansión del

trovertible» «Derecho y mercado», *cit.*, p. 22. BALAGUER CALLEJÓN: «Para la desarticulación del Estado social se ha buscado una metodología más eficaz: la ciencia económica, que recupera los propios términos deterministas del raciocinio exponiendo como verdades absolutas e inevitables los postulados del modelo económico vigente e incluso de una determinada política económica», «El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social», MORENO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y MORENO VIDA, editores, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada 2002, p. 90.

¹²⁴ «Derecho y mercado» *cit.*, p. 25. En esta línea, GARCÍA-PELAYO cuando afirma que «El Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino, por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas», *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1996, p. 23. Suárez nos recuerda que la experiencia histórica y los dictados de la ciencia económica permiten también sostener que el correcto funcionamiento de un sistema de economía de mercado necesita de mecanismos correctores y poderes compensadores que den respuesta a anhelos colectivos que el mercado por sí solo, debido a sus limitaciones, no puede satisfacer y mantengan las desigualdades económicas que el sistema inexorablemente genera dentro de unos límites socialmente tolerantes, «Progreso económico y justicia social», GARCÍA SAN MIGUEL (editor), *El principio de igualdad*, Madrid, 2000, p. 59.

economicismo, resulta cada vez más necesaria una teoría constitucional del mercado ¹²⁵.

No se está pues, ante un fenómeno que trasciende a los cambios políticos, que se puedan operar en la sociedad, lo cual no implica desconocer la capacidad de persuasión de sus actores para influir en dichos cambios, sino que se está ante una realidad contingente marcada en el plano jurídico por las inflexiones producidas, por lo que aquí interesa, en el constitucionalismo más reciente de la historia europea, como la que, sin duda, se produjo tras la segunda Guerra Mundial con la aprobación de las constituciones sociales, que suponen el paso del Estado liberal al Estado democrático y social ¹²⁶. El entendimiento de este último tiene sus dificultades, lo que ha provocado no pocas disenciones en la doctrina ¹²⁷, y sobre las que no podemos entrar en este momento; si acaso resaltar su imbricación en el desenvolvimiento de la democracia en la historia europea más reciente a la que se incorpora España con la Constitución de 1978. Como se ha dicho: «El principio de Estado social es congenial con una nueva concepción del principio democrático que viene a superar el mito de la voluntad uniforme del pueblo como colectivo homogéneo, acuñado por el constitucionalismo oligárquico para defender los intereses espurios de un determinado grupo social» ¹²⁸. Y en este plano nos queremos situar para abordar las consecuencias jurídicas que en las relaciones de intercambio de

¹²⁵ «El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y la democracia», en «Incursum. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado», *Pensamiento constitucional*, año IV, núm. 4, p. 15.

¹²⁶ Una exposición sobre sus orígenes en GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo cit.*, pp. 14 ss.; en este sentido afirma BASSOLS COMA, «Las nuevas fuerzas políticas (cristianos sociales, socialistas y comunistas) que afrontaron la reconstrucción y modernización de la Europa de posguerra coincidieron en el mantenimiento de las instituciones clásicas democráticas en lo referente al estatuto de las libertades políticas, si bien rechazaron unánimemente la vuelta a los postulados del liberalismo en el orden económico y social», *Constitución y sistema económico*, 2.ª ed. Madrid, 1988, p. 40; Como nos dice GALLEGO MÉNDEZ: «Fue tras el final de la segunda Guerra Mundial cuando las democracias europeas debieron afirmar una fórmula política-jurídica que evolucionando desde sí misma pudiera adaptarse a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social y económico, impidiendo la caída en el totalitarismo fascista y las posibilidades de revolución y sistema de tipo soviético», «Estado social y crisis del Estado», Rafael del Aguila (ed.), *Manual de Ciencia Política*, 2.ª ed., Madrid, 2000, p. 120. También, ARNOLD, «Bases dogmáticas del principio del Estado social en el Derecho constitucional alemán», Cámara Villar y Cano Bueso, editores, *Estudios sobre el Estado social*, Madrid, 1993, pp. 30 ss.

¹²⁷ Sobre los diferentes significados atribuidos a la noción de Estado social, GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, 2002, pp. 36 ss. En este sentido, Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales incluyen a los derechos sociales, y «forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión “sustancial” de la democracia, previa a la dimensión política o “formal” de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría», *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 2.ª ed., Madrid, 2002, p. 42.

¹²⁸ BALAGUER CALLEJÓN, «El Estado social y democrático de Derecho», *cit.*, p. 91.

bienes y servicios tiene la opción política del Estado social, como expresión de la voluntad constituyente.

Un Estado Social, acaso débil, como afirma López y López, porque «se formula a partir del Estado liberal y con aceptación de muchos de sus postulados»¹²⁹, entre ellos el de economía de mercado, a la que sin embargo se somete a los nuevos principios constitucionales. En palabras de García-Pelayo: «El estado social parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que solo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado»¹³⁰. Por ello, a pesar de sus limitaciones, la formulación en el plano constitucional del Estado social no está exenta de trascendencia normativa, es decir, de capacidad para conformar el Ordenamiento jurídico, afirmándose al respecto¹³¹ que su potencialidad se despliega en una triple vertiente: como fijación teleológica del Estado, como valor interpretativo del resto del Ordenamiento y como parámetro de constitucionalidad. En otro plano, se ha dicho también que «El principio del Estado social viene a caracterizar la estructura del Ordenamiento y de la constitución, compromete a los órganos del Estado y a los mismos sujetos particulares en una acción de transforma-

¹²⁹ Continúa: «No fue esta la transformación que protagonizó la burguesía en relación con las formas políticas del antiguo régimen: las abatió a *radice*. El Estado liberal nace, pues, de una transformación *fuerte*. De una transformación revolucionaria, por llamar a las cosas por su nombre. En cambio el Estado social es más bien fruto del temor de unos a la revolución y el temor de otros a la dictadura, temores que se intentan conjurar con el encuentro de un punto medio de reformismo de compromiso, de reformismo defensivo para unos, único reformismo posible para a otros», «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular» *Quaderni Fiorentini*, 1996, p. 430. En el mismo sentido, FERRAJOLI cuando afirma que el Estado social se ha desarrollado sin las formas y garantías del Estado de Derecho, solo en la mediación política, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., p. 42.

¹³⁰ *Las transformaciones del Estado contemporáneo* cit., pp. 22 y 23. Como afirma DE CABO, «Surge el denominado Derecho Constitucional económico como conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico y se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales o preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden social», *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, p. 19. Sobre el tema, GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución Española*, Vol. I, Madrid, 1981, pp. 107 ss. Como ha dicho APARICIO PÉREZ, el Estado social surge como producto de un pacto en virtud del cual se produce un cierto desapoderamiento de la capacidad de disposición del propio capital por parte de los empresarios, y se traslada capacidad directa decisoria sobre el proceso productivo y de intercambio al Estado y las organizaciones de trabajadores participan positivamente colaborando con el nuevo proceso, «El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Cámara Villar y Cano Bueso, editores, *Estudios sobre el Estado social*, cit., pp. 49 y 50.

¹³¹ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social*, cit., p. 56; GORRONEA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984, pp. 99 ss.

ción de la sociedad que tiene como últimos fines la igualdad y la extensión del bienestar»¹³².

En este contexto elaborar un discurso que considere a los intereses del mercado desligados de sus protagonistas y de cualquier compromiso social, supone abrazar una idea que fue superada en el plano constitucional. Y entender, en consecuencia, que la seguridad del mercado, es un trasunto de la seguridad jurídica que consagra el artículo 9 de la CE¹³³, supone negar su carácter instrumental para la realización de unos fines que tienen una indudable implicación social¹³⁴, en términos más o menos amplios, como permite la Constitución. Y sobre todo significa desconocer que la publicidad registral no es más que una de las posibles opciones del legislador en lo que se refiere a la seguridad del mercado¹³⁵, pudiendo incluso prescindir de ella sin contravenir la Constitución: no está dicha publicidad entre los que se consideran elementos básicos del Derecho privado de la economía, necesarios para poder afirmar que una economía es de *mercado*¹³⁶.

Descendiendo a la cuestión que tratamos, se puede decir que la dialéctica no se establece entre el mercado como beneficio global¹³⁷ y unos particulares negligentes, sino acaso entre un sector

¹³² *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, p. 21.

¹³³ GARCÍA GARCÍA liga a la publicidad registral con el artículo 9 cuando alude a la seguridad jurídica. Cita al efecto la STC 15/1981, de 7 de mayo, y 27/1981, de 20 de julio y la STS 20 de septiembre de 1993, que aplica el artículo 34 Ley Hipotecaria frente al antiguo 878.2 CC. sobre la retroacción de la quiebra: «Ante esta perspectiva la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece incólume protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (artículo 9 de la Constitución) «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *cit.*, pp. 331 ss.

¹³⁴ En el mismo sentido GORDILLO para el que la opción legal por la seguridad del tráfico frente a la seguridad de los derechos, nada tiene que ver con la exigencia constitucional de la seguridad jurídica. Un sistema legal formalmente claro y seguro, puede ponerse, sin merma de la seguridad jurídica, al servicio de la seguridad de los derechos, frente al tráfico, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales. Sistema español», *cit.*, p. 563.

¹³⁵ Como afirma MIQUÉL GONZÁLEZ, esta es una posibilidad que depende del legislador que puede establecerla o no, y de modo más o menos amplio. «No incumbe al intérprete, alegando razones de protección del tráfico, desarrollar nuevos supuestos de adquisición *a non domino* no establecidos por la Ley, a partir de un principio o tópico que el legislador ha de combinar con otros», «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *cit.*, p. 47.

¹³⁶ Que son, a juicio de PAZ-ARES y ALFARO AGUILA-REAL: el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción, la garantía de la libertad contractual y la fuerza vinculante de los contratos, el reconocimiento de derechos de propiedad industrial, la puesta a disposición de los particulares los medios jurídicos para constituir sociedades, y protección frente a la competencia desleal o el abuso de posición dominante «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y la planificación», *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, *cit.*, p. 378

¹³⁷ «Que el sistema capitalista sea el que haga posible un mayor desarrollo económico, es algo que puede ser aceptado sin mayor debate. Que el desarrollo económico sea un

empresarial, del que no se duda su valor estratégico en el desarrollo de la economía, y unos sujetos que pueden tener la condición de consumidores y quieren realizar su derecho constitucional a una vivienda.

Y en este contexto no se duda de la importancia de la publicidad registral, ni se discute su trascendencia en la conformación de un mercado inmobiliario que transmita confianza a los inversores y a los adquirentes de derechos reales. Lo que se cuestiona es la absolutividad del discurso que impide tener en cuenta otros tipos de intereses que los representados por la seguridad del mercado; un discurso, así mismo, que se aleja de la lógica del sistema, entendida ésta como expresión de la idea de justicia que se quiere realizar, y que ha de responder al cambio constitucional.

5. LOS INTERESES EN JUEGO Y LA LÓGICA DEL SISTEMA

Retomamos pues el hilo conductor de esta reflexión sobre la publicidad registral, es decir, el alcance de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria, cuyo tratamiento lo queremos abordar desde la ponderación de los intereses en juego y su contraste en el conjunto del sistema: con los principios que lo informan y con las reglas que lo gobiernan; pues entendemos que sólo desde esta perspectiva es posible medir si la solución que se propugna responde a la idea de justicia intrínseca a la que antes hacíamos referencia.

Hace ya algún tiempo tuve ocasión de expresar mi opinión acerca del debate doctrinal antes expuesto. Entonces afirmaba: «Sin desconocer la fuerza de estos argumentos –los esgrimidos por los defensores de la tesis dualista– hay una razón que nos lleva a manifestar recelos a esta segunda interpretación. Ésta es el distinto tratamiento que, según algunos autores, reciben uno y otro tercero, cuando los dos se pueden ver defraudados en la adquisición de sus derechos: en el primer caso, porque el que se lo transmite haya dispuesto su derecho a favor de otra persona, y, en el segundo, porque el negocio del que trae causa su transferente es nulo o anulable. Este resultado llama la atención cuando el fundamento último de uno y otro tercero es el mismo: la publicidad registral y su inciden-

fin en sí mismo al que todo tenga que ser supeditado es algo que no puede ser aceptado», BALAGUER CALLEJÓN, «El Estado social y democrático de Derecho», *cit.*, p. 95. Una exposición de las distintas interpretaciones acerca de la relación entre economía de mercado y Estado Social, en GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social*, *cit.*, pp. 99 ss.

cia en el orden civil»¹³⁸. «Se podría pensar que el artículo 32 Ley Hipotecaria constituye una versión del artículo 1473 CC sobre la doble venta de bienes inmuebles, en el que parece claro que no se exige la previa inscripción, sí, en cambio, la adquisición a título oneroso y de buena fe. Si ello fuera así no habría ningún inconveniente en seguir la tesis dualista, pese a tener que reconocer, entonces, que el artículo 32 se convertiría en un artículo innecesario, al ser una repetición de lo dicho en el artículo 1473, cuya aplicación requeriría el esfuerzo añadido de circunscribir el supuesto normativo al citado artículo 1473¹³⁹. Lo que no parece correcto es la excesiva vitalidad que se le concede al artículo 32, que lleva a proteger, según algunos autores, al adquirente a título gratuito e, incluso, de mala fe, siendo así que en nuestro Ordenamiento jurídico es principio general que este grado de protección sólo se le depara al adquirente a título oneroso y de buena fe». Esta afirmación se corresponde con una interpretación del artículo 1473.2 CC¹⁴⁰ que lo circunscribe a los supuestos en los que no se ha producido la tradi-

¹³⁸ Continuando que «Se podría explicar esta diferencia de tratamiento en el distinto papel asignado a cada una de las normas, en el sentido de que la primera, el artículo 32, se inserta en el proceso de transmisión de los derechos reales, culminando con la inscripción la plena eficacia del derecho sobre el que se dispone; mientras que el artículo 34 resuelve el problema de la apariencia del Registro. Sin embargo, nos parece que esta diferencia de trato obedece, más que a una opción legislativa en el sentido expuesto, a un arrastre histórico que se inicia con la Ley de 1861, en la que aparecen ambos artículos. En esta época aún no se había consolidado a nivel legislativo y doctrinal el principio de la fe pública registral, que se consagra en la Ley prusiana de 1872, y más definitivamente con la publicación del *BGB*. Sin embargo, hay indicios de que nuestro sistema registral apuntaba hacia lo que se conocerá más tarde como sistema alemán, con la implantación del folio real, del tracto sucesivo o del principio de legalidad, si bien, le separe del mismo algo tan importante como la inscripción constitutiva. Y en este sentido se marca su línea de evolución que culmina con la reforma de 1944», *Derecho civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 2 ed., Valencia, 2001, p. 609.

¹³⁹ Entiende que la aplicación del artículo 1473 CC responde al supuesto del artículo 32 Ley Hipotecaria, no necesitando inscripción previa, MÉNDEZ GONZÁLEZ, «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del CC», *RDCl*, 2002, p. 871.

¹⁴⁰ La interpretación del artículo 1473.2 Código Civil no es una cuestión pacífica pues, como afirma MÉNDEZ GONZÁLEZ, el hecho de que se mantenga viva la controversia sobre la diversa significación de los artículos 1473 y 609 CC es un signo claro de las dificultades de entrar llanamente en la interpretación del básico texto legal de la doble venta sin tener a la vista las consecuencias de la interpretación del primero sobre el sistema de transmisión de la propiedad enunciado en el segundo, «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *cit.*, p. 832. Estamos ante un supuesto, el de la doble venta, cuyo tratamiento tiene una larga tradición jurídica, en el que se quiere resolver el conflicto que surge entre dos compradores que adquieren un mismo bien de un solo vendedor, y en su solución no se ha seguido la consecuencia lógica de primar a quien ha adquirido antes mediante la tradición, sino que se ha atendido a otros criterios, si bien éstos coincidan con alguna forma de tradición, a lo que se le ha añadido la exigencia de la buena fe, lo que permite pensar que dicho conflicto se sitúa en un momento anterior a la transmisión del dominio al primer comprador, con lo que se está ante un supuesto de adquisición *a domino*. Esta es la posición de ALBALADEJO que requiere que el vendedor sea en cada caso el dueño actual de la cosa, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», *RDP*, 1976, p. 885. En este sentido, que sigue la tesis monista, PAU PEDRÓN para el que el

ción en la primera enajenación, es decir a los casos en los que no se ha consumado la venta anterior a la que accede al Registro, con lo que se está hablando de una adquisición *a domino* del titular registral amparado por el artículo 32 LH¹⁴¹. En los demás supuestos en los que se plantea una adquisición *a non domino* nos parece que no se justifica un tratamiento diferenciado.

Se quería señalar entonces que la solución a la que se llegara respecto de los artículos 32 y 34 LH no debía ser resultado de una interpretación aislada de cada uno de los supuestos sino consecuencia de la ponderación de los intereses en liza con el conjunto del sistema, atendiendo a los principios que lo informan y las soluciones que le identifican.

Para ello debemos superar la diferencia que desde un punto de vista técnico se ha puesto de manifiesto respecto a los dos terceros protegidos, en el sentido de que el tercero del artículo 32 expresa la regla de la inoponibilidad de lo no inscrito, al estilo francés, mientras que el del 34 el principio de la fe pública registral.

Respecto al primero de dichos terceros, el del 32, la explicación que la justifica supone admitir que en nuestro Ordenamiento los derechos reales sólo son plenamente oponibles a los terceros cuando se inscriben en el Registro, y ello implica subvertir las reglas

artículo 1473.2 no se aplica si la primera compraventa ha sido seguida de tradición, pues en el caso que haya sido así, la protección del segundo comprador no vendrá por la vía de dicho artículo sino por el 606 CC en los términos en los que él lo interpreta, «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 1535. Para GARCÍA CANTERO las diversas compraventas a las que alude el segundo párrafo del artículo 1473 deben haberse realizado antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación, «Comentario al artículo 1473 CC», *Comentario del CC*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 931.

En contra de lo expuesto existe otra línea interpretativa que incluye en el supuesto del artículo 1473 la venta de cosa ajena: así, AMORÓS GUARDIOLA, seguidor de la tesis dualista, para el que la norma del artículo 1473.2 CC no es más que la aplicación a un caso concreto del principio general formulado en los artículos 606 CC y 32 Ley Hipotecaria. En este sentido afirma que el marco en el que se insertan las tres disposiciones es el de ventas sucesivas de un inmueble por quien aparece como dueño del mismo, aunque deje de serlo como consecuencia de la primera venta; entonces, el problema se plantea entre dos compradores con tradición, real o instrumental, a su favor, no entre un comprador con tradición y otro al que la posesión ya ha sido entregada, «Comentario al artículo 606 CC», *cit.*, p. 290. También, RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, p. 50; PETIT, que considera que en el supuesto de segunda venta tras haberse consumado la primera mediante tradición, se está ante una venta de cosa ajena, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, p. 105. JORDANO FRAGA que, sin embargo, se inclina porque el segundo comprador que inscribe ha de reunir los requisitos del artículo 34 Ley Hipotecaria, «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición *a non domino*. Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988)», *ADC*, 1989, p. 1361, en nota 5. Por su parte, LALAGUNA identifica el supuesto del artículo 1473.2 con el artículo 32 Ley Hipotecaria, diferente del 34 LHipotecaria, «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, t. III, pp. 3973 ss.

¹⁴¹ Para TIRSO CARRETERO el tercero latino del artículo 32 lucha con un endeble *versus domino*. Suele ser un dueño de días o meses y que desde luego sabe que le falta cumplir un trámite legal para consagrar su dominio, «Retornos al Código Civil», *cit.*, p. 92.

que rigen la inoponibilidad de tales derechos, consecuencia de su efectiva transmisión mediante el título y el modo. No existe en nuestro Código una disposición al estilo del artículo 1583 del *Code* que limite los efectos traslativos a la persona del adquirente y, por el contrario, sí contiene normas como la del artículo 609, referida a la eficacia transmisiva del título y el modo, o la del artículo 348.2 sobre la oponibilidad de la propiedad, por lo que la argumentación con que se quiere justificar este tercero diferenciado carece de base normativa suficiente ¹⁴². Y además, consagrar esta solución supone, como se ha dicho ¹⁴³, llegar a una inscripción cuasi constitutiva, y ésta opción, como sabemos, no se hizo por los sucesivos redactores de la normativa registral ¹⁴⁴. Ahora bien, lo dicho no significa que se esté en contra de tal inscripción, pero su implantación requiere de un conjunto de garantías en el acceso al Registro del que carece nuestro Derecho ¹⁴⁵. Baste únicamente considerar los sistemas de inmatriculación que se contemplan en nuestra Ley Hipotecaria cuyos efectos, como es sabido, se suspenden durante un plazo de tiempo para el tercero hipotecario del artículo 34.

La comprensión del artículo 32 en los términos de los seguidores de la tesis dualista requiere situarlo en el plano de las excepciones a las reglas generales en la materia, y en esta línea, la excepción no puede ser otra que la de consolidar una adquisición *a non domino* en atención a los intereses que se quieren proteger con la publicidad registral, y que son sustancialmente los del que accede al Registro para la inscripción de sus derechos y los intereses del mercado que se expresan a través de la seguridad de las transmisiones.

Y en este sentido ya hemos expuesto en el apartado anterior, cómo estos intereses pueden y deben ser atendidos por el legislador con soluciones específicas, que en el caso que nos ocupa se concretan en la publicidad registral y sus efectos, que obedecen a una misma lógica interna y se justifican en igual fundamentación.

Por ello, el argumento de que en cada uno de los artículos en cuestión se resuelve un problema diferente, la doble disposición

¹⁴² Sobre el tema, las interesantes puntualizaciones de MIQUEL GONZÁLEZ, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *cit.*, pp. 45 ss.

¹⁴³ Esta es la posición de GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I y II, *cit.*, pp. 583 ss. y 251 ss., respectivamente.

¹⁴⁴ En este sentido PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, *cit.*, p. 614. PAU PEDRÓN: Cuando la inoponibilidad registral produce un efecto máximo, es decir, cuando excluye cualquier vía de oponibilidad, deja de ser en sentido estricto oponibilidad, y se convierte en eficacia constitutiva, «Esbozo de una teoría general de oponibilidad», *La publicidad, registral*, Madrid, 2001, p. 359.

¹⁴⁵ Muchos son los autores que han manifestado su opinión favorable a la implantación en nuestro Derecho de la inscripción constitutiva, una exposición reciente en JEREZ DELGADO, «Inscripción registral y desarrollo del sistema inmobiliario», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, t. III, *cit.*, pp. 917 ss.

del artículo 32, y la falta de titularidad del transmitente del artículo 34, choca de frente con la regla de que nadie puede dar lo que no tiene, de indudable valor para la vigencia del sistema de transmisión de los derechos reales. Y, como afirma Miquel González, esta regla no sólo tiene una explicación lógica, sino también un valor normativo propio¹⁴⁶.

Y a tal fin, hay que señalar frente a los que defienden la protección por el artículo 32 del tercero de mala fe que inscribe, como el principio general de la buena fe¹⁴⁷ que informa nuestro Ordenamiento impide que pueda considerarse preferente a aquél cuando lo que se pretende precisamente es consolidar una situación que se aparta de lo que es la regla general en la transmisión de los derechos, con una consecuencia tan importante como es la adquisición *a non domino*. De igual manera se debe razonar respecto del adquirente a título gratuito que se ampara en el artículo 32 Ley Hipotecaria para hacer valer su derecho frente al que adquirió a título oneroso, pues no se ajusta esta solución a la lógica del sistema, ni responde a la valoración que en nuestro Ordenamiento se hace de los intereses en juego cuando se enfrentan un titular con derecho sobre la cosa y un adquirente que trae causa de un no dueño, situación que se rige por la regla *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet*, que sólo cede ante los supuestos de adquisición *a non domino* en circunstancias muy concretas, que requieren en todo caso la adquisición a título oneroso del que pretende beneficiarse de la misma¹⁴⁸.

Así, cuando en el conflicto entra en liza un adquirente de buena fe y a título oneroso que inscribe en el Registro al que se le protege con una adquisición *a non domino*, los intereses a ponderar son los

¹⁴⁶ Su fundamento, a juicio de este autor, es el principio de autonomía privada: «La admisión del principio de autonomía privada significa la posibilidad que el Ordenamiento jurídico reconoce a las personas de regular sus intereses; como consecuencia de ese reconocimiento les atribuye el poder de decisión sobre su propio patrimonio y correlativamente se lo niega sobre el patrimonio ajeno. La regla *nemo dat quod non habet* es correlativa a la libertad del propietario para disponer de su propiedad. Por eso la adquisición *a non domino* no puede ser un principio general, porque es una derogación al principio de autonomía privada, y como tal requiere una argumentación especial», «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *cit.*, p. 47.

¹⁴⁷ Respecto a dicho principio, DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en Derecho civil español*, Barcelona, 1965; GETE-ALONSO, «Comentario al artículo 7 del Código Civil», ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, V. I, Madrid, 1992, pp. 862 ss.; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 7.1 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, t. I, Madrid, 1997, pp. 336 ss.; CORRADINI, *Il criterio de buona fede e la ciencia del diritto privato: dal Codice napoleónico al Codice civile italiano*, Milano, 1970.

¹⁴⁸ DÍEZ PICAZO, refiriéndose a este tipo de adquisición: «Lo cual ocurre, en particular, cuando su adquisición se ha realizado a través de un negocio oneroso que le ha impuesto un sacrificio patrimonial, y cuando el adquirente ha sido de buena fe», *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, *cit.*, p. 805.

que se quieren preservar con tal solución y los que están presentes en las reglas generales que rigen la transmisión de los derechos reales; en definitiva, los intereses del tercero o terceros que se quedan con el bien inmueble o derecho real, a pesar de la quiebra que se ha producido en el proceso adquisitivo del que trae causa, y los de aquél o aquellos a los que le corresponden la cosa o derecho de acuerdo con las normas civiles que regulan su transmisión.

Y en esta línea, como ya dijimos, si nos situamos en el plano material de los intereses que se enfrentan en los supuestos que se identifican con los dos terceros, el del artículo 32 y el artículo 34, podemos apreciar que existe una gran semejanza entre uno y otro, pues en definitiva nos encontramos ante dos casos de adquisición *a non domino* que se producen en virtud de un mismo fundamento, la publicidad registral, pero que, sin embargo, operan con requisitos muy diferentes, pues en el primero es suficiente la inmatriculación de la finca y en el segundo se requiere que traiga causa de un titular registral¹⁴⁹. Desde esta perspectiva es indiferente la causa por la que el tercero ve amenazado su derecho: la doble disposición de su transmitente o la anulación o resolución del derecho, pues en ambos casos nos encontramos ante una fuga del sistema que se ha de resolver con sólidos argumentos que tengan una coherencia interna. Y el argumento no es otro que los efectos del Registro en el orden civil, que entendemos no pueden operar diversificando los requisitos para lo que consideramos una misma realidad, la de adquirir *a non domino* en virtud de la inscripción registral.

Incluso, si descendemos a los casos concretos que se amparan en una y otra norma, nos encontramos que esta inicial diferencia de los supuestos de los artículos 32 y 34 se desdibujan por la doctrina cuando incluyen en el último de los artículos citados los supuestos de la doble disposición a los que se refiere el primero de ellos, de tal manera que el posterior adquirente que inscribe en el Registro está protegido por el artículo 32 y también por el 34 cuando reúne los requisitos, con lo que las diferencias se desvanecen¹⁵⁰.

¹⁴⁹ La valoración de los intereses en juego ha sido ponderada por diferentes autores, si bien con consecuencias diferentes; así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS afirma que la exigencia de la buena fe es una solución que coordina con los principios de nuestro sistema, *Derechos reales. Derecho hipotecario, cit.*, p. 615. Sobre la buena fe del tercero hipotecario, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. II, *cit.*, pp. 338 ss.

¹⁵⁰ Como afirman LACRUZ y SANCHO: «la protección al comprador diligente que inscribe y la que se presta a quien confía en el Registro no contemplan necesariamente supuestos distintos, sino que en los casos más frecuentes se solapan, se superponen», *Derecho inmobiliario registral, cit.*, p. 167. Para Díez PICAZO hay casos cubiertos simultáneamente por el artículo 32 y por el artículo 34, casos cubiertos únicamente por el artículo 32 y casos cubiertos únicamente por el 34. Los dos conceptos no son círculos concéntricos ni tampoco círculos tangentes, sino círculos secantes, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, *cit.*, p. 478.

Por las razones expuestas, entendemos que la publicidad registral, que en nuestro Ordenamiento responde a los principios de inscripción declarativa, de legalidad y exactitud del Registro, y de fe pública registral, y que no alteró las disposiciones sustantivas que rigen la transmisión de los derechos reales, sólo suministra un fundamento a la excepción de que nadie puede dar lo que no tiene: la adquisición *a non domino* ha de sustentarse en los requisitos que recoge el artículo 34 LH.

Con estos argumentos mantenemos una posición en la interpretación de los artículos 32 y 34 LH muy cercana a la llamada tesis monista.

Ahora bien, en todo caso estamos hablando de un tercero al que se le identifica con unos requisitos generales, seleccionados por el legislador para que su posición pueda ser relevante jurídicamente en los términos expuestos. Un tercero que representa a un sujeto abstracto, descomprometido o aislado de cualquier otra circunstancia o condición que no haya sido tomada en cuenta, y en el que se puede encarnar tanto una empresa como un particular que puede ser incluso un consumidor; o un adquirente de un solar, de un local comercial o de una vivienda. A todos ellos protege y ampara la Ley cuando reúnen los requisitos exigidos. Frente a este planteamiento, nos preguntamos si es posible discernir otro tipo de requisitos o circunstancias en ese tercero protegido para darle relevancia jurídica, en otros términos a como se ha hecho hasta ahora respecto a la unidad o dualidad de terceros.

En nuestra cultura jurídica¹⁵¹ las normas y las reglas que en ellas se contienen están pensadas para la generalidad de los comportamientos individuales que, normalmente, se adaptan a lo dispuesto por el Ordenamiento, de tal manera que es posible racionalmente ordenar el conjunto de relaciones sociales, mediante proposiciones generales y abstractas en torno a un sujeto desligado de cualquier situación en la que se encuentre, o de cualquier condición que le adorne. Así, se habla del transmitente o del adquirente como actores de la escena jurídica perfilada en la norma. De igual modo, se inducen principios o se definen reglas que a la par que dotan de lógica al conjunto del sistema, expresan la noción de justicia que se quiere realizar; a este proceso responden el principio de la buena fe o la regla de que nadie puede dar lo que no tiene. De esta manera procede Gordillo cuando afirma:

¹⁵¹ Unas certeras reflexiones acerca de las diferencias en este punto entre el *common law* y el *civil law* en LÓPEZ Y LÓPEZ, «Sobre epistemología y tradiciones jurídicas (a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand), *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 27, 1998, pp 475 ss.

«Tres son las bases desde las que se levanta nuestro sistema: La teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma –externa de suyo y 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»¹⁵².

Se perfila así un edificio conceptual en el que ha de encajar la realidad, tanto la que se adecua al diseño como la que se aparta del mismo; para esta última se crean figuras jurídicas a fin de reconducir los comportamientos patológicos al esquema general, evitando que éstos puedan triunfar sobre la norma, con lo que se imponen sanciones, se anulan efectos o se reparan las consecuencias negativas que estos comportamientos han producido, con lo que finalmente el sistema se impone a la propia realidad.

Ahora bien, puede ocurrir que esta lógica se quiebre en atención a concretos intereses que se quieren proteger, con lo que la conducta que se desvía de tal esquema general tiene efectos jurídicos propios. Pero en tal caso se está ante una *excepción*, aunque ésta se elabore igualmente recurriendo a la formulación de reglas generales y abstractas que representan unos intereses y unos sujetos desligados de las contingencias de la realidad concreta en la que están inmersos. Y a este planteamiento responde, por lo que aquí nos interesa, la formulación de la publicidad registral como garantía de la seguridad del tráfico jurídico, basado en la apariencia de los asientos registrales, y del tercero hipotecario que cree en esa apariencia y que resulta ser la encarnación del sujeto que debe ser protegido¹⁵³. Se elabora, así pues, una nueva categoría, la de la apariencia¹⁵⁴, en la que sustentar un conjunto de soluciones que encajen dogmáticamente, y ello se hace desde la neutralidad jurídica respecto de las situaciones concretas a las que se ha de aplicar; lo mismo ocurre con la definición del tercero protegido por el Registro, que resulta ser la formulación abstracta de un comportamiento típico, sin reparar, como antes se ha apuntado, que pueda ser una empresa inmobiliaria, o un consumidor, o que estemos ante un adquirente de una vivienda, de

¹⁵² «La peculiaridad...», *cit.*, pp. 70 y 71.

¹⁵³ Esta es la argumentación de BUSTOS PUECHE que sustenta la interpretación del artículo 32 LH, diferente al 34, en la apariencia negativa del Registro, que hay que considerarla dentro de la teoría general de la apariencia que él defiende, «El sujeto beneficiario de la protección registral», *cit.*, pp. 2593 y 2606 ss. De excepción trata también el régimen de la adquisición *a non domino* del artículo 34 LH JEREZ DELGADO, que lo justifica en la confianza en los datos publicados en el Registro, *Tradicón y Registro*, Madrid, 2004, pp. 283 ss.

¹⁵⁴ En contra de esta idea de la apariencia, PAU PEDRÓN: «El Registro no es apariencia, es verdad oficial, es publicidad oficial», «Esbozo de una teoría general de oponibilidad», *La publicidad registral*, *cit.*, p. 344.

un aparcamiento o de un local comercial, por poner algunos ejemplos. Todos han de ser considerados iguales. Si se identifica otro posible tercero, éste ha de definirse igualmente desde la neutralidad jurídica respecto a las contingencias concretas.

Pero esta manera de proceder, hija del racionalismo jurídico de la que el CC y la LH son una buena expresión¹⁵⁵, ha sido, si no desbordada, al menos cuestionada por las Constituciones sociales, de las que se puede decir que suponen el paso de la igualdad formal expresada a través de un sujeto único a la igualdad sustancial del sujeto diferenciado. Se pasa, así pues, de un Derecho de la uniformidad, típico del Estado liberal, a un *Derecho de la diversidad*; de una diversidad muy dispar, que repara en distintos sujetos que se encuentran en situación de debilidad o desventaja social, unos sujetos que se identifican precisamente por unas circunstancias o unas características contingentes, para hacerlos destinatarios de unas políticas específicas que corrijan su situación de desigualdad en el plano material: los consumidores, los enfermos, los menores de edad, las personas mayores, por poner algunos ejemplos; unos sujetos, todos ellos, a los que se les reconoce como atributos jurídicos los derechos sociales, que reflejan el compromiso de los poderes públicos con el disfrute real de unos bienes que se consideran imprescindibles para la realización del principio constitucional básico de la dignidad de la persona, entre los que se encuentra, sin duda, la vivienda.

En este nuevo marco nos encontramos que la publicidad registral se desenvuelve entre la protección de los intereses que en su momento justificaron su creación y estas nuevas realidades jurídicas que deben ser atendidas.

La protección del tercero hipotecario en un sistema de fe pública registral como el nuestro, es una buena solución cuando el conflicto se plantea entre sujetos indiferenciados, pero puede ser cuestionable ante determinados sujetos que gozan de un amparo constitucional.

6. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LOS SUJETOS DIFERENCIADOS DEL ESTADO SOCIAL

El sujeto diferenciado del Estado social no responde a situaciones de privilegio en las que se puedan encontrar las personas por su

¹⁵⁵ Para GARCÍA-PELAYO, una característica del orden político liberal era que «El Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación. Tal racionalidad se expresa capitalmente en leyes abstractas...», *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., p. 21.

posición en una determinada estructura social, política o económica, que nos haría recordar a una sociedad, la estamental, que fue superada históricamente por el principio de igualdad formal que impuso el cambio revolucionario burgués, incompatible con la existencia de distintas clases de ciudadanos; de ahí, la formulación de los derechos y los deberes a través de reglas abstractas y generales referidas a un único sujeto de derecho, que antes hemos referido. Su existencia, por el contrario, responde a un fundamento muy diferente, pues tiene que ver precisamente con la igualdad, pero con la igualdad sustancial de los individuos como exigencia del Estado social, y presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales¹⁵⁶; se entiende pues que no es posible la realización efectiva de las libertades democráticas si los ciudadanos no tienen resueltas sus necesidades vitales, si en la realidad de los hechos no cuentan con los medios necesarios para atender su sustento y pervivencia¹⁵⁷.

Ello coloca la relación del Estado con los ciudadanos en un escenario muy diferente a aquél en el que se había desenvuelto el modelo liberal, pues se le impone a los poderes públicos la obligación de intervenir en el orden social a fin de corregir, o al menos mitigar, las situaciones de desigualdad que genera el sistema económico capitalista¹⁵⁸, asumiendo, incluso, la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los mismos las prestaciones y servicios adecuados para subvenir a dichas necesidades vitales¹⁵⁹.

Esta última dimensión del Estado social se ha cristalizado en la constitucionalización de un conjunto de derechos que han merecido la calificación de sociales, y que tienen que ver con el disfrute

¹⁵⁶ GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., p. 26. También, PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, pp. 9 ss.

¹⁵⁷ La categorización de los distintos derechos fundamentales en derechos civiles y políticos y derechos sociales, o a través de otras expresiones como los de primera, segunda y tercera generación, está hoy superada por un importante sector doctrinal, posición a la que me adhiero, pues no se puede desconocer la influencia que los llamados derechos sociales tienen en el efectivo disfrute de los otros derechos fundamentales; una exposición de las distintas teorías al respecto la podemos encontrar en GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social*, cit., pp. 74 ss. También en TORRES DEL MORAL, «Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales», en Balaguer Callejón (editor), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, pp. 479 ss.

¹⁵⁸ GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 21 ss. TORRES DEL MORAL, refiriéndose al conjunto de los derechos fundamentales, afirma que todos contienen un mandato a los poderes públicos: «Se trata de una política de prestación, de promoción, de búsqueda de la eficiencia, de optimización de los derechos; de una tarea política positiva que busca crear la realidad y no meramente respetarla», «Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales», cit., p. 523.

¹⁵⁹ Es decir, velar por lo que la doctrina alemana ha calificado de «procura existencial (*Daseinvorsorge*)», PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 5.ª ed. Madrid, 1993, p. 193.

de unos bienes que se consideran esenciales, como la salud, la educación, la vivienda, entre otros ¹⁶⁰.

Esta preocupación por la persona ha propiciado que por parte de los poderes públicos se entre a discernir algunas de las situaciones en las que se puede encontrar, para hacerla destinataria de políticas específicas de atención a sus necesidades o destinadas a corregir su posición de desventaja social, es decir, de desigualdad real en la que se encuentra ¹⁶¹.

En el plano normativo el tratamiento diferenciado de una categoría de personas se ha traducido en la elaboración de regímenes jurídicos específicos que vienen a quebrar la uniformidad de soluciones elaboradas para el sujeto único, que resulta ser la encarnación abstracta de la aplicación de la igualdad formal, fundamento indiscutible del Estado democrático; en todo caso, la aplicación de los postulados en los que se asienta el Estado social no está exenta de dificultades, pues se encuentra atrapada por dos principios cuyo desenvolvimiento puede ser contradictorio: el de la igualdad formal, antes aludido, que exige un mismo tratamiento jurídico a todas las personas –son sus manifestaciones la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley– y el de la igualdad sustancial, que requiere para su efectiva realización tener en cuenta la diferen-

¹⁶⁰ GONZÁLEZ MORENO, tras estudiar las distintas teorías acerca de la naturaleza de los derechos sociales, concluye afirmando la imposibilidad de elaborar una construcción dogmática unitaria desde el punto de vista de su estructura jurídica como derechos en sentido estricto, *El estado social*, *cit.*, pp. 123 ss. En este sentido ya se había pronunciado CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, pp. 29 ss. y 47 ss. Por su parte, GALLEGO MÉNDEZ nos dice que el ejercicio de los derechos sociales procura la igualdad real y plena de las personas, «Se relacionan con la legitimidad contemporánea. Y constituyen un problema muy complejo, no resuelto. De una parte el Estado ha de garantizar derechos sociales y económicos que, en definitiva, están orientados al logro de la igualdad, pero son derechos distintos a los tradicionales derechos civiles y políticos, y la garantía de los primeros (trabajo, huelga, vivienda) puede colisionar con la garantía de los segundos (propiedad privada e igualdad ante la ley)», «Estado social y crisis del Estado», *cit.*, p. 122. Sobre el tema también PORRAS RAMÍREZ, «Caracterización y garantías de los derechos de prestación en el Estado constitucional», en Balaguer Callejón (editor), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, pp. 659 ss.; AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, coordinadores, *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, 2002, pp. 96 ss. Para CRUZ VILLALÓN, los derechos sociales son garantías institucionales en el sentido que tiene este concepto en el Derecho constitucional, «Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía», en Cámara Villar y Cano Bueso (coor.), *Estudios sobre el Estado social*, *cit.*, p. 103.

¹⁶¹ Como afirma PORRAS RAMÍREZ: «Se es, pues, consciente de que el logro de un orden social mínimamente justo, en el que se haga realidad el propósito constitucional, enunciado en el Preámbulo, de asegurar a todos una “digna calidad de vida”, no se alcanza de manera espontánea, con el mero ejercicio individual de los derechos de libertad, bajo la observante tutela del Estado. Éste debe, pues, responsabilizarse de que los derechos, acordes con el modelo político y social que ha dispuesto la Constitución, puedan llegar a ser ejercidos por aquellos que no se encuentran, inicialmente, en situación de acceder a los bienes y servicios que presuponen», «Caracterización y garantías de los derechos de prestación en el Estado constitucional», *cit.*, p. 662.

te situación social en la que se pueden encontrar las personas, para depararles una atención específica. Ni que decir tiene que en esta dialéctica de la igualdad formal y la sustancial tiene más vigor la primera, como presente está el Estado liberal ¹⁶².

En el ámbito del Derecho civil, este fenómeno ha sido descrito por López y López: «La desigual consideración de los sujetos privados en función de su real posición social, tenía que dar lugar a una legislación de clase o categoría. Y ello abocaba, como es consecuente, a una fragmentación normativa que no solo tiene una vertiente externa o cuantitativa, sino que porta en sí una fragmentación del sujeto, que empieza a comparecer en diferenciados roles, los que la existencia concreta le arroja a representar: trabajador, empresario, propietario, consumidor, arrendatario, menor. De esta manera la legislación de clase o categoría se convierte en el epifenómeno significativo, en la apariencia exterior de la nueva era del Derecho civil» ¹⁶³.

Así tenemos que lo que surge a impulsos de las Constituciones sociales, como antes se ha dicho, es el *Derecho de la diversidad*: aquél que diferencia al trabajador, al arrendatario, o al consumidor, pero también el que tiene en cuenta a la mujer, al discapacitado, al niño o al adolescente, e, incluso, al que contempla a la persona como demandante del derecho a la educación, a la salud, o a una vivienda digna, por poner algunos ejemplos ¹⁶⁴.

Ocurre, en consecuencia, que la uniformidad de regímenes jurídicos y la generalidad de las soluciones, garantes de la igualdad formal, se quiebran con la proliferación de tratamientos jurídicos diferenciados que reparan en distintos sujetos de derecho, pero también en determinados bienes destinados a satisfacer las necesidades vitales de las personas, y que están contemplados en la Constitución; son los derechos sociales que tienden a realizar la igualdad sustancial.

Centrándonos ya en la cuestión que más directamente nos concierne, nos planteamos la trascendencia que para el régimen de publicidad registral inmobiliaria tienen estos sujetos diferenciados de la Constitución social, si bien debemos señalar que no se preten-

¹⁶² Como dice LÓPEZ Y LÓPEZ, «el núcleo jurídico duro del principio de igualdad en las Constituciones del Estado Social, lo constituye la igualdad *en y ante la ley*, la prohibición de discriminaciones; la igualdad sustancial es un concepto mucho más débil, en su operatividad jurídica», «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», *cit.*, p. 433.

¹⁶³ «Estado social y sujeto privado. Una reflexión finisecular», *cit.*, p. 457.

¹⁶⁴ BOBBIO describe este proceso como el paso del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea en la especificidad de sus diversos *status* sociales, en relación a distintos criterios de diferenciación, *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, pp. 115 ss.

de ahora concretar todas las posibilidades que el tema propuesto sugiere, pues entendemos que son tantas sus implicaciones que desbordarían el objeto de este trabajo: apuntar una línea de interpretación y aplicación de las disposiciones del Registro más respetuosa con nuestra Constitución.

Y en este punto nuestra atención se centra inicialmente en el consumidor. Respecto de él puede ser discutible que nos encontremos ante una categoría o clase de personas que encarna un sujeto diferenciado, pues en definitiva la posición que éste representa abarca a la generalidad de las personas que en cualquier momento se pueden encontrar realizando actos o negocios de los calificados de consumo, por lo que bien podría identificarse con la del ciudadano en la sociedad del consumo¹⁶⁵. No obstante, es cierto que existe un conjunto normativo o, al menos, un conjunto de leyes que atienden a la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor para elaborar regímenes jurídicos diferenciados de las reglas generales en la materia, con una clara finalidad de protección, que tienen su fundamento en el artículo 51 CE, cuando afirma que «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios».

Estas disposiciones afectan también al régimen de la publicidad registral. Ello es evidente cuando hay una mención expresa en este sentido, como ocurre en el artículo 10.6 LGDCU en el que se afirma: «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales»¹⁶⁶; o el artículo 6 de la Ley Aprov. Inm., que impone al registrador la obligación de comprobar si en los estatutos hay apartados o artículos que impongan a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno alguna obligación o

¹⁶⁵ Ello explica en cierta medida que la noción jurídica de consumidor no tenga un significado unívoco, pues depende en cada caso del nivel de protección que se quiera deparar al ciudadano frente a los intereses de la empresa en los diferentes sectores económicos. Una exposición reciente sobre las diferentes concepciones de consumidor en CARRASCO PERERA (director), *El Derecho de consumo en España: Presente y futuro*, Madrid, 2002, pp. 21 ss.; LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2003, pp. 57 ss.; FERNÁNDEZ GIMENO, en Reyes López (coordinadora), *Derecho privado de consumo*, Valencia, 2005, pp. 95 ss.

¹⁶⁶ En el segundo inciso se establece que «Los notarios, los Corredores de Comercio, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia».

limitación en contra de la Ley, debiendo en tal caso suspender la inscripción ¹⁶⁷.

Ahora bien, cuando no existe una norma que expresamente vincule al registrador en la calificación registral, entendemos que la finalidad de protección que ha impulsado la normativa de consumo no puede ser ajena al funcionamiento de la publicidad inmobiliaria. Por ello suscribimos plenamente las palabras de García García ¹⁶⁸ cuando afirma que «Todo el Registro de la Propiedad y la Ley Hipotecaria, en sus diferentes procedimientos, está inmerso en esta función de protección de los consumidores, no sólo por la vía de la claridad de los asientos, sino también por las garantías del procedimiento registral y por la protección que se le da a los consumidores a través de la calificación registral»; de ello deducimos que el registrador, a pesar de la literalidad del mencionado artículo, debe entrar a valorar conforme a la legislación vigente la licitud de las cláusulas de un contrato en el que participe un consumidor a fin de decidir sobre su inscripción.

Refiriéndonos específicamente a la materia que más directamente nos ha ocupado en este trabajo, cual es la protección del tercero registral, nos planteamos cómo afecta a ese tercero otro sujeto diferenciado, que concretamos en aquél cuya posición jurídica respecto a un bien inmueble inscrito tiene como finalidad realizar su derecho constitucional a una vivienda, reconocido en el artículo 47 CE cuando afirma que «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

De entrada, se debe señalar que, a diferencia de otros preceptos sobre los principios rectores de la política social y económica, en el 47 se reconoce la existencia de un derecho ¹⁶⁹, con lo que parece que la necesidad de la que se trata, la de una vivienda, se cualifica en el plano constitucional hasta tal punto que su reconocimiento no se vincula exclusivamente a la acción de los poderes públicos ¹⁷⁰,

¹⁶⁷ La Ley de Ordenación de la Edificación establece en su artículo 20 que no se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones sometidas al régimen de la Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a las que se refiere el artículo 19 del mismo texto legal.

¹⁶⁸ «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *cit.*, pp. 348 ss.

¹⁶⁹ Sólo tres artículos que regulan los principios rectores reconocen expresamente un derecho: artículo 43, el derecho a la protección de la salud; artículo 45, derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, y artículo 47 que es objeto de comentario.

¹⁷⁰ BASSOLS COMA señala algunas intervenciones de los poderes públicos que él considera comunes y genéricas: normativa para diseño, calidad y seguridad de las construcciones; transparencia en el mercado de la vivienda y protección de los usuarios, régi-

sino que se hace extensivo a todas las personas, que pueden realizar tal derecho a través de diferentes vías. Sin embargo, en la doctrina¹⁷¹ ha primado la perspectiva prestacional del derecho a la vivienda que lo vincula a las clases sociales más necesitadas de la acción de los poderes públicos, para hacer efectiva la igualdad sustancial respecto a este bien.

Pero ello no debe suponer que la protección constitucional se limite exclusivamente a determinados colectivos, y se concrete necesariamente a través de las políticas públicas de promoción de este derecho; como hemos dicho, éste pertenece a todos, y su realización afecta igualmente a todos los particulares¹⁷².

Así, cuando los poderes públicos asumen su protección, pueden utilizar diversas vías, y recurrir a instrumentos jurídicos propios del Derecho público, o del Derecho privado, tal cual ha acontecido con la normativa de los arrendamientos en la LAU. Como se dice en su EM: «La finalidad última que persigue la reforma es la de coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»¹⁷³.

Y precisamente este reconocimiento nos coloca ante un sujeto diferenciado, como es el arrendatario de vivienda, al que se le hace destinatario de un conjunto de soluciones que tienden a preservar su posición durante un tiempo determinado. Y a este arrendatario se le protege incluso frente al tercero hipotecario, pues en la ponderación de intereses que hace el legislador se considera prioritaria la

men jurídico del uso de la vivienda; fiscalidad general de la vivienda; articulación del régimen de financiación, crédito y mercado hipotecario...». «Comentario al artículo 47 de la Constitución española», Alzaga Villaamil (editor), *Comentarios a la Constitución española*, t. IV, Madrid, 1999, p. 319.

¹⁷¹ Un estudio de este derecho desde la disciplina urbanística, en JIMÉNEZ BLANCO, «El derecho a una vivienda digna y adecuada», *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, cit., pp. 1711 ss. Una visión de este derecho desde las inversiones públicas, en DÍEZ MORENO, *El Estado Social*, cit., pp. 263 ss. Por su parte, AGOUES MENDIZÁBAL analiza este derecho en las transmisiones entre particulares de las viviendas de protección social, «La función social de la vivienda frente a los intereses entre particulares», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1998, núm. 51, pp. 9 ss.

¹⁷² Como nos dice BASSOLS COMA, la vivienda es una necesidad social común a todos los ciudadanos, «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Urbanístico*, 1983, p. 18.

¹⁷³ La exigencia constitucional sobre el derecho a una vivienda unida a la protección de la familia justifican igualmente las normas del CC sobre la vivienda familiar. La STC 222/1992, de 11 de diciembre, recurre a estas normas, entre otros preceptos constitucionales, para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 58 de la anterior LAU, un comentario en GARRIDO, «El valor constitucional de los principios rectores (Comentario a la STC 222/1992, de 11 de diciembre)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1994, núm. 40, pp. 215 ss.

realización del derecho a la vivienda frente a los intereses de dicho tercero y los generales del mercado presentes en el sistema de publicidad registral. Así se dispone que «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 Ley Hipotecaria» (art. 14), solución que contrasta con la que se establece en el artículo 29 del mismo texto legal, respecto de los arrendamientos para un uso distinto del de vivienda, pues en caso de enajenación de la finca a un tercero que reúne los requisitos del mencionado artículo 34, no se produce la subrogación en los derechos y obligaciones del arrendador.

Resulta de lo anterior que la seguridad del mercado, que se ha visto como un trasunto del principio de seguridad jurídica, y que constituye el fundamento último de un sistema de publicidad registral que consolida adquisiciones *a non domino* cuando concurren determinados requisitos, no se ve alterada de manera sustancial con esta solución legal, ya que las figuras y soluciones que la soportan se mantienen con carácter general, como no podía ser menos en un Estado que apuesta por el tipo de relaciones económicas típicas de la economía de mercado. Desde esta perspectiva podemos afirmar que siguen teniendo plena vigencia los postulados en los que se asienta nuestro modelo de publicidad registral, y que el tercero hipotecario expresa la igualdad formal en la que se asienta el sistema. Ahora bien, ello no significa que consideremos a la seguridad del mercado como una superestructura que se impone al diseño constitucional de las relaciones económicas, de tal manera que pueda desconocer a otros sujetos diferenciados cuando han sido amparados por la Constitución. Con este razonamiento no se trata pues de iniciar sin más un proceso de deconstrucción del sujeto abstracto para diluirlo en una diversidad de realidades contingentes, marcadas por las circunstancias concretas en las que se puedan encontrar las personas, y proceder a partir de ahí a una ponderación *ad hoc* de los intereses en juego, si no de admitir que las propuestas generales pueden y deben ceder ante unas concretas necesidades cuya satisfacción ha sido asumida en el plano constitucional en forma de compromiso de los poderes públicos, tal como ocurre con la vivienda.

Ello es evidente cuando existe un desarrollo normativo de las disposiciones constitucionales sobre tal derecho, pero nos podemos plantear la identificación de estos sujetos diferenciados en atención a un bien que ha sido protegido constitucionalmente, sin necesidad de que una norma expresamente lo disponga. En defini-

tiva, lo que nos estamos planteando es la eficacia de la Constitución social sobre el resto del Ordenamiento jurídico y, más concretamente, la virtualidad de los derechos sociales.

Como es sabido, los derechos sociales no gozan en el plano constitucional del mismo grado de eficacia que los demás derechos fundamentales; aquéllos se encuentran entre los principios rectores de la política social y económica que requieren de la intermediación legislativa para poder fundamentar una pretensión judicial de los particulares¹⁷⁴. Los derechos sociales, se dice, son diferentes a los tradicionales derechos y libertades fundamentales que garantizan espacios de inmunidad frente a la acción del Estado, pues tienen un contenido prestacional que requieren de la acción de los poderes públicos para su satisfacción, por lo que se denominan también derechos de prestación¹⁷⁵. Y está en la libre decisión del legislador optar por el remedio que estime más adecuado para su realización, incluso, determinar el nivel de atención que estos dere-

¹⁷⁴ La posición dominante en la materia la expresa PORRAS RAMÍREZ cuando afirma: «Y en un Estado de Derecho, basado en la división de poderes, el juez no puede reemplazar al legislador, usurpando el ámbito político en el que debe formarse la voluntad parlamentaria, reflejo de un orden democrático, pluralista y abierto, para determinar en sus resoluciones, dictadas en ejecución directa de las Constituciones las potencialmente muy distintas posibilidades y condiciones de ejercicio de, valgan los ejemplos, los autodenominados derechos a la protección de la salud (art. 43 CE), de acceso a la cultura (art. 44 CE), al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45 CE), o al goce de una vivienda digna (art. 47 CE)», «Caracterización y garantías de los derechos de prestación en el Estado constitucional», *cit.*, p. 665. Tesis que repite para la vivienda, GARCÍA MACHO, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, 1982. Por su parte, GARRONEA MORALES defiende que tales principios o derechos pueden fundamentar pretensiones jurídicas ante los Tribunales siempre que concurren otros preceptos, con el fin de fijar su auténtico sentido y alcance, como los artículos 14 y el 9.2, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *cit.*, pp. 102 y 103. Por su parte, GOMES CANOTIHO estima que las objeciones a la eficacia inmediata de los derechos sociales se basan en una conjetura que se debe refutar: la de que las *posiciones jurídico-prestacionales* se reducen a un tipo de situación jurídica regulada por normas indeterminadas, vagas, injustificables, no accionables y en último término no vinculantes, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, p. 249.

¹⁷⁵ En el tratamiento de los derechos sociales, y más concretamente en el de la vivienda, prima su dimensión prestacional por los poderes públicos; BASSOLS COMA afirma que el moderno constitucionalismo atiende fundamentalmente a la dimensión social de la vivienda y a su consideración de necesidad de índole colectiva, frente a la cual el Estado no puede mantenerse indiferente y seguir pretendiendo que los ciudadanos deban, con carácter absoluto, autosatisfacer sus necesidades de vivienda conforme a sus posibilidades económicas en el mercado, «Comentario al artículo 47 de la Constitución», *cit.*, p. 308; y MUÑOZ CASTILLO, para el que el artículo 47 garantiza con carácter mínimo que los poderes públicos promuevan las condiciones y la normativa pertinente para hacer efectivo el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, *El derecho a una vivienda digna y adecuada*, Madrid, 2000, p. 75.

Se ha afirmado, sin embargo, que aunque en la construcción habitual de esta figura aparece el Estado *a parte debitori* de la relación jurídica que vincula a los destinatarios obligados por la misma, lo cierto es que también los terceros particulares pueden venir afectados por esta situación, CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, *cit.*, p. 67.

chos merecen. Sólo son exigibles ante los Tribunales, pues, cuando exista esa determinación legal y en los términos que se establezca. Si bien, como sostiene Ferrajoli, la razón de esta propuesta está en la imposibilidad de formalizar y ritualizar las prestaciones públicas que estos derechos satisfacen, así como los procedimientos dirigidos a obtener su cumplimiento, y como continúa el mismo autor, se trata «de uno de los posibles resultados del uso de la teoría de los derechos en función legislativa: la existencia de derechos resulta en este caso denegada en virtud de una definición implícita que los identifica con una determinada técnica de garantía idónea para procurar su satisfacción y cuya falta, en vez de ser registrada como una laguna que el Ordenamiento tiene el deber jurídico de llenar, se supone inevitable y se confunde con la ausencia de los derechos mismos»¹⁷⁶.

Sin entrar ahora a valorar las distintas posiciones sobre este extremo, parece cierto, sin embargo, que la sujeción a las normas constitucionales que contienen los derechos no se puede reducir exclusivamente a su dimensión legal, pues como dispone el artículo 53.3 CE: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Una vinculación que se puede realizar a través, como se ha dicho, de la actividad normativa, y también mediante la práctica judicial, interpretando el Ordenamiento conforme a estos preceptos constitucionales¹⁷⁷.

A los Tribunales de justicia cuando se enfrenten a conflictos en los que están involucrados derechos sociales reconocidos en la Constitución, les corresponde resolverlos de acuerdo con el Ordenamiento, es decir, con lo que disponga la norma aplicable, pero interpretada conforme a los principios constitucionales, señalada-

¹⁷⁶ *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., p. 108.

¹⁷⁷ Hay que tener en cuenta que los derechos del capítulo III son también derechos constitucionales y gozan, por tanto, de las garantías comunes a todos los derechos constitucionales: la protección que supone la existencia de un TC con capacidad para enjuiciar la conformidad de las leyes con los preceptos constitucionales; la vinculación de todos los jueces y tribunales a los derechos y libertades constitucionales, y, en especial, realizar una interpretación de las normas *infra*constitucionales favorable siempre a los derechos constitucionales; la institución del Defensor del Pueblo y la del Ministerio Fiscal, BALAGUER CALLEJÓN, «El Estado social y democrático de Derecho», cit., p. 104. Sobre la protección constitucional de estos derechos, CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., pp. 79 ss. Como dice FERRAJOLI, la incorporación de los derechos fundamentales, entre los que están los derechos sociales, en el nivel constitucional, «cambia la relación entre y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos», *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., p. 26.

mente, por lo que aquí interesa, el que recoge el mencionado artículo 47 CE. No se trata, como dice Predieri, de consagrar un «uso alternativo» de los poderes del aparato judicial, sino de reconocer que los principios rectores son inmediatamente operativos¹⁷⁸. Como se ha afirmado¹⁷⁹, «el juez ordinario ha de hacer necesaria aplicación de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución, como de todos sus demás preceptos, en ejercicio de la función judicial».

Con este razonamiento puede parecer que lo que lo que en definitiva se pretende es la eficacia horizontal de los derechos sociales, en parecidos términos a como se ha abordado para los derechos fundamentales; e incluso que estamos utilizando el recurso a la conocida finta alemana para sortear, como ha ocurrido con estos últimos, el obstáculo que para la eficacia directa de los derechos sociales supone el artículo 53.3 CE. Sin embargo, no es éste el planteamiento que pretendemos. En primer lugar porque la *Drittwirkung der Grundrechte*¹⁸⁰ se ha estudiado preferentemente desde la perspectiva de la competencia del TC para conocer en amparo de las violaciones a los derechos fundamentales (los reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.1 CE) por los particulares¹⁸¹ –posibilidad que en el caso de España chocaba de frente con el artículo 53.1 CE y los artículos 41.2 y 44 LOTC; de ahí que por parte del TC y de la doctrina se hayan mantenido posiciones muy restrictivas que a todo lo más han llegado a admitir *mittebalre*

¹⁷⁸ «Es sistema de las fuentes del Derecho», en PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, editores, *Estudio sistemático de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, p. 182. Incluso se ha defendido una tutela judicial ordinaria de aquellos preceptos constitucionales dotados de operatividad inmediata para las relaciones jurídicas entre particulares, CASCAJO CASTRO, *La tutela de los derechos sociales*, cit., p. 90. Por su parte, FERRAJOLI entiende que la constitucionalización de los derechos sociales no sólo vincula al legislador, sino que alcanza también a la jurisprudencia ordinaria y sobre todo a la del Tribunal Supremo, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., p. 109.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social*, cit., p. 61.

¹⁸⁰ Como es sabido, con esta tesis se quiere superar la formulación unidimensional de los derechos sociales, del individuo frente al Estado, extendiendo su ámbito de influencia a las relaciones entre los particulares, si bien para CRUZ VILLALÓN, más antiguo que los derechos fundamentales –es decir, como derechos de los individuos frente al Estado– es la *Drittwirkung*, es decir, la garantía de los derechos fundamentales frente a los particulares a través y por medio del Estado, «Derechos fundamentales y Derecho privado», *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, pp. 217 ss. Sobre el tema, HABERLÉ, «Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1999, pp. 21 ss. Una exposición de la elaboración doctrinal de la *Drittwirkung* en Alemania y su aplicación por el Tribunal Constitucional federal en GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, pp. 19 ss. y 44 ss.

¹⁸¹ Esta limitación la han puesto de manifiesto GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO en la exposición que hacen del Derecho alemán como de la doctrina y jurisprudencia española, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 29 ss.

*Drittwirkung*¹⁸²—, lo que no es posible en el caso de los derechos sociales que, como es sabido, tienen vedado este recurso. Y en segundo lugar, porque cuando la cuestión se ha planteado en el plano material de la realización efectiva de los derechos¹⁸³, se han opuesto, de un lado, los derechos fundamentales que se quieren proteger, en sustancia la libertad y la igualdad, y, de otro lado, el principio de autonomía de la voluntad de los actores privados de las relaciones de producción e intercambio de los bienes¹⁸⁴, que tiene también un fundamento constitucional¹⁸⁵, de tal manera que

¹⁸² Como es sabido, estos términos expresan una eficacia indirecta de los derechos fundamentales que concreta su violación, no en el acto del particular, sino en el juez que no ha aplicado la norma conforme al imperativo constitucional, es decir, no ha procedido al restablecimiento del derecho violado, con lo que se consagra una vía de revisión por parte del TC de las resoluciones de los jueces cuando resuelven conflictos entre particulares; para su fundamentación se ha recurrido en algún caso a las cláusulas generales que se contienen en el CC (orden público, moral o buenas costumbres, entre otras) para dar cabida a los derechos fundamentales como límites a la autonomía de la voluntad. Una exposición de la doctrina del TC español en GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 59 ss.; más reciente, BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1997, pp. 383 ss. Sin embargo, también se han mantenido en nuestro país posiciones más cercanas a lo que se conoce como *unmittelbare Drittwirkung*, es decir, la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, así, DE VEGA GARCÍA cuando afirma: «la lógica jurídica más elemental debe imponer, por tanto, junto al reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, la admisión de la eficacia horizontal del recurso de amparo como garantía jurídica y mecanismo protector de los mismos. La apelación a la *Drittwirkung* indirecta o el reconocimiento de significado objetivo y el vigor expansivo de los derechos fundamentales, defendido por la *Werttheorie* o teoría de los valores, y asumido por el propio Tribunal Constitucional de Alemania, no pasarían de ser meros subterfugios, más o menos ingeniosos, para eludir el obligado reconocimiento y la asunción doctrinal de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales ante los particulares», «En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales», *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, V. I, Madrid, 1997, p. 341; en la misma línea se han manifestado, FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos humanos*, Madrid, 1994, pp. 313 ss, y BILBAO UBILLOS, en la obra ya citada, pp. 325 ss. En Derecho civil, ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, pp. 176 ss.

¹⁸³ Tal es la línea que sigue ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, 1993, pp. 93 ss.

¹⁸⁴ «No conviene perder de vista que la autonomía de la voluntad es plasmación (como los derechos fundamentales) de un principio general de libertad que la Constitución, como es obvio, no ha podido sino reforzar», si bien advierten que la *Drittwirkung der Grundrechte* y limitaciones a la autonomía de la voluntad no son lo mismo, GARCÍA TORRES, JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 14. Sobre el tema, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», cit., pp. 155 ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Principio de igualdad y Derecho privado», *ADC*, 1990, pp. 408 ss.

¹⁸⁵ Aunque también se ha suscitado esta cuestión respecto al comportamiento de las asociaciones en el ejercicio de su libertad para decidir los criterios que rigen su funcionamiento, esencialmente aquellos que se refieren a las condiciones que deben reunir los asociados respecto del principio de igualdad, sobre el tema J. FERRER I RIBA y Salvador CODERCH, «Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*», Salvador Coderch (coor.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, pp. 55 ss.

el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se ha abordado desde la perspectiva de la libertad de contratar y los límites que se le pueden imponer, habida cuenta de que aquella está igualmente garantizada por la Constitución. La tesis mayoritaria sobre este extremo la resume García Rubio: «En las relaciones estrictamente privadas... únicamente cuando las violaciones a los derechos y principios fundamentales sean de tal entidad que constituyan discriminaciones insoportables por implicar renunciaciones inadmisibles a sus derechos por parte del sujeto afectado o tocar a su dignidad como persona (es decir, contraria al “orden público constitucional” en los términos de la STC 108/1989, de 8 de junio) habrá de ceder aquel principio de libertad»¹⁸⁶.

Como se ha dicho, este trabajo no se sitúa en el escenario de la libertad contractual *versus* derechos sociales, lo que podría suponer una extensión a estos supuestos de la doctrina de la *Drittwirkung*, sino en el plano de la virtualidad de los principios rectores de la política social y económica para conformar el Ordenamiento jurídico, no sólo como legitimación al legislador para aprobar determinadas normas que intervengan en las relaciones del mercado, sino en su capacidad de influencia sobre la norma vigente, cuya interpretación y aplicación se ha de acomodar a las exigencias constitucionales. Ahora bien, no cabe la duda de que cuando se hace referencia al Derecho privado se está aludiendo a relaciones entre los particulares, en consecuencia, lo que del mismo se diga incide directamente sobre estos últimos¹⁸⁷, pero esta eficacia general de la norma privada no se debe identificar con las limitaciones que se puedan imponer a la autonomía de la voluntad de los actores del mercado en virtud de la doctrina de la *Drittwirkung*.

Nos desenvolvemos pues en el ámbito de la aplicación de la norma dada, en el que el intérprete ha de adecuar las disposiciones legales a los principios constitucionales, señaladamente, por lo que aquí nos interesa, aquellos que reflejan el modelo social de Estado

¹⁸⁶ «La eficacia “inter privados” (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales», *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, La Coruña, 2002, pp. 312 y 313. En este tema es imprescindible la obra de ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *cit.*, pp.; también, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Principio de igualdad y Derecho privado», *cit.*, pp. 412 ss.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», *Teoría y realidad constitucional*, 1999, pp. 193 ss.

¹⁸⁷ Este planteamiento más general también está presente en el trabajo de GARCÍA RUBIO cuando aborda, por ejemplo, la nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa del Registro civil que amparaba la ocultación de los datos de la filiación materna, cuestión resuelta por la STS de 21 de septiembre de 1999, «La eficacia “inter privados” (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales», *cit.*, p. 297.

y que especifican sujetos diferenciados que deben ser objeto de atención por parte de los poderes públicos. Las consecuencias pueden ser muchas, y no las podemos abordar en este momento, por lo que nos centraremos en lo que creemos es un supuesto altamente significativo de cuanto se ha dicho. Nos referimos al conflicto que surge en torno al tercero hipotecario cuando lo que está en liza es la titularidad de un bien inmueble que está llamado a resolver el derecho a la vivienda de uno de los actores. En tal caso nos planteamos si se debe entrar a discernir las situaciones en las que se pueden encontrar los sujetos indiferenciados protagonistas de dicho conflicto, de tal modo que deba valorarse con distinto criterio la protección que se le ha de deparar a aquél que destina tal bien a vivienda respecto de otro para el que el inmueble no cumple tal finalidad; sobre todo, si este último es una empresa que ha adquirido el inmueble mediante contrato o ejecución judicial a la sociedad promotora o constructora de las viviendas, de tal modo que los adquirentes de los pisos que no han accedido aún al Registro se ven sorprendidos con el hecho de que un tercero deviene propietario de los mismos por cumplir los requisitos expresados en el artículo 34 LH. Así, en el caso en el que el enfrentamiento se dé entre aquellos que creen que tales viviendas les pertenecen y los del tercero, que argumenta a su favor los efectos de la publicidad registral, se han de ponderar los intereses en juego, y parece que los que están presentes en el tercero hipotecario deben ceder a los que han de satisfacer su necesidad básica de contar con una vivienda.

En este supuesto la realización del derecho a una vivienda no depende de la decisión de los poderes públicos, que pueden elegir un medio u otro, como ha acontecido con la regulación de los arrendamientos urbanos, o con las políticas públicas de promoción de viviendas, de tal manera que el particular ha de acomodar su comportamiento y, sobre todo, ha de fundar su pretensión judicial en lo dispuesto en las normas reguladoras de tales supuestos. Tampoco se trata de imponer límites a la autonomía de las empresas dedicadas a la construcción y comercialización de estos inmuebles para que puedan acceder a ellos las personas que tienen tal necesidad. Aquí nos encontramos con que el adquirente que puede ser desposeído en su derecho en virtud del juego de los principios de la publicidad registral ya ha realizado su derecho a contar con una vivienda, y lo ha hecho mediante los actos necesarios para su adquisición, respetando las reglas de juego que se sustentan en la autonomía de la voluntad. Y parece que en tal caso se ha de considerar preferente su posición jurídica. Se trata, en consecuencia, de entender que los intereses generales del mercado representados en

la seguridad y certeza de las transacciones para aquellos que confían en el Registro, y que tienen en el principio de la fe pública registral su máxima expresión en el tema que tratamos, merecen también hoy su protección, pero, sin embargo, han de ceder a unos concretos requerimientos de la Constitución, señaladamente aquellos que expresan los valores del Estado social.

Como se ha dicho, en este trabajo se pretende apuntar una línea de interpretación y aplicación del Derecho que sea coherente con los valores, principios y derechos que se contienen en nuestro texto constitucional, por lo que la idea expuesta merece un tratamiento más pormenorizado que se hará en sucesivos trabajos.