

Breves reflexiones sobre las adquisiciones *a non domino* de inmuebles en el Ordenamiento alemán

DRA. CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Profesora Titular
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. *Preliminares.*—2. *Regulación de las adquisiciones a non domino en el Derecho alemán.*—3. *Acuerdo e inscripción, requisitos de la mutación jurídico-real: excepciones.*—4. *A propósito de la publicidad registral germánica.*—5. *Función real de la publicidad: crisis de la abstracción e inscripción constitutiva:* 5.1 Breve alusión a la crisis del principio de abstracción; 5.2 Un sistema puro de publicidad.—6. *Adquisición de un no titular en el Derecho alemán: presunción de veracidad del Registro de la Propiedad.*—7. *La protección de la buena fe como adquisición a non domino.*—8. *Realidades comparadas.*—9. *Recapitulación de ideas:* 9.1 A propósito de la abstracción. 9.2 A propósito del carácter de la inscripción. 9.3 A propósito de la buena fe y las adquisiciones *a non domino*. 9.4 A propósito de la publicidad y la eficacia.

1. PRELIMINARES

«Vislumbrar la unidad dentro de la variedad y encontrar las razones de las distintas variedades constituye la tarea que ha de rematar todo estudio comparativo fecundo»¹. Se trata de hacer un comparatismo de acercamiento que deje de ser una búsqueda de diferencias entre legislaciones para convertirse en inteligente invención de principios comunes². El Derecho registral es una rama del Derecho que siempre se ha prestado al método comparativo, aun-

¹ Cfr. CARRETERO GARCÍA, «Retorno al artículo 606», *RDR* 1984, p. 55; tb. RCDI 1965.

² *Vid.* CARRETERO GARCÍA, «La inexactitud registral (Derecho Comparado)», Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral, publicadas por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1983, p. 378.

que, quizás, esta tendencia pueda verse cercenada en materias como la transmisión del dominio, la constitución de los derechos reales y valor de la inscripción, que, en principio, parecen mostrar divergencias más aparentes que reales.

Es sabido que cada país tiene el régimen registral que su tradición histórica, evolución legislativa y necesidades de protección le han impuesto, aunque es de admitir la existencia de unos puntos de contacto, ya que si todos los sistemas registrales parten de la necesidad de protección, hay que aceptar que la seguridad jurídica de los derechos y la publicidad de los mismos son elementos comunes en los diferentes sistemas³.

Seguridad y publicidad son, pues, las dos premisas básicas y comunes a todos los sistemas registrales, diferenciados en sus normativas y forma de entenderlas⁴. El análisis del sistema adquisitivo alemán en materia de inmuebles tiene justificación en la medida en que, como apunta Díez-Picazo, los Registros inmobiliarios son todos de origen germánico (la posible excepción puede estar en el sistema inglés) y su tradición se encuentra en las ciudades alemanas de la Edad Media⁵. Basado nuestro sistema en el mismo, aunque con peculiaridades propias⁶, razón es que sea aquél objeto no sólo de estudio, sino en este caso de una valoración crítica, partiendo de los dos elementos o premisas comunes: seguridad y publicidad, fundamento ambas de las adquisiciones a *non domino*⁷.

Con el análisis del referido sistema pretendemos determinar si, partiendo de su complejo modo de transmisión de la propiedad y

³ Como ha referido PAU PEDRÓN —«La comparación en Derecho registral». Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero. Madrid, 1985, p. 1048—, desde la perspectiva del Derecho registral comparado deben buscarse las soluciones al problema de la seguridad jurídica inmobiliaria.

⁴ Ha sido constatado que la publicidad inmueble es tan antigua como la misma propiedad a la que sirve, respondiendo su existencia a la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. Cfr. MORO SERRANO, «Los orígenes de la publicidad inmobiliaria», *RCDI*, 1991, p. 571.

⁵ Vid. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*. Madrid 1995, 4.ª edic., p. 306; *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid 1998, vol. III, 6.ª edic., p. 270.

⁶ Conocidas son las posiciones doctrinales que sobre este punto se han mantenido remitiéndonos para su consulta a la bibliografía citada en las notas 52 y 53. Por su parte, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Coordinado por López López/Montés Penadés. Valencia 1994, p. 777, considera que las experiencias extranjeras, concretamente la francesa y la alemana, ayudan a comprender y valorar el sistema inmobiliario registral español, en cuya elaboración, como en otros campos del Derecho, se han tenido en cuenta.

⁷ El Derecho alemán admite la existencia de las llamadas adquisiciones a *non domino* a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés. Vid. al respecto TROPLONG, *Droit Civil espiqué. Privilèges et hypothèques*. Paris 1864, p. 355.

su sistema de publicidad se logra un mayor acercamiento entre las realidades registral y extrarregistral, ofreciendo, en consecuencia, una mayor seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. Es decir, si por la existencia de un Registro llevado por fincas y de una inscripción sometida a un control cualificado, la protección otorgada al tercero que adquiere confiado en la apariencia registral es total; o, si por el contrario, su obsesión por «hacer coincidir a la apariencia con la realidad hasta subordinar ésta al instrumento que la publica» lo ha llevado a una total desfiguración desligada de lo que fue su inspiración originaria: la *gewere* ⁸.

En nuestra opinión, todo sistema registral debe buscar la exactitud, adoptar los medios idóneos para lograr la mayor concordancia posible entre Registro y realidad jurídica, ya que así será posible que «la inexactitud registral quede reducida a un excepcional mínimo» ⁹, pudiendo, en tal caso, «la Ley decidirse a sentar presunciones de exactitud» ¹⁰.

2. REGULACIÓN DE LAS ADQUISICIONES A NON DOMINO EN EL DERECHO ALEMÁN

La publicidad registral como el medio de manifestación de la propiedad y derechos reales inmobiliarios y de cuya apariencia son protegidos los terceros adquirentes de buena fe, permitiendo las adquisiciones *a non domino*, aparece regulada en el § 892 BGB, siendo los aspectos formales objeto de desarrollo en la Ordenanza del Registro (GBO) de 24 de marzo de 1897 y su reforma posterior de 5 de agosto de 1935.

Consideraciones de seguridad jurídica y protección del tráfico han hecho que en el Ordenamiento alemán la balanza, en el conflicto de intereses que toda adquisición *a non domino* implica se incli-

⁸ Cfr. GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC* 1994, p. 29.

⁹ Esta ha sido una de las causas que ha motivado la reforma del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria. En la Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, se establece que: «Como consecuencia de la reforma introducida en la Ley 13/1996, y siguiendo la línea de la necesaria coordinación entre la realidad física y la jurídico-registral, ha sido necesario adaptar la normativa reglamentaria relativa a las circunstancias descriptivas de las fincas, admitiendo la posibilidad de aportación de planos de identificación, considerando la descripción perimetral de la finca como el medio preferente de identificación y previendo la constancia registral de las referencias catastrales (art. 51, reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª)».

¹⁰ Cfr. CARRETERO GARCÍA, «La inexactitud registral...», *cit.*, p. 379.

ne a favor del adquirente adoptando criterios de justicia distributiva en la medida en que reconoce el ejercicio de las acciones propias del enriquecimiento sin causa (§ 816 BGB)¹¹. El instrumento utilizado por este Ordenamiento para hacer efectiva la protección del tráfico es el principio de la apariencia jurídica. Titular de la misma es el Registro de la Propiedad, de mayor eficacia que la creada por la posesión, aunque éste no es lugar para tratar esta cuestión, quedando destruida cuando el adquirente conoce positivamente de la inexactitud registral o existe asiento de contradicción. De todas formas, este tipo de adquisiciones deben ser consideradas como un caso excepcional.

En concreto, el § 892 BGB dice que:

«En beneficio de aquél que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha exactitud esté practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida para el adquirente Si el titular está limitado en la disposición de un derecho inscrito en el Registro en beneficio de una determinada persona, la limitación sólo es eficaz frente al adquirente, si resulta patente del Registro o si es conocida para dicho adquirente.

Si para la adquisición del derecho es necesaria la inscripción, es decisivo para el conocimiento del adquirente el momento de presentación de la solicitud de inscripción o, si el acuerdo necesario según el § 873 sólo tiene lugar más tarde, el momento de dicho acuerdo».

Quizá la pieza maestra del sistema alemán deba encontrarse en los principios de inscripción constitutiva y acuerdo abstracto consagrados en el § 873 BGB¹², para una vez conseguida la pretendida exactitud registral, a través de los mismos, sean establecidas las

¹¹ § 816: «1. Si un no titular de un objeto realiza una disposición sobre él que es eficaz frente al titular, está obligado a entregarle a este último lo que haya obtenido mediante la disposición. Si la disposición se realiza gratuitamente, la misma obligación es impuesta a aquél que adquiera una ventaja jurídica directamente a través de la disposición.

2. Si es realizada una prestación en beneficio de un no titular, que es eficaz frente al titular, el primero está obligado a entregar al segundo lo recibido».

¹² § 873: «1. La transmisión de la propiedad de una finca, el gravamen de una finca con un derecho así como la transmisión del gravamen de dicho derecho exige, en tanto que la ley no establezca otra cosa, el acuerdo del titular y de la otra parte en lo que se refiere a la producción de la modificación jurídica y de la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro.

2. Las partes están vinculadas mediante el acuerdo antes de la inscripción sólo si la declaración ha sido autenticada notarialmente o presentada ante la Oficina del Registro o archivado en la misma, o el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción de acuerdo con la disposiciones de la Ordenanza Registral».

presunciones de exactitud (§§ 891 y 892 BGB)¹³. Consideramos que lo que se ha pretendido con ello es robustecer el principio de fe pública. Las adquisiciones *a non domino* responden a un mecanismo diferente, cuyo impulso arranca no de las facultades del disponente sino de la necesidad de protección a la buena fe del adquirente¹⁴. Es decir, la adquisición *a non domino* es el resultado de la protección de la confianza depositada por el adquirente en el Registro. Por ello, es correcto que vayamos por partes.

3. ACUERDO E INSCRIPCIÓN, REQUISITOS DE LA MUTACIÓN JURÍDICO-REAL: EXCEPCIONES

El Ordenamiento alemán rechaza la teoría del título y el modo. Conforme a lo establecido en el § 873 BGB, la transmisión de la propiedad inmobiliaria, así como la constitución, transmisión y gravamen de derechos reales inmobiliarios, exigen, por un lado, el acuerdo del concedente y del adquirente sobre la modificación jurídica (*Einigung*), y, por otro, la inscripción de tal modificación en el Registro de la Propiedad (*Eintragung*)¹⁵. Es decir, en el Derecho alemán el proceso de adquisición de bienes inmuebles se caracteriza porque la adquisición del derecho no se produce mientras el acuerdo y la inscripción no tengan lugar¹⁶. Luego la inscripción pasa a ser un «elemento constitutivo de la transmisión».

La transmisión del dominio es, pues, el resultado del siguiente proceso:

1.º Acuerdo obligacional.

¹³ § 891: «1. Si se inscribe un derecho en el Registro para una persona se presume que está facultada al derecho.

2. Si se cancela un derecho inscrito en el Registro se presume que el derecho no existe».

¹⁴ Cfr. REGELSBERGER, *Der sogenannte Rechtserwerb vom Nicht-berechtigten. Iherings Jahrbücher*, 1904, p. 362.

¹⁵ Lo que se hace es dar nuevamente vida a la *Auflassung* judicial alemana en pleno siglo XIX y sobre todo a la inscripción en el Registro Inmobiliario. Para ello ha sido decisiva la Ley austriaca sobre Registro Inmobiliario de 1871 y la Ley prusiana sobre adquisición de la propiedad de 1872. Cfr. al respecto PLANITZ, *Principios de Derecho Privado germánico*. Traducción directa de la tercera edición alemana por Melón Infante. Barcelona 1957, p. 170.

¹⁶ Se trata de la unión del principio romano del consentimiento con el principio germánico de la inscripción. Cfr. GURSKY, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. § 873. Berlin 1995, 13 Auflage, p. 285. Pero existe una excepción, tal es la contemplada en el § 3.2 a) GBO en el cual se establece que «las fincas del Estado Federal, de los Estados Federados, de los Municipios y de las Mancomunidades, de las iglesias, conventos y escuelas, las corrientes de agua, los caminos públicos, así como las fincas que están destinadas a una finalidad viaria de tránsito público», no se encuentran sujetas al requisito de la inscripción para ser transmitidas, lo cual no implica la imposibilidad de su posible inscripción, sino que podrán «recibir una hoja registral sólo a instancia de los propietarios o de un titular», no requieren la inscripción para ser transmitidas.

2.º Acuerdo real, base de la mutación jurídica y dirigido a la otra parte contratante (§ 20 GBO)¹⁷.

3.º Consentimiento formal, base de la inscripción y dirigido al Registrador (§ 19 GBO)¹⁸, aunque es posible la inscripción sin consentimiento formal cuando la misma se practica de oficio; en caso de demostrada inexactitud (§ 22 GBO); cuando se trata del asiento de contradicción contemplado en el § 1139 BGB¹⁹, o cuando se refiera a inscripciones practicadas como consecuencia de una ejecución forzosa.

4.º Solicitud de inscripción.

5.º Inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ante esta realidad, nuestras interrogantes son las siguientes:

1.^a ¿Este mecanismo es común a todo tipo de modificaciones jurídicas?

2.^a ¿La inscripción como elemento responsable de la mutación jurídica depende de la validez del contrato traslativo o acuerdo obligacional que le sirve de base para hacer posible la transmisión?

3.^a ¿Ofrece el principio de inscripción imperante en el Ordenamiento alemán un sistema de adquisición más seguro que el español, por ejemplo, en el que la inscripción no goza de tal carácter constitutivo?

Respecto de la primera cuestión, es necesario tener en cuenta que son necesarios ambos requisitos sólo para las modificaciones jurídicas derivadas de un negocio jurídico, así como en todas aquellas que tengan esta causa. Las demás, que no se encuentren fundadas en un negocio jurídico, no requieren ni el acuerdo ni la inscripción, tal es el caso de la adquisición de inmuebles por herencia²⁰, o

¹⁷ § 20: «En caso de transmisión de una finca y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuando se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte».

¹⁸ § 19: «Se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma». Consagra este precepto el llamado «principio de consentimiento».

¹⁹ § 1139: «Si en la constitución de una hipoteca en garantía de mutuo ha sido excluida la expedición de una cédula hipotecaria, la solicitud del propietario al Registro, siempre que se realice antes del transcurso de un mes después de la inscripción de la hipoteca, es suficiente para un asiento de contradicción que se base en la no entrega del mutuo. Si el asiento de contradicción se realiza dentro del mes, tiene el mismo efecto que si el asiento de contradicción hubiese sido inscrito de manera simultánea con la hipoteca».

²⁰ El § 40 GBO contempla una serie de excepciones a la previa inscripción: 1.º Si una persona, cuyo derecho resultara perjudicado por una inscripción, es heredero del titular inscrito, no se aplicará la disposición del § 39.1.º del citado cuerpo legal –referida a la previa inscripción del perjudicado–, cuando haya de inscribirse la transmisión o extinción del derecho, o cuando la solicitud de inscripción se funde en el consentimiento del testador o

en virtud de ley (accesión u ocupación), por comunidad de bienes, o por adjudicación en subasta²¹; o casos que no necesitan acuerdo, sino solamente la inscripción, como es la constitución de una hipoteca forzosa o de embargo §§ 866 y 932 LPC²².

También existen modificaciones por negocios jurídicos que, en determinados casos, no requieren ni el acuerdo ni la inscripción; tales son:

1.º La constitución de un derecho sobre una finca propia, especialmente una deuda inmobiliaria de propietario (§ 1196 BGB²³), para lo que es suficiente la declaración unilateral de voluntad, sin acuerdo.

2.º La transmisión o gravamen de derechos de garantía con cédula, basta la forma escrita, sin necesidad de inscripción. Es suficiente la simple entrega del título si se trata de transmitir o gravar una deuda inmobiliaria al portador o una hipoteca en garantía de títulos al portador o a la orden (§§ 1154²⁴, 1069, 1187, 1195, 1274 BGB)²⁵.

del albacea dativo, o en un título ejecutivo dirigido contra el testador o albacea dativo; 2.ª Lo mismo rige para una inscripción realizada sobre la base del consentimiento de un albacea testamentario, o sobre la base de un título ejecutivo contra el mismo, siempre que el consentimiento o el título deban surtir efecto respecto del heredero. Luego es sólo en las adquisiciones negociales donde la inscripción se adentra entre los elementos del proceso constitutivo, que sin la misma no llega a completarse. En las demás, producidas directamente por obra de la ley la inscripción se limita a dar noticia general de ellas. En este sentido, MEIKEL/IMHOF/RIEDEL, *Grundbuchrecht*. Berlin 1957, 5. Auflage, p. 290.

²¹ En estos casos la inscripción del título correspondiente tiene un mero carácter declarativo o exteriorizador.

²² Como ya ha sido puesto de manifiesto por WOLFF, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas. Posesión. Derecho Inmobiliario. Propiedad*. Barcelona 1971. Traducción española con anotaciones de Pérez González y Alguer. Tomo III, vol. 1.º, 3.ª edic. al cuidado de Puig Brutau, p. 223; y HEDEMANN, *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlin 1960, 3.ª Auflage, p. 98.

²³ Para la constitución de una deuda territorial es necesaria la declaración del propietario frente a la Oficina del Registro (GBA) de que la misma debe ser inscrita para él en el Registro, así como proceder a la práctica de su inscripción.

²⁴ Referido este precepto a la cesión del crédito, con el cual se suele trasladar además la hipoteca al adquirente, para lo que es necesaria la expedición de la declaración de cesión en forma escrita y la entrega de la cédula hipotecaria. Dicha forma escrita puede ser sustituida si la cesión es inscrita en el Registro. Si por el contrario se haya excluida la expedición de cédula hipotecaria, se aplica a la cesión del crédito lo establecido en los §§ 873 y 878 BGB, ya que nos encontramos ante la llamada hipoteca registral. En el caso de la cédula de hipoteca se produce una modificación de la situación jurídica fuera del Registro, mediante el consentimiento escrito y la entrega de cédula, con lo que se puede producir un caso de inexactitud en la inscripción, con el que debe contar el posible adquirente ya que el carácter de cédula de hipoteca aparece reflejado en el asiento, por lo que debe percatarse de la posibilidad de que la hipoteca haya recorrido muy diversos caminos por la entrega sucesiva de la cédula. Puede verse, al respecto, GIERKE, *Das Sachenrecht des Bürgerlichen Rechts*. Berlin/Frankfurt 1959, 4. Neuarbeitete Auflage, p. 48.

²⁵ Vid. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 223.

Luego, en el Ordenamiento alemán, la inscripción constitutiva convive con la declarativa; la primera, como hemos observado, se da en las adquisiciones negociales, en las que la inscripción es un elemento más del proceso de mutación jurídica; y la segunda, en la que la inscripción hace pública la mutación producida, ésta opera al margen de la misma. Cabe decir, en consecuencia, que la inscripción en el sistema alemán es exigencia para una determinada transmisión registral, ya sea en su doble modalidad de aplicación absoluta –caso de funcionar con carácter constitutivo–, o relativa –cuando funciona con carácter meramente declarativo–.

Pero la consistencia de los derechos adquiridos sobre inmuebles no radica de una forma directa en la inscripción gracias a la fórmula adoptada por el BGB, en virtud de la cual queda independizado el alcance transmisivo de la inscripción del contrato de finalidad traslativa. Para lograr este objetivo se introduce la figura del acuerdo real y abstracto²⁶. Es éste un mecanismo artificioso y refinado, producto de la separación que el BGB ha establecido entre el negocio causal –el fin peculiar perseguido por las partes– y este convenio jurídico-real²⁷. El convenio exigido, según el § 873 BGB, se encuentra desligado del negocio causal que lo origina. Esto es lo que comúnmente conocemos como fenómeno de la «abstracción de la causa»²⁸, siendo su consecuencia más importante que la invalidez del negocio causal no afecta al convenio ya que se encuentra desligado de él²⁹.

El convenio ha sido considerado un «contrato»³⁰, sometido a las reglas generales sobre las declaraciones de voluntad y los con-

²⁶ Lo importante es que el acuerdo transmisivo sea válido, ya que el mismo se encuentra desligado de su causa precedente. Lo que se debe acreditar es que se quiso transmitir y adquirir respectivamente, no interesando el porqué. Por lo tanto, nulo el acto causal y válido el acuerdo transmisivo, la inscripción es válida y produce efectos. Por el contrario, si el acuerdo transmisivo carece de validez, la inscripción cae. El Registrador en su actividad calificadora debe limitarse al acuerdo transmisivo abstracto.

²⁷ Este llamado «principio de acuerdo real» se encuentra consagrado en el ya citado § 20 GBO.

²⁸ Vid. al respecto, WEIRICH, *Grundstücksrecht*. München 1985, p. 28; STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*. München 1992, 16. Auflage, p. 43; WIELING, *Sachenrecht*. Berlin/Heidelberg/New York 1994, 2. Auflage, p. 11; WESTERMANN, *Sachenrecht. Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen*. Heidelberg 1990, Band I, 6. Auflage von Westermann/Gursky/Pinger, p. 30; WILHELM, *Sachenrecht*. Berlin/New York 1993, p. 148; MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg 1985, 2. Neubearbeitete Auflage, p. 89.

²⁹ Existen excepciones, tal y como lo han manifestado dos conocidas y renombradas sentencias del RG de 17 de septiembre de 1934 (RGZ 145, p. 154) y 19 de febrero de 1904 (RGZ 57, p. 96) en las que aunque se reconoce que la nulidad de un contrato jurídico-obligacional dirigido a prestaciones reales no trae necesariamente como consecuencia la nulidad del negocio real admite la excepción de que las partes deseen la dependencia entre ambos condicionando la efectividad del negocio real a la efectividad jurídica del obligatorio. Sobre el tema existe un importante estudio de GIERKE, *Das Sachenrecht...*, cit., pp. 45 ss.

³⁰ En este sentido se manifiesta HEDEMANN, *Sachenrecht...*, cit., p. 119.

tratos³¹. Mas hay autores que admiten³² que es el conjunto acuerdo e inscripción lo que forma un negocio jurídico³³ y, en concreto, de disposición contractual, real y abstracto, diferenciado del obligacional que le subyace, aunque normalmente se propone servir al fin perseguido por éste en calidad de negocio de atribución patrimonial, de prestación o de cumplimiento, o sea que desde el punto de vista económico forma con él una unidad³⁴.

El BGB en su § 873 no exige forma alguna para el acuerdo real, por lo que cabe deducir que rige una regla general de libertad, no tiene más excepción que la contenida en el § 925 del mismo texto, según el cual «*el acuerdo entre transmitente y adquirente, exigido por el § 873 para la transmisión del dominio de una finca, tiene que ser formulado por las partes simultáneamente ante el Organismo competente*». El § 57.3.3) de la Ley de Documentación de 1969 ha llegado al extremo de prohibir que el acuerdo real se manifieste ante el Registro, por lo que la doctrina ha interpretado³⁵ que parece

³¹ Sobre la aplicabilidad de estas reglas es acerca de lo único que existe unanimidad en la doctrina. Vid. STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 180; WIELING, *Sachenrecht...*, cit., p. 255; WESTERMANN, *Sachenrecht. Immobiliarsachenrecht*. Heidelberg 1988, Band II, 6. Auflage, p. 97; SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*. München 1994, 25. Auflage, p. 59; PERREY, *Die Rechtsstellung des Käufers zwischen Auflassung und Eintragung*. Flensburg 1951, p. 12.

³² Existen sectores de la doctrina alemana que estiman que el convenio por sí sólo no tiene el carácter de contrato, sino el conjunto de acuerdo e inscripción. Vid. al respecto, WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 225; LENT, *Sachenrecht*. München/Berlin 1954, 4. Auflage, pp. 37 ss. Esta cuestión tiene importancia a efectos de determinar el significado de la inscripción en el total proceso de mutación jurídico-real.

³³ Se ha negado, con frecuencia, que ambos elementos constituyan un contrato, en la medida en que sólo el acuerdo contiene las dos declaraciones de voluntad privada, que son esenciales en todo contrato, siendo por su parte la inscripción un acto estatal y de derecho público –así lo entiende WOLFF, ídem, p. 226–; pero aunque todo contrato debe tener dos declaraciones de voluntad, es erróneo negar la posibilidad de que pueda contener algo más –así lo considera Von TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechst*. Band II, 1910-1918, pp. 221 ss–. Luego llamar contrato al solo acuerdo que no es más que uno de los elementos del contrato carecería de sentido y daría lugar a confusiones, razón por la cual la propia Ley evita el término contrato; más desdichado aún es definir el acuerdo como un contrato condicionado por la inscripción, en la medida en que la misma es un elemento esencial y no una condición. Además, el negocio jurídico al cual se refiere el § 892 BGB en relación al adquirente de buena fe exige que se trate de un derecho inscrito para que sea posible la adquisición a non domino por parte del tercero que confía en la apariencia.

³⁴ Según WOLFF, ídem, p. 224, cabe dudar de si es totalmente justificado el aumento de protección que se concede al adquirente y a terceras personas al hacer que la adquisición de derechos reales se efectúe sólo en virtud de un contrato real y con independencia de la causa jurídica. Pero hay que partir –como apunta el autor– de que, en todo caso, el adquirente no tiene por qué recibir tal protección, pues ya en virtud del derecho vigente debe restituir lo adquirido sin causa a tenor de las normas sobre el enriquecimiento injusto. Si él dispone luego en favor de terceras personas, el conocimiento que las mismas tengan de la falta de causa jurídica en la persona del enajenante sólo se toma en consideración, a tenor del derecho vigente, en los raros casos límite del § 826 BGB, siendo bastante y mucho más satisfactorio protegerlas sólo en el caso de desconocimiento de aquellos vicios con arreglo al § 892 BGB.

³⁵ Vid. al respecto, HORBER, *Grundbuchordnung, mit der Ausführungsverordnung, der Grundbuchverfügung und den wichtigsten Nebenbestimmungen*. München 1980, p. 189;

así, en principio, existir una contradicción con lo establecido en el § 873.2 BGB al decir que «... los interesados sólo están vinculados al acuerdo si las declaraciones se han documentado judicial o notarialmente o se han emitido ante la Oficina del Registro (GBA)³⁶ o se han entregado a ésta o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a las disposiciones de la Ordenanza Registral»³⁷. De la interpretación de este precepto cabe deducir que el acuerdo real que no revista alguna de estas formas enumeradas será válido y eficaz pero no vinculante, lo cual supone, además, una excepción a la regla aplicable a todos los negocios jurídicos de que eficacia y vinculatoriedad coinciden, ya que el efecto más importante de un negocio jurídico es la vinculatoriedad. Desde la perspectiva registral la cuestión es más sencilla, ya que la inscripción no puede practicarse sin la existencia de una previa autorización o consentimiento del interesado, siendo la entrega de la autorización o consentimiento una de las formas del § 873 BGB, por lo que el Derecho hipotecario impide que llegue al Registro un acuerdo real no vinculante, la autorización o consentimiento hace vinculante al acuerdo real³⁸.

En términos generales, podemos precisar que:

1.º Acuerdo real e inscripción han sido considerados como elementos constitutivos³⁹, quedando excluida la adquisición en la medida en que se da la ausencia de alguno de ellos. Por lo que el tráfico jurídico de fincas en su conjunto, con la excepción prevista en el § 3 de la Ordenanza, se encuentra subordinado al acuerdo real y la inscripción en el Registro.

WACKE. *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Sachenrecht.* § 873. München 1986, Band 4, 2. Auflage, p. 126; LANGE/SCHYHING/ SCHIEMANN, *Fälle zum Sachenrecht.* München 1994, 3. Auflage, p. 28.

³⁶ Actual «Organismo competente», tras la redacción dada por la Ley de Documentación de 1969.

³⁷ La Oficina del Registro (GBA) debe tener en cuenta, conforme a la AGBG (Ley sobre la regulación del Derecho de las Condiciones Generales de la Contratación), la ineficacia del acuerdo, la cual resulta de la documentación para la inscripción. Sobre el control y facultades de intervención de la Oficina del Registro, *vid.* HAGER. *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb.* München 1990, pp. 428 ss.

³⁸ *Vid.* PAU PEDRÓN, «Panorama del sistema Inmobiliario alemán». *RCDI* 1982, p. 980; «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales». *RCDI* 1994, p. 2.208.

³⁹ HEDEMANN, *Sachenrecht...*, *cit.*, p. 79; WEIRICH, *Grundstückrechts...*, *cit.*, p. 26, estima que el acuerdo es el elemento voluntario de carácter negocial y la inscripción el elemento ejecutivo de eficacia publicitaria; WESTERMANN, *Immobilien-sachenrecht...*, *cit.*, Band II, p. 91; LUTTER, «Die Grenzen des sogenannten Gutgläubensschutzes im Grundbuch». *AcP* 164 (1964), p. 122; GURSKY, *Staudingers Kommentar ...*, *cit.*, § 873, p. 286; WACKE, *Münchener Kommentar...*, *cit.*, § 873, p. 116; STÜRNER, *Soergel Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. § 873.* Stuttgart/Berlin/Köln 1989, Band 6, p. 96; *Lehrbuch...*, *cit.*, p. 180, habla de doble acto declarativo de voluntad o de complejo de hechos.

2.º Acuerdo real e inscripción son una disposición⁴⁰, siendo el disponente el titular cuyo derecho inmobiliario se grava o transmite, en la medida en que éste aparece inscrito como titular, el adquirente que confíe en el Registro quedará protegido por el § 892 BGB. Acuerdo e inscripción son, como hemos referido, un contrato abstracto⁴¹, independientes del negocio causal que le sirve de base. En el caso de que el negocio causal fuese declarado nulo, el derecho inmobiliario que se haya transmitido o constituido sólo dará origen a las acciones de repetición, a tenor de las ya referidas normas sobre el enriquecimiento sin causa.

3.º Acuerdo e inscripción deben coincidir para que tenga lugar la adquisición del derecho⁴². Si opera la inscripción de otra cosa diferente que no sea la acordada por las partes, no se produce ni la adquisición acordada ni la inscrita. Partiendo de esta realidad pueden producirse dos fenómenos:

a) Que el acuerdo anteceda a la inscripción o siga a la misma: en el caso de que el acuerdo preceda, el titular no ha perdido aún mediante el mismo su derecho⁴³. Puede todavía disponer de él en otra forma, incluso cuando el acuerdo se le ha hecho vinculante (§ 873.2 BGB); y sólo cuando se ha hecho vinculante son ineficaces las ulteriores limitaciones de la disposición (§ 878 BGB). El adquirente, mientras no se haya efectuado la inscripción, no ha adquirido el derecho y, por tanto, no puede disponer de él por su cuenta, ni enajenarlo ni gravarlo. El adquirente ha adquirido así una expectativa de derecho que, en el sentido del § 812 BGB, puede considerarse algo susceptible de dar lugar a una *condictio*. En el caso de que se den los supuestos de los §§ 873.2 y 878 BGB, el enajenante puede todavía retirarle esta expectativa mas si el enajenante ha consentido en la inscripción, está en manos del adquirente dar efectividad a la inscripción y entrar en la plena posesión del derecho⁴⁴.

b) Que la inscripción preceda al acuerdo: en tal caso se crea una transitoria inexactitud en el Registro y hasta que no se haya celebrado el acuerdo se da una pretensión de rectificación contra lo

⁴⁰ Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 225.

⁴¹ Cfr. GURSKY, *Staudingers Kommentar...*, cit., § 873, p. 296.

⁴² Así se manifiestan, WOLFF, *Sachenrecht*. München 1994, 12. Auflage, p. 174; WEIRICH, *Grundstücksrecht...*, cit., p. 36.

⁴³ En los casos en que ha de preceder el contrato real abstracto, el Registrador alemán está facultado –aunque no obligado– para controlar la legalidad del negocio causal. *Vid.* al respecto GANZER, *Grundbuchrecht*. Berlin 1992, p. 55. Aunque cabe considerar que en determinados extremos, como la representación, está obligado a comprobarlos aun en el caso de que exista el acuerdo real abstracto. *Vid.* SCHWAB/ PRÜTTING, *Sachenrecht...*, cit., p. 107.

⁴⁴ WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 230.

inscrito. Aunque la inscripción no le otorga un derecho real en el sentido del BGB sí adquiere una apariencia de derecho real, apariencia que representa un derecho especial análogo a la posesión⁴⁵. Lo que se trata de evitar, con esta inscripción basada exclusivamente en el consentimiento formal, es el período de inseguridad que sufre el adquirente por la posibilidad de que otro negocio contradictorio proveniente del mismo causante llegue al Registro antes que el celebrado con él. Este supuesto origina una inexactitud parecida a la ocasionada por la mutación real que se produce en la realidad extrarregistral antes de la inscripción y mientras la misma se practica.

Hemos referido que para la adquisición es necesaria la concurrencia de ambos elementos: acuerdo e inscripción, pero es posible que se dé un intervalo temporal entre ambos, generándose en tal caso ciertos peligros. Este espacio de tiempo puede durar lo que se estime necesario, siendo en todo caso preciso que:

1.º Si ha precedido el acuerdo, en el momento de la inscripción no ha de haber sido anulado de un modo eficaz.

2.º Si ha precedido la inscripción, el acuerdo sólo puede verificarse mientras la inscripción subsista⁴⁶.

Tras este primer acercamiento, breve porque el objetivo no es constatar el ya estudiado sistema adquisitivo alemán, nuestro interés se centra ahora en la tercera de las cuestiones antes apuntada, es decir, determinar si el carácter constitutivo de la inscripción evita las posibles inexactitudes y, en concreto, la divergencia entre la realidad extrarregistral y la registral, lo que supone una reducción de los posibles casos de adquisiciones *a non domino*, las cuales responderían, además, a un supuesto de hecho concreto, con lo que se cumpliría lo afirmado por algunos autores españoles respecto del Registro alemán⁴⁷.

Si esta situación fuese real la adquisición de buena fe en el Ordenamiento alemán no gozaría de interés. Sin embargo, al igual que ocurre en el Ordenamiento español, para que proceda la protección del tercero que confía en la apariencia del Registro debe mediar, por un lado, buena fe por parte del mismo, no puede ser, pues, conocedor de la inexactitud registral, aunque veremos que en

⁴⁵ STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 29; TIEDTKE, «Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen kraft guten Glaubens». Jura 1983, p. 518.

⁴⁶ Vid. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 231.

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid 1984, tomo III bis, p. 29, afirma que «el Registro alemán es notoriamente más cierto que el español».

términos diferentes a nuestro Derecho, y, por otro lado, conocido es el famoso asiento de contradicción que permite la rectificación del Registro.

Entiéndase éste nuestro principal objetivo con el presente estudio, el cual puede ser interpretado como una crítica al supervalorado sistema alemán de adquisición de la propiedad de bienes inmuebles, así como el cauce idóneo para cuestionarnos el valor de la inscripción constitutiva como mecanismo para garantizar las adquisiciones. En nuestra opinión, el objetivo que todo sistema registral debe perseguir es ofrecer seguridad a las adquisiciones que conforme a lo en él publicado se realizan⁴⁸, con independencia del mecanismo transmisivo/ adquisitivo operante en cada sistema. Por lo tanto, nuestra pregunta es la siguiente, ¿cuál es el mecanismo idóneo para lograr un total acercamiento entre la realidad registral y la extrarregistral? De existir el mismo, el ámbito de la adquisición de buena fe quedaría muy reducido y los asientos de rectificación serían casos aislados e insólitos.

4. A PROPÓSITO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL GERMÁNICA

Podemos considerar que tres son las bases sobre las que se levanta nuestro sistema hipotecario⁴⁹: la teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma—externa y ajena al proceso transmisivo— y la ponderación ético-jurídica del comportamiento de quienes intentan aclarar en torno a la publicidad sus intereses en pugna: por un lado, la conducta negligente de quien habiendo adquirido no practica la oportuna inscripción, y, por otro, la buena fe de quien confió en el Registro.

Parece ser que, frente al mismo, el sistema germánico en su ideal de obtener la seguridad del tráfico intenta que sea el Registro el autor de la misma, utilizando para ello todos los mecanismos que tenga a su alcance para lograr el acercamiento absoluto entre la rea-

⁴⁸ Como dijo GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*. Madrid 1.862, tomo I, p. 195, «para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa: de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos». Un sistema de publicidad que no garantice la seguridad del tráfico—como ha señalado GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario..., cit.», p. 70—, puede llevar a lo que ha ocurrido en el Derecho francés, en el que la Ley no se compromete con la información registral, por lo que adquirir de quién en el Registro francés aparece como dueño no pone a salvo de la evicción de la finca adquirida.

⁴⁹ Así han sido ciertamente referidas por GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad..., cit.», p. 70.

lidad registral y la extrarregistral. Para ello, como ya hemos constatado⁵⁰, recurre al desglose entre el contrato transmisivo y el acuerdo traslativo y a la independización total entre ambos; a la consideración de la inscripción como fase del proceso de adquisición, por lo que la misma es considerada elemento constitutivo, de tal forma que lo no inscrito no existe; y por último, a un sistema de *numerus clausus* que determina los derechos que entran en el tráfico inmobiliario⁵¹.

Pero no pretendemos ahora adentrarnos en una cuestión que ya ha sido muy debatida, tal es el situar a nuestro sistema hipotecario bien en la órbita germánica⁵² o en la latina⁵³, cuando en realidad podemos afirmar que, aunque adscrito al sistema alemán, goza de «singularidades propias»⁵⁴, sino determinar la viabilidad actual del sistema germánico, analizar si el mismo cumple el fin propio de la publicidad: publicar el derecho y garantizar, mediando buena fe, la seguridad del tráfico jurídico realizado al amparo de su apariencia.

El fin de la publicidad «no es el interés de los particulares contra el de los particulares; es el interés público en combinación con el particular... En una palabra, lo que debía buscarse es dar la mayor protección posible a todos los intereses sociales y civiles, y poner las cosas en disposición de que nadie se viera en el caso de abstenerse de contraer sobre bienes inmuebles, retraimiento fatal porque

⁵⁰ Vid. también la opinión en este sentido de GORDILLO CAÑAS, ídem, p. 74.

⁵¹ Los derechos reales inmobiliarios quedan reducidos en el Derecho alemán a: las servidumbres prediales y personales, el usufructo, la carga real, los derechos de adquisición preferente, la hipoteca, la deuda territorial y la deuda de renta. Este criterio, doctrinalmente sostenido, puede resultar tal vez sin efecto por la figura de la carga real, la cual puede tener variados contenidos, aunque el § 1105 BGB en la actualidad se limita a decir que una finca puede ser gravada con prestaciones. Al respecto SCHAWB, *Sachenrecht*. München 1989, 22. Neubearbeitete Auflage, pp. 358 y 359, puntualiza que la carga real puede tener por objeto prestaciones de dar y prestaciones de hacer; pudiendo las limitaciones ser periódicas o aisladas, y la duración del derecho, determinada o indeterminada.

⁵² Vid. entre otros, DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid 1986, p. 34; SANZ FERNÁNDEZ, «El Registro y la realidad jurídica». AAMN 1965, tomo XIV, p. 480; CARRETERO GARCÍA, «Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado». RCDI 1974, p. 33; GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», cit., p. 23; GARCÍA GARCÍA, «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario». RCDI 1994, p. 2.275.

⁵³ En este sentido se han manifestado ERTL, *—Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. § 873-902. Berlin 1989, 12. Neubearbeitete Auflage, p. 15-, para quien nuestro sistema junto con el francés e italiano, son de publicidad preclusiva; PLANIOL/RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Les biens*. Paris 1952, tomo III, 2.ª edic., p. 613. Por su parte, CHICO Y ORTIZ *—Estudios sobre Derecho hipotecario*. Madrid 1994, tomo I, 3.ª edic., p. 162- defiende que el sistema hipotecario español tiene, en su proyección publicitaria, un encuadre dentro de los sistemas latinos de protección registral al recoger el principio de inoponibilidad de los actos que no estén inscritos (art. 32 LH), pero por razones de influencia germánica el sistema español también recoge el principio de exactitud registral en favor del adquirente protegido (art. 34 LH).

⁵⁴ Así, CHICO Y ORTIZ *—ibídem*, pág 162- siguiendo a LACRUZ BERDEJO al encuadrar el sistema español lo califican de *sui generis*. No por ello podemos admitir, como hace

disminuye el crédito territorial y agrícola, desprestigia la propiedad del suelo...»⁵⁵. En resumen, ofrecer seguridad al tráfico jurídico inmobiliario⁵⁶, por lo que aparece la relación entre la seguridad, como exigencia del tráfico, y el Registro, como instrumento a su servicio; es este el medio que se predispone para la pública constancia de los derechos inmobiliarios y para conseguir la seguridad del tráfico de los mismos⁵⁷.

En definitiva, la publicidad lo que hace es demostrar la existencia de los derechos reales; la auténtica inseguridad creada por la existencia de derechos ocultos y la tensión que, por este motivo, surge entre el titular que no inscribe y el adquirente del mismo, genera la necesidad de crear un instrumento que permita, de forma justa y equitativa, solventar este problema mediante la publicidad de los derechos, la cual va a permitir la protección de aquél que de buena fe adquiere en base a lo que el Registro publica, frente a aquél que no publicando su derecho pretende sorprender al tercero. Este es el verdadero objetivo de la publicidad desde un punto de vista positivo, que en nuestra opinión es el que debe primar. El logro de este efecto debe ser la meta prioritaria de todo sistema de publicidad, adoptando para su obtención los mecanismos menos complejos posibles, ya que se trata de garantizar la adquisición de buena fe, no de garantizar la transmisión en cuyo proceso pueden darse ciertas anomalías⁵⁸.

CARRETERO GARCIA –«Los principios hipotecarios...», *cit.*», p. 35–, que por el hecho de ampliar la visión comparatista y dar prevalencia al problema sobre el sistema, quepa considerar que en la medida en que en el Derecho español se rechaza la inscripción constitutiva y el puro principio de inoponibilidad, tropecemos con un sistema, igualmente alejado de las legislaciones germánicas que de las latinas, en el que el principio de fe pública registral en solitario, minado por el requisito de la onerosidad del tercero no pasa de ser una «colosal carpa de circo», bajo la cual vive un puro régimen de clandestinidad inmobiliaria.

⁵⁵ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria...*, *cit.*, p. 196.

⁵⁶ Según EHRENBERG –*Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*. Iherings Jarbücher 1904, p. 274–, el primer requisito exigido por la seguridad del tráfico consiste en que la existencia y el contenido de los derechos no puedan derivar dudosos.

⁵⁷ Cfr. GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-Registrales: Sistema español». *ADC* abril/junio 1995, p. 558.

⁵⁸ Como sabemos, en el Derecho francés la inscripción del acto adquisitivo garantiza al adquirente de los efectos de una transmisión que anteriormente se haya realizado y no haya sido objeto de inscripción, pero no garantiza la situación del adquirente o tercero, quien en el caso de haber adquirido de un no titular, no adquirirá a *non domino*, de forma similar a como se produce en el Derecho español o alemán, sino, todo lo más, podrá adquirir por usucapción para poder consolidar dicha adquisición. El sistema francés de publicidad negativa o preclusiva no garantiza al tercero en su adquisición. OLIVER –*Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892, p. 226– determina que «en el sistema francés el dominio de los inmuebles se transmite en momentos distintos, según se trate del transmitente o de las demás personas extrañas. Respecto del primero, se transmite el dominio desde que ha manifestado su consentimiento, y respecto del público, *erga omnes*, desde que se practica el asiento correspondiente en el

El Registro debe, pues, garantizar la seguridad del tráfico, protegiendo a los adquirentes del dominio y demás derechos sobre la cosa. En la medida en que el Registro garantiza, debe proteger a los terceros que adquieren confiados en él de las posibles inexactitudes registrales, puesto que, aunque se adopte un sistema de inscripción constitutiva este fenómeno es totalmente posible⁵⁹, para ello se prevé el principio de fe pública como favor de la Ley al tercero de buena fe. La protección registral entra en funcionamiento cuando realidad y Registro no coinciden y además se ha operado una adquisición por parte de un sujeto que ha confiado en una publicidad inexacta. Luego, en este sistema de garantía de seguridad, el papel que desempeña la inscripción en aras a poder evitar la divergencia entre realidad y Registro es casi inapreciable. Es decir, en Alemania los supuestos de inmatriculación serán menos numerosos dado el valor de la inscripción en el proceso de mutación jurídica; además, una adquisición realizada al amparo del principio de fe pública registral se va a producir, con independencia del carácter constitutivo o no de la inscripción, o sea la inscripción no evita las adquisiciones inmobiliarias *a non domino* porque la misma no garantiza la exactitud del Registro. La protección registral parte del error que la publicidad emanada del Registro genera en el tercero de buena fe, quien adquiere el derecho de quien realmente no es su titular, porque ya dejó de serlo o nunca lo fue porque la inscripción era nula.

Por lo tanto, aunque convertida la inscripción en elemento de constitución de la adquisición negocial *inter vivos*, e independizada del contrato obligacional que la fundamenta, se han sentado las

Registro. De suerte que, según el sistema francés, un derecho absoluto, cual es el derecho sobre cosa, y el primero de ellos, el de propiedad, degenera en un derecho relativo, resultando además la contradicción de que sobre una misma finca existan a la vez dos propietarios: el adquirente, que lo es solamente para el transmitente, y éste, que sigue siéndolo para todos los demás» (aclaración: nos ha sido imposible consultar la obra de Oliver, la cita textual es tomada de GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», *cit.*», nota 158, p. 67). Por lo tanto, la buena fe puede decirse que no queda bien parada en el sistema francés —en este sentido, GORDILLO CAÑAS, *ibidem*, p. 67—, ya que conociendo la venta anterior, puede adquirir el comprador posterior; por el contrario, el adquirente de buena fe, de anterior comprador fraudulento queda desprovisto de toda protección. El Registro no constituye en este Ordenamiento una garantía de seguridad, se limita a garantizar al adquirente que inscribe que su transmitente no ha enajenado previamente en favor de otro, pero no le garantiza la titularidad de dicho transmitente.

⁵⁹ Esto queda demostrado en el sistema alemán por el § 894 BGB: «Si el contenido del Registro respecto a un derecho en la finca, un derecho sobre dicho derecho o una restricción de una disposición del tipo indicado en el § 892.1 no está de acuerdo con la situación jurídica real, la persona cuyo derecho no está inscrito o no lo esté exactamente o que se vea perjudicada por la inscripción de un gravamen o una restricción inexistentes, está facultada a exigir de la persona cuyo derecho se ve afectado por la rectificación, el consentimiento para la rectificación del Registro».

bases que, unidas a la solidez de los principios formales del sistema registral, pueden establecer la presunción legal de exactitud de lo publicado⁶⁰, pero que, a pesar de ello, no pueden garantizarla en términos absolutos. Esto lo demuestra la clara necesidad del juego de la buena fe, como requisito imprescindible para el desencadenamiento del proceso de protección del tercero que adquiere confiado en la apariencia registral y el llamado asiento de contradicción, como medio enervador de la fe pública registral que se concede al sujeto que se ve perjudicado por una publicidad inexacta. Luego es patente la posibilidad de una discordancia entre la realidad y el Registro⁶¹.

En nuestra opinión, el hecho de que en el Derecho alemán se le atribuya a la inscripción carácter constitutivo hace que se le prive a la misma de su verdadera función, tal es la publicación de las situaciones jurídicas inmobiliarias a fin de ofrecer a los terceros un modelo garantizado de actuación, es decir, lo no inscrito es nulo y la inscripción es requisito de validez de lo inscrito (publicidad negativa y positiva).

En el sistema actual del BGB la inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung* hasta convertirse en un acto aparte que, junto con la *Auflassung*, integra la transmisión de la propiedad, siendo la inscripción un elemento constitutivo y válido nada más que si es precedida o seguida de la *Auflassung*; sin ésta la inscripción es una mera apariencia. Luego vale siempre la *Auflassung* sobre la inscripción, salvo en el caso de que ese asiento claudicante hubiera sido seguido de otro asiento a favor de un adquirente a título oneroso y de buena fe. Resultado de esta situación, la Ley, ante la presencia del tercero en el asiento posterior, transforma el asiento precedente en una verdad definitiva *iure et de iure*. Respecto y en beneficio de tercero, el asiento precedente se ha convertido en un asiento del sistema de la inscripción sustantiva, con exactitud e integridad⁶².

La fe pública registral consagrada en el BGB se encuentra en sintonía con la antigua *gewere*⁶³ y es desarrollada de forma parale-

⁶⁰ Vid. GURSKY, *Staudingers Kommentar...*, cit., § 891. Berlin 1989, 12. Neubearbeitete Auflage, p. 26; WACKE, *Münchener Kommentar*. § 891. München 1986, 2. Auflage, p. 262; STÜRNER, *Soergel Kommentar. Sachenrecht*. § 891. Stüttgart/Berlin/Köln 1989, Band 6, 12. Auflage, p. 195.

⁶¹ Vid. GURSKY, ídem, § 892, p. 56; WACKE, ídem, § 892, p. 271; STÜRNER, ídem, § 892, p. 199.

⁶² Cfr. STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 220.

⁶³ La idea de la continuidad entre posesión, publicidad registral y apariencia jurídica es desarrollada en Alemania por STINTZING, *Besitz, Gewere Rechtsschein*. AcP 109 (1912), pp. 347 ss.

la a lo previsto para los bienes muebles (§ 932)⁶⁴, concibiéndose la publicidad registral como vehículo de manifestación de la propiedad y de los derechos reales inmobiliarios, siendo el instrumento necesario de su esencial absolutividad y oponibilidad *erga omnes*⁶⁵, haciendo posible en favor de los terceros que confían en su apariencia la adquisición *a non domino* del inmueble en cuestión⁶⁶.

5. FUNCIÓN REAL DE LA PUBLICIDAD: CRISIS DE LA ABSTRACCIÓN E INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

5.1 Breve alusión a la crisis del principio de abstracción⁶⁷

La teoría del negocio abstracto tuvo desde un principio sus más duros críticos⁶⁸, precursores de una tendencia que con posterioridad a la publicación del BGB en vez de ir en detrimento ha alcanzado una mayor trascendencia. Responde a épocas más recientes la ya conocida obra de Heck⁶⁹, cuyas críticas recaen sobre el negocio real

⁶⁴ § 932: «1. En virtud de transmisión realizada de acuerdo con el § 929, el adquirente también se convierte en propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante, a menos que no actúe de buena fe en el momento en el que, en virtud de estas disposiciones, adquirió la propiedad. En el caso del § 929.2, se aplica esto cuando el comprador ha obtenido la posesión del enajenante.

2. El adquirente no actúa de buena fe si conoce, o debido a negligencia grave desconoce, que la cosa no pertenece al enajenante».

Vid. al respecto WIEGAND, «Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen nach § 932 BGB». JuS 1974, p. 203.

⁶⁵ ERTL, *Kommentar...*, cit., § 873-902, p. 14; SCHAWB/PRÜTTING, *Sachenrecht...*, cit., p. 88; WEIMAR, *Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten*. Stüttgart 1973, 3. Auflage, p. 41.

⁶⁶ Vid. WILHELM, *Sachenrecht...*, cit., p. 348; STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 221; WEIMAR, *ibídem*, p. 41; WACKE, «Mala fides superveniens non nocet-scientia superveniens nocet». JA 1981, p. 233; WIEGAND, «Der öffentliche Glaube des Grundbuch». JuS 1975, p. 209.

⁶⁷ No pretendemos hacer una crítica al principio de abstracción de la causa, ni tampoco recoger las opiniones más sobresalientes de la doctrina alemana al respecto, labor ésta ya realizada en España, a propósito del reconocimiento de deuda, entre otros, por DE LOS MOZOS -«Negocio abstracto y reconocimiento de deuda». ADC 1966, pp. 377 ss.- y ALBIEZ DOHRMANN -*El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*. Granada 1987, pp. 111 ss.-, sino hacer constancia, una vez más, de esta realidad.

⁶⁸ Así, antes de la publicación del BGB ha sido de gran trascendencia el trabajo de STROHAL -*Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Iherings Jahrbücher 1.889, pp. 335 ss.-, quien defendía una fundamentación causal del negocio real de disposición; en la actualidad, SCHAWB, *Sachenrecht...*, cit., pp. 8 ss.

⁶⁹ *Das Abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*. Tübingen 1937. Incluso ha llegado a considerarse -*Grundrecht des Sachenrecht*. Tübingen 1930, p. 123- que a efectos de protección del tráfico y seguridad jurídica en la contratación de inmuebles la supresión del acuerdo abstracto no alteraría su eficacia. En términos parecidos, EISENHARDT, «Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips». JZ 1991, p. 271. A pesar de la difusión que la teoría de Savigny tuvo fuera de las fronteras alemanas, el Código civil austriaco representa un modelo de coexistencia de inscripción constitutiva y siste-

abstracto exigido para la transmisión de la propiedad. Su crítica se encuadra en la llamada «jurisprudencia de intereses» surgida en Alemania frente a la «jurisprudencia de conceptos».

Por su parte Flume⁷⁰, estudia el fenómeno del negocio abstracto considerando que toda atribución necesita un fundamento jurídico, una causa, que puede ser negocial o legal, tomando para ello como paradigma la transmisión de la propiedad. Según este autor, en el Ordenamiento alemán los llamados «negocios de atribución abstractos» tienen una conformación análoga a la de los negocios atípicos en la medida en que el fundamento de la atribución no forma parte del negocio. En cambio, en los negocios causales el fundamento de la atribución sí pertenece al contenido del negocio. En consecuencia, la transmisión de la propiedad es un negocio atípico. Estima por ello Flume⁷¹ que la regulación atípica del negocio de atribución que abstrae su fundamento jurídico, se manifiesta con la regulación de los negocios jurídicos como negocio abstracto⁷².

Pese a las críticas, en la doctrina alemana⁷³ predomina la concepción abstracta en el Derecho de Cosas⁷⁴. Frente a esto debemos considerar, como apunta Flume⁷⁵, que la protección que se preten-

ma causal, sin acuerdo real abstracto formulado inmediatamente antes de la inscripción, como lo demuestra el contenido de los §§ 4 GBG, donde se hace referencia a la inscripción constitutiva, y §§ 424 y 425 del citado texto en relación con los §§ 421 a 451 y 481 AGBG donde se reconoce que la inscripción descansa sobre un contrato generador de obligaciones –*Vid.* al respecto ÁLVAREZ ROMERO y LÓPEZ MEDEL, «El Derecho Inmobiliario y el Registro de la Propiedad en Austria». *RCDI* 1964, pp. 3 ss.–. Otra prueba de ello es el Código civil suizo, el cual, pese a reconocer el carácter constitutivo de la inscripción en los §§ 656 y 666 ZGB, recoge la tradición romanista del título y el modo en los §§ 965 y 974 para inmuebles, aunque dejando abierta la interrogante para el caso de los muebles, ya que el principio de causalidad no aparece formulado de forma expresa. La doctrina no duda de su vigencia, un apoyo de la misma se encuentra en la interpretación a *sensu contrario* del § 975 del ZGB. *Vid.*, DESCHENAUX, *Le Registre Foncier*. Friburgo 1983, p. 591; MOECKE, *Kausale Zession und Gläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips*. Freiburg 1962, p. 20. En España encontramos la conocida obra de SERRANO Y SERRANO –*El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*. Valladolid 1934, pp. 4 ss.–, quien considera que la fórmula suiza de la inscripción constitutiva pero no abstracta es en la actualidad incuestionable y no discutida doctrinalmente, siendo este sistema desde un punto de vista irrefutable.

⁷⁰ *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*. New York 1979, Band II, 3. Auflage, p. 152

⁷¹ *Ídem*, p. 153.

⁷² LANGE, en varios trabajos –«Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung in Boden und Fahrnisrecht». *AcP* 146 (1941), pp. 28 ss.; «Aus dem Rechtsleben, Rechtswirklichkeit und Abstraktion». *AcP* 148 (1943), pp. 188 ss.–, criticó el principio de abstracción, defendiendo para una futura reforma del Derecho alemán la implantación del principio causalista.

⁷³ *Cfr.* WOLFF/RAISER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Sachenrecht*. Tübingen 1957, tomo III, pp. 117 ss.; WESTERMANN, *Sachenrecht. Grundlagen und Recht...*, *cit.*, p. 30.

⁷⁴ Conocidas son las opiniones en defensa de la misma de Von TUHR –*Der Allgemeine...*, Band II, p. 103– y JAHR, –«Zur iusta causa traditionis». *ZSS* 80 (1963), pp. 147 ss.–.

⁷⁵ *Allgemeiner...*, *cit.*, p. 176.

de alcanzar en interés de los terceros o de los posteriores adquirentes se obtiene técnicamente mediante la protección de la buena fe. La seguridad del tráfico jurídico en Alemania queda garantizada por medio de otras instituciones, como son el Registro de la Propiedad y la buena fe. Afirma Heck ⁷⁶ que la doctrina alemana va a tomar esta exigencia, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, de la protección del adquirente de buena fe como tema central para combatir el principio de abstracción ⁷⁷.

Además, hay que tener en cuenta que la situación de los terceros y posteriores adquirentes en sistemas en donde está vigente el principio de abstracción es más desfavorable en la medida en que el efecto del negocio abstracto se puede ver limitado por la posibilidad de impugnación del negocio (§§ 119, 122 y 142 BGB) ⁷⁸.

Queda así patente que no es necesario para proteger a terceros adquirentes el negocio abstracto; esto es posible por otra vía: la fe pública.

5.2 Un sistema puro de publicidad

Partiendo de una realidad como es la crisis que padece el principio de abstracción, unida al fenómeno de la inscripción como elemento del proceso transmisivo que no garantiza la concordancia entre realidad y Registro, es necesario defender un sistema puro de publicidad ⁷⁹. Según el mismo, «lo que consta en el Registro es lo jurídicamente existente, mientras que lo que pudiendo haberse ins-

⁷⁶ «El negocio jurídico abstracto». RCDI 1965, pp. 1449 ss.

⁷⁷ Como apuntara ÁLVAREZ SUAREZ -*El problema de la causa en la tradición*. Madrid 1945, pp. 102 ss.-, cuando una legislación como la alemana regula la protección del adquirente de buena fe de un modo sustantivo, puede tranquilamente renunciar a la transmisión abstracta y configurar la transmisión de un modo causal, es decir, de tal manera que la transmisión sea nula y, sin embargo, otorgar al segundo adquirente un derecho bien sentado, en consideración a la confianza que presta a la apariencia jurídica que representa la inscripción en el Registro o el hecho de que sea poseedor.

⁷⁸ La impugnabilidad es una nulidad pendiente de la voluntad de un participante determinado, unida a la admisión de una validez provisional. Es impugnabile un negocio cuando habiendo producido los efectos de un negocio jurídico sin defecto, es enervado en virtud de la declaración de voluntad de un participante determinado (§ 142 BGB). Como causas de impugnación juegan el error, el dolo, la intimidación antijurídica (§§ 119 y 123 BGB) y la declaración de voluntad inexacta (§ 120 BGB). La impugnación eficaz anula totalmente el negocio con efecto retroactivo, siendo el mismo considerado nulo desde el principio (§ 142 BGB). La retroactividad de la impugnación del negocio real no excluye la adquisición por terceros de buena fe durante el período de pendencia. Cfr. LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Madrid 1956, vol. 1.º, traducción de la última edición alemana con notas en español por José M.º Navas, pp. 252 ss. *Vid. tb.* al respecto, ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Barcelona 1935, tomo I, vol. 2.º, 13.ª revisión por Nipperdey, traducción de la 39.ª edic. alemana por Pérez González y Alguer, pp. 185 ss.

⁷⁹ Teniendo, incluso, presente lo dicho por GORDILLO CAÑAS, -«Bases del Derecho de Cosas...», *cit.*», p. 528-, quien define a nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria

crito no lo fue es inexistente»⁸⁰; y que el tercero que adquiere un inmueble o derecho real de quien aparece, conforme a los libros del Registro, como verdadero titular del bien o derecho que se transmite es objeto de una protección total en su adquisición basada en una presunción *iuris et de iure*. Conforme a la misma, su adquisición es verdadera e inatacable, aun cuando el titular transmitente, que aparece como titular registral, no lo sea en la realidad extrarregistral.

Con ello se hace referencia a lo que ha sido denominada como «estática y dinámica de los derechos» en el intento de elaborar un concepto de publicidad en el que tenga cabida la solución de los conflictos que puedan surgir entre la seguridad en la tenencia de los derechos y la seguridad en la adquisición de los mismos⁸¹. En concreto, la llamada publicidad legitimadora.

Lo que interesa, a efectos de la publicidad, son los medios articulados por cada Ordenamiento para dar a conocer los titulares de los bienes y el estado en el que éstos se encuentran a fin de dar seguridad y eficacia al tráfico jurídico inmobiliario⁸².

En consecuencia, la inscripción constitutiva y la abstracción no hacen más que complicar el proceso transmisivo, sin aportar una «seguridad complementaria». Es decir, mediando la protección de la apariencia basada en la buena fe del adquirente, expedientes como la abstracción e inscripción constitutiva pierden el papel principal que en otras épocas han ostentado en favor de un sistema causalista que excluye la mala fe y la inscripción obligatoria con el único fin de acercar realidad y Registro⁸³. Así, el previo conocimiento de la realidad extrarregistral no supone una excepción a la integridad del Registro como instrumento de publicidad y seguridad del tráfico, sino una paralización de su eficacia inmunizante⁸⁴.

«como un conjunto normativo inspirado en la doctrina de la protección de la apariencia jurídica».

⁸⁰ Vid. SERRANO ALONSO, *Conceptos fundamentales de Derecho Hipotecario*. Oviedo 1993, 2.ª edic., p. 20; en el mismo sentido, CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario...*, cit., tomo I, p. 245.

⁸¹ En este sentido, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 290.

⁸² LACRUZ BERDEJO -*Elementos...*, cit., p. 11-, considera que la finalidad de la publicidad registral es la protección del tráfico jurídico; la «agilización» de las transacciones inmobiliarias, ya que suple con la garantía que supone la consulta de un Registro público las indagaciones que sobre la titularidad de los derechos es necesario realizar. Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 767; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Madrid 1986, 2.ª edic., p. 528.

⁸³ Vid., SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La adquisición a non domino de bienes inmuebles: un supuesto de inscripción necesaria y esencial». Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva. Madrid 1998, tomo II, pp. 1265 ss.

⁸⁴ Como señala GORDILLO CAÑAS -«La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», cit., p. 75-, adquisición abstracta y protección del adquirente de buena fe son instrumentos tendentes a un mismo fin, pero de inspiración diferente ya que, o la seguridad del tráfico se obtiene por la abstracción, en cuyo caso la mala fe no cuenta -vid. GURSKY, *Staudin-*

El objetivo perseguido por la abstracción se consigue también a través del expediente de la buena fe, prescindiendo con ello del acuerdo traslativo autónomo y eliminando, en consecuencia, los vicios del mismo y la mala fe en esta adquisición *a non domino*. En nuestra opinión, la adquisición *a non domino* basada en la publicidad debe responder a la función que cumple, no a las exigencias del mecanismo adquisitivo.

6. ADQUISICIÓN DE UN NO TITULAR EN EL DERECHO ALEMÁN: PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Ya hemos comprobado que, pese al carácter constitutivo del que goza la inscripción en el Derecho alemán, es posible un auténtico desacuerdo entre situación jurídica verdadera y Registro Inmobiliario. Prueba de ello es que están vigentes en el Ordenamiento alemán dos principios de gran trascendencia en relación al problema que nos ocupa: tales son el de presunción de exactitud del Registro de la Propiedad (§ 891 BGB) y protección a favor de aquél que confía en el Registro inexacto (§ 892 BGB).

Como en otros Ordenamientos, el Registro de la Propiedad en el sistema alemán constituye la base para el tráfico jurídico de los bienes inmuebles⁸⁵, por lo que ha sido dotado por el legislador de una presunción de veracidad y eficacia ante la buena fe, de crucial trascendencia en el caso de que el Registro de la Propiedad no coincida con la realidad o situación jurídica legal.

La presunción legal del § 891 BGB parte de que el Registro de la Propiedad refleja los derechos sobre bienes inmuebles de un modo cierto y completo. Su concreción se encuentra relacionada con el § 1006 BGB⁸⁶; la inscripción en el Registro de la Propiedad

gers Kommentar..., cit., § 873, p. 321. Por su parte, LACRUZ BERDEJO –*Elementos...*, cit., p. 30– afirma que «como en Alemania la inscripción en el Registro es un requisito integrante de la transmisión de la propiedad, el conocimiento de las relaciones obligacionales anteriores a dicha transmisión no suponen mala fe», o se obtiene la protección atendiendo a la buena fe del adquirente, lo cual supone la existencia de un defecto en el proceso adquisitivo.

⁸⁵ Vid. STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 127; SCHAWB, *Sachenrecht...*, cit., p. 43; WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 160.

⁸⁶ § 1006: «1. Se presume a favor del poseedor de una cosa mueble que él es el propietario de una cosa. Esto, sin embargo, no es aplicable frente a un poseedor anterior si la cosa le fue robada, o si la ha perdido o extraviado de cualquier otra manera, a menos que se trate de dinero o títulos al portador.

2. Se presume a favor del poseedor anterior que durante su posesión él era propietario de la cosa.

3. En caso de posesión mediata la presunción es aplicable al poseedor mediato».

en cuanto fundamentación, transmisión y supresión de los derechos sobre bienes inmuebles va más allá de la propiedad y engloba también la existencia o inexistencia de derechos reales limitados sobre los bienes inmuebles⁸⁷. Esta presunción no solamente actúa en favor de persona inscrita, sino también en su contra.

El § 891 BGB es una regla sobre la carga de la prueba que goza de gran importancia en los pleitos de propiedad⁸⁸. Cuando se trata de predios inscritos se toma como punto de partida el Registro, y se presume que el que aparece inscrito como propietario lo es en realidad. Mas esta presunción goza también de eficacia negativa, es decir, cuando un derecho está cancelado en el Registro se presume que ya no existe, lo cual favorece principalmente al propietario, quien queda liberado de un gravamen por la inexistencia de tales derechos.

Es lo que se ha venido a llamar presunción positiva (positive Vermutung)⁸⁹ y presunción negativa (negative Vermutung)⁹⁰. Esta doble presunción es el resultado de haber trasladado los efectos legitimadores de la *gewere* o posesión germánica a la inscripción. La inscripción es apariencia de derecho, como lo era la *gewere*⁹¹. Así, donde media apariencia de que el derecho existe (inscripción),

⁸⁷ Vid. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 161.; WEIMAR, *Der gutgläubiger Erwerb...*, cit., p. 41; WIELING, *Sachenrecht...*, cit., p. 268.

⁸⁸ En este sentido, GURSKY, *Staudingers...*, cit., § 891, p. 45.

⁸⁹ Se presume que un derecho inscrito existe y que pertenece al que aparece en el asiento como dueño. Quien discuta la existencia del derecho o la propiedad del que aparece como dueño debe cargar con la prueba. Aquel al que importe el derecho inscrito puede recurrir a esta presunción legal (BGH DNotZ 1970, 411). Por tanto, actúa también bajo la carga del inscrito, por ejemplo, cuando se hacen valer derechos reales o personales frente a una persona inscrita como propietario. Al que esté inscrito como acreedor de un derecho hipotecario sobre el inmueble se le aplica la presunción del § 891 BGB sólo cuando éste tiene la cédula hipotecaria en propiedad (BayObLG DNotz 1974, 93). Para la cesión de un derecho hipotecario sobre bienes inmuebles al margen del Registro de la Propiedad (§ 1155 BGB) rige la presunción del § 891.1 BGB si el acreedor justifica su derecho a través de la posesión de la cédula y de la justificación de la cadena ininterrumpida de acreedores, remontándose hasta el acreedor inscrito mediante aclaraciones publicas autenticadas de cesión (KG NJW 1973, 56). Vid. al respecto WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., pp. 161 y 162. En el mismo sentido, entre otros, WILHELM, *Sachenrecht...*, cit., p. 348; SCHAWB/PRÜTTING, *Sachenrecht...*, cit., p. 92; STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 229; Soergel..., cit., § 891, p. 195; GURSKY, *Staudingers...*, cit. § 891, p. 33; WACKE, *Münchener...*, cit., § 891, p. 262; WIEGAND, «Der öffentliche...», cit., p. 206.

⁹⁰ Cuando un asiento se cancela se presume que deja de existir el derecho a partir del momento de la cancelación (BGH NJW 1969, 2139). El que sostenga la pervivencia del derecho cancelado tiene que probar que se canceló sin razón justificada (§ 891.2 BGB). La cancelación puede verificarse mediante una anotación, o bien si al transmitirse el bien inmueble no se inscribió al mismo tiempo el derecho, en otro folio (§ 46 GBO). Vid. WEIRICH, ídem, p. 162. En términos parecidos, WILHELM, íbidem, p. 348; SCHAWB/PRÜTTING, ídem, p. 93; STÜRNER, íbidem, pp. 229 y 195, respectivamente; GURSKY, ídem, p. 37; WACKE, ídem, p. 268; WIEGAND, íbidem, p. 206.

⁹¹ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., tomo III, vol. 1.º, 3.ª edic., p. 266.

se presume que el derecho existe; mas donde media apariencia de haberse extinguido el derecho (cancelación), se presume que el derecho no existe⁹².

Los efectos que las presunciones pueden tener sobre el procedimiento se traducen en que la regla de la carga probatoria contenida en el § 891 BGB rige para todos los procedimientos, ya sean de Derecho público o privado; pero ya hemos manifestado su importancia en los pleitos de propiedad⁹³. La Oficina del Registro de la Propiedad (GBA) debe tratar a los inscritos como titulares; es verdad que la falta de veracidad es notoria, por ejemplo, cuando esto se extrae del contenido de las actas del Registro, actas judiciales (adjudicación en remate judicial) o de certificados públicos⁹⁴. El que demanda fundándose en un derecho inscrito tiene que afirmar la existencia del derecho, pero no probarlo. Por lo tanto, el propietario que afirma que su propiedad se encuentra libre de un gravamen ya cancelado está exento de la carga de la prueba.

Por lo que a la extensión o ámbito de la presunción se refiere, hay que decir, conforme a lo establecido en el § 891 BGB, que solamente alude a los derechos susceptibles de inscripción, en concreto, la propiedad y derechos reales limitados inscritos en las secciones 2.^a y 3.^a del BGB. Quedan, pues, exceptuadas:

1.º Las limitaciones de disponer inscritas pero inexistentes, ya que no son derechos reales⁹⁵.

⁹² Estas presunciones tiene sus correspondencias en el Derecho español en los artículos 38 y 97 LH

⁹³ Vid. GURSKY, *Staudingers...*, cit., § 891, p. 45; WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 162.

⁹⁴ KG NJW 1973, 56.

⁹⁵ Cfr. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 162. En cambio, si el Registro no menciona las limitaciones de disposición, el tercer adquirente de buena fe puede confiar en su silencio. Al respecto, cabe decir que, conforme a lo establecido en el BGB y la Ordenanza del Proceso Civil, debemos de distinguir dos tipos:

1.º Las absolutas o de interés público, no son inscribibles y afectan al adquirente aunque no figuran en el Registro, no pudiendo alegarse frente a ellas la buena fe.

2.º Las relativas o de interés privado, son inscribibles y solamente afectan al adquirente si constan en el Registro. Las mismas pueden tener su origen en: a) La Ley, como la que afecta al heredero fiduciario; b) Una disposición judicial, como la prenotación de prohibición de disponer.

Las llamadas limitaciones de disponer de origen contractual no son inscribibles ya que el § 137 BGB les niega eficacia real. Vid. tb. WACKE, *Münchener Kommentar...*, cit., § 891, p. 264; PAU PEDRON, «Panorama...», cit., p. 992; EIRANOVA ENCINAS, *Código Civil alemán comentado*. Madrid 1998, p. 279. Como ha constatado CAÑIZARES LASO «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias». ADC 1991, p. 1.500-, a efectos de terceros la prohibición de disponer no inscrita no les afecta cuando los mismos se encuentren protegidos por la fe pública registral, siendo mantenidos, en consecuencia, en su adquisición. Según la autora —p. 1499— de ser admitida la inscripción constitutiva para la eficacia real de las prohibiciones de disponer sería posible obtener dos regímenes jurídicos distintos de las prohibiciones establecidas en actos jurídicos a título gratuito: por un lado, las prohibiciones no inscritas, que sólo originan un vínculo obligacional, de tal forma que la infracción

2.º Las contradicciones; las mismas sólo tienen la función de evitar una adquisición de buena fe⁹⁶.

3.º Los datos sobre la calidad real y las proporciones del inmueble, es decir, circunstancias de hecho.

4.º Los derechos de arrendamiento.

Por su parte, las anotaciones preventivas fundamentan tan sólo una presunción de existencia cuando la pretensión aseguradora existe realmente⁹⁷. En consecuencia, cabe decir, en primer lugar, que la presunción de exactitud no alcanza a los datos de hecho, tampoco entra dentro de su campo la capacidad de obrar; y, en segundo lugar, la presunción de exactitud desvía la carga de la prueba, el que sostiene la inexactitud del Registro debe probarla.

7. LA PROTECCIÓN DE LA BUENA FE COMO ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*

Conocida es por todos la quiebra que en materia del Derecho de Cosas se produce del principio vigente en el Derecho de obligaciones (§ 404 ss. BGB) en favor de la protección del tráfico jurídico mediante las posibilidades que ofrece la adquisición de buena fe⁹⁸. Al adquirente de una cosa mueble se le protege, aunque la cosa no pertenezca al enajenante, salvo que el adquirente no actúe de buena fe en el tiempo en que adquiere la propiedad⁹⁹. Pero la protección otorgada al adquirente de un bien inmueble o de un derecho sobre un bien inmueble va aún más allá, ya que, como hemos tenido ocasión de comprobar, se protege en su buena fe a aquel que adquiere por negocio jurídico confiado en la exactitud del Registro, salvo que contra la misma se haya practicado un asiento de contra-

de la misma da lugar a una indemnización de daños y perjuicios, siendo el acto realizado válido, y, por otro, las prohibiciones inscritas en el Registro de la Propiedad dotadas de eficacia real originada por la inscripción en el Registro, siendo el acto realizado incumpliendo la misma nulo en su vertiente traslativa.

⁹⁶ No fundamentan derechos reales, mediante la inscripción de una contradicción no queda afectada la presunción de veracidad, la misma sólo tiene la función de impedir una adquisición de buena fe. Es decir, anuncian a un tercer adquirente la incoación de un procedimiento de rectificación registral, no cierra el Registro, sino que hace ineficaces los actos posteriores a él si el derecho del reclamante se confirma judicialmente.

⁹⁷ Cfr. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 162.

⁹⁸ La razón por la cual el legislador defiende al tercero que confía en la apariencia en su conflicto con el verdadero titular es la protección de la buena fe, ésta es la que desencadena en la valoración del legislador esa medida legal de protección. Cfr. en este sentido REGELSBERGER, *Der sogennante...*, cit., p. 354.

⁹⁹ No actúa el adquirente de buena fe si es conocido para él o desconocido como consecuencia de culpa grave que la cosa no pertenece al enajenante (§§ 932.2 y 935 BGB). Le perjudica tanto el conocimiento positivo como el desconocimiento por gran negligencia.

dicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente. Se produce el fenómeno en virtud del cual —según Weirich¹⁰⁰— «la apariencia de derecho reemplaza al Derecho»¹⁰¹.

El riesgo de una posible adquisición *a non domino* de buena fe obliga a la Oficina del Registro de la Propiedad (GBA) y a los interesados al mayor de los cuidados¹⁰². En la medida de lo posible deben evitarse las incorrecciones, y las ya inscritas deben ser corregidas lo antes posible. Las reglas sobre la adquisición de buena fe garantizan, pues, un alto grado de corrección material y son por ello uno de los pilares que sustentan el sistema alemán del Registro de la Propiedad¹⁰³.

Pero para que opere esta protección otorgada por el Registro de la Propiedad es necesario que concurran una serie de requisitos¹⁰⁴:

1.º Inexactitud del Registro de la Propiedad, derivada de la existencia de un derecho inscribible que no ha sido objeto de inscripción, o por haberse inscrito un derecho inexistente. Esta inexactitud o inscripción incompleta puede referirse a la propiedad, a un Derecho real limitado sobre la finca, a un derecho sobre la finca o a una limitación de disponer¹⁰⁵ susceptible de inscripción. Supuestos de hecho son, por ejemplo:

¹⁰⁰ «Der Rechtsschein ersetzt das Recht». *Grundstückrecht...*, cit., p. 163. Vid. tb. WESTERMANN, «Der öffentliche Glaube des Grundbuchs». JuS 1963, pp. 3 y 5; WIEGAND, «Der gutgläubige Erwerb beweglicher...», cit., p. 201.

¹⁰¹ En la adquisición de buena fe de bienes inmuebles desempeña un papel importante la protección otorgada a la buena fe en el caso de la apariencia hereditaria (§§ 2366 y 2367 BGB). Inscrita la herencia en el Registro de la Propiedad, la protección basada en la buena fe se aplica exclusivamente al derecho sobre bienes inmuebles. Si el causante permanece aún como titular inscrito entran en juego los dos efectos de la protección: 1.º La apariencia hereditaria fundamenta la protección de la buena fe respecto a la posición hereditaria del disponente; 2.º La apariencia hereditaria no fundamenta, sin embargo, la suposición de que el objeto del cual el titular aparente dispone pertenece a la herencia.

¹⁰² Las presunciones contenidas en el § 891 BGB funcionan principalmente, como hemos referido, en el orden procesal, pero resultan insuficientes en el tráfico jurídico inmobiliario. El sujeto que desee obtener un derecho sobre un bien inmueble no se siente protegido si sólo puede partir de la presunción de que la persona que aparece inscrita y de la cual lo adquiere es en realidad el auténtico propietario y no un mero titular aparente; su principal objetivo es poder estar totalmente seguro de esta situación.

¹⁰³ Cfr. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 164; TIETKE, *Gutgläubiger Erwerb im Bürgerlichen Recht, im Handels und Wertpapierrecht sowie in der Zwangsvollstreckung*. Berlín/New York 1985, p. 89; SCHMIDT, «Das problem des Gutgläubigen Erwerbs». *Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts*. AcP 191 (1991), p. 518.

¹⁰⁴ WIEGAND —«Der öffentliche...», cit., pp. 206 ss.— habla de presupuestos objetivos y subjetivos, incluyendo entre los primeros a: 1.º Inexactitud del Registro; 2.º Ausencia de asiento de contradicción; 3.º Inscripción en el Registro; y entre los segundos la buena fe del adquirente. Vid. tb. LUTTER, «Die Grenzen des sogenannten...», cit., pp. 126 y 127.

¹⁰⁵ Vid. al respecto SCHÖNFELD, «Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher Glaube des Grundbuchs». JZ 1959, pp. 140 ss.; RÜHWEDEL, «Grundlagen und Rechtswirkungen sogenannter relativer Verfügungsverbote». JuS 1980, p. 161.

- El enajenante inscrito que no es propietario real, a pesar de haberse inscrito un derecho real limitado, para el Derecho material no ha nacido o se ha cancelado;
- Una limitación persistente de la facultad de disposición del legitimado que no ha sido inscrita (§§ 51 y 52 GBO) ¹⁰⁶;
- Una carga que ha sido injustificadamente cancelada de modo que materialmente aún existe.

2.º Pretensión derivada de un derecho inscrito; la fe pública garantiza la validez de las disposiciones sobre un derecho inscrito, por lo que se presupone un negocio de disposición sobre el mismo.

3.º Disposiciones realizadas, por negocio jurídico eficaz, de la propiedad o de un derecho real inscrito ¹⁰⁷.

4.º Pretender la protección del tráfico, por lo que se le niega su aplicación a los casos en los que sólo se encuentra interesada una persona, no pudiendo en consecuencia ser calificado como negocios de tráfico ¹⁰⁸. En concreto, el instituto de la protección de la buena fe debe proteger el tráfico jurídico de bienes inmue-

¹⁰⁶ § 51: «En la inscripción de un heredero fiduciario ha de expresarse al tiempo del derecho del fideicomisario, y cuando el heredero fiduciario quede libre de las limitaciones de sus facultades dispositivas se hará constar de oficio esta liberación».

§ 52: «Si existe un albacea testamentario nombrado, ha de ser inscrito de oficio al tiempo de practicarse la inscripción a favor del heredero, a no ser que el bien hereditario no esté sujeto a la administración del albacea».

¹⁰⁷ Ya hemos constatado que las modificaciones de derecho que sobrevienen por fuerza de la Ley o que descansan en un acto administrativo no pueden llevar a una adquisición de buena fe. Tal es el caso, por ejemplo, del sujeto que hereda la propiedad de otro, propietario aparente, que injustamente la tiene inscrita a su nombre. En este caso no hay adquisición ya que la sucesión no es adquisición por negocio jurídico (§ 1922 BGB). Por el contrario, si un propietario aparente está falsamente inscrito como propietario y muere, siendo inscrito su sucesor por causa de la herencia aparente, vendiendo éste posteriormente el inmueble en cuestión a otro sujeto, aunque él no ha devenido propietario porque no ha adquirido por negocio jurídico, sino por sucesión (§ 1922 BGB), el tercero que adquirió de él sí ha adquirido la propiedad en la medida en que haya mediado buena fe por parte del mismo que ha confiado en el asiento del Registro de la Propiedad. En parecidas circunstancias se encuentra la mujer casada que pacta en capitulaciones matrimoniales el régimen económico de sociedad de gananciales, apareciendo inscrito el marido sin causa bastante como propietario; en este caso no hay adquisición por parte de la mujer, es un efecto legal de lo pactado en capitulaciones matrimoniales (§ 1416 BGB). Cabe también citar el caso del acreedor que adquiere en el curso de una ejecución forzosa una hipoteca aseguradora sobre el bien inmueble de un propietario aparente, realizándose después la subasta judicial de la hipoteca es adjudicada a un tercero (§ 81 ZVG): la hipoteca no surte efecto porque la protección de la buena fe solamente se da en el ámbito de las adquisiciones por negocios jurídicos. Sin embargo, el tercero devendrá propietario conforme al § 90 ZVG, ya que en la adjudicación de un procedimiento de remate la adquisición es constitutiva. El acreedor originario debe pasar su parte perdida por el remate judicial al verdadero propietario, en la medida en que él ha obtenido el dinero sin causa jurídica que lo fundamente (§ 812 BGB). Vid. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 164.

¹⁰⁸ Esclarecedor es al respecto el siguiente caso: el propietario aparente que de buena fe traspasa un bien inmueble de su patrimonio a una sociedad limitada, siendo el único propietario de la misma así como su gerente. En realidad, jurídicamente existe un nuevo portador del derecho, pero económicamente se interpone una identidad entre el enajenante y el

bles y así facilitarlo. El adquirente de un derecho sobre un bien inmueble no tiene generalmente ninguna posibilidad real, aparte del Registro de la Propiedad, de obtener información sobre una determinada relación jurídica. Sin embargo, según los §§ 891 y ss. BGB, se protegerá únicamente a quien adquiera mediante un negocio de tráfico. Quien, por el contrario, está tan cerca del enajenante que debiera haber conocido sus relaciones, no obtiene protección alguna. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el concepto «negocio de tráfico» no dice nada respecto del trasfondo económico de la disposición realizada, ya que también se protegerá la adquisición gratuita si se da un negocio de tráfico ¹⁰⁹.

5.º No existir en el momento de la inscripción del derecho una inscripción contradictoria respecto a la veracidad del Registro de la Propiedad (§ 892 BGB). La contradicción puede estar inscrita como consecuencia de:

a) Una disposición o aceptación provisional del afectado (§ 899.2 BGB) ¹¹⁰.

b) Una sentencia ejecutiva con ocasión de una declaración de voluntad (§ 895 ZPO).

c) Una actuación de oficio, conforme al § 18.2 GBO ¹¹¹, cuando la petición anterior tiene por objeto una inscripción declarativa no modificadora del derecho.

d) Una actuación de oficio, según el § 53.2 GBO ¹¹², cuando la Oficina del Registro de la Propiedad (GBA), lesionando las prescripciones legales, lleva a cabo una inscripción a través de la cual el mismo se hace incorrecto ¹¹³.

adquirente. La sociedad limitada no puede entenderse que haya adquirido de buena fe. *Vid.* también, supuestos referidos por WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., pp. 272 y 273.

¹⁰⁹ En este sentido, WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 165.

¹¹⁰ § 899.2: «La extensión –del asiento de contradicción contra la inexactitud– se realiza basándose en una medida judicial provisional o basándose en el consentimiento de la persona cuyo derecho se ve afectado por la rectificación del Registro. No es necesario, para que se dicte la medida judicial provisional, que se haga probable el riesgo del derecho del contradictor».

¹¹¹ § 18.2: «Si antes de la ejecución de la solicitud se solicita otra inscripción que concierna al mismo derecho, se practicará de oficio una prenotación o un asiento de contradicción en beneficio de la solicitud primeramente presentada; ese asiento equivale como ejecución de esa solicitud. La prenotación o el asiento de contradicción se cancelarán de oficio cuando se deniegue la solicitud primeramente presentada».

¹¹² § 53.2: «En el caso de hipoteca, deuda territorial o deuda de renta no es necesario, para la práctica de un asiento de contradicción, la presentación de cédula cuando el asiento de contradicción tenga el contenido expresado en el § 41.1.2 (cuando el asiento se ordene por una medida provisional, y el asiento de contradicción se funde en que la hipoteca o el crédito, para cuya garantía se ha constituido aquélla, no subsisten, o están sujetos a una excepción o están inscritos erróneamente)».

¹¹³ *Vid.* GURSKY, *Staudingers Kommentar...*, cit., § 892, p. 60; WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 165.

6.º Tratarse de un adquirente de buena fe ¹¹⁴; ésta se presume siempre, salvo que cuando al efectuarse la disposición ¹¹⁵:

a) Se encontrara inscrito un asiento de contradicción (§ 892.1 BGB);

b) La inexactitud sea conocida por el adquirente ¹¹⁶. El juego de la buena fe solamente es excluido por el conocimiento positivo y no, como ocurre en materia de muebles (§ 932 BGB), por la ignorancia debida a negligencia inexcusable, en la medida en que el Registro de la Propiedad garantiza una mayor confianza ¹¹⁷. Sólo actúa de buena fe el que cree que el Registro antes de la adquisición del derecho era correcto. No basta la creencia de que es correcto después de la inscripción del adquirente. La buena fe del § 892 BGB es un concepto negativo ¹¹⁸. No cabe la protección del adquirente cuando de una inscripción del Registro se desprende que otra inscripción es inexacta o existe alguna posibilidad de que lo sea ¹¹⁹.

¹¹⁴ Inmiscuimos en el tema de la buena fe supone adentrarnos en uno de los conceptos que como ha referido Díez-PICAZO —*La doctrina de los propios actos*. Barcelona 1965, p. 134—, «es uno de los más difíciles de aprehender del Derecho Civil y, además, uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y apasionada polémica».

¹¹⁵ Especialmente la adquisición del derecho, porque aquel que haya adquirido de buena fe no pierde lo adquirido si posteriormente se entera de la inexistencia del derecho de su transmitente. En el caso de que para la adquisición del derecho es necesario el acuerdo y la inscripción conforme a lo preceptuado en el § 873 BGB, y se emite primeramente el acuerdo, es decisivo para el conocimiento del adquirente el momento en que se haya presentado la instancia de inscripción (§ 892.2 BGB). Si en ese momento el tercero obra de buena fe, no le perjudica su posible conocimiento posterior; pero si en dicho momento no existe siquiera la inscripción inexacta, según el § 892.1 BGB, todo dependerá del momento en el que se perfeccione la adquisición del derecho. Puede verse al respecto TIEDTKE, «*Erwerb beweglicher...*, cit.», p. 518.

¹¹⁶ El § 892 solamente exige desconocimiento de la inexactitud registral, sin tener en cuenta el origen del error.

¹¹⁷ Sobre el adquirente no pesa ninguna carga de tener que informarse, las posibles dudas no se equiparan a un conocimiento, tampoco juega la inexactitud de forma semejante al *dolus eventualis*. Vid. WACKE, *Münchener Kommentar...*, cit., § 892, p. 286. El conocimiento de la inexactitud del Registro no es idéntico al conocimiento de los hechos —RG 98, 215, 220—, de los que deriva la inexactitud. El adquirente obra de mala fe si conoce la inexactitud aunque ignore las causas; sin embargo, obra de buena fe si conoce los hechos pero no deduce la inexactitud del Registro por desconocimiento del derecho o por creer que el Registro es exacto por algún motivo. Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 274; WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 166. Por su parte, WIEGAND —«*Der öffentliche...*, cit.», p. 208— considera que se actúa de mala fe cuando el adquirente conoce de la divergencia entre el contenido del Registro y la realidad jurídica.

¹¹⁸ Cfr. WOLFF, *idem*, p. 275. El adquirente ha adquirido de buena fe sobre la exactitud del Registro de la Propiedad; la misma sólo será excluida por un conocimiento positivo de la inexactitud (§ 892.1 BGB). La duda sobre la inexactitud o desconocimiento negligente no es suficiente. Un error de derecho puede impedir el conocimiento; así, quien conoce los hechos pero tiene por exacto al Registro de la Propiedad es de buena fe. Incumbe la prueba para adquisición de mala fe a quien la alegue de oficio (§ 892.1 BGB). Vid. tb. LUTTER, «*Die Grenzen des sogenannten...*, cit.», pp. 123 y 169 ss.

¹¹⁹ Refiriéndose al artículo 34.2 LH, pone de manifiesto MIQUEL GONZÁLEZ —«*Observaciones en torno a la buena fe*». Homenaje al Profesor Juan Roca Juan. Murcia 1989, p. 504— que se considera decisivo por el legislador el conocimiento, sin hacerse referencia

7.º Ser un adquirente, bien a título oneroso o bien a título gratuito aunque con efectos diferentes, ya que en el primer caso responde el disponente (§ 816 BGB) y en el segundo el adquirente ¹²⁰.

Es, por tanto, indiferente que el tercero adquiera del titular aparente a título oneroso o gratuito; en ambos supuestos adquiere la perfecta propiedad. En el ámbito de los derechos subjetivos patrimoniales y respecto al enriquecimiento sin causa (§ 816 BGB), en su expresión general comprende como caso más importante éste al que nos referimos ¹²¹. El *non dominus* efectúa un acto de disposición, el cual es eficaz contra el *verus dominus*, y esto es así porque el adquirente es de buena fe conforme a lo establecido en el § 935 BGB. Por lo que debemos de distinguir:

1.º Si la transmisión es a título oneroso, el *non dominus* está obligado a entregar lo percibido al *verus dominus* despojado (§ 816.1 BGB). El ejercicio de la acción de enriquecimiento que conlleva la reintegración de los derechos arrebatados por el *non dominus* es ajena a la posible existencia de daños en el patrimonio del *verus dominus* ¹²².

a la diligencia. Añade que un Registro como el español en el que impera el principio de legalidad parece que no puede imponer al adquirente «suplementarios» deberes de diligencia para averiguar una posible inexactitud registral. «No cabe –en palabras del autor– exigir diligencia respecto de materias que han sido sometidas a la calificación de funcionarios especial y altamente preparados al efecto».

¹²⁰ La doctrina imperante hoy en Alemania en materia de enriquecimiento sin causa es la llamada «teoría de la diferenciación». *Vid.*, entre otros, Von CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*. Gesammelte Schriften. Tübingen 1968, Band I, p. 209; *Leistungsrückgewahr bei gutgläubigen Erwerb*. Festschrift für Gustav Boehmer. Bonn 1954, pp. 145 ss.; LOEWENHEIN, *Bereicherungsrecht*. München 1989, p. 8; CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*. München 1994, Band II.2, 13.ª Auflage, p. 129. Nos encontramos ante un supuesto de Leistungskondition. STÜRNER, *Lehrbuch...*, *cit.*, p. 182. Siguiendo la línea doctrinal adoptada, dentro del enriquecimiento por intromisión existen dos teorías –DÍEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado». Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid 1988, p. 118 ss.–, la llamada teoría de la antijuridicidad y la teoría de la atribución –no vamos a centrarnos en el análisis de las mismas ya que escapa del objeto de nuestro estudio; un análisis exhaustivo podemos encontrar en la reciente monografía de BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión*. Madrid 1998, pp. 54 ss.–, siendo esta última consagrada por Von CAEMMERER, «Bereicherung...», *cit.*, p. 209– y la dominante en la actualidad en Alemania –CANARIS/LARENZ, *ídem*, p. 168–; según ésta el enriquecimiento es injustificado en la medida en que la cosa es utilizada por quien no es el verdadero titular (titular registral o aparente) y sin mediar consentimiento del *verus dominus*, lo que está en contradicción con la «atribución» de bienes y derechos que implica todo derecho de propiedad –Von CAEMMERER, *ídem*, p. 234–. Asimismo DÍEZ-PICAZO –*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*. Madrid 1993, tomo I, p. 108– sitúa entre los casos generales de aplicación de la llamada *condictio* por intromisión derivados del ejercicio eficaz del *ius disponendi* sobre un bien ajeno, la disposición eficaz por un titular registral en aplicación del artículo 34 LH.

¹²¹ El objetivo principal es la protección de los derechos arrebatados por el *non dominus* mediante la reintegración al patrimonio del *verus dominus* del provecho obtenido por aquél. En este sentido Von CAEMMERER, «Bereicherung...», *cit.*, p. 230, y LOEWENHEIM, *ídem*, p. 74.

¹²² Von CAEMMERER, *ídem*, p. 234. La compatibilidad entre ambas acciones ha sido tradicionalmente defendida en España. En este sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El enrique-*

2.º Si, por el contrario, la transmisión es gratuita, es el tercero de buena fe el que resulta enriquecido; y si tiene todavía la cosa en su poder, el enriquecimiento está a la vista y ha de restituirlo (§ 816.1.2 BGB)¹²³. El verdadero titular que ha sido desposeído tiene –análogamente al § 822 BGB– una actuación obligatoria, en la medida en que lo adquirido gratuitamente, siempre que el receptor se haya enriquecido, debe ser transmitido a aquel a cuya carga se ha realizado la adquisición¹²⁴.

A estos requisitos, añade Schwab¹²⁵, que es necesario que se den además los otros presupuestos exigidos por la legislación para la validez de la adquisición; es decir, el acuerdo real, consentimiento para la inscripción, capacidad del disponente, facultades del representante e inexistencia de prohibiciones legales de disponer.

Cabe así considerar que mientras el § 892 BGB protege al adquirente de un derecho sobre un inmueble, el § 893 BGB amplía esta protección de buena fe a dos supuestos más:

1.º Si es efectuada una prestación a aquél a cuyo nombre está inscrito un derecho en el Registro en base a este derecho.

2.º O si entre él y otra persona es celebrado, en base a este derecho, un negocio jurídico que no está en el ámbito de las dispo-

cimiento sin causa. Granada 1989, p. 110.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., tomo I, p. 105; MIQUEL GONZÁLEZ, voz «Enriquecimiento injustificado». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid 1995, tomo II, pp. 2805 y 2806; CLAVERIA GOSALBEZ, *La causa del contrato*. Zaragoza 1998, p. 264. Resulta ilustrativa, al respecto, la sentencia de 19 de febrero de 1999 –AC 1999, núm. 26, pp. 1.648 ss.–, sobre acción por enriquecimiento injusto. En la misma se determina que «la acción de enriquecimiento sin causa no es ninguna sanción civil que se imponga como consecuencia de una conducta culposa»; «siendo una contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquella reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento». Niega en este caso la confluencia entre la acción de enriquecimiento y la aquiliana del artículo 1902 CC «porque los daños y perjuicios no los pide la parte actora por vía de acción de responsabilidad extracontractual, sino por la acción de evicción, subsidiariamente por acción pauliana, y subsidiariamente por vía de enriquecimiento injusto». Luego esta acción es subsidiaria de acciones específicas previstas por la Ley en casos determinados.

¹²³ Respecto de la extensión de la pretensión de enriquecimiento, el § 818 BGB específica: «1. La obligación de restitución se extiende a los emolumentos derivados y a todo lo que el receptor adquiriera, ya sea en virtud de un derecho obtenido o como indemnización por la destrucción, daño o sustracción del objeto obtenido.

2. Si la restitución es imposible a causa de la naturaleza del objeto obtenido, o si el receptor, por cualquier otra razón, no está en posición de restituir, indemnizará el valor.

3. La obligación de restituir o de indemnizar el valor queda excluida tan pronto como el receptor ya no esté enriquecido...».

¹²⁴ Vid. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona 1995, vol. 1.º, edic. española Martínez Sarrión, p. 718.

¹²⁵ *Sachenrecht...*, cit., p. 77.

siciones del § 892 BGB, el cual contenga una disposición sobre dicho derecho.

La adquisición por parte del tercero de bienes de un no titular, de un titular registral y la pérdida de éstos por su titular, titular no registral, es definitiva, sin perjuicio, claro está, de los correspondientes deberes de indemnización, de carácter obligatorio, que deben tener lugar¹²⁶. Al tener la misma carácter definitivo puede el tercero de buena fe disponer libremente de la cosa o derecho.

La adquisición *a non domino* por parte del tercero de buena fe es consecuencia de admitir el contenido del Registro como exacto, en la medida en que la Ley le atribuye, en forma de ficción¹²⁷, al *non dominus* una legitimación para disponer a favor de terceros de un derecho ajeno que no ha sido inscrito. Cuando el *non dominus* transmite al tercero de buena fe, éste adquiere derechos existentes, es decir, no se produce la extinción de la propiedad antigua y la constitución de una nueva. Pero no por ello el tercero es sucesor jurídico, ya que su antecesor (*non dominus*) no ostenta derecho en el cual basar la adquisición de su derecho. El adquirente de buena fe adquiere del *non dominus* la propiedad sobre un bien del titular real, no porque éste la tuviera, sino a pesar de que la tenía el titular real y no el aparente¹²⁸.

En resumen, la buena fe es la razón por la que legalmente se opta por proteger al tercero frente al verdadero titular. Supone error sobre la situación real y confianza en la situación aparente. La inscripción registral que en principio nace como fiel reflejo de la realidad puede llegar a convertirse en un medio creador de apariencias¹²⁹.

¹²⁶ Operada la pérdida por parte del titular real de su derecho a raíz de la protección otorgada a la adquisición del tercero de buena fe, se generan una serie de derechos en su favor conforme a lo establecido en el ya referido § 816 BGB. A ello cabe añadir lo establecido en el § 818.3 BGB. Por último, conforme al § 822 BGB: «Si el receptor transfiriere la cosa adquirida gratuitamente a un tercero, y si como consecuencia de esto la obligación del receptor a la restitución del enriquecimiento queda excluida, el tercero está obligado a la restitución del enriquecimiento como si lo hubiese recibido del acreedor sin causa jurídica». LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht...*, cit., pp. 61 y 62.

¹²⁷ Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 278; SCHAWB, *Sachenrecht...*, cit., p. 83; STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 229; WEIMAR, *Der gutgläubige Erwerb...*, cit., p. 41; Von CAEMMERER, *Leistungsrückgewahr...*, cit., pp. 145 ss.; BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*. München 1989. 15 Auflage, p. 207; GURSKY, *Staudingers...*, cit., § 892, p. 57; LUTTER, «Die Grenzen des sogenannten...», cit., p. 124; WIEGAND, «Der öffentliche...», cit., p. 206; «Rechtsableitung vom Nichtberechtigten». JuS 1978, p. 147; WACKE, *Münchener...*, cit., § 892, p. 272; HAGER, *Verkehrsschutz...*, cit., p. 421; MEIKEL/IMHOF/RIEDEL, *Grundbuchrecht...*, cit., p. 291; ALTMETZEN, *Disponibilität des Rechtsscheins*. Köln 1993, p. 233.

¹²⁸ Cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. München 1989, 7. Auflage, p. 238; Von TUHR, *Derecho Civil. Parte General*. Madrid 1927, traducida y concordada al español por Roces, 2.ª edic., p. 110; LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., pp. 199 ss.

¹²⁹ Se admiten en el Derecho alemán tres grupos de casos de apariencia: 1.º Los encuadrados dentro de lo que podríamos denominar «función de liberación» (Liberations-

Es por lo que la buena fe se va a convertir en el elemento principal «relativizándose ante ella»¹³⁰ los que se pueden llegar a considerar medios a su servicio: la fe pública.

8. REALIDADES COMPARADAS

En la medida en que la finalidad perseguida por ambos sistemas es la misma: dotar de seguridad al tráfico jurídico inmobiliario a fin de fomentarlo, ya que es la base de toda economía y el efecto que se produce es idéntico, porque tanto en nuestro sistema como en el alemán se mantiene en firme la adquisición de quien reúna los requisitos necesarios para gozar de la protección de la fe pública, debemos olvidar la preeminencia del sistema alemán para, a través del análisis comparativo de sus elementos, determinar las ventajas e inconvenientes de ambos instrumentos tendentes a lograr un fin único y común: la adquisición *a non domino* de bienes inmuebles por el tercero de buena fe.

En los dos sistemas, para que actúe la fe pública registral es necesario que de los asientos del Registro derive algo que está en discordancia con la realidad¹³¹.

En el Derecho español la inexactitud se define en el artículo 39 LH, pudiendo derivar de las diversas causas establecidas en el artículo 40 LH o de cualquier otra. La fe pública actúa pues, al igual que en Derecho alemán, en una «zona de apariencia»; aunque reconocida por el Derecho en favor de un tercero de buena fe (art. 34 LH), no permanece aquél inactivo ante la misma de ahí que se establezcan medidas para proceder a la rectificación del Registro inexacto (art. 40 LH). Por su parte, el § 894 BGB ante la inexactitud concede la facultad de rectificación. La discordancia realidad/Registro en el Derecho alemán puede deberse a la inexactitud o a lo que llamamos un «contenido incompleto»¹³².

funktion); 2.º Poder aparente de representación o representación aparente (Scheinvertretungsmacht); y 3.º Disposiciones por un no titular (Verfügungen Nichtberechtigter). *Vid.* al respecto, ALTMIPPEN, *Disponibilität...*, *cit.*, pp. 1 ss.

¹³⁰ GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente. (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Sevilla 1978, p. 478.

¹³¹ Nunca el Registro puede, siempre y en todo caso, reflejar fiel e íntegramente la realidad. En el Ordenamiento alemán no cabe la protección de la buena fe (§ 892 BGB) cuando se trata de adquisiciones que no derivan de negocio jurídico, inscripciones improcedentes, prescripción de servidumbres prediales (§ 1.028 BGB), futuras prestaciones accesorias (§ 1.158 BGB) y prestaciones accesorias vencidas y no pagadas (§ 1.159 BGB). *Vid.* MEIKEL/IMHOF/RIEDEL, *Grundbuchrecht...*, *cit.*, p. 291.

¹³² Así, mientras ante supuestos de inexactitud por no acceso al Registro de la Propiedad de alguna relación jurídica se procede, en el Derecho español, a la rectificación por la inscripción del título (art. 40 LH), en el Derecho alemán, dado su carácter constitutivo, esta

Debe tratarse además de un derecho inscrito, o sea que para que la adquisición *a non domino* prospere debe de celebrarse un negocio jurídico entre el titular inscrito (*non dominus*) y otra persona (tercero de buena fe), en virtud del cual se realice un acto de disposición sobre un derecho registrado (§§ 893 BGB y 34 LH).

Pero las diferencias entre ambos Ordenamientos no se hacen esperar; en el Derecho alemán queda protegido tanto quien adquiere un derecho real sobre una finca como el que realiza una prestación a favor de quien en el Registro aparece como titular del derecho a recibirla; en cambio, en el Derecho español está protegido el adquirente de un derecho real, pero la fe pública no ampara a los acreedores del titular inscrito ni a los que cumplen una prestación a favor de éste ¹³³.

El tercero debe actuar de buena fe, no conocer la inexactitud del Registro ¹³⁴. Así, mientras en el Derecho alemán la misma debe existir en el momento de presentación de la solicitud de inscripción (§ 892.2 BGB) ¹³⁵, en el Derecho español parece ser que debe apreciarse en el momento de la adquisición ¹³⁶. Pero, a nuestro entender, la principal y más grave diferencia radica en el posible juego de la mala fe, que no es sino consecuencia del sistema adquisitivo de abstracción de la causa ¹³⁷.

Por último, cabe referir que sólo se protegen en nuestro Ordenamiento las adquisiciones a título oneroso, en el Derecho alemán no se aprecian diferencias entre adquisiciones a título oneroso o gratuito, sino sólo a efectos de resarcimiento ¹³⁸.

situación es impensable, ya que la inexactitud no deriva de la ausencia de inscripción porque en este caso no hubiese operado la mutación jurídico-real, por lo que se suele recurrir para la rectificación del Registro, bien al procedimiento general mediante el ejercicio de la acción de rectificación (§ 894 BGB) o al previsto en el § 22 GBO, con fianza a través de anotación preventiva conforme a los §§ 899 BGB y 53.1.1 GBO. En Alemania el Registrador puede, actuar por propia iniciativa y con carácter subsidiario poniendo el Registro en concordancia con la realidad (§§ 82 y 83 GBO).

¹³³ Vid. al respecto, CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho...*, cit., tomo I, pp. 304 ss.; WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., pp. 281 y 282.

¹³⁴ Cfr. WIEGAND, «Der öffentliche...», cit., p. 208.

¹³⁵ Vid. WIEGAND, ídem, p. 210; TIEDTKE, «Erwerb beweglicher...», cit., p. 521.

¹³⁶ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, cit., vol. 3.º, p. 334; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 888; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., p. 596; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., p. 189. Para más información vid. el estudio realizado en «La adquisición *a non domino...*», cit., pp. 1.252 ss.

¹³⁷ Como ha referido GORDILLO CAÑAS —«Bases del Derecho de Cosas...», cit., pp. 561 y 562—, en Alemania la mala fe queda reducida a constituir un obstáculo a las ventajas que la publicidad brinda a los terceros, mientras que en España la buena fe es la razón justificadora y desencadenante del expediente protector. Por lo que el referido autor considera que conseguir la seguridad del tráfico en el sistema alemán y español tiene matices diferentes: mientras que en el primero el tráfico en abstracto es el beneficiario directo de los expedientes concebidos al servicio de la seguridad, en España no hay protección directa del tráfico, sino lo que ésta obtiene a través de lo que se concede a los terceros de buena fe.

¹³⁸ La disparidad va aún más allá, ya que si el adquirente a título gratuito enajena a un tercero a título oneroso, en el Derecho español queda éste sin protección, y en el alemán sí

9. RECAPITULACIÓN DE IDEAS

9.1 A propósito de la abstracción

Respecto de la abstracción, podríamos considerar antinatural la separación entre la transmisión y el fundamento real y material que la sustenta¹³⁹.

La superposición acuerdo obligacional/real plantea problemas fundamentalmente prácticos, sobre todo en lo referente a los vicios, en la medida en que no está muy claro que los posibles vicios de la voluntad y la ilicitud de la causa de que esté afectado el negocio obligacional repercutan en la validez del acuerdo real. Braandt¹⁴⁰ mantiene que la ilicitud del contrato obligacional no afecta a la ilicitud del acuerdo real, lo que, en nuestra opinión, permitiría el juego de la mala fe en el caso de ser conocida la ilicitud del negocio obligacional por el tercero adquirente de buena fe. Otros autores, como Westermann¹⁴¹, defienden la permeabilidad de ambas relaciones contractuales, con lo cual no se plantearía el problema anterior.

Frente al mismo, nuestro sistema traslativo de derechos reales es causal: el título es la causa del modo y el negocio es la causa de la continuación del derecho real. La nulidad del título hace inoperante la tradición y, en su caso, la inscripción. El negocio causal reúne la doble función de acuerdo obligacional y acuerdo real o voluntad de transmisión efectiva.

9.2 A propósito del carácter de la inscripción

Bien sabemos que la inscripción es premisa ineludible para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles¹⁴². Mediante la misma quedan tuteladas las relaciones jurídicas inmobiliarias de

la obtiene (§ 893 BGB). Vid. al respecto HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*. Derechos reales. Madrid 1955, vol. 2.º, revisión y notas de Díez Pastor y González Enriquez, pp. 132 y 133.

¹³⁹ En este sentido, SCHAWB, *Sachenrecht...*, cit., p. 10. El carácter abstracto de la transmisión en el Derecho alemán desliga la eficacia de la inscripción de la validez del acto jurídico en virtud del cual ha sido realizada. La operación llevada a cabo en el Registro debe ser legal para la producción de efectos.

¹⁴⁰ Cit. PAU PEDRON, «Panorama...», cit., p. 979.

¹⁴¹ *Sachenrecht. Immobiliarsachenrecht...*, cit., p. 98.

¹⁴² Es hora de atacar la ausencia de inscripción, es hora de superar los efectos que su falta provoca: 1.º Disminución de la función social del Registro en los casos de falta de inmatriculación o interrupción del *tracto* que pueden llegar a generar la existencia de titularidades aparentes y reales; 2.º Indeterminación respecto de terceros del momento en el que se produce el cambio de propiedad; 3.º Sigue sin solucionarse el problema de los datos físicos del Registro, excluidos también del ámbito de la fe pública. PAU PEDRÓN «Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios». Boletín de Información Jurídica del Ministerio

acuerdo con su naturaleza y trascendencia social; se intenta corregir, también, la divergencia entre Registro y realidad extrarregistral y se obtiene la seguridad de que las declaraciones judiciales y administrativas descansan sobre la base sólida y segura del Registro de la Propiedad ¹⁴³.

La coincidencia entre eficacia y publicidad es, pues, una exigencia de la propia institución registral ¹⁴⁴. Por lo tanto, mantener la discordancia entre eficacia y publicidad no lleva más que al robustecimiento de la institución de la inexactitud. Si lo que aparece publicado en el Registro de la Propiedad produce eficacia frente a terceros, es una consecuencia lógica que todos deban conocer cuál es la situación real en la que viven y se encuentran los derechos reales. La institución registral será tanto más eficaz cuanto más fiel sea respecto de la realidad extrarregistral la publicidad ofrecida por la misma.

Como sabemos, en nuestro Ordenamiento, a diferencia del Derecho alemán, la concordancia entre los pronunciamientos registrales y la realidad se deja al libre arbitrio de los particulares, pese a que la eficacia de la llamada «verdad oficial» se lleva al extremo mediante el principio de fe pública, como en el sistema germánico. Con la diferencia de que mientras el legislador alemán ofrece un sistema de inscripción constitutiva en un intento de acercar ambas realidades, el español se despreocupa, en nuestra opinión, de articular un medio a través del cual sea posible obtener la concordancia entre esas dos realidades que lograrían la coincidencia entre eficacia y publicidad: nos referimos a las realidades registral y extrarregistral.

Bien es cierto que, con independencia del mecanismo adquisitivo, el acceso al Registro de la Propiedad de las transmisiones operadas siempre va a causar el mismo efecto: tal es publicar el derecho existente o provocar la adquisición en su caso. Tanto en un supuesto como en otro la consecuencia es idéntica a efectos de las adquisiciones basadas en lo en él publicado. La diferencia más importante radica en que el sistema alemán pretende conseguir el acercamiento entre realidad y Registro complicando el sistema transmisivo, cuando las adquisiciones basadas en la apariencia registral viven al margen del sistema de transmisión, es decir, para que se produzca una adquisición *a non domino* es igual que la ins-

de Justicia. Julio 1991, núm. 1604, pp. 3.371 y 3.372-, denuncia, entre otras, algunas de estas consecuencias ante la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral.

¹⁴³ Vid. PAU PEDRÓN, «Eficacia de la inscripción...», *cit.*, p. 2.190.

¹⁴⁴ Así lo entiende PAU PEDRÓN, *ídem*, p. 3.365.

cripción tenga carácter constitutivo o no, ya que la misma opera basada en lo establecido en el Registro.

Por lo tanto, aunque en el Ordenamiento español se le conceda a la inscripción un valor relativo, alcanza un valor absoluto cuando lo que se trata de proteger es el tráfico jurídico de bienes inmuebles y, en consecuencia, al adquirente de buena fe que lo hace apoyado en las declaraciones del Registro.

Lo importante es que las mutaciones jurídicas lleguen de alguna forma al Registro, así en el sistema español la inscripción es la fase final que dota al derecho real de plena eficacia, siendo la misma necesaria y esencial para que opere la fe pública; mientras, en el Ordenamiento alemán la inscripción es constitutiva, pero siendo igualmente necesaria y esencial para que opere la adquisición *a non domino*.

A efectos de la adquisición producida al amparo de la fe pública el carácter de la inscripción no tiene trascendencia, ya que, aunque en el Derecho español, no es necesaria para que el derecho real quede válidamente constituido con plena eficacia real y, en el Derecho alemán, sea el elemento imprescindible de la mutación jurídica, la adquisición *a non domino* deriva de la buena fe y el carácter necesario y esencial que la inscripción tiene en este caso especial de adquisición de la propiedad, ya que sin ambos elementos la misma no opera.

En consecuencia, la inscripción en las adquisiciones *a non domino*, tanto en el Ordenamiento alemán como en el español, produce un efecto defensivo e inmunizante, ya que defiende al adquirente de las acciones de nulidad o revocación que pueden esgrimirse contra su transferente. La inscripción inmuniza al adquirente de buena fe de las consecuencias destructivas del derecho defectuoso o inexistente del transmitente, siempre que las deficiencias de esta titularidad no las constatare el Registro de la Propiedad.

Podemos afirmar que, en ambos Ordenamientos, a través de la inscripción se hace triunfar a la apariencia jurídica sobre la divergente realidad extrarregistral, lo publicado en el Registro aparece como una verdad incontrovertible, a fin de asegurar a los terceros que contraten de buena fe confiados en sus declaraciones.

9.3 A propósito de la buena fe y las adquisiciones *a non domino*

Debemos partir de una realidad, tal es, que la seguridad se obtiene por la protección dispensada a la buena fe. Es cierto que proteger una adquisición basada en lo publicado en el Registro y en la buena fe del adquirente en aras de la seguridad del tráfico tiene total

justificación y es consecuencia lógica del principio de fe pública. Ahora, también es cierto que permitir esta misma adquisición cuando por el mecanismo de adquisición es posible el juego de la mala fe —lo cual sucede en el sistema abstracto alemán— desvirtúa el principio de la buena fe y la importancia del mismo en las adquisiciones fundamentadas en la fe pública ¹⁴⁵.

Si partimos de un sistema de publicidad en el que el Registro es generador de apariencia jurídica protegible, la adquisición basada en la buena fe vive al margen del valor de la inscripción en el sistema transmisivo. El carácter constitutivo de la inscripción no excluye las inexactitudes registrales generadas por la divergencia realidad/Registro, ya que el origen de las mismas es muy diverso. En las adquisiciones *a non domino* la inscripción no forma parte del proceso adquisitivo, es un requisito necesario y esencial para que pueda operar, ya que se apoya en la publicidad del Registro.

La publicidad en el Derecho alemán sirve a la «visibilidad de los derechos» ¹⁴⁶, mediante la misma todo dueño de un inmueble dispone de un instrumento general de conocimiento del derecho del cual es titular, pudiendo oponerlo a cualquiera. Por el contrario, también cualquier tercero, gracias a esa publicidad, puede disponer de toda la información que sea de su interés acerca del derecho ajeno. En las adquisiciones *a non domino* la inscripción es necesaria, en el sentido de que la Ley la supedita a la producción del efecto jurídico, pero no es constitutiva del efecto jurídico-real.

Si la publicidad es estudiada como punto de apoyo de la confianza del tercero de buena fe, lo que hay que buscar es el mecanismo idóneo para dotar a esa publicidad de eficacia. La adquisición *a non domino* deriva de lo publicado en el Registro y la buena fe del adquirente en base a la concesión que en estas condiciones otorga la Ley al tercero cuando, en otras circunstancias o, mejor dicho, no dándose los requisitos exigidos no se produciría. La adquisición *a non domino* es un puro favor de la Ley al tercero en base a su buena fe. Aunque se establezca un sistema de inscripción constitutiva las inexactitudes registrales van a seguir existiendo, luego las adquisiciones que se operen derivadas de la misma tienen su origen en la Ley en ese caso especial contemplado por el Ordenamiento de protección al tercero de buena fe que, confiado en la exactitud del Registro, es inducido a error. Cuando realidad y Registro coinciden

¹⁴⁵ Como ha constatado GORDILLO CAÑAS —«Bases del Derecho de Cosas...», *cit.*», p. 561—, el sistema —refiriéndose, claro está, al vigente en Alemania— en su complejidad resulta artificioso e innecesariamente sobrecargado y lleva a una protección del tráfico en la que caben «indiferencialmente» los terceros tanto de buena como de mala fe.

¹⁴⁶ Vid. STÜRNER, *Lehrbuch...*, *cit.*, p. 29; ERLT, *Staudingers...*, *cit.*, §§ 873-902, p. 14.

no surge la necesidad de proteger al tercero de buena fe. Luego, el supuesto de hecho será el error registral en base al cual se produce una adquisición basada en esa inexactitud publicada por el Registro, aunque mediando la buena fe del adquirente. Por lo tanto, la inscripción constitutiva no excluye a las adquisiciones basadas en la apariencia registral.

La protección registral presupone el error ocasionado por la publicidad al tercero de buena fe, si el tercero protegido adquiere un derecho de quien no es titular bien, porque dejó de serlo o nunca lo fue –si la inscripción es nula–, el sistema legal presupone una publicidad de efectos positivos cuya virtualidad consagran los principios de legitimación y fe pública.

La inscripción debe cumplir una función publicadora de las situaciones jurídicas inmobiliarias no constitutiva; de ahí la idoneidad de la inscripción obligatoria pero no de la constitutiva. La inscripción ofrece una pauta segura de actuación: su carácter constitutivo no garantiza que lo publicado por el Registro sea más cierto que si no goza de dicho carácter.

Hay que buscar, pues, los medios para que el Registro sea exacto, visto que el carácter constitutivo de la inscripción no ha puesto fin a las inexactitudes registrales, es decir, que el Registro pueda constituir un fiel reflejo de las situaciones inmobiliarias. Lo publicado por el Registro en la medida en que genera confianza en los adquirentes debe desplegar su protección basada, no en el hecho de que lo publicado en el Registro es fiel reflejo de la realidad, sino precisamente en esa «confianza» depositada por aquellos que no siendo parte en el acto inscrito referido al derecho desconocen la realidad misma.

El Registro que nace con el fin de dar a conocer las situaciones inmobiliarias se convierte en el vehículo que permite las adquisiciones *a non domino* basadas en la buena fe del adquirente. Si la finalidad perseguida es la seguridad del tráfico, el Registro aparece como el medio que garantiza las adquisiciones realizadas en base a lo en él publicado.

9.4 A propósito de la publicidad y la eficacia

A través de los mecanismos transmisivos abstracto y causal se consigue proteger al adquirente de buena fe, pero lo ideal es articular un mecanismo adquisitivo que:

1.º Permita la concordancia entre realidad y Registro mediante un sistema de inscripción, para desarrollar una publicidad eficaz.

2.º No sobrecargue el mecanismo adquisitivo con fases o expedientes que obstaculizan, en última instancia, el acceso al Registro.

3.º Admita un principio de fe pública basado en la auténtica buena fe del tercero perceptible en todo el proceso de transmisión a través de un mecanismo causal y no abstracto.

En la medida en que abstracción e inscripción van por separado, lo cual queda demostrado en el Ordenamiento alemán a través de los casos en los que exigiéndose la inscripción no se requiere el acuerdo real sino que es suficiente el causal, adoptemos y defendamos un sistema de adquisición que garantice y que tienda a lograr un único objetivo: la necesaria coincidencia entre eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

Si ese es nuestro objetivo, no hay que desterrar la idea de dotar a la inscripción de un carácter obligatorio para lograr el acercamiento entre realidad y Registro, pero adoptando a su vez un mecanismo de adquisición de escasa complejidad en el que la buena fe del tercero sea apreciable en todo el proceso adquisitivo, evitándose así los segundos consentimientos, en definitiva, la superación de la abstracción en beneficio de la causalidad.

Es evidente que con la inscripción se protegen los intereses de las partes y de los terceros, luego facilitemos el acceso al Registro de las realidades extrarregistrales. Conforme el ciudadano tome conciencia de que el acceso al Registro garantiza su adquisición, se hará ésta una práctica habitual como ha ocurrido con la hipoteca, aunque la misma en ese caso tiene carácter constitutivo.

La conveniencia de que la transmisión de inmuebles tenga reflejo en el Registro se debe sobre todo a razones de eficacia publicitaria, así como al papel que desempeña el Registro en la determinación de la adquisición de la propiedad cuando existe incertidumbre social sobre el verdadero adquirente. Lo publicado en el Registro y el acceso al mismo garantizan la seguridad del tráfico.

En una sociedad de masas tan despersonalizada como la actual, la incertidumbre en torno a la persona del último adquirente debe ser superada, y eso sólo es posible acercando la realidad al Registro. El ideal es hacer primar al Registro, pero adoptando las medidas necesarias para lograr su concordancia con la realidad, pero a su vez sin tener que sobrecargar el sistema transmisivo. Si, como hemos constatado, la verdadera función de la inscripción es la publicación de las situaciones inmobiliarias para ofrecer a los terceros un modelo garantizado de inscripción, el que la misma forme parte del sistema de adquisición lo que hace es ofrecer un modelo

transmisivo complejo y en el que se priva a la inscripción de su verdadera misión.

Quizás el estudio del sistema alemán nos sirve para superar la idea de la inscripción constitutiva¹⁴⁷ y defender la adopción, por nuestros textos legales y vida social, de una inscripción que verdaderamente logre el fin de la misma.

La buena fe va a ser, en última instancia, la que va a poner en marcha el sistema de protección que el Registro prevé para el tercero que confía en lo publicado; pero para que la fe pública funcione y se base en una auténtica buena fe debe existir un sistema que supere la abstracción pero que a su vez acerque realidad y Registro.

Podemos concluir afirmando que tanto en un Ordenamiento como en otro y, con independencia del mecanismo transmisivo/adquisitivo adoptado, las adquisiciones *a non domino* no son sino casos de facultad dispositiva registral sin facultad dispositiva civil que permiten, ante la discrepancia realidad/Registro, que los titulares inscritos que no son dueños efectivos dispongan registralmente otorgando actos perfectamente inscribibles y preservando al adquirente de los resultados de la inexistencia del derecho en el transferente.

¹⁴⁷ Tan defendida por PAU PEDRÓN en «Eficacia y publicidad...», *cit.*, pp. 3.364 ss.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

AYUDAS DE ESTADO

1. **Reglamento (CE) núm. 68/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación. DOCE, L, núm. 10, de 13 de enero de 2001.**
2. **Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de minimis. DOCE, L, núm. 10, de 13 de enero de 2001.**
3. **Reglamento (CE) núm. 70/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas. DOCE, L, núm. 10, de 13 de enero de 2001.**

CONSUMIDORES

4. **Recomendación de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda. DOCE, L, núm. 69, de 10 de marzo de 2001.**

La fórmula que recubre esta interesante normativa (la recomendación) enmascara la importancia de su contenido: la información que debe suministrarse al consumidor en relación con los créditos hipotecarios para la compra o transformación de un inmueble privado que posea o aspire a adquirir.

La Recomendación se acompaña de dos anexos, uno conteniendo la información general relativa a la identidad, dirección del prestamista y a las características de los créditos vivienda en general y del crédito ofrecido en particular; el otro, que asume el alcance de «Ficha europea de información normalizada», posee un contenido más detallado y personalizado.