

La inscripción constitutiva a debate

CARMEN JEREZ DELGADO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO.—I. *Planteamiento de las cuestiones.* 1. Introducción. 2. Cuestiones.—II. *Referencias previas a un debate sobre la inscripción constitutiva.* 1. Una aproximación práctica. 2. La aclaración conceptual.—III. *Los datos para el debate.* 1. La mente del legislador. 2. La opinión de la doctrina. 3. La compatibilidad de la inscripción constitutiva con el sistema jurídico español. 4. Una propuesta de *lege ferenda*. 5. Cuestiones colaterales. 6. Resultado.

I. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

1. Introducción

En un momento en que la coordinación Catastro-Registro se está abordando con decisión, en un momento en que el acceso a los datos registrales a través de Internet se hace asequible a todos, consultando a través de las Oficinas del Registro competente, ¿por qué seguir anclados en un sistema de clandestinidad de derechos reales, en el que las transmisiones de inmuebles se producen al margen del Registro de la Propiedad y en el que la inscripción se limita —como regla general— a declarar lo que ya ha tenido lugar fuera del Registro? ¿Por qué no adoptar un sistema de inscripción constitutiva, en el que la inscripción registral sea necesaria para que surta efectos la transmisión inmobiliaria derivada de un contrato?

2. Cuestiones

El debate sobre la conveniencia de adoptar en España la inscripción constitutiva puede abrirse a partir de las siguientes cuestiones:

1. ¿Existe una tendencia, en el seno de nuestro Ordenamiento, hacia la inscripción constitutiva? ¿Es una tendencia seria –operativa–, o sólo dialéctica –teórica–? ¿Hasta qué punto se planteó el legislador hipotecario la posibilidad de adoptar un sistema de inscripción constitutiva? Si se lo planteó, ¿podemos decir que se descartó esta idea; o en realidad se ha pospuesto?

2. En la actualidad ¿existe una verdadera voluntad o intención de adoptar la inscripción constitutiva? ¿Es partidaria nuestra doctrina de transformar el sistema inmobiliario registral en este sentido?

3. La inscripción constitutiva, ¿es compatible con nuestro Ordenamiento, o supone una ruptura con algunas de nuestras Instituciones? Adoptar la inscripción constitutiva, ¿supondría ruptura o desarrollo del sistema?

4. En caso de adoptar la inscripción constitutiva, ¿qué adaptaciones de nuestro Ordenamiento habría que realizar? Al final de este estudio apuntaré una propuesta de *lege ferenda*.

II. REFERENCIAS PREVIAS A UN DEBATE SOBRE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

1. Una aproximación práctica

Una condición adecuada para abordar el tema de la inscripción constitutiva es contemplar de cerca el funcionamiento de nuestro sistema inmobiliario, con sus mecanismos –ordinario y extraordinario– de adquisición del inmueble, a fin de lograr una aproximación práctica a los conflictos que plantea el régimen vigente. Nos servirán para ello los dos casos siguientes:

Pensemos en primer lugar en la persona que adquiere un inmueble por el mecanismo ordinario previsto en la ley. Tiene su título de compraventa y le han entregado la posesión del bien, incluso se ha escriturado el contrato ante Notario. Conforme a la ley, ya es propietario (arts. 1095, 609 y 1462 CC). El vendedor, que sigue figurando como titular registral, vende el inmueble por segunda vez a un tercero de buena fe, que inscribe su título en el Registro. En este

caso, el Ordenamiento tolera una adquisición *a non domino* y el tercero queda protegido en su adquisición frente al verdadero titular del bien (art. 34 LH). No podemos hablar de verdadera transmisión del bien, pero sí de la adquisición del mismo en virtud de la seguridad del tráfico jurídico. Lo cierto es que el verdadero propietario extrarregistral se verá privado del bien, y ni siquiera parece claro que pueda exigir una indemnización por incumplimiento del vendedor, que le entregó la cosa ¹.

Pensemos ahora en la propietaria de un inmueble arrendado, que confía plenamente en que la escritura pública de compraventa le ha hecho propietaria y que, como tal, es protegida frente a todos por el Ordenamiento. Esta mujer no ha inscrito en el Registro de la Propiedad su título. La Seguridad Social embarga el bien por deudas del titular registral, que es aún el antiguo propietario. La mujer recibe noticia de ello a través de la arrendataria del local, pero confía tanto en su escritura que llega a perder el bien, al ser éste adjudicado en pública subasta a un tercero de buena fe que inscribe su título en el Registro. Es cierto que pudo defenderse mediante una tercería de dominio, y que –aun después– puede intentar que se declare nulo el procedimiento de embargo y se declaren con ello nulas todas las actuaciones derivadas de él ². Pero es más cierto aún que la confianza depositada en la escritura pública ha quedado defraudada, y que esto se ha traducido –cuando menos– en un coste en litigios.

Nadie negará que el origen de estos problemas está en la falta de adecuación de la realidad a lo publicado por el Registro. Es lógico pensar que todos coincidimos en que esa aproximación es deseable. Discutamos por tanto acerca de los mecanismos de que disponemos para lograr esta aproximación.

A través de los dos casos propuestos hemos comprobado que el sistema español de adquisición inmobiliaria es dual: se dispone un mecanismo ordinario de adquisición del inmueble ³ y existe, a la

¹ Al menos, así lo entendió el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de junio de 2000, que comento críticamente en el Anuario de Derecho Civil (Fascículo IV-2001).

² Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y el comentario crítico a la misma en CCJC, núm. 31, 831, de GORDILLO CAÑAS.

³ Como es sabido, el sistema español ordinario de adquisición derivada de contrato no distingue entre bienes muebles e inmuebles (arts. 609, 1095 y 1462 del Código Civil). Sobre la base de la teoría del título y el modo, el legislador español exige, para que surta efectos la transmisión derivada de contrato, que exista título y modo que –tratándose de contratos– será la entrega apta para producir el efecto traditorio (por tanto, un sujeto con poder de disposición sobre el bien lo entrega al adquirente, que lo toma en el mismo concepto querido por ambos y expresado en el contrato). El hecho en sí de la entrega puede realizarse bajo cualquiera de las formas admitidas (arts. 1462 y siguientes del Código Civil).

vez, la posibilidad de adquirirlo *a non domino* por una vía que sólo puede ser calificada como extraordinaria ⁴ (por cuanto es contraria a los principios básicos de la transmisión: *nemo dat quod non habet*) ⁵. El resultado es un sistema flexible, que exige diligencia a todos y buena fe a terceros. Puede afirmarse que es un sistema satisfactorio, que tiene una coherencia interna, y que es digno de elogio ⁶.

Partiendo de esta base, cabe preguntarse sobre la conveniencia de mejorarlo introduciendo mecanismos que logren una mayor aproximación entre la realidad y lo publicado por el Registro: en concreto, la posibilidad de dotar a la inscripción registral de un mayor protagonismo en el procedimiento de transmisión inmobiliaria derivativa *inter vivos*.

2. La aclaración conceptual

Para abordar la cuestión de la inscripción constitutiva se hace indispensable, además, la aclaración conceptual.

2.1 Al hablar de inscripción constitutiva algunos piensan en sistemas cerrados en torno al Registro, en los que sólo lo publicado por el Registro tiene realidad jurídica ⁷. No es así necesariamente: Cuando hablamos de sistemas de inscripción constitutiva nos estamos refiriendo aquí a sistemas como el alemán, el suizo, el holandés, el chileno o el austriaco, en los que la inscripción registral es necesaria para la eficacia de la modificación inmobiliaria derivada de un negocio jurídico *inter vivos*. Por ejemplo, para adquirir por compraventa o por donación. Pero en estos sistemas se admite la

⁴ La adquisición del inmueble *a non domino* la permite el legislador sólo cuando el adquirente a título oneroso haya cumplido los requisitos exigidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (adquiere de titular registral e inscribe su título en el Registro de la Propiedad), siempre en atención a su buena fe y a la protección que merece la confianza en la apariencia, en aras del interés general de la seguridad del tráfico jurídico.

⁵ Sobre esta dualidad es aconsejable leer el trabajo de José María MIQUEL GONZÁLEZ: «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1998, núm. 1, pp. 45-61.

⁶ Sin temor a excedernos en lo dicho, así lo demuestran las múltiples consultas de otros países sobre nuestro sistema registral (véase, por ejemplo, el trabajo de POVEDA DÍAZ: «El Registro de la propiedad español y las recomendaciones del Banco Mundial», en *La Ley*, 1997-1, pp. 2057-2062).

⁷ En este sentido, por ejemplo, la Base núm. 52 para el Proyecto de Código Civil (1843), de Luzuriaga [*«Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código»*]; o –tiempo después– la propuesta de GÓMEZ GÓMEZ, Lema: “Inscripción sola traditio”, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, pp. 1-53. Estos modelos son excesivamente rígidos, por lo que es razonable que sean suavizados.

existencia, en ocasiones, de una realidad jurídico–inmobiliaria no publicada en el Registro (por ejemplo, la titularidad derivada de sucesión *mortis causa* puede no constar en el Registro). El hecho de que la inscripción sea constitutiva para las modificaciones derivadas de contrato, garantiza suficientemente la aproximación entre lo publicado y la realidad, en la medida en que, además, el titular extrarregistral (en el ejemplo anterior, el adquirente *mortis causa*) sólo podrá disponer del bien por contrato, inscribiendo antes su título en el Registro ⁸.

2.2 Otro obstáculo conceptual es de origen histórico y quizás hoy no tiene ya importancia, aunque sí fue un impedimento en su día para que la mente del legislador del XIX se abriese a un sistema que dotara a la inscripción de una mayor eficacia para todo tipo de derechos (no sólo la hipoteca): Al promulgarse nuestra primera Ley Hipotecaria (1861), teníamos como precedente de todo Registro las antiguas Contadurías, ideadas para tomar razón de aquellos derechos sobre inmuebles que –por no contener la facultad de poseer la cosa– carecían de visibilidad y por lo mismo de publicidad. Se partía de este concepto para regular el Registro, cuando en realidad es éste un instrumento al servicio de una función mucho más amplia. Aunque algún autor subraye todavía aquella finalidad ⁹, lo cierto es que el Registro es una institución distinta. Mas, por que se identificó con su precedente –las Contadurías–,

⁸ Estos sistemas diversifican el régimen jurídico de las transmisiones inmobiliarias, del de las mobiliarias. Por ejemplo, en Alemania, el § 873.1 BGB dispone que *para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica, y la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro, en tanto que la ley no prescriba otra cosa*. En Suiza, el artículo 656 del Código Civil suizo exige la inscripción en el Registro para que surta efectos la transmisión derivada de contrato: *1. La inscripción en el Registro inmobiliario es necesaria para la adquisición de la propiedad inmobiliaria. 2. Aquel que adquiere un inmueble por ocupación, sucesión, expropiación, ejecución forzosa o sentencia, deviene en todo caso propietario antes de la inscripción, pero sólo puede disponer en el Registro inmobiliario cuando esta formalidad ha sido cumplida*. También en Holanda se requiere inscripción para la adquisición inmobiliaria derivada de contrato. Dice así el artículo 3:84 del Código Civil holandés: *Para la transmisión de un bien se requiere una tradición en virtud de un título válido realizado por el que sea capaz de disponer del bien; y añade el artículo 3:89.1 del mismo texto legal: La tradición exigida para la transmisión de cosas inmuebles se realiza por un acta notarial redactada entre las partes, destinada a tal fin, seguida por la inscripción de la misma en los registros públicos destinados a tal fin. Tanto el adquirente como el enajenante puede procurar que se inscriba el acta*. Análogamente, el artículo 3:98 del Código Civil holandés extiende la norma a la *constitución, la transmisión y la renuncia de un derecho limitado sobre inmueble*. La tradición de los bienes muebles se realiza proporcionando al adquirente la posesión de la cosa (artículo 3:90.1 del Código Civil holandés).

⁹ En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO, en «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», 1957, en *Estudios sobre Derecho de Cosas*, 1973, pp. 323-388, p. 331.

chocó con la implantación de un sistema inmobiliario de corte germanista-tradicional ¹⁰.

En efecto, el legislador hipotecario español está pensando sobre todo en dotar de seguridad al crédito territorial (por tanto, en la necesaria publicidad de la hipoteca), para así lograr la movilidad de capitales y, con ello, el crecimiento y el desarrollo de la economía nacional ¹¹.

III. LOS DATOS PARA EL DEBATE

1. La mente del legislador

Avanzando ya en la respuesta a los interrogantes planteados al inicio, nos detenemos brevemente en los dos grandes momentos de la legislación hipotecaria: 1861 y 1944-46. Es aquí, atendiendo a las voces que se iban levantando a lo largo del proceso legislativo, donde percibimos las prevenciones y las motivaciones que fraguaron finalmente nuestro sistema inmobiliario. Descubrimos, en la voz de aquellos juristas, que si hasta el momento no se ha adoptado la inscripción constitutiva no es porque la doctrina desconozca sus ventajas, sino por la mayor fuerza de los prejuicios que suscita.

1.1 Pongámonos, brevemente, en la posición del legislador del XIX. Al diseñar el sistema inmobiliario, contaba con la base de una tradición jurídica, que podía modelar en función de los intere-

¹⁰ Así lo indica OLIVER, *Derecho Inmobiliario español*, I, 1892, pp. 462-463. En cuanto a la alusión que hago a los sistemas de corte germanista, no va referida al Derecho oficial alemán al tiempo de publicarse nuestra primera Ley Hipotecaria (es más, los textos emanados de Federico el Grande en materia hipotecaria sí fueron probablemente estudiados por nuestro legislador dado el paralelismo que al parecer existe entre ellos y el sistema español), sino a los usos y costumbres del pueblo germano. Éstos vencieron a la recepción del sistema romano de transmisión clandestina de la propiedad inmueble, y son los que quedaron finalmente plasmados en los textos legales alemanes desde finales del siglo XIX –posteriores a nuestra primera Ley hipotecaria– hasta nuestros días (§ 873.I BGB). Desde antiguo, la tradición popular germana tuvo una marcada inclinación a exigir la intervención de la autoridad pública para dotar de eficacia a las transmisiones inmobiliarias derivadas de contrato. Sobre la cuestión de la perspectiva histórica, es aconsejable leer los *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, del Profesor Díez-PICAZO (1995, pp. 311-320).

¹¹ Véase el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, por el que se ordenó redactar una ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial; y la Real Orden de 10 de agosto de 1855. Esta motivación del legislador se proclama en la Exposición de los Motivos y Fundamentos del Proyecto de la Ley Hipotecaria de 1860. (Estos textos pueden encontrarse en las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, compiladas por FERNÁNDEZ CABALEIRO, Director, y otros, volumen I, 1974).

ses en juego a los que decidiera dar prioridad. No fue fácil la misión de legislar en materia hipotecaria:

La tradición jurídica la constituían, de un lado, el Derecho común, de corte romanista, que admitía la clandestinidad de las transmisiones inmobiliarias¹²; y, de otro lado, los Derechos forales, normalmente inclinados –como el Derecho tradicional de los pueblos germanos– a dar publicidad a las transmisiones inmobiliarias a través de diversos mecanismos¹³. A esta pugna –bajo la que se ha desarrollado nuestro sistema inmobiliario–, entre el principio de clandestinidad y el principio de publicidad, se hacía alusión en el Discurso de defensa del dictamen de la Comisión de Justicia ante el Pleno de las Cortes, para la aprobación de la Ley de reforma hipotecaria de 1944¹⁴.

También los intereses en juego a los que el legislador debía atender aparecen, a veces, como contrapuestos: Por una parte, el interés del particular en que se proteja su intimidad (la seguridad subjetiva), en que no sea cognoscible su titularidad y, por tanto, en que se le deje la posibilidad de no inscribirla¹⁵; por otra parte, el interés de la Administración Pública en que sea conocida la situación jurídica de los inmuebles, a efectos de la deseada coordinación entre el Registro y el Catastro, y con fines fiscales, o bien estadísticos (con la consiguiente repercusión en la programación político-económica y social)¹⁶. Se presentan también como intereses contrapuestos –al menos aparentemente–, de un lado, el interés por la correcta explotación de la riqueza, conforme a su naturaleza, que lleva a proteger a la persona que trabaja la tierra por encima de las formalidades, liberándola de un excesivo formalismo¹⁷; y, de otro

¹² Para la adquisición de la propiedad por el comprador, las Partidas sólo exigen la entrada en posesión (P. VII, Título XXXIV, Regla XII).

¹³ El Derecho regional o foral requería en general algún tipo de publicidad formal. Para más detalles, puede verse el estudio de OLIVER, en su obra *Derecho Inmobiliario Español*, I, 1892, capítulo V.

¹⁴ Discurso del Sr. Fernández Cuesta (se encuentra recogido en *Leyes...*, op. cit., III, 1990, pp. 210-211).

¹⁵ Una muestra de la fuerza de este interés privado es lo que ocurrió en Francia con la Ley de Brumario de 1798: según ha explicado el Profesor Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, op. cit., III, 1995, p. 308), el éxito de criterios de este tipo hizo que desapareciese –con la redacción del Código Civil francés (1804)–, la exigencia de publicidad de las enajenaciones inmobiliarias onerosas. Ciertamente es que más tarde se volvería de nuevo a un sistema de publicidad registral.

¹⁶ Este interés se tuvo en cuenta, pero quedó subordinado al interés particular, en cuanto la función del Registro es proteger intereses privados, primordialmente (véase la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Hipotecaria de 1860). Sin embargo, en Francia se hizo que la organización de los Registros dependiera del Ministerio de Hacienda, con una importante función a efectos fiscales (sobre la cuestión, puede verse el estudio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Sistema Registral Francés», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, pp. 721-795). Entre nuestros autores, encontramos también este tipo de argumento a favor de la adopción de la inscripción constitutiva (por ejemplo, VILLARES PICÓ, «Es necesario y urgente implantar la inscripción constitutiva en toda mutación jurídica sobre inmuebles», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, p. 295).

¹⁷ En este sentido, algunos autores invitan a la ponderación al legislador (por ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», 1957, en *Estudios sobre Derecho de Cosas*, 1973, pp. 323-388, p. 335). Tam-

lado, la necesidad de protección del tráfico jurídico (seguridad jurídica), a fin de reforzar el crédito territorial para atraer capitales y dinamizar la economía¹⁸, que favorece posturas partidarias de dotar a la inscripción de un mayor protagonismo¹⁹.

1.2 El legislador tendrá que modelar el Derecho a la vista de lo que acabamos de apuntar. Para ello, cuenta con un instrumento excelente: la inscripción. Dotar a la inscripción de una eficacia u otra es una de las grandes claves de un sistema inmobiliario. De hecho, lo define²⁰. Se puede afirmar que la inscripción juega un papel principal en esta ordenación de intereses, pudiendo tener asignadas funciones en el ámbito del Derecho material o sustantivo y no sólo en el ámbito del Derecho formal.

El legislador español, consciente de la inconveniencia de una publicidad incompleta del estado civil de las propiedades²¹, y consciente de hallarse ante una cuestión de política legislativa, en la que no hay –como en otras áreas del Derecho– principios universalmente válidos²², formulará un sistema inmobiliario registral que estimula la inscripción de diversos modos, pero no la exige, no la impo-

bién lo hizo en su día Fernández Cuesta ante el Pleno de las Cortes, durante la reforma de 1944 (en la defensa del Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria, en *Leyes Hipotecarias...*, *op. cit.*, III, 1990, p. 225).

¹⁸ Este es el interés que realmente se alcanzó con nuestra Ley Hipotecaria. El otro interés que se había propuesto el legislador, «dar certidumbre a los derechos reales», no se ha alcanzado del mismo modo (sobre la presencia de estos intereses en la mente del legislador, véanse las motivaciones del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, la Real Orden de 10 de agosto de 1855, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Hipotecaria de 1860, y la memoria de CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 38, 1871, pp. 5-183). La constatación de que sólo el primero de estos intereses se ha alcanzado, llevó a DE LA RICA a admitir que puede ser conveniente adoptar la inscripción constitutiva de forma gradual («Pervivencia del Sistema Registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, pp. 127-141, pp. 132-133).

¹⁹ Entre otros, LÓPEZ MEDEL («Política de la vivienda y seguridad jurídica inmobiliaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1962, pp. 352-373, pp. 353, 357-358), o AMORÓS GUARDIOLA (*La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, discurso leído en el acto de su recepción pública como académico de número, 1998, p. 27).

²⁰ Así, hablamos de sistemas de inscripción declarativa, o de inscripción constitutiva, o se hacen construcciones teóricas acerca de cómo puede definirse el sistema de acuerdo con la eficacia de la inscripción.

²¹ Lo expresaba de este modo el legislador: «A las Cortes. Reunidas en nuestros Códigos leyes tan contradictorias en su espíritu y tendencia (...), ha resultado un sistema hipotecario de naturaleza mixta (...) y que da por lo tanto una publicidad incompleta al estado civil de las propiedades, más inconveniente a veces que la falta absoluta de toda publicidad» (Proyecto de Ley de Bases para la redacción de la Ley Hipotecaria, presentado al Congreso el 11 de febrero de 1858).

²² De ello da fe la Exposición de 6 de junio de 1860, de los motivos y fundamentos del Proyecto de Ley Hipotecaria: «Y esta desconfianza que naturalmente tiene la Comisión en todos sus trabajos, debe ser mayor al tratar del sistema hipotecario. No sucede respecto a él lo que en la mayor parte de las instituciones del Derecho civil, en que la ciencia y la experiencia de una larga serie de siglos han llegado a formar reglas admitidas universalmente, y que vienen a formar el derecho común de los pueblos civilizados».

ne. Vemos aquí el papel modulador de intereses que cumple la inscripción: el legislador no la exige, y así libera de un excesivo formalismo al ciudadano sin formación, al hombre de campo de aquel momento. Pero el legislador estimula la inscripción de diversos modos ²³, y –por ejemplo, al proteger al tercero hipotecario (art. 34 LH)–, garantiza la seguridad del tráfico jurídico.

Si no adopta la inscripción constitutiva no es porque desconozca sus ventajas, que básicamente se resumen en todas las derivadas de la mayor coincidencia entre lo publicado por el Registro y la realidad ²⁴. El legislador español lo que hace realmente es posponer la inscripción constitutiva para un momento más avanzado del desarrollo del sistema, en el que la publicidad posesoria pueda quedar plenamente reemplazada por el medio de publicidad inmobiliaria por excelencia, que es el Registro de la Propiedad. El obstáculo que encontraba el legislador era, principalmente, la falta de preparación del ciudadano medio español ²⁵. Hoy parece ser un obstáculo superado ²⁶.

2. La opinión de la doctrina

La doctrina española actual se muestra relativamente partidaria de adoptar la inscripción constitutiva. Pueden citarse –en este senti-

²³ Tales como la inadmisión de los documentos no inscritos ante los Órganos Estatales, conforme al régimen dispuesto en el actual artículo 319 LH (tras la Ley 24/2001; anteriormente, artículo 313 LH).

²⁴ Valgan como recapitulación de los conflictos que origina la clandestinidad de los derechos reales, las siguientes palabras de don Antonio PAU PEDRÓN (en «Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios», *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, 1991, pp. 3364-3375, p. 3365): «(...), en este momento de nuestra evolución jurídica, y por una degeneración de ideas y figuras originariamente acertadas, los derechos reales ocultos existen y un acreedor que obtiene una anotación de embargo puede perder su garantía por una propiedad que ignora: un prestamista que ha realizado un préstamo personal basado en el patrimonio que publica el Registro puede haber incurrido en el error más absoluto, porque el prestatario puede carecer totalmente de bienes, que pertenecen desde hace tiempo a otro propietario; si las fincas no están inmatriculadas, la eficacia de los derechos "ocultos" es aún mayor: cualquier adquirente –que, desde luego, no va a tener tiempo ni medios de hacer la averiguación pertinente– está sometido al riesgo de que alguien invoque una propiedad o un gravamen anterior». Esta situación también la denunciaba, como argumento a favor de la adopción de la inscripción constitutiva, GÓMEZ GÓMEZ (*op. cit.*, p. 7).

²⁵ Véase la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944. El hecho de que más del sesenta por ciento de la propiedad no tuviera aún constancia registral, llevó al legislador a constatar la falta de costumbre o de preparación de los españoles en este sentido.

²⁶ No resulta fácil encontrar –hasta el momento– un dato plenamente fiable del volumen de propiedad inscrita, pero sí tenemos datos aproximativos. Al parecer, puede hablarse de un ochenta y cinco por ciento de la propiedad inmobiliaria (VIDAL FRANCÉS, «Inscripción y tradición.–Inscripción constitutiva», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pp. 79-139, pp. 130-133. El autor refiere el dato, al menos, a su Distrito hipotecario de la sierra de Madrid, en El Escorial).

do— los siguientes autores: Gómez Gómez ²⁷, Pau Pedrón ²⁸, Amorós Guardiola ²⁹, Morales Moreno —que lo somete a condición— ³⁰, Villares Picó ³¹, López Medel ³², De la Rica ³³, Vidal Francés ³⁴, Martínez Santiago ³⁵). Con mayor énfasis en la inconveniencia de adoptar en este momento la inscripción constitutiva, pero conscientes de sus ventajas, pueden citarse estos otros autores: Rodríguez Otero ³⁶, Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill ³⁷, y —quizás— Díez—Picazo, que se pronuncia con reticencia ³⁸. También hay en nuestra doctrina actual opiniones claramente contrarias a adoptar la inscripción constitutiva, basadas en una defensa del sistema vigente como satisfactorio (Gordillo ³⁹).

3. La compatibilidad de la inscripción constitutiva con el sistema jurídico español

En caso de que optáramos por la inscripción constitutiva, tendríamos que adaptarla a nuestro Ordenamiento, y no adaptar nuestro Ordenamiento a un sistema extranjero particular inscripción constitutiva. Conviene subrayarlo, porque algunos autores la rechazaron pensando que suponía adoptar el negocio real alemán y

²⁷ *Op. cit.*

²⁸ *Op. cit.* También, «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, pp. 2187-2212.

²⁹ *Op. cit.*, p. 27.

³⁰ Lo condiciona el autor a la previa coordinación entre Registro y Catastro (en el Prólogo al libro de Carmen Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, 2001, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 13-16). Sobre la coordinación entre Registro y Catastro, puede verse la obra de MORALES MORENO: *Publicidad registral y datos de hecho*, (2000), publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

³¹ *Op. cit.*, p. 295.

³² *Op. cit.*, pp. 368-370.

³³ *Op. cit.*, p. 136.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 124-126.

³⁵ En su trabajo, «En torno a la publicidad registral inmobiliaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 644, 1998, pp. 117-176, pp. 136 y 152.

³⁶ En su trabajo, «Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, pp. 1539-1584, p. 1582. El autor admite un *dilata*, un «más adelante», para la adopción de la inscripción constitutiva.

³⁷ No es un defensor de la inscripción constitutiva, pero tampoco un gran contradictor de la misma. Opina que podemos intentar adoptarla gradualmente (en *Derecho Hipotecario*, III, 1995, p. 47).

³⁸ Lo cito entre los autores partidarios de llegar a adoptar la inscripción constitutiva, por cuanto estima que es un *objeto siempre deseado y siempre inalcanzado*, si bien el autor teme que pueda causar un divorcio entre el Derecho y la realidad (en *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 424-425).

³⁹ Es loable que la resistencia a adoptar la inscripción constitutiva proceda, en este autor, de su defensa de la flexibilidad y calidad del sistema vigente (véase su estudio titulado «La inscripción en el Registro de la Propiedad (...)», en el *Anuario de Derecho Civil*, 2001-I, pp. 5-256, por ejemplo, pp. 235 y 256).

renunciar a nuestra tradición causalista, o bien creyeron –otros– que adoptar la inscripción constitutiva equivaldría a reducir la usucapición conforme al modelo alemán, cuando no es así necesariamente ⁴⁰.

La inscripción constitutiva es compatible con nuestras instituciones: En particular, nos permite mantener la teoría del título y el modo en la transmisión de bienes (como lo prueban los modelos suizo, holandés o austriaco, de inscripción constitutiva), o la institución de la usucapición (como modelo de compatibilidad, en este punto, véase el sistema holandés). Puede afirmarse con razón que la adopción de la inscripción constitutiva no supone ruptura, sino desarrollo del sistema ⁴¹.

4. Una propuesta de *lege ferenda*

La clave de un sistema de inscripción constitutiva consiste en dejar atrás medios obsoletos de publicidad de la modificación inmobiliaria ⁴² y acoger en su lugar el medio de publicidad inmobiliaria por excelencia: la inscripción registral.

Una vía para un proyecto de *lege ferenda* es la siguiente: hacer de la inscripción el único medio admitido de entrega del inmueble. Sobre la base de la teoría del título y el modo (arts. 1095, 609 y 1462 CC), hacer de la inscripción un presupuesto de la modificación jurídico-inmobiliaria derivada de contrato ⁴³.

⁴⁰ El primero de los errores a que me refiero ha sido advertido por Antonio PAU PEDRÓN (*Efectos...*, *op. cit.*, p. 2207), en los términos siguientes: «*La exigencia del acuerdo real –añadida al negocio causal, propia de los sistemas germánicos, no procede en ellos del carácter constitutivo de la inscripción, sino del «principio de abstracción» (...). Por tanto, la inscripción constitutiva no tiene un inevitable carácter abstracto, como se pretende.*»

⁴¹ Sobre estas cuestiones de Derecho comparado y de compatibilidad con nuestro sistema, me remito a la Segunda Parte de mi trabajo titulado *Hacia la inscripción constitutiva*, (JEREZ DELGADO, 2001), publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

⁴² El sistema de Derecho común de transmisión de la propiedad requiere título y entrega del bien apta para producir la transmisión (efecto traditorio o tradición). La entrega del bien dota a la modificación real de una cierta publicidad. Como formas de entrega son admitidas no sólo la entrega material de la posesión, sino también otras, tales como la escritura pública. En mi opinión, son éstos medios obsoletos de publicidad de la transmisión inmobiliaria. No obstante, éste es el régimen jurídico común a la transmisión de bienes muebles e inmuebles en Derecho español (arts. 1095, 609, 1462-1464 CC).

⁴³ Será necesario modificar el artículo 1462 CC, introduciendo un tercer párrafo que disponga que el único medio apto para la entrega de un inmueble es la inscripción del título en el Registro de la Propiedad. Esto supone suprimir el tercer párrafo del artículo 1473 CC, y modificar el artículo 633 CC a efectos de extender a la donación la eficacia constitutiva de la inscripción. Para armonizar la Ley Hipotecaria y el Código Civil, pueden servir los artículos 32 y 606 de uno y otro texto –respectivamente–, como engarce, introduciendo en ellos una cláusula de cierre que disponga que no surtirá efectos la mutación jurídico real-inmobiliaria derivada de negocio *inter vivos* mientras no conste inscrito el título en el

El efecto transmisivo, o la modificación jurídica, tendrá lugar, tratándose de inmuebles, cuando concurra no sólo el contrato, sino además la entrega de la cosa mediante la inscripción; entrega que se produce entre quien tiene poder para disponer del bien y el adquirente, que la toma en el mismo concepto expresado en el contrato ⁴⁴.

5. Cuestiones colaterales

Cuestiones colaterales, en relación con la propuesta de *lege ferenda* que se acaba de formular, son las siguientes: en primer lugar, sobre la conveniencia o no de que la inscripción sea constitutiva también para los actos de renuncia, cabe señalar que el Derecho comparado da testimonio favorable ⁴⁵. En segundo lugar, acerca del papel de la escritura pública en el sistema de inscripción constitutiva propuesto, hay que afirmar que cumple un papel importante como vehículo por el que llega al Registro la voluntad de las partes de transmitir y adquirir en el mismo concepto expresado en el título. Por último, en cuanto a la entrega material del inmueble, es necesario aclarar que abandona el ámbito de la obligación de entrega, y queda entre las obligaciones personales derivadas de la buena fe contractual, que —a la vez— es exigible frente a todos por el titular del nuevo derecho real en ejercicio de las facultades inherentes al mismo.

6. Resultado

La inscripción se convierte así en un elemento constitutivo de la mutación jurídico-real inmobiliaria derivada de un contrato. Esta función de la inscripción se extiende también, según lo dicho, a los

Registro. En mi opinión, sería conveniente, además, sustituir la expresión del artículo 2.2.º del Reglamento Hipotecario, «títulos *en* que se constituyan» por la expresión «títulos *por* los que se constituyan» (sobre matices de índole menor y sobre aspectos de Derecho transitorio, me remito a la Tercera Parte de mi trabajo, *Hacia...*, *op. cit.*).

⁴⁴ En este punto se mantendría el Derecho vigente: la entrega ha de ser apta para producir el efecto traditorio, lo que quiere decir que —conforme al sistema ordinario de transmisión— debe realizarse entre quien tiene el poder de disposición del bien y el adquirente, dando y recibiendo la cosa con voluntad de hacerlo en el mismo concepto expresado en el título. En otro caso, la adquisición sólo es posible por la protección a la buena fe, con la consiguiente exigencia de requisitos adicionales (título oneroso), que nos advierten que no estamos ante una verdadera transmisión sino ante el mecanismo de excepción de la adquisición *a non domino* (tratándose de inmuebles, art. 34 LH).

⁴⁵ En Derecho alemán, véase § 928.I BGB; en el sistema suizo, artículo 666.1 del Código Civil suizo; por último, en Holanda, artículo 98 del Libro 3 del Código Civil holandés.

actos de renuncia. Con ello, llegamos a un sistema de inscripción constitutiva relativa a las modificaciones inmobiliarias derivadas de un negocio jurídico *inter vivos*. No se trata, por lo tanto, de un sistema absoluto de inscripción constitutiva, en el que sólo tuvieran realidad jurídica los derechos inmobiliarios publicados por el Registro de la Propiedad. En mi opinión, sería excesiva tanta rigidez, que entorpecería el sistema de forma contraproducente: piénsese, por ejemplo, en las adquisiciones *mortis causa*, o en las modificaciones inmobiliarias derivadas de una sentencia o de un acto administrativo. Estas modificaciones, pueden producirse al margen del Registro. La deseada aproximación entre la realidad y lo publicado por el Registro se garantiza suficientemente con el sistema propuesto de inscripción constitutiva relativa a los negocios jurídicos *inter vivos*. Y si bien es cierto que el sistema admitiría, en los casos citados, la existencia de titularidades no inscritas, también lo es que estos titulares deberán inscribir su título si quieren disponer del bien, y que la difusión de la norma a través de los medios de comunicación (por ejemplo, con el mensaje «Si compras un bien inmueble, o lo recibes por donación, y no inscribes tu título en el Registro de la Propiedad, no eres propietario»), preparará, sin duda, la disposición del ciudadano hacia la inscripción.